

LA MEDIACIÓN MERCANTIL ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO

COMMERCIAL MEDIATION AND THE NEW CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A COMPARATIVE VIEW OF THE SPANISH AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.24

Recibido/Received 31/08/2022 – Aprobado/Approved 07/10/2022

Noemí Jiménez Cardona¹ – <https://orcid.org/0000-0003-3197-4775>

Resumen:

El presente artículo se centra en el análisis de la aplicación y posibilidades de uso que ofrecen las herramientas basadas en inteligencia artificial y gestión de datos en masa (*big data*) en la tramitación de los procesos de mediación, concretamente los de naturaleza mercantil, desde una comparativa ítalo-española. Para alcanzar este fin el método utilizado se ha centrado en el análisis doctrina y jurisprudencial sobre la materia, con especial referencia al tratamiento de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en la Ley 7/2017 y el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (2020), así como a lo dispuesto en los Decretos Leyes italianos núm. 28/2010 y 69/2013. Entre los resultados alcanzados, puede anticiparse que la incorporación instrumental de la inteligencia artificial a la mediación, con las debidas garantías de funcionamiento, puede proporcionar una herramienta más de soporte y ayuda para el mediador, pero sin llegar en ningún caso a sustituirlo o reemplazarlo.

Palabras Clave: Mediación mercantil; Inteligencia Artificial; Big Data; Métodos alternativos de resolución de conflictos.

Abstract:

This article focuses on the analysis of the application and possibilities of use offered by tools based on artificial intelligence and mass data management (*big data*) in the processing of mediation processes, specifically those of a commercial nature, from an Italian-Spanish comparative perspective. To achieve this end, the method used has focused on the analysis of doctrine and case law on the subject, with particular reference to the treatment of out-of-court dispute resolution procedures in Law 7/2017 and the Draft Bill on Procedural Efficiency Measures for the Public Justice Service (2020), as well as the provisions of Italian Decree Laws n. 28/2010 and 69/2013. Among the results achieved, it can be anticipated that the instrumental incorporation of artificial intelligence in mediation, with the due guarantees of operation, can provide a further tool to support and assist the mediator, but without ever replacing or substituting him.

Keywords: Commercial mediation; Artificial Intelligence; Big Data; Alternative dispute resolution.

¹ Profesora e Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Privado (Sección de Derecho Mercantil) de la Universitat de Barcelona. njimenezcardona@ub.edu.

Sumario: I. – La mediación como método de resolución de conflictos. El caso italiano y el caso español. II. – Mediación empresarial (planteamiento general). III. – Mediación Comercial e Inteligencia Artificial. IV. – Bibliografía.

I. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. EL CASO ITALIANO Y EL CASO ESPAÑOL

A lo largo de la historia, cabe señalar la coexistencia o cohabitación de diferentes métodos de resolución de conflictos intersubjetivos: legítima defensa, autocomposición, heterocomposición y proceso judicial². A su vez, dentro de las fórmulas autocompositivas, concebidas como aquellas en las que las mismas personas en conflicto afrontan la solución del problema que les concierne mediante un acuerdo entre ellos o a través del sacrificio voluntario, total o parcial, de alguno de ellos; es posible situar no solo la renuncia, el desistimiento, el allanamiento a la demanda o a la transacción, sino también la mediación y la conciliación³. Muchos de estos métodos, como sucede con la mediación, guardan relación con las *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁴.

La mediación, en concreto, supone la intervención de un tercero imparcial (el mediador) llamado a ayudar a los protagonistas del conflicto a encontrar una solución a su problema, pero sin imponerla. En otras palabras, el mediador participa activamente en la solución del conflicto, pero únicamente para facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas, ya que tendrán que llegar a la solución de su disputa a través de una suerte de negociación asistida⁵. De hecho, el propio art. 1 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, la ha definido como aquel método de resolución de controversias que se configura en torno a la intención voluntaria de dos o más partes de alcanzar, con la intervención del mediador, un acuerdo que ponga fin a su conflictividad. Siendo esto así, no resulta nada extraño que el procedimiento de mediación venga sujeto a un elenco de principios informadores: voluntariedad, libre disposición de los derechos en conflicto, igualdad de partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad organizacional, lealtad, buena fe y respeto mutuo.

² VALLESPÍN PÉREZ, D., *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2018, p. 17 y ss.

³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 55; y, del mismo autor, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1991, p. 52; CUCARELLA GALIANA, L.A., *La mediación en derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de conflictos distintas al proceso*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 26, 2012, p. 8.

