

# Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas

por

AURA ESTHER VILALTA NICUESA (\*)

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

#### I. MARCO TEÓRICO:

1. MECANISMOS «EXTRAJUDICIALES».
2. EL ENTORNO ELECTRÓNICO.

#### II. ESTADO DEL ARTE:

##### 1. MARCO NORMATIVO:

- 1.1. *Normativa internacional.*
- 1.2. *Normativa regional.*

#### III. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA:

1. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LOS RLL.
2. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL:

---

(\*) Profesora Agregada de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC); Investigadora del Internet Interdisciplinary Institute (IN3); Miembro del National Center of Technology and Dispute Resolution, Umass, Amherst (NCTDR); Miembro de la Delegación española, en calidad de Representante nacional, junto con el Profesor Agustín Madrid Parra, en Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por vía Informática) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. [avilalta@uoc.edu](mailto:avilalta@uoc.edu).

- 2.1. *El falso dilema de la naturaleza de las partes. La asimetría contractual como problema de fondo.*
- 2.2. *Iter procedimental.*
- 2.3. *Las normas jurídicas aplicables y el carácter imperativo de ciertas previsiones normativas.*
- 2.4. *La neutralidad en los procesos multifase.*
- 2.5. *Cláusulas ex ante obligatorias de sumisión a mecanismos RLL de tipo adjudicativo.*
- 2.6. *Disposiciones ex ante que imponen un intento obligatorio RLL de tipo facilitativo y evaluativo.*
- 2.7. *Acerca de la fijación del lugar de los procesos RLL.*
- 2.8. *El valor jurídico de los acuerdos y decisiones, cuestión vinculada íntimamente con la formación de los expertos.*
- 2.9. *Elección de proveedores RLL y expertos.*
- 2.10. *Idioma del proceso.*
- 2.11. *Responsabilidad.*
- 2.12. *Carga probatoria.*
- 2.13. *Exclusiones.*

### 3. CUESTIONES TÉCNICAS:

- 3.1. *Identificación y autenticación.*
- 3.2. *Integridad de las comunicaciones y documentos.*
- 3.3. *Determinación del momento y lugar de envío de las comunicaciones electrónicas.*
- 3.4. *Condiciones generales y contratos de adhesión.*
- 3.5. *Costes del proceso extrajudicial y su imputación.*

### IV. ALGUNAS INDICACIONES CONCLUSIVAS.

## INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC), aplicadas a las relaciones económicas, están revolucionando el comercio tradicional (1) a un ritmo sin precedentes desde hace dos décadas (2). Como ha sido tratado en anteriores trabajos, el desarrollo del comercio electrónico y la

---

(1) Amplía las oportunidades para establecer relaciones sociales y económicas. Elimina las barreras tradicionales entre oferentes de bienes o servicios y usuarios. El tiempo, la distancia geográfica o las diferentes lenguas ya no constituyen obstáculos para el comercio.

(2) Desde el año 2002, tras el *boom* del dot.com y el gran desarrollo de la *www*, el número de comerciantes con sitio web aumenta diariamente y a gran escala. Según *Domain Counts & Internet Statistics*, en mayo de 2009 operaban más de 109.500.000 sitios web y de estos, el 74 por 100 eran comerciales o bien operaban con dominio.com. Véase, al respecto, Aura Esther VILALTA, «ODR and eCommerce», en Ethan KATSH, Daniel RAINEY, Mohamed A. WAHAL *et al.* (2011), *Online Disputes Resolution: theory and practice*. Eleven eds., en prensa.

tendente globalización de los mercados, favorecida por el uso de las TIC (3), provocan nuevos desafíos y la necesidad de buscar soluciones (4).

Internet y las nuevas tecnologías están modificando los hábitos de las personas y su estudio ha contribuido a comprender el desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento o sociedad red, entendida como «estructura social resultante de la interacción entre organización social, cambio social y el paradigma tecnológico» (CASTELLS, 2006) (5). Pocos dudan hoy del profundo impacto de estos dos factores en la reestructuración de las empresas y en el desarrollo del comercio transnacional y de la economía (6), en los movimientos sociales, en la producción y conocimiento, en la apertura de los sistemas jurídicos a fuentes de derecho de origen transnacional y en la permeabilidad y flujo de la información a nivel global (comunicación) entre los ámbitos económico-social, político y por ende también, jurídico.

---

(3) El término globalización se identifica a menudo con la idea de primacía de la economía y aparición de nuevas formas de desarrollo económico y social. Esta perspectiva no es nueva: la expansión romana o la época renacentista, acompañadas de la apertura de los mercados a otros continentes tras de un largo periodo de estancamiento pueden ser considerados también productos de una proto-globalización. Según algunos estudiosos de Derecho Común, esta segunda experiencia legal podría ser considerada precedente, dado que también entonces las exigencias de la economía y del comercio fueron un vector decisivo en la armonización de las prácticas comerciales por medio de continuos intercambios comerciales.

(4) Como ya ha sido apuntado, desde una perspectiva sociológica el pluralismo jurídico pretende ofrecer explicación a este fenómeno. La proliferación de instrumentos de regulación no vinculante está mutando la concepción tradicional del positivismo jurídico y abre camino a un diseño más horizontal, abierto, flexible, donde los sistemas legales con pluralidad de fuentes tienen un espacio donde emergen fuentes autónomas y heterónomas. El derecho inductivo se convierte en parte del derecho consuetudinario y de la *lex mercatoria*, entendida en sentido amplio como la ley de los estados en el comercio internacional, el conjunto de normas consuetudinarias que surgen espontáneamente en el comercio internacional para los agentes que operan con el fin de regular las relaciones contractuales y extracontractuales y de evitar conflictos o solucionarlos. Históricamente podemos situar el momento de su mayor florecimiento en la edad media, con la expansión del comercio transoceánico y de los negocios, los cuales requieren de soluciones más flexibles que las propuestas por el *ius civile*. Desde entonces ha sufrido varias fluctuaciones debido, en parte, a las políticas adoptadas por los estados para proteger sus mercados. El siglo XX atribuye carta de naturaleza al Derecho Internacional Privado y el uso del arbitraje internacional se extiende en el comercio transnacional. La *lex mercatoria* en este contexto no será, efectivamente, fuente de derecho, pero adquiere relevancia entre las partes contratantes cuando la contemplan a través de cláusulas explícitas. La repetición de su uso (*diuturnitas*) y la opinión o creencia del efecto vinculante entre las partes (*opinio juris necessitatis*) son dos aspectos que la identifican.

(5) Véase Manuel CASTELLS (2006), *La sociedad red: una visión global*, Alianza Editorial, pág. 21.

(6) El denominado eBusiness —entendido como red electrónica entre productores, consumidores y proveedores de servicios— y el eCommerce —tráfico económico de internet—. Como indicara Manuel CASTELLS en *La galaxia Internet*, Areté, Plaza Janés, 2001, pág. 93, aunque la empresa-red precedió a la difusión de internet, son contribuciones únicas de este medio tecnológico la interactividad, la flexibilidad, la gestión de la marca y la producción personalizada a la medida de las necesidades del consumidor.

Globalización y diversificación son dos tendencias aparentemente opuestas que discurren hoy, paradójicamente, de manera paralela y permean: el mercado y la producción es hoy global y, sin embargo, su penetración es local, depende de la adaptación de su contenido al gusto y necesidades locales. La *globalización* es la expresión acuñada en el actual mundo de los negocios para explicar un enfoque que considera la importancia de tener en cuenta la diversidad de condiciones, culturas, idiomas y, por tanto, pone el énfasis en las condiciones y necesidades locales antes de desarrollar o comercializar productos, servicios y estrategias de venta (pensar globalmente, actuar localmente). Del mismo modo, la producción de soluciones aportadas por el derecho a los conflictos tiende a una armonización internacional a través del *softlaw* respetuoso con las peculiaridades locales derivadas de las distintas tradiciones y culturas jurídicas.

En este novedoso contexto emergen y se consolidan términos de nuevo cuño para describir actividades innovadoras, actores y también mecanismos de resolución de disputas (7). Las relaciones económicas y de colaboración entre individuos y grupos en el entorno virtual son una manifestación, con impacto significativo en la economía y el derecho. La nueva realidad *www* estimula y fomenta el contacto directo y las relaciones jurídicas entre sujetos de diversa condición: entre personas privadas (en adelante, C2C), entre productores o distribuidores de bienes o servicios y personas privadas (en adelante, B2C) o entre empresas (en adelante, B2B) (8). Asimismo afecta a las estrategias de

---

(7) Las organizaciones y redes sociales son hoy también importante motor económico. Wikinomics es un concepto de cuño reciente [Don TAPSCOTT (1996), *Growing up digital: the rise of the net generation* y *Who knows: safeguarding you capital in a networked world*. McGraw-Hill, eds.] que ayuda a comprender el fenómeno de creación colectiva en el entorno virtual. El término *prosumer* identifica a aquellos individuos que, en su condición inicial de clientes, participan sin embargo en la creación de un producto de manera activa y continuada (consumidor/productor). Los usuarios tienden a organizarse y a crear sus propios productos, a compartir información, intercambiar, desarrollar herramientas y métodos. Producciones colectivas como los blogs, Google, Amazon o los wiki están en continua evolución. También la web ha dejado de ser un espacio pasivo donde se lee y oye, para devenir un ambiente donde la gente comparte, socializa y colabora en iniciativas colectivas. El conocimiento «propietario» convive con las redes y comunidades de colaboración y desarrollo que abren nuevas vías en el campo de la innovación y generan valor añadido. La economía tiende a incorporar alianzas más allá de las fronteras físicas o geopolíticas. Las empresas diversifican sus actividades de innovación y creación de páginas web globales, con el fin de ser más competitivas y sus equipos trabajan en colaboración a través del uso de herramientas web. El desarrollo de la telefonía móvil y del *Cloud Computing* (o *eCloud*) dan lugar hoy a nuevos modelos de negocio, permitiendo a usuarios con escasos conocimientos técnicos y sin infraestructura robusta acceder a los servicios de Internet.

(8) Una gran parte de las transacciones en red se realizan de empresa a empresa, los emprendedores individuales prosperan en este tipo de economía y las conexiones entre consultores, subcontratistas y empresas a través de la red adquieren la misma importancia que las operaciones de la propia empresa (Manuel CASTELLS en «La Galaxia Internet», *op. cit.*, pág. 82).

producción gracias a la reducción de los costes de transacción, al aumento de la subcontratación por parte de las empresas (*outsourcing, supply chain integration*) y a la disminución de intermediarios. Estos factores suponen una ventaja añadida para el comercio electrónico (B. ROBERTS & M. MACKAY, 1998) (9), aunque no han sido todavía suficientemente evaluados (M. GRAHAM, 2008) (10).

Como es natural, también en este nuevo espacio se manifiestan conflictos, con el agravante de que en muchos casos aparecen elementos transnacionales que encarecen, alargan y complican los procesos judiciales de un modo desproporcionado respecto del valor económico discutido. Los mecanismos de resolución de disputas emergen en este entorno económico y social como una respuesta espontánea con el fin de proporcionar una vía adecuada para superar un vacío estructural, mediante la gestión y resolución de conflictos en un entorno electrónico, porque el nivel de protección de los sujetos no depende solamente de la existencia de normas de derecho sustantivo que tutelen derechos y pretensiones, sino que requiere, asimismo, que tales derechos puedan ser efectivamente ejercitados. Esta categoría abarca todo tipo de mecanismos electrónicos que permitan a las partes evitar y resolver sus disputas. Son modalidades esencialmente de tipo resarcitorio, que procuran la satisfacción de los intereses de las partes de un modo rápido, sencillo y económico, una cuestión clave a los fines de garantizar la efectividad de los derechos y de generar la confianza de los sujetos en el comercio electrónico.

El presente estudio se propone, en consecuencia, contribuir al conocimiento de estos mecanismos extrajudiciales que operan en el ambiente electrónico y esbozar algunas primeras ideas respecto de interesantes cuestiones legales y técnicas que plantea el diseño de un adecuado marco legal.

## I. MARCO TEÓRICO

Los mecanismos de resolución en línea de litigios (en adelante, RLL), más conocidos en el ámbito anglosajón como *Online Dispute Resolution* (ODR), son términos «paraguas» utilizados comúnmente para designar sistemas de gestión y de resolución de conflictos que operan en un entorno electrónico. Esta categoría, que en un inicio parte de los ADR (acrónimo de *Alternative Dispute Resolution*), abarca hoy todo tipo de procesos electrónicos que permiten a las partes evitar y resolver sus disputas.

---

(9) Véase Bob ROBERTS & Mike MACKAY (1998), «It supporting supplier relationships: The role of electronic commerce», en *European Journal of Purchasing & Supply Management*, 4 175 D 184.

(10) Véase Mark GRAHAM (2008), *Warped Geographies of Development: The Internet and Theories of Economic Development*. *Geography Compass*. 2/3, 771-789. <http://geospace.co.uk/files/compass.pdf>

Haciendo un breve excurso histórico, resulta significativo que fuera en los años 1923-1926, con la fundación de la Cámara Internacional de Comercio y de la Asociación Americana de Arbitraje, cuando los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos —de la mano del arbitraje en sus momentos más tempranos— iniciaran su real andadura. En el año 1958, las Naciones Unidas procuró a la comunidad internacional un instrumento clave para su consolidación, la Convención de Nueva York *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (11). Y pocos años después, ya en 1965, bajo los auspicios del Banco Mundial, muchos países adoptaron el Convenio *sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (CIADI o Convenio de Washington; en inglés, ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) con el anhelo de facilitar la conciliación y el arbitraje en los conflictos que pudieran derivarse de la inversión internacional.

En el año 1969, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América —Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA)— desarrolló una red experimental llamada ARPAnet, para la coordinación de la actividad de cuatro centros de supercomputación en la investigación militar. Esta red, auxiliada de protocolos de Internet —TCP/IP—, es considerada uno de los antecedentes de la extensa red de millones de ordenadores que hoy conocemos como Internet. En el año 1973, ARPAnet entró en las redes móviles que utilizan satélites síncronos (SATNET) y paquetes móviles de radio (PRNET) —*internetting*—. Desde un punto de vista jurídico, el ambiente estaba ya, por aquel entonces, abonado también para los cambios: en el año 1976 un magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Warren Burger, convocó una conferencia nacional —*Roscoe Pound Conference*— en cuyo seno pronunció un memorable discurso sobre la reforma judicial y la necesidad de planificar cambios en el sistema de justicia civil para la resolución de conflictos sin recurrir al litigio. Los estudios y recomendaciones que se derivaron dieron un notable impulso a las técnicas de ADR a lo largo de las décadas siguientes.

