

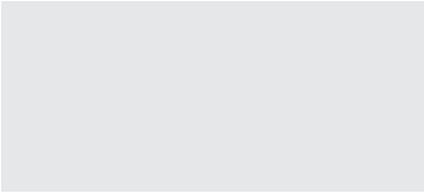
Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones

Director

Manuel García Mayo

■ BOSCH





■ BOSCH

Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones

Director

Manuel García Mayo

© De los autores, 2020
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Mayo 2020

Depósito Legal: M-13390-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-438-1

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-439-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El auge de la mediación electrónica en la resolución de conflictos

M^a del Carmen CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO
Profesora Titular (I.) de Derecho Civil, URJC

1. La mediación electrónica
2. Condiciones legales a cumplir por la mediación electrónica
3. Ventajas e inconvenientes de la mediación electrónica
 - 3.1. Ventajas potenciales de la mediación electrónica
 - 3.2. Desventajas notorias de la mediación electrónica
4. Algunas cautelas a tener en cuenta por los mediadores electrónicos
5. Reflexiones conclusivas
6. Bibliografía

1. LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

La adopción del proceso denominado *Online Dispute Resolution* (ODR) se refiere a la solución de controversias mediante el uso de las TICs (tecnologías de la información y de la comunicación). Este proceso nace en Estados Unidos en el ámbito del Derecho. Quienes han experimentado el éxito de los sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR), conscientes de las oportunidades que las nuevas tecnologías de la comunicación relacionadas con internet ofrecían, decidieron trasladar distintos procesos (negociación, mediación y arbitraje) al entorno cibernético. Estos procesos, no sólo conllevan menores costos económicos a los usuarios, sino que les permite ahorrar tiempo, que es una de las variables cruciales de los procesos de mediación y contribuye a eliminar barreras lingüísticas, geográficas e incluso superar algunos obstáculos derivados de las distintas discapacidades físicas.

La llamada mediación electrónica es el proceso de mediación llevado a cabo a distancia, en forma virtual, en el que el mediador y las partes utilizan medios electrónicos para comunicarse. Esto se da, en términos generales, cuando exista distancia geográfica entre las partes mediadas y/o cuando alguna/s de las partes padezca algún tipo de impedimento físico que le dificulte, parcial o completamente, trasladarse al lugar donde se encuentre

la persona mediadora. Respecto al primer supuesto, es decir, la distancia geográfica, la utilización de ODR facilita el desarrollo del proceso de mediación. En este sentido, pensemos que, si dicha mediación se efectúa de manera presencial, los mediadores deberán pactar previamente aspectos tan básicos como quién o quiénes se desplazan, si siempre van a ser las mismas personas quienes lo hagan sesión tras sesión, o se van a alternar. En caso de que sea el mediador quien se mueva, esto puede conllevar mayor coste en sus honorarios. Todas estas cuestiones, accesorias pero importantes, desaniman muchas veces a los interesados para decidirse a iniciar un proceso de mediación.

Por otro lado, habrá supuestos en que las partes puedan acordar todas esas cuestiones e, incluso, pactar un lugar intermedio; por ejemplo, si una parte reside en Sevilla y la otra parte implicada en el proceso en Navarra. Sin embargo, las cosas cambian cuando se trata de conflictos transfronterizos, cuya dificultad en cuanto a desplazamientos se agrava si las partes viven en diferentes husos horarios. Pensemos en una mediación cuyos sujetos implicados residen respectivamente en Bilbao y en Nueva York. La posibilidad de que la mediación electrónica se efectúe de manera asíncrona hace que ninguno de ellos esté obligado a regirse por el reloj del otro, ni tampoco el mediador, que podrá hacer su trabajo de acuerdo con su propio horario. Así pues, parece que recurrir a métodos electrónicos permite allanar mucho el camino para que personas que residen muy alejadas, puedan valerse de la mediación para resolver sus controversias.

Por lo que se refiere a aquellos supuestos en que alguna de las partes cuente con algún tipo de dificultad física que le impida trasladarse al lugar de trabajo del mediador, ya sea un sujeto que padezca una dolencia transitoria (no poder caminar como consecuencia de un accidente de tráfico, por ejemplo) o de forma permanente (tetraplejías, agorafobia, etc.), no cabe duda de que, en estos casos, los métodos electrónicos están muy indicados para abrir una puerta más a la resolución de controversias entre personas que reúnen estas características. Decantarse por esta forma de trabajar (es decir, a distancia) dependerá de la propia capacitación y de los medios que tengan a su alcance tanto los mediadores como las partes implicadas en el proceso (webcam, correo electrónico, aplicaciones informáticas más sofisticadas, etc.).