⁴ Sobre el particular, véase: BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁵ Con carácter general sobre la mediación civil y mercantil, véanse, entre otros: CABRERA MERCADO, R., y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La mediación civil, mercantil y concursal*, Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2018; CASTILLEJO MANZANARES, R., et al. *Manual de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, dirigido por la propia autora y coordinado por Alonso Salgado y Castillejo Manzanares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; y MARTÍN DÍZ, F. et al. *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, dirigida por el propio autor y coordinada por Carrizo González-Castel, Andavira Editora, A Coruña, 2017.

Por lo tanto, la mediación en España al menos hasta ahora, ha sido concebida, en términos generales, como alternativa y complementaria, no sustitutiva, del proceso judicial. Esta realidad, sin embargo, bien podría cambiar en caso de aprobarse el Proyecto de Ley de Medidas de Eficacia Procesal de la Administración Pública de Justicia⁶, en el que la mediación, prevista como una de las herramientas adecuadas para la resolución de conflictos, acabara por convertirse en un verdadero requisito procesal de un juicio posterior, con las condiciones pertinentes, de dudosa constitucionalidad, en materia, por ejemplo, de imposición de costas judiciales⁷.

De ser ese el sentido del citado proyecto de ley en curso, se estaría ante el fortalecimiento de la mediación no en función de sus virtudes, que indudablemente posee, sino de su defectuoso funcionamiento, por su naturaleza lenta y costosa, del procedimiento judicial; así como el reconocimiento de una cierta privatización de la justicia⁸ que, en última instancia, bien pudiera entrar en conflicto con el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el apartado primero del art. 24 de la Constitución Española desde 1978⁹.

Una mediación que, con base en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en materia civil y mercantil, se informa por una extensa lista de principios rectores contrapuestos, pero concurrentes entre sí: voluntariedad; igualdad de las partes, libre disposición de derechos, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, lealtad, buena fe y respeto mutuo¹⁰.

Subrayando el principio de voluntariedad, cabe señalar que, si la mediación fuera obligatoria, lo cual se muestra conforme con la literalidad del art. 5 de la Directiva 2008/52/CE, sufriría un impulso cuantitativo; pero también que esta obligación debe estar condicionada a que ello no implique una limitación del libre acceso a los tribunales. Sobre la compatibilidad de la mediación obligatoria y

⁶ Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio público de Justicia, aprobado el 16 de junio de 2022 (núm. 127/ 000097). Sobre la nueva configuración de los medios *adecuados* de resolución de conflictos prevista en el citado proyecto, nos remitimos a los estudios de HINOJOSA SEGOVIA, R., *Los medios adecuados de solución de controversias [MASC] en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, La Ley. Mediación y arbitraje, 2022, núm. 11.; LORENZO AGUILAR, J., *Análisis global de los medios de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*, Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil, 2021, núm. 153; y SÁNCHEZ VALLE, M.R., *¿Mediación voluntaria o preceptiva? Reflexiones a la luz del proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, Boletín del Colegio de Registradores de España, 2022, núm. 103, p. 30-67.

⁷ MARCOS FRANCISCO, D., *La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de medidas de eficiencia procesal*, Revista General de Derecho Procesal, 2022, núm. 57.

⁸ ESPLUGAS MOTA, C., *Mediación civil y comercial: regulación internacional e Iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 27.

⁹ BUJOSA VADELL, L., y PALOMO VÉLEZ, D., *Mediación electrónica: Perspectiva europea*, Revista Ius et Praxis, núm. 2, 2017, p. 53 y ss.; MARTÍN DIZ, F., *Mediación en Derecho Privado. Nuevas perspectivas prácticas*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 33, 2014, p. 4; NIEVA FENOLL, J., *La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?*, Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil, 2012, núm. 98-99.

¹⁰ JIMÉNEZ CARDONA, N., “Los principios informadores de la mediación mercantil (una visión ética)”, en Dimensión ética del derecho procesal (coord. por Ascencio Gallego), Juruá, Oporto, 2022, p. 225 y ss.

sobre el cumplimiento del modelo constitucional y supranacional del debido proceso o con todas las garantías ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de junio de 2017¹¹ en la que, al hilo del modelo italiano, proclamó su compatibilidad con la normativa comunitaria en la medida que el carácter voluntario reside no en la libertad de las partes de recurrir o no a este proceso, sino en el hecho de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento siempre que, en última estancia, se preserve el derecho de las partes a acceder al sistema judicial.