En 1981 se publican las teorías de la negociación desarrolladas por FISHER & URY (12), investigadores del *Harvard Negotiation Project* y, más adelante, surgen los primeros proyectos vinculados a la gestión electrónica de las disputas a través de la mediación y del arbitraje: el *Virtual Magistrate project*, el *CyberTribunal* o el *Online Ombuds Office*. Los LISTSERVS constituyeron el primer fórum donde tuvieron lugar los conflictos más comunes en la red (KATSH

---

(11) Convención de Nueva York *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958. [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e\\_ocr.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e_ocr.pdf)

(12) Véase Roger FISHER & William URY (1981), *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. Penguin Group eds.

& RIFKIN, 2001) (13). A principios de los noventa, el *National Science Foundation* elimina las restricciones al uso comercial de Internet y, seguidamente, se autoriza el uso de Internet con fines comerciales y se inicia la gestión de los nombres de dominio. En el año 1995, Jeff BEZOS lanza Amazon y Pierre OMIDYAR funda *eBay*.

El uso de la red por parte de los consumidores a partir de entonces ha dado lugar a nuevas realidades, como la aparición de controversias derivadas de las propias transacciones electrónicas. Entran en funcionamiento los primeros prototipos ODR: *Mediate.com*, el proyecto *Virtual Magistrate* de la Universidad de Massachussets (14), el proyecto *Cybertribunal* de la Universidad de Montreal, *iCourthouse* y *Square-Trade*, por citar algunos. En ese mismo año 1996, se producen acontecimientos significativos: (i) se celebra una competición internacional de métodos de resolución de conflictos *online* (ICODR) (15); (ii) *Lex Electronica* proporciona uniformidad al comercio electrónico creando un código internacional legal, al cual las partes se someterán en lo que respecta a la regulación de sus derechos y obligaciones (16); (iii) académicos como Ethan KATSH o Colm BRANNIGAN van acuñando el acrónimo de Online Dispute Resolution, ODR (17); (iv) entra en funcionamiento la Oficina Ombuds de la Universidad de Massachussets (*Online Ombuds Office*, OOO) para la asistencia en línea de los conflictos y reclamaciones relacionados con la comunidad universitaria. Un año más tarde, nuevos actores aparecen en escena: *ResolutionForum.org*, proveedor de ADR sin fines de lucro, que ofrece su propio sistema de conferencia *online* diseñada específicamente para la negociación y mediación *online*; *Resolveitnow.com* (18), proporcionando negociación automática B2C en conflictos transfronterizos con consumidores; *InternetNeutral.com* (19) con mediación *online* para los litigios de consumo; y *Hewlett Foundation* proporciona financiación para la creación de un Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Disputas en la Universidad de Massachussets (NCTDR). En 1998 el Gobierno de los Estados Unidos autoriza que *Internet Corporation for*

---

(13) Véase Ethan KATSH & Janet RIFKIN (2001), *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. Jossey-Bass, eds.

(14) Proyecto de arbitraje *online* no vinculante orientado primordialmente a los litigios de consumo derivados de las transacciones *online*. <http://vmag.org>

(15) Véase Ethan KATSH & Leah WING (2006), «Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future. Symposium On Enhancing Worldwide Understanding Through Online Dispute Resolution», en *The University of Toledo Law Review*, vol. 38, núm. 1, Fall 2006.

(16) Véase Ethan KATSH (2006), «Online Dispute Resolution: some implications for the emergence of law in cyberspace», en *Lex Electronica*, vol. 10, n. 3, invierno de 2006.

(17) Aparece publicado el artículo «Resolución de disputas en el cyberspace», de Ethan KATSH, en 28 *Conn. L. Rev.* 953. <http://chss.montclair.edu/leclair/LS/papers/cyberadr.html>.

(18) <http://Resolveitnow.com>

(19) <http://InternetNeutral.com>

*Assigned Names and Numbers* (ICANN) gestione el sistema de nombres de dominio y sus conflictos. Y ese mismo año, *Cybersettle* lanza un sistema de negociación automatizada al servicio de las reclamaciones de seguros, tasas y reclamaciones transfronterizas (20).

El sitio de subastas *online*, *eBay*, crece rápidamente y, en el año 1999, solicita al Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Conflictos de la Universidad de Massachussets (NCTDR) llevar a cabo un proyecto piloto para determinar si la mediación *online* puede contribuir a la resolución de las disputas entre compradores y vendedores. De este modo, *SquareTrade* deviene proveedor de *eBay* para cubrir tales servicios (21).

En el año 2001 se fusionan las tres mayores organizaciones de ADR —SPIDR, *Academy of Family Mediators* y *Conflict Resolution in Education Network*— en una sola organización: la *Asociación para la Resolución de Conflictos* (ACR). Contemporáneamente, acaecen algunos importantes hechos: (i) se sella una alianza de *Better Business Bureau* (BBB) con *Eurochambres* —red de Cámaras Europeas de Comercio— y *FEDMA* —*European Direct Marketing Association*— para la gestación de un método RLL transatlántico de gestión de controversias B2C; (ii) la *American Arbitration Association* (AAA), organización de EEUU con mayor implantación en el ámbito de la resolución de disputas B2B, proporciona soluciones electrónicas a nivel mundial; (iii) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) anuncia una iniciativa centrada en la solución de controversias en demandas colectivas. Algo más adelante, en el 2002, el Comité ADR de la *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) decide conducir un programa piloto aplicando mecanismos electrónicos para resolver litigios transfronterizos entre empresas de México, EEUU y Canadá (22).

A partir de entonces son numerosas las iniciativas privadas y públicas emprendidas: *U.S.Settle* (23), *WebAssured.com* (24), *SettleOnline.com* (25), *InternetOmbudsmann.at* (26), *Mediation Arbitration Resolution Services* (MARS) (27), *ClickNsettle.com* (28), *1-2-3Settle.com* (29), *AllSettle.com* (30),

---

(20) <http://www.cybersettle.com>

(21) Véase Ethan KATSH (2006), *supra*, pie de pág. 15.

(22) Véase Colin RULE (2002), *Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, eds.

(23) <http://ussettle.com>

(24) <http://WebAssured.com>

(25) <http://SettleOnline.com>

(26) <http://InternetOmbudsmann.at>

(27) <http://www.resolvemydispute.com>

(28) <http://www.clickNsettle.com>

(29) <http://www.123settle.com>

(30) <http://www.allsettle.com>



BBBOnline (31), ClaimChoice.com (32), ClaimResolver.com (33), Wecansettle.com (34), WebMediate.com (35), MediationAmerica.com (36), NovaForum.com (37), OnlineResolution.com (38), eResolution.ca (39), ECODIR (40), Settle Today (41), Juripax (42) margen de interesantes iniciativas institucionales tales como Mediateur du net (43), e-Mediator.co.uk (44), y más recientemente también Concilia Cam (45), Concilia Online (46), o RisolviOnline (47) de la mano de las cámaras de comercio. Desde una perspectiva regional, se observa también un interés creciente de los estados y regiones por dotar a los mercados de mecanismos transnacionales eficaces que permitan su apertura y expansión. Es botón de muestra de esta tendencia la intensa actividad legislativa de la Unión Europea volcada hoy en la creación de un adecuado marco normativo para la implantación y desarrollo de ADR/ODR: la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (48); las Recomendaciones informando acerca de los principios que deben inspirar a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos (49); o la edición del Libro verde

(31) <http://www.bbbonline.org>

(32) <http://www.claimchoice.com>

(33) <http://www.claimresolver.com>

(34) <http://Wecansettle.com>

(35) <http://WebMediate.com>

(36) <http://www.mediationamerica.com>

(37) <http://NovalForum.com>

(38) <http://onlineResolution.com>

(39) <http://www.eResolution.ca>

(40) <http://www.ecodir.org>

(41) <http://www.settletoday.com>

(42) <http://www.juripax.com>

(43) <http://www.foruminternet.org.particuliers/mediation/>

(44) <http://www.e-Mediator.co.uk>

(45) <http://www.conciliaonline.net/conciliaonline/acceso.asp?cciaa=14&lang=2>

(46) <http://www.conciliaonline.net/>

(47) <http://www.risolvionline.com/>

(48) Véase 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*, 2008. O.J. (L. 136/3). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>

(49) En el seno de la UE, véase Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*, 1998. O.J. (L. 115/31). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:ES:PDF>

Y Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*, 2001. O.J. (L. 109/56). [http://ec.europa.eu/consumers/redress/out\\_of\\_court/adr/acce\\_just12\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_es.pdf).

En el Consejo de Europa, Recomendación (2002)10 del Comité de Ministros *sobre mediación en asuntos civiles*, de 18 de septiembre de 2002. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM>.

*sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil* (50).

Es por ello que las Naciones Unidas, consciente de la necesidad de armonizar algunos aspectos relativos al comercio electrónico y del riesgo de fragmentación a nivel regional de la normativa reguladora de los ADR/ODR, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), procedió a la confección de algunos instrumentos legales internacionales —sobre arbitraje comercial internacional (1985) (51), sobre firma electrónica (2001) (52), sobre conciliación comercial internacional (2002) (53), o sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) (54)— y se halla en la actualidad volcada en la preparación de estándares legales RLL a nivel internacional.

## 1. MECANISMOS «EXTRAJUDICIALES»

Los RLL aglutinan en su seno mecanismos de resolución que se desarrollan por vía electrónica y sin la intervención directa de los tribunales. Aún cuando denominados «alternativos» son, en realidad, expresión de la autonomía de la voluntad privada y constituyen recursos complementarios a la jurisdicción, porque ofrecen nuevos caminos de solución, no sustitutivos ni excluyentes de esta (55).

Hay un discurso a nivel internacional en virtud del cual los mecanismos ADR/ODR no integrarían métodos heterocompositivos porque, desde un punto de vista funcional, estos últimos no se articulan a través del consenso, sino a través de un proceso contradictorio cuyo resultado se obtiene a partir de una investigación de la realidad, un juicio (56). Ahora bien, que el proceso en algunas modalidades —como el arbitraje— sea de contradictorio no impide constatar

---

(50) Véase Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002\\_0196en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf)

(51) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

(52) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Firma Electrónica*, de 2001. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

(53) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, de 2002. [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)

(54) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, de 2005. [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf)

(55) Salvo los casos en que así lo desean las partes en conflicto y verse en materia de libre disposición.

(56) El arbitraje, en todas sus formas, contiene siempre un juicio, lo que permite considerarlo una actividad equivalente a la judicial (PERLINGIERI). Desde un plano formal, una

que su fundamento pivota sobre el consenso de las partes en trasladar el poder decisional a un tercero.

A este respecto, resulta clarificadora la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea *sobre solución extrajudicial de los litigios de consumo* de 1998, la cual, tras distinguir entre tres posibles modos de mejorar el acceso a la justicia (57) destaca que, lejos de ser alternativos, son totalmente complementarios. Y añade que una diferencia fundamental que distingue el primer modo —consistente en la mejora de los procedimientos legales— del resto reside en el hecho que, frente al marco tradicional de la solución judicial de conflictos que tiene por objeto mejorar los sistemas existentes, las otras dos perspectivas procuran evitar en lo posible el ámbito judicial.

Sean facilitativos, evaluativos o de contradictorio (58), estos mecanismos extrajudiciales son manifestación explícita de un cambio en la forma de entender las controversias en una sociedad que demanda formas innovadoras de gestionar y resolverlas recuperando las bases del diálogo y aprovechando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías. Un enfoque integral más adecuado al dinamismo y a la complejidad de la realidad actual, en un contexto de múltiples interacciones sociales, económicas y culturales de carácter transnacional (VILALTA, 2009) (59).

Tradicionalmente, estos métodos de resolución extrajudicial, a diferencia de los procesos judiciales, basan su estrategia en la idea de maximizar los intereses de las partes y de llegar a resultados que resulten satisfactorios para ambas. Fundamentados en la *Teoría de Juegos (Game Theory)*, NEUMANN y MORGENTHAU (1944) (60), aplicada a la negociación (61), hallan su antecedente más remoto en el principio de utilidad de Bentham (1789). Los académicos FISHER y URY (62), sobre la base de dicho principio, desarrollaron luego una estrategia para llevar a cabo una negociación satisfactoria y establecieron criterios para

---

parte gana y otra sucumbe, mientras que el resto de mecanismos tienen su fundamento en el acuerdo, la transacción y las concesiones nuevas (RUGGERI).

(57) Esto es, mediante: (i) la simplificación y mejora de los procedimientos legales; (ii) la mejora de la comunicación entre los profesionales y los consumidores; (iii) y los procedimientos extrajudiciales para la resolución de las controversias entre consumidores.

(58) Una perspectiva restrictiva consideraría tan solo RLL los métodos consensuales de solución de controversias en el entorno electrónico. Sin embargo, también, los métodos heterocompositivos o de contradictorio tienen como antecedente un acuerdo.

(59) Véase más completo desarrollo en Aura Esther VILALTA (2009). «La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía» (artículo *online*). IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 8. UOC. ISSN: 1699-8154. [http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8\\_Vilalta/n8\\_Vilalta\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8_Vilalta/n8_Vilalta_esp)

(60) Véase John VON NEUMANN & Oskar MORGENTHAU (1944), *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press.

(61) Consistente en algoritmos matemáticos para obtener los mejores resultados para cada litigante.

(62) Véase Roger FISHER & William URY, *supra*, pie de página 11.

que los expertos pudieran resolver problemas (63). Describieron las tres vías más utilizadas en la toma de decisiones en toda negociación y llegaron a la conclusión que la estrategia basada en los intereses de las partes es la mejor opción para obtener resultados a largo plazo y para la mejora de las relaciones, a diferencia de las estrategias que adoptaban como fundamento los derechos o el poder de las partes, que tienden a reproducir las técnicas del contradictorio (64).

En el comercio electrónico sucede que las disputas resultan susceptibles de ser resueltas en términos económicos. De este modo los sistemas RLL tienden a integrar tecnología desarrollada a partir de la señalada teoría de juegos, del análisis de la negociación, y tiene en cuenta estudios estadísticos y encuestas actualizados sobre el comportamiento humano. Procuran la optimización de los intereses de las partes y participan en la construcción de soluciones dentro de la denominada zona ZOPA (*Zone of Possible Agreements*, LEWICKI *et al.*, 1999) (65).

A mayor abundamiento, el diseño de los RLL dirigidos a disputas B2C contempla frecuentemente la necesidad de garantizar la equidad de los acuerdos y decisiones, una cuestión clave en relaciones que adolecen de cierto desequilibrio contractual. El llamado «equilibrio de Nash» de las partes involucradas en un conflicto, basado en el comportamiento competitivo natural y que conduce a un desequilibrio no óptimo (NASH, 1950) (66), es particularmente severo en consumidores —*one shot player*— porque el empresario es un agente que interviene en numerosas operaciones económicas de similares características —*repeat player o serial player*—, y deviene por tanto más sofisticado. Al tratarse de un sujeto que lleva a cabo contratación en masa y se encuentra en una posición de mayor fortaleza, goza de cierta supremacía en el mercado. De ahí que los ODR, dirigidos al consumo, propicien técnicas que mejoren la transparencia de los procesos y negociaciones que tengan en cuenta el cuadro normativo tuitivo de los consumidores, contribuyendo así a la equidad de procesos y resultados.