En una misma plataforma electrónica se pueden ofrecer diversas opciones para tratar de solventar un conflicto, de igual modo que de forma presencial, se pueden elegir diversos métodos extrajudiciales de resolución de los mismos. Respecto a las condiciones estrictamente legales se hace referencia a la necesidad de que quede garantizada la identidad de los intervinientes. El sistema idóneo es la utilización del DNI electrónico y una firma electrónica o un código seguro de verificación.

Actualmente, los procedimientos de mediación electrónica se desarrollan fundamentalmente utilizando la comunicación por e-mail. En este sentido, The Mediation Information and Resource Center (MIRC)¹, describe una estructura de mensajes básicos del mediador:

- 1) Presentación del mediador, bienvenida al procedimiento y explicación del mismo junto a las normas que lo rigen (monólogo de presentación). El mediador se ofrece a responder a dudas sobre el procedimiento y anuncia que en determinado plazo hará llegar a las partes algunas preguntas.

1. Véase <https://www.mediate.com/services.htm>, visto a fecha 8 de abril de 2020.

- 2) El mediador pide a los participantes una síntesis de su punto de vista sobre la disputa, solicitándoles información sobre los temas que les preocupan (intereses) y las opciones que ven como posibles para resolverlos (aquí les dará la opción de responder exclusivamente al mediador o enviar también copia de este e-mail a la otra parte o partes participantes en el procedimiento).
- 3) El mediador responde a cada participante comunicándole que ha efectuado una atenta lectura de sus exposiciones y abre el intercambio entre las partes, incluyendo la posibilidad de formular preguntas.
- 4) El mediador resume los puntos básicos de la divergencia (establece la agenda) comunicándolo a las partes.
- 5) El mediador impulsa la generación de opciones creativas (solicita a las partes que piensen en al menos dos acuerdos que les resultarían satisfactorios, señalando lo que daría a cambio o a lo que renunciarían).

Eventualmente se podrán enviar «attachments» (documentos adjuntos) conteniendo diversos tipos de archivos (documentos escritos, videos, audios, etc.). Ahora bien, puede ser una mediación totalmente electrónica o puede ser una mediación híbrida, en parte presencial y en parte virtual, dependiendo siempre de la voluntad de las partes.

La decidida apuesta del legislador por la promoción del uso de las nuevas tecnologías en la mediación se aprecia, fundamentalmente, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que promueve la resolución de conflictos de reclamación de cantidad mediante procedimientos exclusivamente telemáticos, dejando fuera el ámbito de la mediación en materia de consumo. En esta Ley, se establece, en primer lugar, una especificidad técnica respecto al sistema de comunicación en su artículo 24 bajo el epígrafe «*Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos*». Aunque no se establece en sentido estricto la obligación de que las comunicaciones electrónicas se realicen mediante videoconferencia o transmisión de voz e imagen, el hecho de contemplar expresamente estas funciones invitan a considerar que el legislador requiere de estos medios técnicos para poder desarrollar las sesiones, sin perjuicio de que concurren otras funcionalidades como la mensajería, repositorio de archivos a disposición de todas o alguna de las partes, alertas de plazos, agenda, etc. Asimismo, la disposición adicional cuarta de la citada Ley de mediación prevé la adecuación de estos medios electrónicos a las normas sobre accesibilidad de las personas con discapacidad (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios a la sociedad de la información y de comercio electrónico).

2. CONDICIONES LEGALES A CUMPLIR POR LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Por lo que respecta a las condiciones estrictamente legales se hace referencia a la necesidad de que quede garantizada la identidad de los intervinientes. Actualmente, este requisito es sencillo de cumplir a través de varios sistemas. En lo referente a garantizar la identidad de las personas intervinientes, se propone como sistema idóneo la utilización del DNI electrónico, que sólo exige a la persona usuaria la instalación de un lector. Por otra parte, la preocupación de la plataforma por la seguridad del procedimiento se extiende también a la verificación de la integridad de los documentos que, en su caso, acre-

diten la representación de las partes, y/o de los generados en el propio expediente. Esto se puede conseguir mediante la firma electrónica o un código seguro de verificación.

En cuanto a la información que debe recibir la persona beneficiaria sobre el procedimiento de mediación, se puede facilitar un sistema semiautomatizado de comunicaciones para asegurar que se le suministra la información mínima requerida. Además, de una forma rápida y segura se puede tener constancia de que se ha recibido la información necesaria y, si las partes no quieren proseguir, se permite obtener un certificado que acredite que se da la mediación por intentada.