Y es que la situación prevista en el ordenamiento jurídico italiano es bien distinta en la medida que ha existido una cierta alternancia en dotar a la mediación de un carácter voluntario u obligatorio de cara a una posterior interposición de acciones judiciales. En un primer momento, la mediación italiana se configuró de forma similar a lo que acontece en el panorama español, concibiéndola como un mecanismo alternativo al proceso cuyo acceso era de carácter voluntario para las partes implicadas. No fue hasta la transposición de la Directiva Europea 2008/52/UE, cuando el legislador italiano, mediante la promulgación del Decreto Legislativo núm. 28/2010¹², aprovechó la oportunidad para establecer un sistema de mediación obligatoria para determinadas materias de ámbito civil y mercantil, mientras que para el resto de asuntos mantuvo su acceso voluntario y alternativo a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, como resultado de una decisión del Tribunal Constitucional italiano de octubre de 2012 en la que declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 28/2010 por razones de procedimiento (pero sin emitir ningún pronunciamiento de fondo sobre el procedimiento de mediación obligatoria), el legislador italiano se vio obligado a promulgar una nueva ley, esto es, el Decreto Ley núm. 69/2013¹³, que modificase el Decreto Legislativo original sobre la materia. Esta nueva norma, que hasta día de hoy permanece vigente, declara que las partes deben someterse, con carácter obligatorio y asistidas de sus respectivos abogados, a mediación cuando el conflicto tenga por objeto alguna de las materias señaladas en el art. 5 de dicha norma (esto es, cuando el conflicto verse sobre derechos reales, divisiones o particiones de herencias, arrendamientos de vivienda o negocios, préstamos, indemnización de perjuicios derivados de responsabilidad médico-sanitaria, seguros, banca y contratos financieros). No obstante, debe ponerse de relieve que la obligatoriedad a la que se refiere la norma italiana viene referida a la obligación de las partes a presentarse y celebrar una primera sesión de mediación y no al seguimiento completo de todo el procedimiento¹⁴.

¹¹ STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 – *Menini y Rampanelli vs. Banco Popolare Società Cooperativa* (ECLI:EU:C:2017:457).

¹² Decreto Legislativo de 4 marzo 2010, núm. 28 (convertido en ley por legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050)

¹³ Decreto-ley de 21 de junio de 2013, núm. 69 publicado en el boletín oficial italiano (Gazzetta Ufficiale) el 20 agosto 2013 y convertido en ley mediante ley núm. 194 (Legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98).

¹⁴ CALIFANO, G.P., Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria (in relazione agli interventi di terzi e al procedimento monitorio; tra ciò che mi piacerebbe e ciò che invece mi appare), *Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale*, 2017, núm. 4, p. 999-1010; DESIATO, O., La

Así las cosas, es claro que el objetivo que persigue el legislador italiano con la reforma no es otro que reducir el número de procedimientos judiciales obligando a las partes a realizar, al menos un primer intento de mediación, en la medida en que esta se configura como un requisito de admisibilidad de cara al posterior ejercicio de las correspondientes acciones judiciales.

Tomando en consideración el recorrido que ha acompañado la mediación en el ordenamiento jurídico italiano, la mediación española debería seguir siendo voluntaria, con algunas excepciones en materia de familia, transporte o seguros. Además, el prelegislador español parece olvidar que ello solo será posible cuando se garantice que el procedimiento de mediación no conduzca a una decisión vinculante para la parte, interrumpa la limitación de derechos o genere costes importantes para las partes implicadas.

Por tanto, lejos de apostar, sin límites, por un modelo de mediación obligatoria, parecería más adecuado, desde una lectura constitucional, diseñar una mediación voluntaria, que, por su buen funcionamiento, acabase generalizándose, incluso pudiendo recibir “incentivos positivos”, lejos de las imposiciones, ya sean de carácter fiscal, probatorio o incluso referido al siempre complejo tratamiento de las costas judiciales. Y, por si fuera poco, conociendo nuestra tradición, no es que a la postre la mediación forzosa acabe convirtiéndose en un simple trámite a seguir, por imperativo legal, con el correspondiente incremento de gastos y pérdida de tiempo hasta desembocar en un proceso judicial.