---

(63) Esto es: (i) separar a la gente del problema; (ii) centrarse en los intereses en lugar de las posiciones y sus clasificaciones; (iii) inventar opciones de ganancia mutua; (iv) utilizar criterios objetivos para evaluar los intereses; (v) y que las partes reflexionen sobre su BATNA.

(64) Las tres estrategias descritas son, en breve síntesis: (i) de «intereses», elaborada con la técnica de los intereses subyacentes; (ii) de «derechos», fundamentada en principios, normas, disposiciones o prácticas comúnmente reconocidas y aceptadas; (iii) y de «poder» de las partes.

(65) Véase Roy J. LEWICKI, David M. SAUDERS, John W. MINTON (1999), *Negotiation*. Irwin McGraw-Hill, eds.

(66) Véase John F. NASH Jr. (1950), «The Bargaining Problem», en *Econometrica*, v. 18, pág. 155.

## 2. EL ENTORNO ELECTRÓNICO

RAL y RLL (en inglés, ADR y ODR) no son acrónimos intercambiables. El uso anecdótico de la tecnología en un mecanismo de RAL no implica necesariamente su migración al ámbito de los RLL. Las TIC, a mayor abundamiento, facilitan la generación de nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en los mecanismos de RAL.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que los métodos de solución de controversias en línea se nutren de la historia de los ADR y que las lecciones aprendidas a través de estos en los últimos años son fundamentales. Los RLL aprovechan las ventajas de las TIC para mejorar sus funcionalidades. En consecuencia, resulta esencial en todo proceso en línea una buena comprensión de los principios que rigen en general los mecanismos alternativos de resolución de litigios (LODDER & ZELEVNIKOW, 2010) (67).

Comparten todos ellos, en consecuencia, rasgos tales como el menor coste, la mayor velocidad, la flexibilidad de los procesos y la privacidad. Los RLL, a mayor abundamiento, gozan de características únicas (KATHS & RIFKIN, 2001) (68): (i) los litigantes no tienen necesidad de coincidir ni verse cara a cara; (ii) la solución de las controversias puede darse en cualquier momento sin importar la distancia geográfica; (iii) la posibilidad de comunicación asíncrona ayuda a las partes involucradas a reflexionar sobre sus mejores alternativas para un acuerdo negociado (*Best alternatives to a Negotiated Agreement*, BATNA) y evita la natural tendencia a sobredimensionar las expectativas, aumenta las concesiones mutuas y frena la escalada del conflicto.

Otra característica que identifica los RLL es su extraordinaria capacidad para extender sus funcionalidades a nivel de prevención, a través de la información, con el fin de evitar controversias y, por tanto, también conflictos. Si partimos de la premisa que controversia y conflicto tienen un significado diferente, los RLL, en sentido amplio, ofrecen posibilidades a las partes de evaluar, reflexionar acerca de sus pretensiones y, en consecuencia, evitar que una controversia (*contro-versus*) devenga conflicto (*cum-fligere*). La controversia, desde un punto de vista etimológico, implica la posibilidad de convertir algo en discutible, de modo que dos posiciones opuestas se confrontan; mientras que el conflicto refiere a la situación resultante de la colisión de dos cosas o ideas, prevalece el aspecto de la separación y generan disputa, conflicto (RICCARDI, 2010, pág. 28) (69). La

---

(67) Véase Arno R. LODDER & John ZELEVNIKOW (2010), «Enhanced dispute resolution through the use of information technology», en *Cambridge University Press*.

(68) Véase Ethan KATHS & Janet RIFKIN, *supra*, pie de página 12.

(69) Véase Carlo RICCARDI, «Art. 1: Definizioni», en Nicola SOLDATI & Andrea BANDINI (2010), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs 4 marzo 2010*, n. 28. Milano, Giuffrè.

falta de información o su incorrecta transmisión puede llevar a una controversia. Y si la controversia no es gestionada, al conflicto.

Podemos añadir otro aspecto distintivo de los RLL, la existencia de nuevos agentes que intervienen en el proceso. Desde esta perspectiva, cabe recordar que, al margen de las partes en conflicto y del tercero experto, la tecnología aplicada y los proveedores de RLL juegan un papel tan relevante que los académicos han llegado a atribuirles el tratamiento de «cuarta parte» (KATHS & RIFKIN, 2001) (70) y «quinta parte» (LODDER & ZELEVNIKOW, 2010) (71) respectivamente.

Son numerosos los esfuerzos volcados en realizar mapas y descripciones legales de los RLL con el fin de facilitar su comprensión. La principal dificultad para llevar a cabo esta tarea deriva en esencia de la abundancia de fórmulas mixtas (varios niveles) e híbridas así como de la continua evolución de los RLL, que amplían sus funcionalidades gracias a las TIC. Además, algunos aspectos que caracterizan los conflictos en el comercio electrónico inciden de forma significativa en la arquitectura de estos mecanismos en línea, al exigir el diseño de procesos a medida. Por indicar algunos: (i) el carácter transnacional de muchas de las quejas; (ii) la tendencial escalabilidad del conflicto cuando no existen mecanismos internos de comunicación entre empresa y usuario; (iii) las modalidades de pago en el comercio electrónico; (iv) el coste y la complejidad de los procedimientos cuando requieren la intervención de las instancias judiciales, (v) y la diversidad de lenguas y culturas de las partes involucradas. En consecuencia, los RLL dirigidos a las disputas de comercio electrónico integran por lo general modalidades diversas que operan de manera sucesiva y sin solución de continuidad —negociación automatizada, negociación asistida, mediación, conciliación y arbitraje o adjudicación— y cuyo iter, adaptable, pretende garantizar a las partes el medio más adecuado de solución, atendiendo a sus necesidades e intereses. Asimismo, y con el fin de que las partes puedan operar de manera sencilla y en modo comprensible para ellas, estos sistemas simplifican el lenguaje, hacen uso extenso de la simbología gráfica y del lenguaje visual e incorporan habitualmente mecanismos multilinguaje o de traducción simultánea.

Desde un punto de vista teórico, la taxonomía de los RLL puede ser construida a partir de muy variados criterios: la función asumida por sus órganos (72), el

---

(70) La denominada «cuarta parte». En la medida en que estos métodos evolucionan con la tecnología, devienen una parte de los procesos, que asume las funciones de facilitación, consulta y ayuda en la creación de consensos (KATSH, 2001).

(71) Véase Arno R. LODDER & John ZELEVNIKOW, *supra*, pie de página 67.

(72) Métodos de resolución de tipo decisonal, en los que el tercero adopta una solución de carácter vinculante (v.gr., arbitraje), métodos de aproximación y de apoyo de tipo de facilitativo (v.gr., mediación), y métodos de tipo evaluativo (v.gr., conciliación).

tipo de fundamento de las decisiones adoptadas (73), o el modo de resolver de los órganos responsables. Desde esta última perspectiva, y en breve síntesis, se puede distinguir entre: (i) métodos de autocomposición o de resolución amistosa (también llamados métodos consensuales no adjudicativos), por medio de los cuales son las partes quienes gestionan y resuelven el conflicto por sí mismas y el tercero experto denominado neutral asiste; (ii) y métodos heterocompositivos (denominados también de contradictorio o adversariales), a través de los cuales las partes voluntariamente confían a un tercero el poder decisorio. Los métodos mixtos o multistep —v.gr., el *med-ab*— integran en su seno modalidades diversas que operan de manera sucesiva, sin alteración de su naturaleza, mientras que los métodos híbridos, dando un paso más adelante y acaso más arriesgado, facilitan a las partes mecanismos donde el tercero experto asume cometidos que corresponderían a muy distintas modalidades —puede asistir, sugerir, proponer y decidir o emitir una solución— sin solución de continuidad y sin atención particular a los principios rectores de cada una de las modalidades consideradas individualmente (74).

Alcanzado este punto, parece necesario reflexionar, aun someramente, acerca de la característica distintiva entre las modalidades de tipo facilitativo —como la mediación— y de tipo evaluativo —como la conciliación—. Tradicionalmente la actividad que lleva a cabo el mediador ha sido considerada, esencialmente, de naturaleza procesal, de asistencia, de ayuda a las partes; se ocupa de buscar la reactivación de la comunicación a través de la construcción de un espacio de diálogo y de la gestión de los elementos humanos, emocionales y racionales del conflicto. Desde este punto de vista, la mediación se concreta en una actividad original y diferente en cada conflicto, basada en la experiencia, una actividad cognitiva, de proceso, no normativa. Proceso por el cual el neutral asiste a las partes en la tarea de desarrollar opciones y considerar alternativas (FOLBERG y TAYLOR, 1984) (75) que no gozan de un rol de asesoramiento, evaluación o adjudicación respecto del contenido de la disputa o su solución (CHARLTON, 2000) (76).

---

(73) Por la naturaleza de los motivos de la decisión, los RLL en el comercio electrónico también pueden ser clasificados entre: (i) métodos de decisión basados en la equidad, en razón que el experto o organismo extrajudicial decide sobre la base de códigos de conducta y otros valores, más allá de las disposiciones legales; (ii) y métodos de resolución basados en el derecho, es decir, sobre la base de las normas jurídicas.

(74) Estas modalidades se articulan por lo general con el fin de ofrecer vías de solución rápidas y económicas a conflictos de escasa cuantía.

(75) Véase Jay FOLBERG & Alison TAYLOR (1984), *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass, eds.

(76) Véase Ruth CHARLTON (2000), *Dispute Resolution Guidebook*. Star Printery Pty Ltd, Erskineville NSW (2nd edition) Ligare Pty Ltd, Riverwood NSW, eds. No faltan, sin embargo, voces autorizadas que entienden la tarea del mediador en sentido más amplio, abarcando funciones evaluativas. Véase al respecto, por ejemplo, Henry J. BROWN & Arthur L. MARRIOTT (1999), *ADR Principles and Practice*. Sweet and Maxwell. Bush, Robert A. B., eds.



La actividad del conciliador, por el contrario, resulta de alcance mayor, porque a las tareas descritas se le añaden facultades de propuesta formal de soluciones, confeccionadas a la medida de las necesidades de las partes. El conciliador evalúa los elementos jurídicos y de hecho y emite propuestas concretas de solución, que luego las partes serán libres de aceptar. De ahí que se discuta en el plano doctrinal su «neutralidad» en sentido estricto. El límite de sus facultades reside, en cualquier caso, en la imposibilidad de imponer soluciones. En los métodos de resolución de conflictos heterocompositivos, por el contrario, las partes ceden el poder decisional al tercero experto. De modo que, cuando este emite una resolución con la misma fuerza juzgada de una sentencia se dice que desempeña una función cuasi-jurisdiccional.

Se discute en el ámbito internacional acerca de la oportunidad de mantener la distinción, para algunos artificial, entre mediación y conciliación. La Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional* (77), del año 2002, expresa que el conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, presentar propuestas para un arreglo de la controversia y manifiesta que el término «conciliación» engloba todos los procedimientos extrajudiciales designados por términos como conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente en el que las partes soliciten a un tercero que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de controversias que deriven de una relación contractual u de otro tipo. Ambos procesos, ciertamente, comparan el hecho de que el tercero no adjudica ni impone una solución, pero podrá objetarse también que, en determinados casos, la necesaria neutralidad del tercero podría verse comprometida de manifestar una opción (LUNA SERRANO & VILALTA, 2009) (78). De ahí que, en sentido estricto, la actividad mediadora es entendida como actividad facilitativa, que no permite evaluar y, en consecuencia, tampoco efectuar propuestas formales de solución. El mediador está habilitado para «facilitar» la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo. No obra entre sus cometidos evaluar ni asesorar a las partes, por ello se predica de estos su neutralidad. Sin embargo en la práctica se admite que puedan formular incluso propuestas «informales» sobre las opciones de solución. Esta cuestión está íntimamente relacionada con el principio de neutralidad, tratado más adelante. El conciliador, por el contrario y según lo expresado, se halla facultado para intervenir activamente en el conflicto de modo que puede proponer formalmente soluciones, su actividad va más allá de procurar aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo.

---

(77) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

(78) Véase Agustín LUNA SERRANO & Aura Esther VILALTA (2009), *Dispute resolution in consumer matters; consumer arbitration in Spain* (manuscrito).



Es por ello que las distintas Recomendaciones de la Unión Europea subrayan la neta distinción entre los principios aplicables a los órganos responsables de métodos que conducen a la solución de la disputa a través de la intervención activa de un experto (R. 98/257/CE) (79) y los principios aplicables a órganos responsables de la composición amistosa a través de la intervención pasiva de un tercero (R. 2001/310/CE).

## II. ESTADO DEL ARTE

### 1. MARCO NORMATIVO

#### 1.1. *Normativa internacional*

El primer instrumento legal internacional que contribuyó a dar un paso significativo en el reconocimiento de los métodos extrajudiciales fue sin duda la Convención internacional *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (80), aprobada en una conferencia diplomática convocada por las Naciones Unidas en Nueva York en el año 1958. Se trata de una herramienta fundamental que ha contribuido a la justicia ofreciendo un instrumento eficaz de resolución en el tráfico internacional para las transacciones comerciales transfronterizas y ha permitido generar confianza en las decisiones vinculantes, a través de los acuerdos arbitrales. Su Reglamento (1976) (81) y la Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional* (1985) (82), así como las enmiendas adoptadas en el año 2006 para la actualización de contenido acorde con las nuevas necesidades del entorno virtual, han servido de modelo para los estados y han sido claves en el proceso de armonización y modernización de las legislaciones nacionales en materia de procedimiento de arbitraje comercial internacional.

También, en el año 2002, la CNUDMI aprueba una Ley Modelo *sobre Conciliación Comercial Internacional* (83) con el fin de dotar de normas uniformes al procedimiento de conciliación, facilitar su uso y promover la previsibilidad y

---

(79) Véase Rec. 98/257/CE, considerando número 9, *supra*, pie de página 48.

(80) Véase Convención de Nueva York, *supra*, pie de página 10.

(81) Véase Reglamento CNUDMI de Arbitraje de 1976. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

Revisado en 2010: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

(82) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 53.

(83) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

la seguridad de procesos y resultados. Para eliminar la incertidumbre inherente a la falta de un marco normativo a nivel internacional, dicha Ley Modelo regula los aspectos procesales que deben regir en la designación de los conciliadores, en el inicio y la conclusión del procedimiento, en la conducta de los conciliadores, en la comunicación, así como cuestiones tales como la confidencialidad y la admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos.