La mediación electrónica puede ayudar mucho al mediador en su labor de gestión. Para todas las circunstancias que la persona mediadora ha de comunicar a los intervinientes en el proceso, la plataforma de mediación electrónica permite generar modelos de forma automática de modo que el propio mediador pueda editar y mandar directamente a las partes. Para evitar descuidos, omisiones, aceptaciones o consentimientos irreflexivos, se puede diseñar un sistema fehaciente de emisión de información, alertas de plazos, diseños de agenda, etc. Asimismo, las partes tendrán más sencillo el proceso de aceptar y enviar su aceptación sobre la información que reciben. Sin embargo, es cierto que el mediador debe aprender a utilizar de forma eficiente esta nueva herramienta y este deber puede incluirse en el más genérico de formación inicial y continua que implica la calidad de la mediación (art. 12 LM). Además de cierta formación, requerirá entrenamiento para adecuar las técnicas tradicionales al nuevo entorno de comunicación.

El régimen jurídico aplicable a la mediación electrónica resulta complejo y no siempre es conocido por quienes la utilizan. El marco legal en el que se debe integrar la mediación electrónica, viene determinado por leyes tan diversas como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, la Directiva 2008/52/CE sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

En particular, la mediación electrónica queda afectada por las previsiones normativas enumeradas en la Ley 5/2012 (arts. 6 a 10, ambos inclusive) respecto a los principios de la mediación:

- *El principio de voluntariedad*² (art. 19 LM). Hasta que no se verifica el consentimiento inequívoco de las partes no se iniciará el procedimiento. Consentimiento que implica no sólo aceptar la mediación, como se establece en el requisito de constancia de la sesión inicial, sino también la aceptación voluntaria al desarrollo de este procedimiento por medios electrónicos. Sólo se exceptúa esta última

2. Sobre este particular, cabe apuntar el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, que pretendió impulsar la mediación en España mediante la implantación de la mediación obligatoria o más bien una «obligatoriedad mitigada». Es decir, las partes tendrán que acudir a una sesión informativa y a una sesión exploratoria antes de iniciar un procedimiento judicial en unas determinadas materias que se enumeran en el texto legal.

necesidad, para el caso de acudir al procedimiento de mediación simplificada previsto en la Disposición Final Séptima de esta Ley³.

- *El principio dispositivo*. Cada parte expondrá libremente sus pretensiones y aportará sus medios de prueba.
- *El principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores* (art. 7 LM). Existirá un control de transparencia y de trato equitativo del mediador experto respecto a las partes y el tiempo y número de las comunicaciones privadas que se realizan entre las mismas y el mediador. El mediador ha de procurar dar las mismas oportunidades a cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso de mediación⁴.
- *El principio de neutralidad* (art. 8 LM). Los acuerdos son alcanzados por las partes, aunque el mediador pueda ser quien los recoja o formule. No pueden proponerse directamente soluciones o medidas concretas por parte de la persona mediadora, distintas a las acordadas o propuestas por las partes.

Ciertamente existe una semejanza entre los conceptos de imparcialidad y neutralidad, puesto que obrar con imparcialidad supone un actuar sin prevención por una u otra parte, mientras que la neutralidad no es sino una persona que obra sin ser de uno o del otro. Lo que es evidente es que el mediador sí podrá, aunque no tome partido por ninguna de las partes, ayudar a dar forma al acuerdo que se adopte como voluntariamente querido por ambos contendientes.

- *El principio de confidencialidad y secreto profesional* (art. 9 LM). La confidencialidad en sentido positivo se trata de la obligación de mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación o sobre el desarrollo del procedimiento negociador. En sentido negativo, consiste en una obligación de no hacer, no divulgar, no revelar o no utilizar ningún dato, hecho o documento que se conozca relativo al objeto de mediación. En caso de incumplimiento, a falta de desarrollo legal, generará responsabilidad teniendo en cuenta la legislación autonómica sobre mediación.

Para que el mediador pueda cumplir con su deber ético y jurídico de reserva, la ley le reconoce el derecho a no revelar cierta información manteniendo así la confianza de quienes acuden a él para seguir un procedimiento de mediación. El secreto profesional es un derecho que otorga la ley al mediador, por razón de su profesión, para eludir sin consecuencias negativas su deber de declarar. Sin embargo, esta facultad no es absoluta ya que se exceptúa, por un lado, la revelación expresa por las partes y, por otro, cuando el juez requiera cierta información con ocasión de un proceso penal.