II. MEDIACIÓN MERCANTIL (PLANTEAMIENTO GENERAL)

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley, nacieron con la vocación de asentar la mediación como instrumento de resolución de aquellas controversias surgidas entre sujetos de Derecho Privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible. Dicha norma jurídica supuso un notable avance en orden a la toma en consideración, en nuestro país, de los métodos alternativos de resolución de conflictos, con especial referencia a la mediación y su aplicación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵.

Desde la óptica mercantil, es evidente que el mundo de los negocios y de las transacciones comerciales es complejo y vertiginoso, lo cual termina por

mediazione civile obbligatoria quattro anni dopo. L'atteggiamento della giurisprudenza in tema di assolvimento della condizione di procedibilità della domanda, Responsabilità civile e previdenza: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, 2017, v. 82, núm. 3, p. 788-801; LUISO, F.P., La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge, Giurisprudenza Italiana, 2019, núm. 10, p. 2128 y ss.

¹⁵ Sobre la potencialidad práctica de la mediación, véanse las reflexiones apuntadas en su día, al hilo de la Ley 5/2012, por MARTÍN DIZ, F., “*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*”, en Revista General de Derecho Procesal, núm. 33, 2014, p. 1-38, y del mismo autor, “*Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*”, en Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal, núm. 137, 2019, p. 3 y ss.

provocar números conflictos entre comerciantes y entre empresas¹⁶. Conflictos que, en no pocos casos, bien pudieren encontrar su vía de solución, sin necesidad de acudir a la vía judicial, mediante el procedimiento de mediación¹⁷. Un método este, la mediación, que debiera fundarse, en especial en materia empresarial, en su flexibilidad, así como encontrar cierto acomodo en aquellas controversias referidas, por ejemplo, a la disminución de la demanda de productos o servicios, la insatisfacción de los clientes, la disminución de ingresos, el inadecuado funcionamiento empresarial, la rotación constante de empleados, los errores de comunicación comercial, las demoras en las entregas de pedidos, o la falta de productividad.

De hecho, en muchas ocasiones la mediación mercantil se proyecta, en ámbitos muy especializados y sectoriales donde el seguimiento de un proceso judicial bien pudiera no ser la mejor de las opciones. Piénsese, por ejemplo, en el siempre complejo ámbito del Derecho de la Competencia (sobre todo en lo que respecta a su aplicación privada relacionada con la reclamación de daños y perjuicios), en el Derecho de Consumo, en la Propiedad Industrial (donde cada vez se potencia más el uso de los métodos alternativos al proceso judicial para atender los conflictos que se suscitan entre los diferentes derechos de exclusiva los entornos digitales, en especial los surgidos entre las marcas y los registros de nombres de dominio o páginas web). También cobra cada vez más importancia la mediación en el ámbito de la publicidad ilícita y la competencia desleal, tanto en los medios de comunicación tradicionales como en los nuevos medios digitales (sobre todo la publicidad que es creada directamente en redes sociales) o para dar respuesta a los clásicos conflictos que se circunscriben dentro del Derecho de sociedades y el derecho concursal¹⁸.

Una mediación comercial en la que la agilidad en la resolución de conflictos, a pesar del mantenimiento de la reputación de la parte, puede sugerir que la mediación es una importante alternativa al proceso judicial. En todos estos

¹⁶ Sobre este particular, véase, al hilo de las infracciones de las normas de Derecho de la Competencia, GIMENO RIBES, M., “*Mediación en el ámbito del Derecho de la Competencia*”, en *La mediación en asuntos mercantiles* (dirigido por Boldó Roda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 191 y ss.; JIMÉNEZ CARDONA, N., *Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Madrid, 2021, p. 94 y ss.

¹⁷ Sobre la mediación mercantil, véanse, por todos: EMBID IRUJO, J. M., “*Mediación y Derecho mercantil*”, en *La mediación en asuntos mercantiles* (dirigido por Boldó Roda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación civil y comercial: regulación internacional e Iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; y GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C., (Dirs.) *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012. Por lo que respecta a las ADR en el ámbito mercantil, en especial a lo que se refiere al arbitraje societario, véanse, por todos, PICÓ JUNOY, J., y VÁZQUEZ ALBERT, D., “*La revitalización del arbitraje societario*”, en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral* (dirigido por Vázquez Albert y Tusquets Trias de Bes), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 78 y ss.