En un plano más general, pocos años antes el mismo organismo había promovido una Ley Modelo *sobre Comercio Electrónico* (1996) (84) que, junto con su guía de aplicación, facilita el uso de medios modernos de comunicación e información en la negociación y genera equivalentes funcionales de conceptos básicos acuñados en la contratación tradicional, para la documentación electrónica. Las nociones de «escrito», «firma» y «original» son algunos ejemplos. La actual Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005) (85) establece asimismo criterios para la utilización del correo y comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Esta convención refuerza la idea que resulta indiferente que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes —salvo que lo contrario resulte del contrato o de la información revelada en cualquier momento, antes o durante la celebración del contrato. Y agrega que ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial del contrato debe ser tomado en consideración para determinar la aplicación de la presente Convención. A su vez, la Ley Modelo CNUDMI *sobre las Firmas Electrónicas* (2001) (86) vino a reforzar la seguridad jurídica de las comunicaciones, transacciones y acuerdos a través del uso de firmas electrónicas, proporcionando la presunción de que una firma electrónica que cumpla determinados criterios de fiabilidad técnica es comparable con una firma manuscrita.

Hoy en día las Naciones Unidas, habiendo observado desde hace una década (87) el problema recurrente derivado de la falta de mecanismos adecuados

---

(84) Ley Modelo CNUDMI *sobre Comercio Electrónico*, de 1996 (con el nuevo art. 5 bis aprobado en 1998). [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)

(85) Véase Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, *supra*, pie de página 52.

(86) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Firma Electrónica*, *supra*, pie de página 50.

(87) En el año 2000, las Naciones Unidas, consciente de la importancia de los RLL en el comercio electrónico, a través de su Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI o Comisión), mantuvo un intercambio de puntos de vista sobre propuestas diversas al efecto de incluir los RLL en su programa de trabajo (33.<sup>a</sup> sesión, NY, 12 de junio al 7 de julio de 2000). Y en los dos años sucesivos, la Comisión decidió que los trabajos futuros sobre comercio electrónico deberían incluir una investigación más profundizada sobre estas cuestiones y que el Grupo de Trabajo II (WG II) de arbitraje y conciliación podría cooperar con el Grupo de Trabajo IV sobre comercio electrónico para un posible trabajo conjunto en esta área (véase sesión 34, Viena, 25 de junio al 13 de julio de 2001 y sesión 35, NY 17 al 18 de junio de 2002).

para la resolución de las controversias en transacciones de escasa cuantía de carácter transnacional, y considerando que la adopción de un sistema internacional de normas favorecería la creación de mecanismos electrónicos rápidos y económicos para la resolución eficaz de tales controversias, ha encargado al grupo de trabajo III de CNUDMI (WG III) la tarea de sugerir normas específicas dirigidas a su concreción (88). En junio de 2010, su Comisión, tomando en consideración una nota de la Secretaría, acordó la constitución de un Grupo de Trabajo específico para el estudio de los RLL en el ámbito del comercio electrónico transnacional que incluyera las transacciones B2B y B2C (89). Y en las sesiones de 13 a 17 de diciembre del 2010, el GW III inicia los trabajos de discusión sobre la preparación de estándares legales de RED (90).

En el seno de las citadas sesiones han sido adoptadas algunas importantes decisiones:

- El mandato debe centrarse en regular los RLL responsables de la resolución de conflictos en operaciones transfronterizas de comercio electrónico B2B y B2C y el resultado debe resultar conforme con las normas de arbitraje, conciliación y comercio electrónico de la CNUDMI ya existentes, teniendo en consideración, asimismo, las importantes políticas públicas de protección de los consumidores y la legislación en ese campo.
- Se sugiere la producción de cuatro instrumentos legales distintos: uno, relativo a las normas del procedimiento, que debe ser rápido, económico y respetuoso con los requisitos del proceso debido; otro, dedicado a los estándares de acreditación para los proveedores de RED; un tercero recopilatorio de los principios sustantivos para la resolución de litigios transfronterizos; y, finalmente, un mecanismo de aplicación transfronteriza.
- En el contexto de la aplicación y de la validez de los convenios arbitrales, se considera oportuno tener en consideración la Convención *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*

---

(88) Véase CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Grupo de trabajo III (Online Dispute Resolution). 22.<sup>a</sup> sesión. Viena, 13 al 17 de diciembre de 2010. A/CN.9/WG.III/WP.105 (13-10-2010). Fue en su 43 período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010) que la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre la solución de controversias por vía informática, en la que se resumían las deliberaciones de un coloquio organizado conjuntamente por la Secretaría, el Pace Institute of commercial Law y la Penn Sate Dickinson School of Law (A/CN.9/710).

(89) Véase CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). 43.<sup>a</sup> sesión. NY, 21 de junio al 9 de julio de 2010. A/CN.9/710 (26 de mayo de 2010). Véase, asimismo, Documentos Oficiales de la Asamblea General. 65.<sup>a</sup> sesión, suplemento número 17 (A/65/17), y sobre precedentes CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Grupo de trabajo III (Online Dispute Resolution). 22.<sup>a</sup> sesión. Viena, 13 al 17 de diciembre de 2010. A/CN.9/WG.III/WP.104. paras. 5 a 11.

(90) Véase A/CN.9/WG.III/WP.105, *supra*, pie de página 91.

(Convención de Nueva York) (91) a los supuestos de RLL que conduzcan a un laudo arbitral.

- Se señala la conveniencia de que el proceso contemple varias fases sucesivas —de negociación, conciliación y arbitraje— y que se haga especial hincapié en las dos primeras, habida cuenta los excelentes resultados en estas dos primeras etapas (92).

El Grupo de Trabajo identificó asimismo algunas cuestiones que debían ser tratadas con particular atención. Entre ellas destacaron:

- La definición de los mecanismos RED (93).
- Cuestiones de identificación y autenticación de las partes (94).
- Cuestiones procedimentales relativas al inicio de los procedimientos (95) y a la tramitación de las reclamaciones, contenido, pruebas (96) y audiencias (97).
- Formación y número de expertos o miembros de un posible tribunal arbitral (98), así como problemas relativos a su imparcialidad e independencia (99).
- Cuestiones relativas a la confidencialidad, a la seguridad de las comunicaciones (100) y las modalidades de comunicación entre los neutrales o miembros de un tribunal arbitral y las partes (101).
- Los aspectos vinculados a la posible representación de las partes y su asistencia en los procesos (102).
- La problemática que encierra la fijación del lugar del arbitraje (103) y la determinación de la ley aplicable (104).

---

(91) Véase Convención de Nueva York, *supra*, pie de página 10.

(92) Las delegaciones subrayaron la importancia de enfatizar las etapas de negociación y conciliación de los RED, antes de acceder a un arbitraje o los propios tribunales. Se mencionó la experiencia de Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR), del que se dijo facilita la negociación entre el comprador y el vendedor y obtiene un 70 por 100 de éxito en la primera etapa de negociación y se eleva a 95 por 100, una vez el mediador se incorpora al proceso, representando solo un pequeño porcentaje los casos que requieren del arbitraje.

(93) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 19-23, *supra*, pie de página 91.

(94) Véase A/CN.9/WG.III/WP.105, paras. 28-31, *supra*, pie de página 91.

(95) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 32-36, *supra*, pie de página 91.

(96) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 37-42, *supra*, pie de página 91.

(97) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 59-62, *supra*, pie de página 91.

(98) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 43-45, *supra*, pie de página 91.

(99) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 46-47, *supra*, pie de página 91.

(100) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 48-50, *supra*, pie de página 91.

(101) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 51-58, *supra*, pie de página 91.

(102) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, para. 36, *supra*, pie de página 91.

(103) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 64-65, *supra*, pie de página 91.

(104) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 76-81, *supra*, pie de página 91.

- Los efectos de la consecución de un acuerdo, de la terminación de los procedimientos (105) y cuestiones relativas a su fuerza ejecutiva (106).
- Y las dificultades derivadas de los idiomas en la tramitación de los procedimientos (107), así como coste y velocidad de los procesos (108).

## 1.2. NORMATIVA REGIONAL

### 1.1.1. *América Latina*

Los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos han heredado en cierto modo los patrones de los sistemas jurídicos español y portugués y, en consecuencia, sus tradiciones jurídicas responden al Derecho Continental —Civil law—. Muchos de estos países han desarrollado normativa específica de ADR y se muestran receptivos a estas nuevas manifestaciones. Un tema de particular interés y preocupación para estas naciones resulta la idea de independencia de los organismos que ofrecen procesos extrajudiciales de resolución.

En estos países, mediación y conciliación son términos que se usan a menudo indistintamente para referirse tanto a las prácticas como a los procedimientos y se observa un fenómeno generalizado de yuxtaposición terminológica (109). En materia civil, la consolidación en ocasiones de uno de los dos términos como expresión o fórmula es una realidad que provoca la desaparición progresiva o la «absorción» del otro término (110).

En muchos países de América Latina los acuerdos de mediación gozan de ejecutividad y las Cámaras de Comercio han tomado iniciativas para la implantación de mecanismos extrajudiciales con el fin de promover los negocios y la confianza de los inversionistas.

Cabe mencionar los esfuerzos volcados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), destinado a la resolución de controversias comerciales, y por el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (ILCE), para el impulso de una iniciativa regional de sistemas en línea dirigida al comercio transnacional.

---

(105) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 66-67, *supra*, pie de página 91.

(106) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 68-75, *supra*, pie de página 91.

(107) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 82-87, *supra*, pie de página 91.

(108) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 88-90, *supra*, pie de página 91.

(109) Por ejemplo, en Colombia, Bolivia, Chile o Argentina.

(110) En ocasiones, sin embargo, se opta por la voz conciliación como término aglutinador de ambos métodos, tanto de tipo facilitativo como evaluativo.

### 1.1.2. *Asia*

La mayoría de los países asiáticos se hallan adscritos a la tradición jurídica del *Common Law*, aunque algunos como Japón también gozan de notables influencias del Derecho continental. La modalidad más extendida de resolución en el continente asiático es la negociación, porque la idea de preservación de las relaciones interpersonales y profesionales está profundamente arraigada en todas las culturas de este extenso continente. Recientes estudios comparativos muestran, sin embargo, que la influencia de los países europeos y de los Estados Unidos es muy significativa. La mediación en China y en Japón contempla un perfil de profesional muy similar al concepto occidental de conciliador, habida cuenta que este desempeña un papel más activo. Por otra parte, estos mediadores pueden, por lo general, desempeñar el papel de árbitros si las partes no llegan a un acuerdo, y ello sin que genere particulares problemas éticos. En China y Japón la negociación, la mediación y el arbitraje son requisitos previos antes de someter los litigios civiles y comerciales a los tribunales. Y en la India se ha impulsado un Consejo de Coordinación de Consumidores (CCC) cuyo Centro CORE suministra un mecanismo de resolución en línea al servicio de los consumidores.

Aunque no existen iniciativas legales regionales, algunos de estos países asiáticos han promulgado leyes y disposiciones para proporcionar un adecuado marco jurídico al comercio electrónico y a la gestión de los conflictos. Cabe destacar una importante iniciativa regional, el ICA-net, impulsada por participantes de la ASEAN y de otros países del este asiático, como Malasia, Singapur, Vietnam, República de Corea, Filipinas y Japón, cuyo objeto es generar un marco común que favorezca el comercio transnacional y la resolución de las controversias a través de mecanismos electrónicos.

### 1.1.3. *Los países africanos*

La mayoría de las iniciativas ADR/RED en este continente han surgido en países de la cuenca del Mediterráneo. En Egipto, el Centro Regional de Arbitraje Comercial de El Cairo ha aprobado un conjunto de normas de autorregulación de los procesos de mediación, con referencias detalladas sobre la confidencialidad y sin límites, como la obligación de revelar cualquier información que pueda comprometer la independencia o la imparcialidad del mediador. En Marruecos, la Cámara de Comercio Internacional de Arbitraje y Mediación de la OMPI (CI-MAR), con sede en Rabat y la Cámara de Comercio de Casablanca (CCISCO) y Marrakech ofrecen servicios de mediación, conciliación y arbitraje. También Túnez cuenta con experiencias y su Centro de Conciliación y Arbitraje dispone de reglas específicas que impiden que el experto que ha intervenido en calidad

de mediador conciliador pueda luego llevar a cabo funciones de árbitro en el mismo caso.

Muchos países africanos han promulgado leyes con el fin de establecer un marco jurídico adecuado para la práctica del arbitraje, sin duda el mecanismo ADR más reconocido en este continente. La Unión para el Mediterráneo (UpM) promueve asimismo la integración económica entre los estados miembros de la UE y los países del norte de África y Oriente Medio y el Espacio Europeo de Arbitraje para el Mediterráneo y Oriente Medio tiene como objetivo cooperar en los litigios transnacionales de esta región.

#### *1.1.4. Europa*

La distinción formal entre las distintas modalidades de resolución extrajudicial de conflictos es más acentuada en Europa que en otros contextos geográficos. La mediación es considerada actividad de facilitación, mientras que en el proceso de conciliación el papel del tercero resulta mucho más activo, evalúa y puede también sugerir formalmente posibles soluciones a las partes. Es interesante, desde el punto de vista de la originalidad, una variante practicada y regulada en algunos países europeos en virtud de la cual un tercero auxilia a las partes en la búsqueda de una solución. Si estas aceptan la solución que propone el tercero experto, el resultado pasa a adquirir fuerza vinculante y ejecutiva como si de un laudo se tratara. Resulta significativo también que en algunos países europeos el acuerdo alcanzado a través de una mediación puede llegar a ser título ejecutivo.

La Unión Europea y su Tratado parte de la premisa según la cual un mercado común europeo beneficia al ciudadano europeo. En consecuencia, el Tratado de la Unión Europea legitima ampliamente a sus órganos para promulgar disposiciones en materia de derecho de la competencia y derecho de los consumidores. De este modo, la legislación de la Unión Europea regula también, en el ámbito del derecho privado, el derecho de los consumidores y las leyes contractuales, dado que los contratos devienen asimismo mecanismo de control del mercado. El sistema desarrollado se fundamenta en una serie de reglas básicas: (i) información (consentimiento informado del consumidor); (ii) transparencia de términos y cláusulas; (iii) veracidad de la publicidad y de los mensajes; (iv) y equidad en las relaciones comerciales (evitación de técnicas de venta agresivas, equilibrio contractual).

Tras el Tratado de Lisboa, a mayor abundamiento, la UE articula su producción en torno al principio de economía social de mercado, lo que significa que este no es un fin en sí sino que queda funcionalizado porque debe cuidar por la satisfacción de las necesidades de los consumidores. Esta perspectiva tiene un impacto significativo en el modelo de competencia, que no pretende



ser perfecta sino eficiente en el sentido de evitar monopolios y garantizar la diversidad, el equilibrio y la pluralidad de profesionales y empresas. De modo que, a pesar de que el Tratado de la Unión Europea no proporciona un canal específico que permita la unificación o la armonización de las leyes contractuales, este objetivo se está obteniendo de forma indirecta en los últimos tiempos a través de la legislación emanada en materia de competencia y de protección de los consumidores, así como a través de la técnica de «máxima armonización» en la actividad de la Comisión, dirigida a la unificación de la normativa de protección de los consumidores.