- Respecto a las partes en mediación, *el principio de buena fe y el principio de respeto mutuo y deber de colaboración y apoyo entre las mismas*, implica atender correctamente y observar las instrucciones para el uso adecuado de la tecnología. Además, los mediadores y las instituciones que administran la mediación electrónica pueden ofrecer la posibilidad de intervenir como «tercero de confianza» (art. 25 LSSI) para las partes mediadas. Si las partes aceptan esta posibilidad, la plataforma archivará las declaraciones de voluntad

3. Disposición final séptima, LM: «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos...».

4. Muestra de ello es el denominado Código europeo de conducta para los mediadores del año 2004, sin perjuicio de la legislación nacional ni de las normas profesionales específicas.

que integren el expediente y consignará la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. Se archivará en soporte informático por el tiempo estipulado que no será inferior a cinco años (art. 25 LSSICE). Habitualmente, esto ocurrirá cuando las partes hayan decidido dispensarse voluntariamente de la aplicación del principio de confidencialidad y así lo hayan manifestado al principio del procedimiento (art. 9.2 a) en relación con el 19 de la Ley de mediación).

3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

La necesidad de acudir a la mediación electrónica viene determinada por la consideración de ofrecer un procedimiento sencillo y barato para solventar los conflictos de poca complejidad. Ahora bien, antes de adentrarnos en los pros y los contras de acudir a un procedimiento de mediación en línea, habría que aclarar que no debería ser o blanco o negro, es decir, como en casi todo, lo adecuado se encuentra en el término medio. A mi juicio, la mediación electrónica es una herramienta muy útil, aunque lo ideal sería combinarla con sesiones presenciales siempre que se pueda. Cierto es que, en temas relativos exclusivamente a desacuerdos en cantidades, sobre todo cuando hablamos de importes pequeños, no parece necesaria la presencia física de las partes. Pero, en cualquier caso, considero que siempre sería interesante para mejorar la relación de los sujetos implicados en el conflicto.

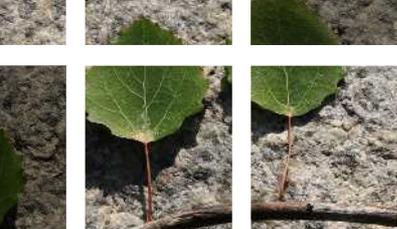
3.1. Ventajas potenciales de la mediación electrónica

— Su rapidez: internet es una vía más de comunicación y como tal, presenta la oportunidad única de facilitar la mediación en tiempo real sobre conflictos concretos, a distancia, sin fronteras. Como no implica traslados, puede realizarse «en cuestión de horas» desde que un conflicto se ha puesto de manifiesto.

— Su bajo costo, ya que en la mayoría de los casos es más económico que recurrir a otros métodos de resolución de controversias como pueden ser arbitrajes o litigios en las órbitas jurídicas. Además, su uso permite resolver conflictos sobre relaciones comerciales de «de bajos montos», donde acudir a un árbitro o a un Juez suele ser más costoso que la propia operación comercial que da base al conflicto.

— Su naturaleza asincrónica, permite:

- Más tiempo para reflexionar. Sin la presión del tiempo, permite imprimirle el «ritmo personal» al análisis de las cuestiones involucradas. Posibilita a las partes que se sientan más seguras con el respeto de sus tiempos personales. Me resulta interesante resaltar una plataforma que retenía los mensajes de las partes veinticuatro horas antes de enviarlo, y pedía confirmación de que no querías modificarlo antes del envío definitivo a la otra parte. Lo más curioso de esto es que en más del 80% de los casos, se hacía alguna modificación antes del envío definitivo. Esto, por ejemplo, supone una gran ventaja frente a la mediación presencial. Cada exposición, sugerencia o propuesta puedes hacerla con tiempo de sobra para analizar cada palabra, lo que quieres decir y cómo quieres expresarlo. Mientras que en el caso de una mediación presencial no hay tiempo para pensar en pros y contras, reformular, cambiar de opinión, etc.



La presente monografía, a cargo de abogados, profesores universitarios, mediadores, notarios, registradores, etc. ofrece una radiografía completa sobre los aspectos más candentes y controvertidos en materia de mediación, familia y sucesiones. Dividida en tres bloques, en el primero de ellos —mediación—, se tratan, entre otros temas, la obligatoriedad de la mediación, su visión desde una perspectiva de género, la responsabilidad civil de árbitros y mediadores, las técnicas de mediación, la mediación electrónica o la conciliación registral. En el segundo de los bloques —familia—, se abordan diferentes cuestiones relacionadas con la misma como pueden ser la vivienda, los alimentos, la guarda y custodia, así como el tratamiento de la propia institución de la familia desde el punto de vista constitucional. Por su parte, en el tercero y último de los bloques —sucesiones—, se abordan temas de tanto calado como la partición hereditaria, el legado de la vivienda familiar, la legítima, la desheredación o la posibilidad del testamento digital.

ISBN: 978-84-9090-438-1



9

788490

904381



3652K23000



ER-0280/2005



GA-20050100