¹⁸ Sobre la potencialidad práctica de la mediación, véanse las reflexiones apuntadas en su día, al hilo de la Ley 5/2012, por MARTÍN DIZ, F., “*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014, p. 1-38, y del mismo autor, “*Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*”, en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal*, núm. 137, 2019, p. 3 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D., *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 44-45.

casos no solo es necesario poner fin al conflicto, sino que dicha solución debe hacerse de forma ágil y sobre todo ajustada a las características y problemática que presenta cada situación. En este sentido, la mediación aparece como un fórmula más ágil y adaptable que el proceso judicial para mantener el prestigio empresarial, para no dañar los activos intangibles de las empresas, alcanzar una mayor satisfacción del cliente-consumidor, o bien conservar las relaciones comerciales entre las partes que aparecen implicadas en la controversia.

No obstante lo anterior, transcurridos ya varios años desde la entrada en vigor de la Ley Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, dicho método de resolución de conflictos, también por lo que hace referencia al ámbito mercantil¹⁹, no ha acabado de alcanzar aquella potencialidad de uso que se le podía presuponer en un primer momento. Ello puede explicar, conjuntamente con el actual colapso judicial derivado de la crisis del covid-19²⁰, que nuestro legislador, a finales del año 2020, haya puesto en marcha la elaboración de un Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en el que ha optado por enfrenar la regulación de los que en él se llaman medios adecuados de solución de controversias (excluyendo de forma irracional al proceso judicial): conciliación privada, oferta vinculante confidencial, opinión de un experto independiente y, por supuesto, la mediación, en cuanto medio en el que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora²¹.

Por otra parte, la mediación mercantil, en cuanto método de resolución de conflictos, también se ha visto afectada, en los últimos tiempos, a la digitalización e incorporación de los ODR, entre los que destaca la mediación electrónica, la resolución de disputas en línea o, como ahora más interesa, el actual debate acerca del papel que pueda llegar a jugar la inteligencia artificial en el terreno de la mediación.

¹⁹ Dicho concepto de mediación deriva, en concreto, de la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de diciembre de 2020, por la que se modifica el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Acerca del concepto de mediación en la Ley 5/2012, véase, por todos: ORTUÑO MUÑOZ, p. , “Comentario al art. 1. Concepto”, en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dirigidos por Castillejo Manzanares), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 17 y ss.

²⁰ Sobre la afectación del covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, véase, con carácter monográfico, la obra colectiva AA.VV. *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del Covid-19*, Bosch, Barcelona, 2020; BUJOSA VADELL, L., *La justicia en tiempos de coronavirus*, Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, 2020, v. 8, núm. 1, p. 11-14.

²¹ Sobre este particular, por todos: ORTUÑO MUÑOZ, p. , “Comentario al art. 1. Concepto”, en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ob. cit., p. 21-24; ROGEL VIDE, C., “Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012* (dirigido por García Villaluenga y por el mismo autor), Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 9 y ss.; VALLEJO PÉREZ, G., *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho romano: especial referencia a la mediación*, ob. cit., p. 176-178.

III. MEDIACIÓN COMERCIAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En un momento como el actual, en que estamos asistiendo a la algoritmización del Derecho y también de la Justicia, tiene sentido plantearse la incorporación de la inteligencia artificial no solo en el propio proceso judicial, sino también cuál debiera ser su uso en los mecanismos alternativos de controversias entre los que se encuentra la mediación tanto en el ámbito civil como en el mercantil que ahora nos ocupa.

Un entorno presidido, como cualquier observador atento de la realidad puede constatar, por la generalización, entre otras cosas, del comercio electrónico²²; así como por unas herramientas de solución de conflictos en las que participan: las partes en disputa, un tercero, profesional o experto, que interviene facilitando y auxiliando la comunicación, o bien valorando, evaluando o decidiendo la cuestión objeto de debate; las instituciones y organizaciones proveedoras de servicios ODR, que facilitan estos y controlan su correcta administración; y las plataformas tecnológicas (los intermediarios de base tecnológica – sistemas informáticos para la generación, envío, recepción, archivo, intercambio o procesamiento de comunicaciones electrónicas en línea – y la propia tecnología que, en casos puntuales, ya abarca, fruto de la incorporación de la inteligencia artificial, ciertas acciones decisorias)²³.