La Unión Europea se halla comprometida asimismo, y desde los años ochenta en la introducción de mecanismos extrajudiciales en el ámbito de los consumidores (111). Las encuestas europeas muestran que el consumidor tiende a resignarse y a no reclamar por sus derechos ante las instancias judiciales tras un análisis de los costes, porque los procedimientos y la ejecución de las decisiones resultan caros, complicados y excesivamente largos. Esta tendencia conduce a un peligroso problema estructural consistente en la carencia de eficacia real de las previsiones normativas dirigidas a la protección de los consumidores, un dominio que afecta a todos los ciudadanos europeos. Para la Comunidad Europea (112) el «acceso a la justicia» no es más que una brecha entre la ley y la realidad, un derecho humano y un requisito previo para un sistema jurídico eficaz. La tutela judicial efectiva en este campo exige por tanto, necesariamente, un fácil acceso a procedimientos extrajudiciales, dado que los judiciales no son una vía adecuada para los conflictos transnacionales.

Es de este modo que en el año 1993, la Comisión de la Unión Europea presenta su *Libro Verde sobre el acceso del consumidor a la justicia y resolución de controversias en materia de consumo en el mercado único* (COM 93-576 def. 16-11-1993) (113) el cual subraya que los Estados miembros deben eliminar todo obstáculo a los consumidores y ofrecerles instrumentos eficaces de justicia. La propia Comisión definió más tarde (1996) un *Plan de acción sobre el acceso del consumidor a la justicia y la solución de controversias en el*

---

(111) Véanse mayores desarrollos sobre la materia, antecedentes y actuales políticas europeas, en Pablo CORTÉS (2011), *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Routledge Research in IT and E-Commerce Law. También, del mismo autor (2011), «Online Dispute resolution Methods for Settling Business to Consumer Conflicts», en *Online Dispute Resolution: theory and practice*. Ed. Eleven.

(112) Véase Libro Verde, de 16 de noviembre de 1993, *de acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0576:FIN:E S:PDF>. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/132023\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/132023_es.htm)

(113) Véase Libro Verde, *supra*, pie de página 117.



*Mercado Interior* (114) y posteriormente (115), el Consejo de Ministros invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a la preparación del *Libro Verde sobre la resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil* (116), que se publica en el 2002 y que señala el importante papel de los procedimientos ADR sencillos y de bajo coste para garantizar tanto a los ciudadanos como a las pequeñas y medianas empresas el acceso a la justicia. Paralelamente, durante esos años se aprueban dos importantes Recomendaciones sobre los principios que deben regir los órganos responsables de resolución extrajudicial de conflictos (117).

En el año 2005, la Unión Europea promueve la creación de una red de Centros Europeos del Consumidor (*ECC-Net*) (118) con el fin de proporcionar estructura de comunicación y apoyo a todos los ADR/RED al servicio de los consumidores. Y en la actualidad, a través del Programa de Estocolmo (119) atribuye prioridad estratégica a los mecanismos que facilitan el acceso a la justicia y propone eliminar todos los obstáculos a la solución de las controversias en materia civil —particularmente en el ámbito de los consumidores— partiendo de la premisa que es necesario intervenir para eliminar la barrera idiomática y

(114) Véase [http://aei.pitt.edu/1180/01/consumer\\_jsutice\\_gp\\_follow\\_COM\\_96\\_13.pdf](http://aei.pitt.edu/1180/01/consumer_jsutice_gp_follow_COM_96_13.pdf)

(115) Tras el Plan de Acción de Viena (1998) y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999). Asimismo, en la Cumbre Europea de Lisboa de marzo de 2000, sobre el tema: *Empleo y Sociedad de la Información*, el Consejo Europeo invitó a la Comisión y al Consejo para analizar cómo podemos aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular, mediante la resolución alternativa de conflictos. Este objetivo se reafirmó en el Consejo Europeo de Santa Maria da Feira en junio de 2000, con la aprobación del «plan de acción mundial eEurope 2002». En el ámbito de las relaciones industriales, el Consejo Europeo de Bruselas-Laeken, en diciembre de 2001, subrayó «la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales; y más concretamente los conflictos sociales transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación». El Parlamento Europeo (Informe de 21 de octubre de 2000) subraya «la importancia de ampliar los métodos de resolución extrajudicial de litigios de los consumidores, en particular en los conflictos transfronterizos». Y un año más tarde la Comisión, en una «Comunicación sobre el acceso de los consumidores a la resolución alternativa de conflictos» (Comunicación «Widening consumer access to alternative dispute resolution» COM (2001) 161 final, de 4 de abril de 2001. Disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_en.htm#init](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#init)) declara el papel clave de los métodos extrajudiciales con el fin de mejorar el acceso a la justicia para los consumidores y el importante papel de las TIC en la provisión de medios para resolver disputas. También en 2001, la Comisión Europea crea un formulario de quejas del consumidor para los litigios de consumo. La tecnología es vista, desde entonces, como un tema central para facilitar la resolución de controversias, ya que amplía el acceso, la velocidad y aumenta el control de los procesos.

(116) Véase Libro Verde *sobre la resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil*, *supra*, pie de página 49.

(117) Véase Rec. 98/357/CE y Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(118) Red creada en 2005, después de la EEJ-Net y también la Euroguichet Net: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/consumer\\_information/132048\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/132048_en.htm)

(119) [http://www.se2009.eu/en/the\\_presidency/about\\_the\\_eu/justice\\_and\\_home\\_affairs/1.1965](http://www.se2009.eu/en/the_presidency/about_the_eu/justice_and_home_affairs/1.1965)

potenciar las herramientas electrónicas y los medios modernos de comunicación electrónica (120).

Desde el punto de vista normativo, tras la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar (121) la Unión Europea aprueba una significativa Recomendación 98/257/CE (122), dirigida a los órganos responsables de la solución de las controversias de consumo a través de la intervención activa de un tercero (conciliación, arbitraje), efectuando indicaciones acerca de los principios rectores que deberían regir la actividad de estos. Algo más tarde, la misma Comisión Europea, interesada también en facilitar un adecuado cuadro normativo a la mediación, emite la Recomendación 2001/310/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos de resolución consensual de los litigios de consumo (mediación) (123) y aprueba la importante Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil* (124), con objeto de ampliar el uso de la mediación transnacional.

A mayor abundamiento, y para reforzar la seguridad jurídica del tráfico en la red, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (125) exige que los Estados miembros animen a los órganos de resolución de controversias —en particular en litigios de consumo— para actuar a fin de proporcionar suficientes garantías procesales para las partes interesadas (126). Añade que los Estados miembros deben fomentar que las leyes no obstaculicen ni impidan los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias; incluyendo los que usan canales electrónicos. Esta directiva hace hincapié en algunos aspectos muy relevantes del comercio electrónico, tales como el lugar en que esté establecido un prestador de servicios. Según la misma, este lugar debe determinarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, para quien el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento

---

(120) Véase parágrafo 3.4.1.

(121) Véase Recomendación (98)1 en mediación familiar. <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>

(122) Véase Rec. 98/357/CE, *supra*, pie de página 48.

(123) Véase Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(124) Véase Directiva 2008/52/CE, *supra*, pie de página 47.

(125) Véase Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (en adelante, Directiva sobre comercio electrónico). 2000. O.J. (L. 178/1). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:ES:PDF>

(126) Véase parágrafo 3.2.5.

fijo durante un periodo indefinido de tiempo. En los casos de empresas que prestan servicios a través de sitios de Internet, la ubicación real no es considerada como el lugar donde se encuentra la tecnología ni el lugar en el sitio web de la empresa es accesible, si no el lugar donde la empresa ejerce su actividad económica. También establece que los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica y que, en los casos de pedidos en línea, los proveedores de servicios deberán acusar recibo sin demora y por el mismo canal. La directiva finalmente establece que los Estados miembros deberán velar porque su legislación no obstaculice la utilización de medios electrónicos adecuados.

Finalmente, no podemos concluir sin mencionar que se hallan en ciernes tres importantes textos normativos: una propuesta de Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva sobre RAL en materia de consumo), una propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa y una propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea (Reglamento de RLL en materia de consumo) que permitirá a consumidores y a comerciantes el acceso gratuito a centros de resolución en línea en todas las lenguas oficiales de la UE.

#### 1.2.5. *España*

El denominado Pacto de Estado por la Justicia proyectó pivotar la reforma de la Administración de Justicia en España sobre la idea de incentivación de mecanismos alternativos de resolución de las controversias y su fortalecimiento mediante fórmulas que, con las suficientes garantías, eviten la actual tendencia a acudir en primera instancia a los Tribunales de Justicia. Desde un plano normativo (127), este objetivo ha sido alcanzado a través de la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, *de Mediación para asuntos civiles y mercantiles* (128). Este importante texto fija como principios de la mediación el carácter dispositivo, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la buena fe, el respeto mutuo entre las partes y el deber de colaboración y apoyo.

---

(127) La Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de transigir y en materia familiar, asimismo, la mediación en el seno de los procedimientos de separación y divorcio. La Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación, dispuso que la mediación respetará «en todo caso» los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

(128) Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *BOE*, núm. 56, de fecha martes 6 de marzo de 2012. Véase, asimismo, anterior Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. B.O. de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados, núm. 122-1, de 29 de abril de 2011. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_122-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF)

Con el fin de obtener su integración en el sistema de la Administración de Justicia, el citado Real Decreto-ley propone algunas importantes reformas procesales: si bien el intento de la mediación no deviene finalmente en determinados casos requisito o condición de procedibilidad antes de acudir los litigantes a los tribunales como preveía un anterior proyecto de Ley, este intento provoca la suspensión de la prescripción y caducidad de derechos y acciones y se reconoce al acuerdo de mediación que se alcance valor de título ejecutivo cuando cumpla determinados requisitos legales —su elevación a público—. Dispone asimismo que las instituciones de mediación que, entre sus fines, figure también el arbitraje adoptarán medidas para asegurar la incompatibilidad entre ambas actividades, lo que garantiza el respeto del principio de neutralidad exigible a los mediadores (129). Y a los efectos que aquí interesan, obligará a las instituciones de mediación a implementar mecanismos electrónicos.

En efecto, el citado Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles da carta de naturaleza a la mediación en línea al adoptar, entre otras medidas, la obligada implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos en todas las instituciones de mediación y añade que cuando la mediación tenga por objeto una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros, esta deberá desarrollarse necesariamente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos mecanismos no sea posible para alguna de las partes. La voluntad del gobierno es, además, como declara la Disposición final cuarta, promover su generalización en reclamaciones económicas a través de la mediación electrónica simplificada y breve.

Esta iniciativa se halla en clara sintonía con la voluntad europea de reforzar estos mecanismos en el mercado único y ganar la confianza de los usuarios en la compraventa de bienes y servicios en línea y transfronteriza, de modo que la distancia, fronteras o diversidad de idiomas no constituyan un obstáculo al comercio ni a la resolución de sus conflictos. En la medida que la resolución en línea deviene la vía más apropiada —si no la única vía hoy efectiva— para la satisfacción real de las partes en reclamaciones de escasa cuantía, esta debiera ser accesible a todos los ciudadanos, y en particular a los consumidores. El uso de medios extrajudiciales de resolución y sus aplicaciones electrónicas, lejos de implicar una reducción de la protección jurídica o una limitación en el acceso a la justicia, proporcionan un canal que permite la efectividad de los derechos, inexistente hoy en sede judicial para reclamaciones de baja cuantía y para aquellas de carácter transfronterizo.

---

(129) Introduce la neutralidad como aspecto sobre el que pivota el instituto (art. 9), de modo que en el contexto de la mediación son las partes las que deben alcanzar por sí mismas el acuerdo, actuando el mediador limitadamente, para facilitar la comunicación entre las partes y su acercamiento.

La norma resulta ambiciosa y para reforzar que efectivamente la mediación en línea sea una realidad, exige que todas las instituciones de mediación implanten sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. Su artículo 24 añade que las partes puedan acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación.

También, en Cataluña, la Ley 15/2009, de 22 de julio, *de Mediación en el ámbito privado* (130), prevé un procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial dirigido a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas la solución a sus conflictos con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral (131). Dicha ley fija el desarrollo de una mediación que pivota sobre el principio de autonomía de la voluntad privada y de libertad de las partes, pero introduce algunos elementos que podrían poner en entredicho, al menos teóricamente, esta libertad, al establecer periodos de duración, obligación de las partes a concretar el número máximo de sesiones e impedir de manera general que las partes inicien una nueva mediación hasta no haber transcurrido un año de la mediación anterior sobre un mismo objeto o desde que haya sido intentada la mediación sin acuerdo.

### III. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

#### 1. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LOS RED

En el ámbito del comercio electrónico, los ADR/RED han venido siendo sometidos a autorregulación. Los distintos organismos administradores se han dotado de reglamentos, códigos de conducta, directrices, guías y otros instrumentos para ofrecer a sus usuarios certeza, confianza y garantía de calidad de los servicios que prestan. A título meramente enunciativo, recordaremos que, en el ámbito internacional, una de las primeras iniciativas vino de la mano de *Global Business Dialogue on eSociety* (GBDe) que, en colaboración con *Consumers International*, generó hace unos años una guía sobre las disputas en el comercio electrónico —más conocida como *Acuerdo GBD*— la cual describe los principios rectores de los ADR y refiere a la necesidad de adaptar estos requisitos al contexto electrónico. También la *Organización para la Cooperación y el*

---

(130) En Cataluña, la Ley 15/2009, de 22 de julio de 2009, *de mediación en el ámbito del Derecho Privado*. <http://www.gencat.cat/diari/5432/09202029.htm>

(131) El mediador deberá gozar de titulación universitaria, formación especializada y estar colegiado o pertenecer a una asociación profesional en el ámbito de la mediación que se encuentre acreditada por el Departamento competente en materia de Derecho Civil, o bien prestar servicios para la Administración.

*Desarrollo Económico* (en adelante, OCDE), el *Transatlantic Business Dialogue* (TABD) (132) y el *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD) (133) publicaron sendas directrices para los litigios de consumo en el comercio electrónico. Y es bien conocido como la *Asociación Americana de Colegios de Abogados* (en adelante, ABA) publicó por su parte un informe sobre el comportamiento de las partes en el comercio electrónico y sus controversias.

Más recientemente, el *European Committee of Standardization* (CEN) ha procedido a emitir algunas indicaciones y una clasificación de los RLL existentes. Asimismo, la *Cámara de Comercio Internacional* (en adelante, ICC) proporciona a sus usuarios directrices para los procesos ADR/RED, describiendo estándares de uso de la web, correos electrónicos y otras herramientas para la comunicación, la presentación de documentos, pruebas y su archivo.