De hecho, en orden a la imbricación de la mediación con los recursos electrónicos, que ha llegado para quedarse, es factible individualizar tres grandes etapas que marcan la evolución tecnológica de nuestros días: una primera, en que la utilización de la tecnología es meramente instrumental, caracterizada por la aparición de sistemas de arbitraje y mediación en línea; una segunda, presidida por la incorporación de sistemas algorítmicos que permiten decidir, por ejemplo, acerca de la conveniencia o no, en el caso concreto, de desarrollar una actividad de

²² BARRAL VIÑALS, I., “La regulación de las Online Disputes Resolution (ODR) en el ámbito del consumo”, en *La plataforma ODR ¿un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Adicae, Zaragoza, 2016, p. 36; GARCÍA CUBERO, R., “Mediación por medios electrónicos: procedimiento y herramientas”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, dirigida por Carretero Morales, Ruiz López y Soletto Muñoz, Tecnos, Madrid, 2013, p. 349 y ss.; LORENTE FERRER, J.R., “Conocimiento de los sistemas de reclamación extrajudicial en el comercio electrónico en 2016”, en *La Plataforma ODR ¿un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Adicae, Zaragoza, 2016, p. 126 y ss.; LLÁCER MATACÁS, M.R., *Códigos de conducta y online dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho*, Anuario de Derecho Civil, IV, 2009 (octubre-diciembre), p. 1523 y ss.; MADRID PARRA, A.A., *Electronificación del arbitraje*, Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2001, p. 8; SUSQUET CAPDEVILA, J., *Mediación de consumo y tecnologías, democracia digital e governo eletrônico*, Florianópolis, núm. 10, 2014, p. 265 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D., *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, ob. cit., p. 44; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de litigios en línea en materia de consumo*, Marco normativo europeo y adopción del sistema arbitral de consumo, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 32, 2013, p. 111 y ss.

²³ Sobre dicha participación y su significado, por todos: VERNEYS, N., y ACEVEDO, M.F., “Online dispute resolution platform as a public service: how the cyberjustice laboratory’s platform to aid in the resolution of litigation electronically (parle) is transforming the canadian justice system”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y proyección de futuro*, dirigida por Barral Viñals y coordinada por Viola Demestre y Pérez Daudí, Atelier, Barcelona, 2019, p. 219 y ss.; VILALTA, A.E., “La resolución de conflictos en línea”, en *La plataforma ODR ¿un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, ob. cit., 18-21.

negociación o seguir una mediación; y una tercera, más reciente en el tiempo, en la que ya empieza a hablarse de la incorporación de la inteligencia artificial mediante sistemas computacionales y estructuras de cómputo, con árbitros y mediadores robot que dirigen y resuelven, por sí mismos, la controversia planteada.

La incorporación de la inteligencia artificial puede afrontarse desde dos perspectivas bien distintas: una de naturaleza asistencial y otra decisoria. La primera de carácter asistencial, supone concebir la inteligencia artificial como una ayuda o instrumento al servicio de una mejor justicia²⁴. En este sentido, el uso de la inteligencia artificial puede facilitar el empleo de criterios objetivos que permitan seleccionar a los mediadores que tengan un perfil más apropiado para el caso concreto; también para sopesar la utilidad y conveniencia de someterse a un procedimiento de mediación o, incluso, plantear un abanico de hipótesis estandarizadas que pudieran servir de solución al conflicto (como podría darse, por ejemplo, con los cruces de ofertas que es propio del Derecho de Seguros)²⁵.

Esta incorporación instrumental de la inteligencia artificial a la mediación, con las debidas garantías de funcionamiento, nos parece no solo factible, sino también deseable, en la medida que se concibe como una herramienta más de soporte y ayuda para el mediador, pero sin llegar en ningún caso a sustituirlo o reemplazarlo.

Por el contrario, incorporar la inteligencia artificial con carácter decisonal, supondría reemplazar la figura del mediador, persona humana, por una especie de “mediador” robot o avatar donde se otorgue a la inteligencia artificial la facultad de mediar y decidir por sí misma. En el momento actual de la evolución tecnológica (otra cosa puede suceder en un futuro más o menos cercano), no nos mostramos partidarios de su generalización en nuestro ordenamiento jurídico.

Varias razones nos llevan a esta conclusión: primero, porque las decisiones de la máquina no escapan a los prejuicios ideológicos de quienes incorporan los algoritmos; en segundo lugar, porque muchas veces estos algoritmos están lejos de ser transparentes; tercero, porque estaríamos en presencia, en el mejor de los casos, de decisiones basadas en experiencias pasadas recopiladas por el sistema, que bien podrían apartarse de los matices del caso concreto; en cuarto lugar, porque parecen difíciles de conciliar con la exigencia de motivación de hecho y de derecho de las decisiones judiciales; quinto, porque antes de generalizar se deben tomar precauciones para no dejar al imputado en una situación de indefensión; y, por último, pero no menos importante, porque, en última instancia, implican la deshumanización de la justicia.