Desde un plano institucional, son también significativas ciertas iniciativas internacionales, supranacionales y de los estados dirigidas a dotar a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos de un cuadro normativo de referencia. A través de una operación de abstracción y síntesis de todo este acervo o *acquis*, ha sido posible identificar algunos principios generales comúnmente aceptados y reconocidos internacionalmente como piedras angulares de todo mecanismo extrajudicial, que procedemos a referir siquiera sucintamente, a continuación (134).

#### a) *El principio de autonomía negocial*

La voluntad de las partes de iniciar y participar en un proceso RLL es un aspecto clave y premisa fundamental para su desarrollo. Desde esta perspectiva, todo proceso extrajudicial debe su existencia a la exclusiva voluntad de las partes. El principio de libertad y autonomía negocial como valor, está estrechamente vinculado a la necesidad de información y de transparencia en dos aspectos: (i) las partes estarán en condiciones de poder decidir, incluso *ex ante*, su sumisión a un proceso RED; (ii) y las decisiones que recaigan pueden resultar incluso vinculantes para las partes si se les informó de su naturaleza de antemano y estas hubiesen aceptado expresamente, siempre que dicho compromiso no tenga el efecto de privar al consumidor de su derecho a interponer un recurso ante los órganos jurisdiccionales para la resolución de su conflicto (135).

---

(132) Véase <http://www.tabd.com>

(133) Véase <http://www.tacd.org>

(134) Véase mayor desarrollo de esta temática en trabajo de la autora «El marco jurídico: Derecho Comparado», en *Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, capítulo II, págs. 83 a 130.

(135) Véase Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de resolver los litigios de consumo. Véase, asimismo,

b) *El principio de confidencialidad*

Ampliamente reconocido en el ámbito internacional, la confidencialidad es, sin duda, *ratio* del éxito de estos sistemas extrajudiciales. Constituye un valor absolutamente central que debe ser preservado a toda costa porque la mera idea de que el proceso pueda generar rastro de las posiciones adoptadas por las partes durante la negociación no contribuiría a la confianza necesaria que favorece la disposición de las partes a concesiones mutuas (VIGORITI, 2009) (136).

En virtud de este principio las partes, los neutrales, los conciliadores, los árbitros, los expertos y los proveedores de sistemas electrónicos que participan tienen la obligación de no desvelar datos, secretos ni comunicaciones relativos al proceso. A menos que las partes convengan otra cosa, o bien que por ley sea necesario, toda esta información debe ser considerada confidencial. Comporta, entre otros: (i) la no revelación de las declaraciones formuladas y de la información obtenida durante el procedimiento; (ii) la destrucción de toda información presentada o producida durante el proceso, así como de todos los documentos intercambiados, con excepción de la correspondencia formal; (iii) y la prohibición de utilización durante un proceso judicial de las declaraciones o información intercambiadas. Estas obligaciones recaen en primer lugar, sobre las partes, que pueden, sin embargo, derogarla de común acuerdo; pero también sobre los expertos, quienes no pueden ser obligados a testificar o a informar sobre el proceso, posiciones sostenidas por las partes, o concesiones que estas estaban dispuestas a aceptar, en su caso. Ello significa que se extiende objetivamente a cualquier información sobre o acerca del proceso, del contenido y de las comunicaciones anteriores, contemporáneas y posteriores.

En razón de este principio los argumentos, información o pruebas pueden circular entre las partes interesadas solo con carácter confidencial, a menos que

---

la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Caso C-317/08, *Telecom Italia SpA*. 18 de marzo de 2010, 2010 O.J. (C 134) 3. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:134:0003:0004:EN:PDF>), según la cual, la efectiva protección judicial puede lograrse a través de un intento obligatorio de RED, siempre que dicho procedimiento no implique: (i) una decisión obligatoria impuesta a las partes; (ii) un retraso considerable de acceso a la jurisdicción; (iii) costes desproporcionados para las partes; (iv) constituya la única forma de acceso a los medios de conciliación y alternativas de solución, y (v) evite el acceso a los tribunales. Esto se debe a que, en virtud del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ([http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf)), el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones. En consecuencia, los procedimientos extrajudiciales no están diseñados para sustituir a los procedimientos judiciales y no se puede privar al consumidor del derecho a recurrir a los tribunales a menos que acepte expresamente, con pleno conocimiento de los hechos y solo después de que haya planteado el litigio.

(136) Véase Vincenzo VIGORITI (2009), *Mediazione e Avvocatura*, Concilia Online, Laboratorio «Unaltromodo» dell'Università degli Studi di Firenze. <http://www.conciliaonline.net/concilia/?idtema=4&page=informazioni&index=1&idcategoria=299741>



haya un acuerdo para presentar dicha información a otras personas. La mayoría de las legislaciones han regulado jurídicamente este aspecto, estableciendo disposiciones obligatorias y límites por razón de orden público e interés general.

Otra preocupación que afecta a la confidencialidad es, sin duda, la necesidad de transparencia respecto de las personas y organismos que llevan a cabo actividades RED, porque la transparencia y la revelación de cierta información pueden entrar en conflicto, una cuestión que requiere ser tratada casuísticamente llevando a cabo un ejercicio de ponderación.

La terminología no es siempre uniforme y, en ocasiones, confidencialidad viene identificada con privacidad, con secreto y con cuestiones de seguridad dado que la confidencialidad implica privacidad de las actuaciones y está estrechamente relacionada con la exigencia de seguridad de los sistemas electrónicos en los RED.

### c) *El principio de imparcialidad e independencia*

Imparcialidad e independencia son términos que se asocian a menudo también. Dicho esto, no resultan totalmente intercambiables. La independencia es un término vinculado estrechamente a los posibles conflictos de interés entre los profesionales u órganos de resolución extrajudicial y alguna de las partes en conflicto —plano objetivo—, mientras que la imparcialidad se halla vinculada a la actividad concreta del profesional y previene actitudes de prejuicio o escoramiento ideológico y personal —plano subjetivo—. Mientras que la imparcialidad se predica de la mediación y, en general, de los métodos de amigable composición (137), la independencia suele exigirse a los órganos responsables de métodos heterocompositivos.

Respecto de la independencia, las *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (138), publicadas por la *International Bar Association* (en adelante, IBA) resultan muy ilustrativas por las descripciones que contiene acerca de las situaciones que pueden generar conflictos de interés o poner en duda la independencia o imparcialidad de un árbitro. En tales casos, debe proceder a declarar la existencia de dichas circunstancias a las partes, para que estas puedan decidir acerca de su continuidad (MULLERAT, 2009) (139).

---

(137) La mayoría de las legislaciones de los Estados se refieren explícitamente a la garantía de imparcialidad como principio de todo proceso de mediación. Se afirma que la credibilidad y la integridad del proceso depende de la neutralidad y la imparcialidad de los profesionales. Se considera esencial para el logro y el mantenimiento de la confianza.

(138) Véase *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#conflictsofinterest](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest)

(139) Véase Ramon MULLERAT (2009), *La independencia a la luz de las «IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration 2004»*. Ponencia en el Workshop



Estos dos importantes principios pueden entrar en crisis cuando una de las partes contrata los servicios de un ADR/RED para luego imponer a la otra una cláusula *ex ante* de sumisión expresa para el caso de conflicto. Con objeto de salvaguardar la independencia e imparcialidad de los expertos, pareciera prudente en tales casos el establecimiento de ciertas limitaciones como la prohibición de nombrar expertos o árbitros que tengan o hayan mantenido alguna vinculación o relación económica anterior o hayan intervenido ya en algún conflicto que afectara a alguna de las partes. Estas limitaciones podrán venir acompañadas de un compromiso formal de los expertos de no aceptar nuevo encargo ni concertar relaciones económicas posteriores con las partes durante un periodo de tiempo prudencial. Naturalmente, para que estas cautelas puedan garantizar el principio de independencia e imparcialidad, los expertos no deben quedar vinculados a un número limitado de proveedores de servicios RED, situación que podría propiciar dependencias económicas que perjudiquen la necesaria ecuanimidad en el ánimo del tercero y favorecer desviaciones en el modo de actuar.

d) *El principio de equidad*

Principio que persigue garantizar que las partes tengan las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y persigue que ambos se hallen en igualdad de condiciones en sede de negociación y a la hora de construir soluciones consensuadas. Los neutrales asumen la importante tarea de gestionar el poder de las partes, con el fin de reequilibrar las situaciones de asimetría. De ahí que pueda afirmarse que el contenido del principio de equidad es diferente al principio de debate contradictorio, predicable de los métodos heterocompositivos. En el seno de la Unión Europea, este importante principio tiene un contenido muy preciso y debe garantizar que: (i) las partes sean informadas de su derecho a negarse a participar o retirarse del procedimiento en cualquier momento y acceder al sistema legal o de otro tipo fuera de los mecanismos de reparación extrajudiciales en cualquier momento si no están satisfechos con el desempeño o funcionamiento del procedimiento; (ii) ambas partes puedan presentar libremente y de manera sencilla argumentos, información o pruebas pertinentes a su favor y de forma confidencial, salvo que pacten cosa distinta; (iii) en cualquier momento las partes puedan presentar propuesta de solución y la contraparte tenga la oportunidad de hacer valer sus puntos de vista; (iv) y las partes dispongan de un tiempo razonable para considerar las propuestas de solución y decidir.

---

Internacional en ADR/ODR: Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Barcelona, 15 de septiembre de 2009. Universitat Oberta de Catalunya. [http://www.uoc.edu/symposia/adr/doc/Prof\\_Ramon\\_Mullerat.doc](http://www.uoc.edu/symposia/adr/doc/Prof_Ramon_Mullerat.doc)

En este contexto, nuevamente, la transparencia es un elemento clave. El usuario o consumidor debe ser informado en un lenguaje claro y comprensible, antes de aceptar una propuesta de solución sobre: (i) si la solución propuesta puede ser menos favorable que un resultado determinado por un tribunal, aplicando las normas jurídicas; (ii) el derecho de buscar asesoramiento independiente; (iii) la posibilidad de referir a su disputa a otro método de resolución extrajudicial o bien al propio sistema judicial; (iv) y por último, conocer el estado y los efectos de una solución acordada.

e) *El principio de eficiencia (efectividad, rapidez, economía)*

Este importante principio integra, en esencia, los caracteres que mejor identifican y distinguen las modalidades extrajudiciales respecto de los mecanismos judiciales. En virtud del mismo, los procesos extrajudiciales deben ser necesariamente sencillos, comprensibles, rápidos, económicos y deben gozar de efectividad en términos de satisfacción del interés y necesidades de las partes (140). De este modo, el órgano responsable del procedimiento, no solo debe tratar el asunto en el menor tiempo posible que permita la naturaleza de la controversia y revisar periódicamente sus avances para garantizar que la misma sea tratada con prontitud y diligencia si no, además, procurar que este sea resuelto de manera económica y buscando la plena satisfacción de los intereses de las partes en términos también de eficacia normativa.

A la luz de una relevante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N. 18020/91, de 31 de marzo de 1992) (141), la razonabilidad en la duración de un proceso debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para lo que la jurisprudencia de Estrasburgo ha ido estableciendo criterios de valoración tales como: la complejidad del caso, la conducta del solicitante o la realización de las autoridades (142).

Asimismo, la conducta de las partes debe ser revisada por el órgano responsable del procedimiento, para garantizar que estos se han comprometido en la búsqueda de una solución adecuada y justa para la controversia. Si la conducta

---

(140) Término con contenido distinto al de eficacia jurídica, aunque relacionado, porque el reconocimiento y la eficacia jurídica de los resultados contribuye a la efectividad de los derechos por vía de la posible ejecución forzosa de los acuerdos o decisiones.

(141) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N. 18020/91), de 31 de marzo de 1992, caso X. v. France. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=18020/91&sessionid=72562243&skin=hudoc-fr>

(142) Como menciona Cecilia CARRARA (2010, en Nicola SOLDATI y Andrea BANDINI (2010), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs 4 marzo 2010*, n. 28. Milano, Giuffrè, pág. 133), en un caso que requiere una especial urgencia, incluso un retraso de solo cuatro meses puede conducir a una duración excesiva del proceso.

de una parte es obstructiva, ambas partes deben ser informadas, con el fin de que puedan considerar la posibilidad de continuar con el procedimiento, o bien zanjarlo.

f) *El principio de transparencia*

La transparencia implica un actuar sin velos, sin ocultar información que puede resultar de interés particular de las partes o incluso de un colectivo. Constituye, por ende, una extensión del principio de publicidad e información, esencial para la plena realización de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Este principio mejora asimismo la confianza. La Recomendación de la Comisión 2001/301/CE (143) enumera y relaciona algunos requisitos para garantizar la transparencia de los procedimientos.

El principio de confidencialidad y el derecho a la intimidad y protección de los datos personales se establecen como límites en la aplicación de este importante principio, cuando entran en conflicto, debiendo ponderarse, nuevamente, caso por caso, el alcance de todos ellos.

g) *El principio de legalidad*

Conforme al principio de legalidad en sentido tradicional, todo ejercicio del poder debe quedar sometido a la constitución y al imperio de la ley. Garantiza la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad y procura el respeto de los derechos fundamentales, el orden público y el interés general. La Unión Europea ha apelado a este importante principio para abogar porque, en materia de consumidores, la decisión de un tercero no pueda conducir a privarles de la protección prevista por las disposiciones imperativas de la ley de los Estados miembros y para el caso de litigios transfronterizos, la decisión adoptada por el organismo responsable no debe privar al consumidor de la protección conferida por las disposiciones obligatorias aplicables conforme a la legislación del Estado miembro en que resida habitualmente el consumidor (144).

Por el mismo principio de legalidad, todas las decisiones deben ser comunicadas a las partes interesadas lo antes posible, por escrito o por cualquier otra forma apropiada, exponiendo los motivos que las fundamentan.

---

(143) Véase Rec. 2001/301/CE, *supra*, pie de página 48.

(144) Véase Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):ES:HTML)

h) *El principio de neutralidad*

Se entiende que es neutral quien no lleva a cabo valoraciones previas sobre unos hechos, no participa, no toma parte, no se alinea con una determinada posición. Bajo este importante principio el mediador no puede proponer formalmente ni imponer soluciones. Como recordaremos, en sentido estricto, la actividad mediadora es entendida como actividad facilitativa, que no permite evaluar y en consecuencia, efectuar propuestas formales de solución, mientras que en el seno de la conciliación, actividad de tipo evaluativo, ello sí es posible dado que el experto ocupa una posición más activa. Debemos señalar que esta neta distinción entre ambas actividades no obtiene sin embargo un reconocimiento generalizado a nivel mundial, existiendo países, como China o Japón que contemplan un perfil de mediador más amplio, que fagocita la figura del conciliador. En la Unión Europea, por el contrario, las distintas Recomendaciones (R. 98/257/CE y R. 2001/310/CE) (145) subrayan la necesidad de diferenciar netamente entre terceros con intervención pasiva (mediadores) y activa (conciliadores, árbitros) y en este contexto geográfico, solo el conciliador está facultado para evaluar y proponer formalmente soluciones, y su actividad queda sometida a las reglas del contradictorio o debido proceso.

Es un fundamento predicable solo de los mecanismos autocompositivos, en los que interviene una tercera persona, y es condición o exigencia que se integra, por lo general, de forma implícita en los códigos de conducta y normativa legal, al identificar a los mediadores con el término de «terceros neutrales».

Partiendo de estas consideraciones, sucede que algunos proveedores de servicios RLL ofrecen procesos que, estableciendo como base el arbitraje, integran fases de mediación y/o conciliación. En ocasiones, además, el mismo experto que interviene en fases de mediación y conciliación procede luego a decidir sobre el caso concreto. Esta estructura ha generado honda preocupación por poner en entredicho el principio de neutralidad del experto y por condicionar negativamente a las partes, quienes recelosas de desvelar excesivos detalles, no se implican entonces de manera plena en los procesos de amigable composición. En consecuencia, algunos sistemas jurídicos impiden que el mismo mediador o facilitador que interviene en un determinado proceso extrajudicial pueda luego, con posterioridad, actuar en calidad de árbitro en esa misma controversia u otra que eventualmente surja a raíz de los mismos hechos o relación jurídica. Cuestión que ha sido recogida expresamente en las directrices CEN/ISSS de estandarización de los RED (146). En el ámbito internacional, la Ley Modelo CNUDMI *sobre conciliación comercial internacional* (147), de 2002, establece

---

(145) Véase Rec. 98/357/CE y Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(146) Véase <http://peacetech.org/standards/1.doc>.

(147) Véase Ley Modelo CNUDMI *de Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

en su artículo 12 que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no puede actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. Y, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (148), obliga al juez responsable de un procedimiento judicial o que se halle vinculado a un litigio apartarse de la mediación.

Habida cuenta la razonable preocupación que genera esta sensible cuestión, las fases de mediación deberían gozar, como regla de principio, de la suficiente autonomía para que partes y expertos puedan entablar un diálogo abierto y no condicionado. Lo que no obsta a que, en ejercicio de esa misma libertad contractual, las partes puedan decidir voluntariamente aceptar *ex post* (149) remitir su caso a un proceso RLL donde dicho experto esté habilitado para mediar, conciliar y decidir la controversia si las partes no llegan a un acuerdo. Como es natural, siempre a condición de que se trate de un consentimiento informado (150). Más controvertida resultaría sin embargo la aceptación *ex ante* inserida como cláusula de adhesión en un contrato de consumo, como se verá más adelante.

Los proveedores de servicios RLL están también obligados a garantizar una comunicación efectiva entre mediadores/conciliadores y partes, ya sea conjuntamente o por separado (*caucus*). Y a la inversa, durante la fase de arbitraje, debe asegurarse que la arquitectura del software no permita comunicaciones por separado, dado que el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias sujeto a principios y requisitos —como el principio de contradictorio— dirigidos a garantizar que las partes implicadas en un conflicto tengan derecho a presentar su punto de vista y puedan escuchar y conocer los argumentos y hechos expuestos por la contraparte.

---

(148) Véase Directiva 2008/52/CE, vid. *supra*, pie de página 47.

(149) Más controvertidas son las exenciones *ex ante*. Thomas SCHULTZ y Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International and Schulthess, The Hague (2004), pág. 204. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo acepta.

(150) Véase, en Europa, el *Caso Suovaniemi y otros v. Finlandia*, de 23 de febrero de 1999 (núm. 31.737/96: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId=30548297&skin=hudoc-en&action=html&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=61462&highlight>). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió la renuncia del demandante a un tribunal independiente, quien aceptó expresamente como árbitro a un experto que previamente había asesorado al oponente (consentimiento informado).

i) *El principio de debido proceso* (151)

Denominado en ocasiones también como de «contradictorio», este principio procesal va dirigido principalmente a las modalidades de resolución extrajudicial heterocompositivas y a aquellas en las que el tercero adopta una posición activa, valora y propone formalmente soluciones a las partes. Persigue la interdicción de la indefensión y procura que toda persona goce de ciertos derechos que garanticen un resultado justo, como permitir que ambas partes tengan las mismas oportunidades de presentar sus puntos de vista ante el órgano competente y de escuchar los argumentos y hechos expuestos por la contraparte, así como las declaraciones de los expertos.

El hecho de que los procesos RLL no establezcan audiencias presenciales no implica una violación de dicho principio (152). El principio de contradictorio se halla implícito en el primero, e implica el respeto de la dualidad de partes y el derecho a sostener posiciones jurídicas distintas.

2. ALGUNAS CUESTIONES SENSIBLES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL

En el entorno virtual y de contratación en masa, un número significativo de transacciones genera algún tipo de disputa o controversia y, a este nivel, que podríamos definir de «patológico» en las relaciones contractuales, son diversas las dificultades arrostradas por los juristas.

2.1. *El falso dilema sobre la naturaleza de las partes. La asimetría contractual como problema de fondo*

Desde el punto de vista de los sujetos implicados, la normativa existente en materia de tutela y protección de la posición jurídica del consumidor en muchos países exige la necesidad apriorística de identificar, en cada relación jurídica entablada, si alguno de los sujetos, parte en una transacción, ostenta la condición de consumidor. En este primer cometido, la principal dificultad radica en la propia noción de consumidor a tomar en cuenta. Ilustrativa de tal complejidad es la observación de las muy diversas definiciones o descripciones legales existentes en la propia Unión Europea no cuenta con una definición única del término «consumidor». A pesar de ello, las diferentes descripciones adoptadas por las normas comunitarias permiten constatar que goza de la condición de consumidor, por lo general, la persona que actúa al margen de

---

(151) También denominado en ocasiones como de contradictorio o «adversarial».

(152) Véase, en este sentido, Recomendación 98/257/EC, *supra*, pie de página 48.

su actividad profesional. Así, por ejemplo, para el Convenio de Bruselas *sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (1968; Bruselas II, ahora el Reglamento CE N. 44/2001) (153), un consumidor es una persona que actúa para un propósito que puede ser considerado como no profesional. La Convención de Roma *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (1980; ahora Reglamento Roma I. N. 593/2008) (154) sigue la misma línea de pensamiento y en el ámbito del Derecho comunitario derivado, diversas directivas han contribuido a reforzar esta descripción (155).

---

(153) Véase Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. 2001. O.J. (L. 12/1). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:ES:PDF>

(154) Véase Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, Roma I). 2008. O.J. (L. 177/6). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:ES:PDF>

(155) A modo ilustrativo: (i) la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, donde se definen los consumidores como cualquier persona física que actúa [...] con fines que no están relacionados con sus actividades profesionales; (ii) en el ámbito de aplicación de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, el consumidor es una persona física que actúa [...] con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión; (iii) la Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, lo define como una persona que compra o se compromete a comprar los paquetes turísticos (el contratista principal), la persona en cuyo nombre el contratante principal se compromete a comprar el paquete (otros destinatarios) o persona a la cual el contratante principal o otros beneficiarios transfiere el paquete (el cesionario); (iv) la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores en línea define el consumidor como la persona física que actúe con un propósito no relacionado con sus funciones; (v) la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, de política de protección de los consumidores en contratos a distancia, se consideran consumidores toda persona física que actúa con fines ajenos a su [...] profesión comercial; y (vi) la Directiva 98/6/CE sobre la fijación de precios de los productos ofrecidos al consumidor concibe como cualquier persona que compra un producto para fines distintos de su ocupación; (vii) la Directiva 99/44/CE, relativa a determinados aspectos de la venta de garantías de bienes de consumo que el consumidor es cualquier persona física [...] que actúe con un propósito relacionado con su actividad profesional; (viii) la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, establece su propia definición de consumidor en términos de cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad, negocio o profesión; (ix) el Reglamento 178/2002 sobre los principios y los requisitos de la legislación alimentaria ofrece una descripción legal en los siguientes términos el consumidor final el de un consumidor de un producto alimenticio que no utiliza los alimentos como parte de una operación o actividad en el sector de la alimentación; (x) la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización de instrumentos financieros y contratos de servicios a los consumidores, cualquier persona física que, en la distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad, negocio o profesión; (xi) y la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales en línea define como toda persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, industrial, comer-



La legislación de la Unión Europea tiende a limitar el alcance del concepto a las personas físicas, con exclusión por tanto de las empresas (156). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (157) ha reforzado el criterio restrictivo, en contraste con algunas leyes nacionales y decisiones judiciales de los Estados miembros (158) y atribuye la cualidad de consumidor tan solo a las personas físicas que contratan servicios fuera de su profesión o empleo para satisfacer sus necesidades personales o familiares subrayando el hecho de que las empresas no pueden ser tratadas como consumidores.

El concepto de consumidor está estrechamente entrelazado con la evolución experimentada por el movimiento de protección de los consumidores en las últimas décadas. En términos generales, los consumidores han sido definidos como una categoría general útil para identificar a los individuos que adquieren productos y servicios, frente a productores o distribuidores.

Históricamente, y hasta bien entrado el siglo XX, las negociaciones establecidas para la compra de bienes y servicios de uso personal, familiar o doméstico se consideraban tenían lugar entre iguales. Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, y con la expansión de los mercados a gran escala, esta noción muta a causa de la asimetría estructural —y no meramente contingente— que se constata en el poder decisional de las partes que entran en contacto. Los países comenzaron entonces a adoptar disposiciones diversas para tutelar la posición jurídica del consumidor. Esta preocupación por el desequilibrio en la toma de decisiones entre las partes en el comercio tradicional ha dado lugar a la conformación de un cuerpo vasto de normas destinadas a proteger sus derechos. En

---

cial o profesional. Téngase en cuenta que las Directivas 85/577/CEE, 97/7/CE, 2002/65/CE y 2005/29/CE resultarán derogadas en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 - C6-0349/2008 - 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23], la cual, en sede de definiciones, dispone que se entenderá por consumidor «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

(156) Sin embargo, se dan algunas excepciones recientes, ya que ni la Directiva 90/314, ni la última Directiva sobre publicidad engañosa hacen referencia las personas físicas.

(157) Véase, a título de ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-464/01, Gruber v. BayWA AG. 20 de gener de 2005. 2005 O.J. (C 57) 1. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:057:0001:0001:EN:PDF>

(158) Algunos estados han elegido extender el ámbito de este concepto. Es el caso de Francia o España. También los tribunales nacionales han sido, en ocasiones, mucho más flexibles: en Italia, por ejemplo, se ha considerado consumidor al escultor que contrata con un transportista para llevar una estatua a un concurso al que deseaba concurrir [Tribunal de Roma de 22-10-1999 (<http://www.legalionline.com/html/consuma.html#3>)]; o bien a la persona natural que adquiere bienes para su futuro negocio [Tribunal de Ivrea, de 5 de octubre de 1999, Corte Costituzionale n. 282, 30.6.1999 (<http://www.legalionline.com/html/consuma.html#3>)]. Véase respecto de estos supuestos: Vincenzo Roppo (2009), «From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?», en *European Review of Contract Law*, 3/2009.



consecuencia, hoy el estado de bienestar trata de combinar el imperio de la ley con la justicia social en el contexto de la negociación y, como resultado, legisla introduciendo distinciones legales según la naturaleza de las partes implicadas (B2B, B2C). El desafío resulta ahora, en ese contexto, discernir que debe entenderse por «consumidor». Y es aquí donde el objetivo de uniformidad en este campo deviene un reto de difícil solución, tanto más cuanto la casuística revela que la distinción es, en ocasiones, bastante artificiosa (159).

Si la ratio de la normativa dirigida a la tutela del consumidor no es otra que reequilibrar una asimetría contractual de tipo estructural, esta misma razón es la que ha conducido a algunos legisladores —y a ciertos tribunales— a adoptar medidas de protección en favor de las pequeñas empresas. Porque la parte más vulnerable en una contratación no siempre goza de la condición de consumidor, y la literatura jurídica de los últimos tiempos viene a confirmar. Así, por ejemplo, como pone de relieve el Informe de la Comisión COM (2000) 248 final de la Unión Europea, de 27 de abril, *sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (160), algunos Estados miembros —Dinamarca, Estonia, Holanda y Polonia— poseen leyes sobre condiciones generales de los contratos que son asimismo aplicables a las relaciones entre empresas, comportando este planteamiento muy buenos resultados en la práctica porque sea cual fuere la relación entre empresas, esta puede enmascarar una posición de debilidad contractual similar a la que experimentan los consumidores cuando deben hacer frente a condiciones generales impuestas en el contrato. Asimismo el Reglamento Roma I (161) prevé —en su art. 4.1, apartados e) y f)— que los contratos de franquicia y de distribución (B2B) se rijan por la ley del país donde el franquiciado o el distribuidor tengan su residencia habitual. En otras palabras, rompe con el criterio general y aplica a estos el criterio específico del artículo 6, reservado a los consumidores. La razón, una vez más, no es otra que favorecer a la parte más vulnerable de la relación comercial.

El clima intelectual en Europa es proclive a la unificación del derecho contractual, como acreditan algunos esfuerzos, en particular los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (*Principles of European Contract Law*, en adelante, PECL) de la Comisión Lando, claramente volcados en la superación de la categoría «consumidor», con objeto de extender el radio de tutela normativa

---

(159) Un ejemplo clásico que se expone es el caso del pasajero aéreo y de las cláusulas del contrato de viaje, cuya valoración dependería entonces según se desplace este por motivos de vacaciones o profesionales, algo que parece a todas luces injustificado.

(160) Véase Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5-4-1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [COM (2000) 248]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0248:FIN:ES:PDF>

(161) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

a las relaciones contractuales asimétricas en general, considerándose como tal, entre otras, aquellas que carecen de un proceso de negociación en la fase de formación del contrato. Y a pesar de que el *Draft Common Frame Reference* (DCFR) contempla las relaciones B2C de manera específica, el concepto de consumidor resulta más flexible al introducir una matización (persona natural que actúa principalmente por motivos no relacionados con su negocio o profesión) que viene a contrarrestar el efecto de la *Decisión Gruber* de la Corte de Justicia Europea (162), de modo que la regulación pivota sobre el concepto equidad aplicable a las relaciones B2B y B2C (ROPPO, 2009, pág. 335) (163).