²⁴ BUJOSA VADELL, L., “Ética e inteligencia artificial: una mirada desde el proceso jurisdiccional” en El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal (dirigido por Bueno de Mata), Aranzadi Thomson Reuters, 2022, Madrid, p. 43-73; NIEVA FENOLL, J., Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino, Revista General de Derecho Procesal, 2022, núm. 57.; SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., “¿Compatibilidad entre inteligencia artificial y proceso?”, en El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal (dirigido por Bueno de Mata), Aranzadi Thomson Reuters, 2022, Madrid, p. 183-197.

²⁵ DELGADO MARTÍN, J., “Hacia la transformación digital de la justicia. Tecnología y COVID-19, en la obra colectiva editada por Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2020, p. 81 y ss.

Una deshumanización en la que cada partido se convertirá en un simple número al que responder, más para engordar las estadísticas de los casos expulsados que para garantizar una auténtica justicia en el caso concreto; y en el que los principios tradicionales del proceso, como la inmediatez, la contradicción y la publicidad, llamados a consolidar las garantías procesales básicas, parecen olvidados o, al menos, postergados por una supuesta eficacia procesal que, bien puede temerse, aunque sea no es bueno generalizar, que poco se va a preocupar por la calidad de dicha “justicia” y sí por el abaratamiento de los costos de personal e infraestructuras judiciales.

Es innegable que los avances tecnológicos han llegado para quedarse, pero no caigamos en la trampa de primar las frías estadísticas sobre problemas reales que, como es fácil pensar, requieren soluciones reales en las que no solo es necesario conocer la ley, sino aplicarla de acuerdo con las reglas de la lógica y la psicología aplicadas al proceso, con una clara comprensión de la naturaleza humana y sus sentimientos²⁶.

Y lo mismo que vale decir sobre los peligros de los juicios automáticos vale también para esas mediaciones automatizadas, basadas en algoritmos, que algunos nos quieren vender como la panacea para todos los males de la justicia.

Abiertos al futuro, eso sí, pero con cautela y sin perder el sentido común. Aprendamos y no olvidemos el pasado; somos conscientes del presente; y pensamos en el futuro, pero sin volvernos locos por las modas ni por los intereses de unos lobbies que parecen confiarlo todo a “bajar costes”. La búsqueda obsesiva de una eficiencia medida únicamente en términos económicos no tiene por qué ser siempre positiva. De hecho, la experiencia gráfica de las compañías aéreas *low cost* así nos lo demuestra: es cierto que la reducción de los costes y, por consiguiente, de las tarifas, ha generalizado los desplazamientos aéreos, pero también lo es que la eficiencia que propugna ese modelo de negocio ha sido a cambio de desmejorar las condiciones y derechos laborales y, de rebajar los estándares de seguridad, calidad y servicio de las aeronaves.

Sería deseable que la mejora de la justicia estuviera dada por una mayor inversión material y personal de nuestros gobiernos (no incompatible con su digitalización y el uso instrumental de la inteligencia artificial asistencial); más que la generalización, sin garantías, de un robot-mediador o robot-juez llamado a decidir casos concretos, con afectación humana, desde la frialdad y falta de empatía propias de un mundo presidido por la dictadura algorítmica de una máquina, para hacer cosas peores, programadas por otro ser humano (ingeniero o matemático, que no es abogado, y nadie lo duda), incluso falibles y con un perfil ideológico particular o, peor aún, inducidas o empujadas por quienes detentan el poder en cada momento histórico concreto).

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1987.

²⁶ NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino*, Revista General de Derecho Procesal, 2022, núm. 57.

BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BARRAL VIÑALS, I. “La regulación de las Online Disputes Resolution (ODR) en el ámbito del consumo”, en *La plataforma ODR ¿un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Adicae, Zaragoza, 2016.

BUJOSA VADELL, L. “El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal” en El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal (dirigido por Bueno de Mata), Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2022.

BUJOSA VADELL, L. *La justicia en tiempos de coronavirus*, Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, v. 8, núm. 1, 2020.

BUJOSA VADELL, L. y PALOMO VÉLEZ, D. *Mediación electrónica: Perspectiva europea*, Revista Ius et Praxis, núm. 2, 2017.

CABRERA MERCADO, R. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R. *La mediación civil, mercantil y concursal*, Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2018.

CALIFANO, G.P. *Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria (in relazione agli interventi di terzi e al procedimento monitorio; tra ciò che mi piacerebbe e ciò che invece mi appare)*, Giustizia Civile: revista jurídica trimestrale, núm. 4, 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, R. *et al. Manual de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, dirigido por la propia autora y coordinado por Alonso Salgado y Castillejo Manzanares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CUCARELLA GALIANA, L.A. *La mediación en derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de conflictos distintas al proceso*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 26, 2012.

DELGADO MARTÍN, J. “Hacia la transformación digital de la justicia. Tecnología y COVID-19”, en la obra colectiva editada por Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2020.

DESIATO, O. *La mediazione civile obbligatoria quattro anni dopo. L'atteggiamento della giurisprudenza in tema di assolvimento della condizione di procedibilità della domanda*, Responsabilità civile e previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, v. 82, núm. 3, 2017.

EMBID IRUJO, J. M. “Mediación y Derecho mercantil”, en *La mediación en asuntos mercantiles* (dirigido por Boldó Roda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ESPLUGUES MOTA, C. *Mediación civil y comercial: regulación internacional e Iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA CUBERO, R. “Mediación por medios electrónicos: procedimiento y herramientas”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, dirigida por Carretero Morales, Ruiz López y Soletto Muñoz, Tecnos, Madrid, 2013.

GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dirs.) *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

GIMENO RIBES, M. “Mediación en el ámbito del Derecho de la Competencia”, en *La mediación en asuntos mercantiles* (dirigido por Boldó Roda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

HINOJOSA SEGOVIA, R. *Los medios adecuados de solución de controversias [MASC] en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, La Ley. Mediación y arbitraje, núm. 11, 2022.

JIMÉNEZ CARDONA, N. “Los principios informadores de la mediación mercantil (una visión ética)”, en *Dimensión ética del derecho procesal* (coord. por Asencio Gallego), Juruá, Oporto, 2022.

JIMÉNEZ CARDONA, N. *Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Madrid, 2021.

LLÁCER MATA CÁS, M.R. *Códigos de conducta y online dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho*, Anuario de Derecho Civil, IV, 2009.

LORENTE FERRER, J.R. “Conocimiento de los sistemas de reclamación extrajudicial en el comercio electrónico en 2016”, en *La Plataforma ODR ¿un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Adicae, Zaragoza, 2016.

LORENZO AGUILAR, J. *Análisis global de los medios de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 153, 2021.

LUISO, F.P. *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, *Giurisprudenza Italiana*, núm. 10, 2019.

MADRID PARRA, A.A. *Electronificación del arbitraje*, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2001.

MARCOS FRANCISCO. D. *La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de medidas de eficiencia procesal*, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022.

MARTÍN DIZ, F. “*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014.

MARTÍN DIZ, F. “*Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*”, en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal*, núm. 137, 2019.

MARTÍN DIZ, F. *et al. Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, dirigida por el propio autor y coordinada por Carrizo González-Castel, Andavira Editora, A Coruña, 2017.

NIEVA FENOLL, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino*, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022.

NIEVA FENOLL, J. *La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?*, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 98-99, 2012.

ORTUÑO MUÑOZ, P. “*Comentario al art. 1. Concepto*”, en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dirigidos por Castillejo Manzanares), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PICÓ JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D. “*La revitalización del arbitraje societario*”, en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral* (dirigido por Vázquez Albert y Tusquets Trías de Bes), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROGEL VIDE, C. “*Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012* (dirigido por García Villaluenga y por el mismo autor), Editorial Reus, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ BARRIOS, M.I. “*¿Compatibilidad entre inteligencia artificial y proceso?*”, en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal* (dirigido por Bueno de Mata), Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2022.

SÁNCHEZ VALLE, M.R. *¿Mediación voluntaria o preceptiva? Reflexiones a la luz del proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2022.

SUSQUET CAPDEVILA, J. *Mediación de consumo y tecnologías, democracia digital e governo eletrónico*, Florianópolis, núm. 10, 2014.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch – Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Resolución de litigios en línea en materia de consumo. Marco normativo europeo y adopción del sistema arbitral de consumo*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 32, 2013.

VERNEYS, N. y ACEVEDO, M.F. “*Online dispute resolution platform as a public service: how the ciberjustice laboratory’s platform to aid in the resolution of litigation electronically (parle) is trasforming the canadian justice system*”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, dirigida por Barral Viñals y coordinada por Viola Demestre y Pérez Daudí, Atelier, Barcelona, 2019.