La necesidad de proteger a los sujetos frente a las cláusulas abusivas es cada vez mayor, dado que aumentan los contratos que contienen aspectos transfronterizos, en lenguas extranjeras y con empresas internacionales que conciertan acuerdos en determinados sectores. En el mercado electrónico, por otra parte, actores nuevos como pequeñas y medianas empresas padecen una desigualdad de poder similar en la negociación con grandes empresas, o cuando contratan esporádicamente (*one shot players*) con otras que operan en masa (*repeat players*). Este desequilibrio en el poder de negociación entre las partes deviene en este nuevo entorno estructural, no sobrevenido, dado el uso sistemático de condiciones generales de la contratación y de cláusulas de adhesión. Las reglas tradicionales positivizadas en los sistemas nacionales en materia contractual, fundamentadas en la premisa de igualdad del poder negocial de los sujetos, resultan a todas luces inadecuadas en un mercado electrónico globalizado de grandes operadores económicos. Es un hecho indiscutido a mayor abundamiento que la inmensa mayoría de las transacciones efectuadas electrónicamente contienen algún elemento extranjero, de modo que dichos negocios jurídicos serían internacionales y quedarían sometidos a las reglas del Derecho internacional privado (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008, pág. 20) (164). Y no parece la solución más razonable dejar al albur de los distintos tribunales nacionales su apreciación, como si se tratara de una mera cuestión de hecho que deba ser considerada caso por caso, lo que contribuiría a generar más inseguridad jurídica entre los operadores.

La debilidad de la posición de los clientes en las transacciones electrónicas ha devenido, en consecuencia, un lugar común, no una situación adventicia. En los acuerdos suscritos electrónicamente sucede a menudo que la empresa oferente de un producto o servicio, habitualmente con mayor capacidad económica, tecnológica y de conocimiento (*know how*), establece los términos del contrato

---

(162) Véase Corte de Justicia Europea, Caso C-464/01, *Gruber v. BayWA*, AG. 20-1-2005, 2005 O.J. (C 57) I, *supra*, pie de página 161.

(163) Véase Vincenzo ROPPO, *supra*, pie de página 162.

(164) Véase Alfonso Luis CALVO CARAVACA & Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares.

de modo unilateral —v. gr., a través de contrato tipo, con condiciones generales diseñadas por un equipo jurídico— que el cliente se ve obligado a aceptar si desea acceder al producto o servicio (165). Se reproducen, en definitiva, en el contexto electrónico las mismas deficiencias en la formación contractual que en el comercio tradicional: (i) la oferta es diseñada unilateralmente por la empresa predisponente, a los fines de agilizar la contratación, mediante contratos de adhesión y/o condiciones generales de la contratación (déficit negocial); (ii) con el agravante de que en el comercio electrónico el predisponente suele gozar de conocimientos especializados sobre los productos y servicios ofertados. Para que un consentimiento sea suficiente a los efectos de considerar la validez de un negocio jurídico, este debe ser cabal, informado. La información debe ser cierta, completa y suficiente. Y sucede que en el entorno electrónico la fuente de dicha información está en manos exclusivas del oferente del producto o servicio (déficit informativo). La mayor capacidad tecnológica del oferente incide también en el desequilibrio contractual descrito (166) y el problema se repite frente a sujetos que actualmente no gozan todavía del reconocimiento de consumidor. Son situaciones de abuso, como botón de muestra, las prácticas conducentes a imponer un criterio, unas condiciones contractuales gravosas o discriminatorias, o a provocar el boicot económico aprovechándose de la situación de dependencia económica de una empresa, profesional o emprendedor respecto de otra más fuerte con la que mantiene una relación de subcontratación o de integración vertical.

Es por ello que en el presente contexto parece ahora llegado el momento de extender la tutela tradicionalmente desplegada para los consumidores al resto de colectivos que padecen los mismos problemas de asimetría. Como señalara PERLINGIERI (2007) (167), es evidente que hoy, el concepto de consumidor no es suficiente ya para definir un área de protección puesto que el empresario puede también considerarse parte vulnerable en las relaciones con otras empresas (168). Y si bien esta situación ha sido paliada en determinados sectores

---

(165) Véanse primeras reflexiones en conferencia pronunciada por la autora «Global ODR Schemes for B2B, B2C, and C2C Redress», en *ODR International Forum*. Chennai, India. 7-9 de febrero de 2011. Manuscrito. <http://www.odr2011.org>.

(166) Véase, asimismo, reflexiones acerca del desequilibrio contractual en los contratos de adhesión y el coste para el consumidor del consentimiento informado en Melvin A. EISENBERG (1995), «The limits of cognition and the limits of contracts», 47, en *Stanford Law Review*, 122, pág. 243. <http://www.academicjournals.org/JLCR/contents/2010content/Aug.htm>

(167) Véase Pietro PERLINGIERI (2007), *Manuale di Diritto Civile*. Edizione Scientifiche Italiane, Roma, pág. 414.

(168) En este mismo orden de cosas, el incremento del flujo de información gracias a las TIC está favoreciendo la reducción de costes de transacción en las cadenas de producción y suministro, esto es, en las organizaciones interdependientes que trabajan colaborativamente en régimen de integración vertical u horizontal. En estas relaciones jurídicas de naturaleza económica, el comprador, cliente o adquirente, es curiosamente la empresa más fuerte, que logra imponer precios y condiciones a la empresa que suministra, habitualmente subcontratada.

de producción mediante legislación ex proceso emanada de algunos sistemas nacionales (169), lo cierto es que el contexto actual descrito de contratación electrónica transnacional se ve necesitado de una intervención de carácter más general ante esta situación estructural y originaria de asimetría contractual. La posible falta de libertad negocial originada por el escaso poder contractual de los clientes puede verse paliada, al menos en parte, con una regulación que, sin limitar de modo excesivo la voluntad de las partes, establezca límites imperativos infranqueables e incluso configure un contenido dispositivo del contrato que predisponga a las partes a la asunción de negocios jurídicos en los que la recíproca distribución de las cargas se halle más equilibrada.

De modo que las fronteras entre los diversos sujetos y las relaciones jurídicas que estos entablan en el entorno del comercio electrónico —B2B, B2C, C2C, C2B, etc.— se diluyen (170), al tiempo que se extiende el colectivo de sujetos que se hallan de manera estructural en situación de desequilibrio contractual. Desde nuestro punto de vista, parece llegado el momento de extender el radio de tutela a estos nuevos colectivos con el fin de garantizarles también efectiva libertad contractual y la necesaria autonomía, condiciones indispensables para un comercio electrónico sano, competitivo y seguro. Ello implica un paso evolutivo en el entorno electrónico que, superando los rígidos esquemas del régimen tuitivo del consumidor, se avance en la protección general del cliente-adquirente de bienes y servicios.

En sintonía con lo expresado es tendencia actual en la Unión Europea y entre los estados miembros implementar y extender el alcance de las normas de protección también a las personas o empresarios que padecen una posición contractual desequilibrada. El ambiente intelectual en Europa es favorable a la armonización de los sistemas contractuales y el legislador europeo tiende, en

---

Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-453/99, *Courage Lid v. Bernard Crehan*. 20 de septiembre de 2010. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=C-453/99&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&re smax=100&Submit=Rechercher>.

También los negocios de distribución e intermediación se ven afectados por este fenómeno: las empresas nacionales ceden y aceptan las condiciones impuestas por la empresa multinacional.

(169) Un ejemplo temprano de intervención legislativa, dirigida a paliar los problemas de asimetría contractual entre empresas, lo hallamos en la contratación vertical ganadera en países como España (Cataluña) o Italia.

(170) Un hecho constatado por el egregio jurista Louis DEL DUCA (2007), «Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence», en *Texas International Law Journal*, vol. 42, págs. 625-649.

los últimos tiempos, a centrar su atención más en los contratos asimétricos y en las relaciones B2B que en los contratos de consumo (B2C) (171). No en vano, en la actualidad el *acquis* comunitario lo conforman en su mayor parte previsiones normativas reguladoras de las relaciones jurídicas entre empresas y, en particular, entre empresas dominantes y operadores en el mercado que padecen algún tipo de desequilibrio en el poder de negociación (172).

El hecho que favorece esta tendencia es la excesiva diversidad y fragmentación normativa en materia civil y mercantil, circunstancia que socava el crecimiento de los intercambios económicos en el mercado único, debido a los altos costes de asesoramiento legal que las empresas tienen que soportar. La armonización de las leyes contractuales se obtiene hoy indirectamente, a través de normativa de protección de los consumidores y de la «técnica de armonización máxima» que permite su unificación y genera un importante acervo comunitario. Esta estrategia es vista como deseable en la medida que ayuda al sistema contractual europeo a alcanzar unidad y coherencia (173). Por otro lado, el Parlamento Europeo a través de la Comisión de asuntos jurídicos, preocupado por el impacto negativo de estas cuestiones en el mercado interior se halla trabajando además en la superación de los enfoques tradicionales mediante el diseño de un instrumento facultativo que resulte aplicable a todos los participantes en transacciones B2B y B2C en controversias nacionales y transnacionales (174). Destaca en este sentido la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (175), dirigido a la contratación entre empresas y entre estas y los consumidores.

En consecuencia, parece llegado el momento de sugerir la confección de un instrumento opcional internacional al servicio de la contratación electrónica que, integrando los tradicionales estándares de tutela de la posición jurídica del consumidor reconocidos internacionalmente —consentimiento informado, derecho de desistimiento, etc.— permita disponer de un cuerpo único de normas con un nivel elevado de protección de los derechos aplicable a todos los operadores.

---

(171) Véanse, al respecto, reflexiones de Karl RIESENHUBER (2005), «System and Principles of EC Contract Law», en *European Review of Contract Law*, 2/2005, pág. 305. Asimismo, ROPPO, *supra*, pie de página 162, pág. 308.

(172) La diversidad de tratamiento en función de la naturaleza de las partes, sin más, es apreciada como injusta porque la realidad muestra que las asimetrías también ocurren en el seno de transacciones B2B o C2C.

(173) El ambiente intelectual europeo es, en la actualidad, muy proclive a la armonización del derecho contractual. Véase, a modo ilustrativo, el reciente trabajo de Viviane REGING (2011), «Por qué necesita Europa un Derecho Contractual europeo opcional», en *Indret*, de 2 de abril. Ariadna AGUILERA RULL y Albert AZAGRA MALO, trans. [http://www.indret.com/pdf/824\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf)

(174) Véase *Draft report on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses* (2011/2013(INI)), Committee on Legal Affairs, ponente: Diana Wallis.

(175) COM (2011) 635 final, Bruselas, 11 de octubre de 2011.

Podría para ello partirse de los instrumentos existentes en materia de contratación internacional tales como la Convención de Viena de 1980 (176), los Principios Unidroit (177), y los importantes esfuerzos legislativos de la Unión Europea y de la comunidad internacional en la fijación de estándares de protección en la contratación a distancia, en la contratación directa o puerta a puerta (178) y en la tutela de los consumidores en general. Ello brindaría la oportunidad de extender el nivel de protección a todas las relaciones, B2B, B2C, C2C, dado que la posición de fuerza entre ofertantes y clientes en dicho entorno es claramente asimétrica y provoca desequilibrios en las posiciones contractuales al punto de impedir un adecuado ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

Este cuerpo normativo debería configurarse a la luz de los principios de proporcionalidad y de justo equilibrio de los intereses en juego en términos de equilibrio entre los fines perseguidos y los medios utilizados y de mínimo sacrificio de los intereses en juego, de modo que su aplicación permita la satisfacción del interés de los clientes sin comprometer la actividad económica de los agentes económicos en el comercio electrónico. En otras palabras, el alcance de los principios, estándares y medidas de protección no deberían extenderse más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo, cual es garantizar la satisfacción de las partes en una transacción de escasa cuantía. Habida cuenta además que un sistema eficiente no puede descansar en la judicialización de la vida social y económica, ni en una incesante labor interpretativa de los distintos tribunales, sería deseable su concreción en reglas que alcancen a todos, que resulten menos gravosas que otras alternativas y que impliquen que los beneficios sean mayores que las pérdidas en derechos e intereses.

## 2.2. *Iter procedimental*

Como viene señalándose en la literatura existente consagrada en materia RLL y se extrae de la experiencia de los operadores, el arbitraje es el método más difundido en disputas de alto valor en el comercio electrónico (B2B),

---

(176) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

(177) Véase Principios UNIDROIT *sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

(178) En la Unión Europea la normativa relativa a las ventas fuera del local comercial ha sido armonizada a través de Directivas dirigidas a mitigar el efecto de las técnicas de venta agresiva por las que el ciudadano adquiere un producto o servicio que no buscaba, sin poder contrastar precios ni calidades, sin ver muchas veces el mismo producto, y sin poder reflexionar acerca de la oportunidad de adquirir el producto o servicio. Esta normativa asegura el derecho de información y de rescisión con el fin de conceder al consumidor un periodo de reflexión. Un derecho que es, a mayor abundamiento, indisponible e irrenunciable.

mientras que la negociación, mediación y conciliación son muy populares para conflictos de escasa cuantía (B2B y B2C).

Un porcentaje significativo de estos conflictos transnacionales (entre el 65 por 100 y el 95 por 100 de los casos, dependiendo del sector) se resuelven en la fase inicial de amigable composición, de modo que los mecanismos de resolución más efectivos son aquellos de tipo multinivel que se inician con fases sucesivas de negociación, mediación y conciliación, para finalizar, si las partes no alcanzan un acuerdo, en arbitraje o adjudicación (COLE & UNDERHILL, 2010, pág. 475) (179). En estos procesos de varios niveles, una preocupación fundamental y un requisito previo es obtener la aceptación de las partes en cada una de las fases. Este consentimiento debe ser informado, esto es, con pleno conocimiento de ciertos datos (180): (i) funcionamiento y disponibilidad del procedimiento; (ii) disposiciones legales que sean de aplicación, buenas prácticas, códigos de conducta; (iii) gestiones previas que las partes deben asumir; (iv) idioma vehicular durante el procedimiento; (v) coste, en su caso; (vi) calendario aplicable al procedimiento; (vii) el valor jurídico de la solución acordada; (viii) si esta puede resultar menos favorable que un resultado determinado por un tribunal en aplicación de normas jurídicas; (ix) y acerca del derecho a solicitar un asesoramiento independiente o a remitir el caso a otro mecanismo de resolución.

Los sistemas RLL aprovechan las innovaciones que aportan las TIC y se dotan de soportes que los sitúan en inmejorables condiciones de ofrecer servicios más rápidos y de bajo coste, dado que el tiempo o la distancia no suponen dificultad en el desarrollo del proceso.

El acuerdo alcanzado a través de una mediación o conciliación es habitualmente elaborado por las partes con la asistencia del tercero neutral, que puede llegar a redactar la propuesta de solución a petición de las partes. La firma del acuerdo se resuelve generalmente mediante el uso de cualquiera de los mecanismos de firma electrónica existentes.

Puede suceder que la fase de amigable composición no resulte suficiente para cerrar la controversia y las partes se vean necesitadas de acudir a la segunda fase de tipo heterocompositivo. En razón del principio de libertad contractual y de autonomía las partes deberán manifestar nuevamente su conformidad, que podrá ser expresada bien mediante aceptación de una cláusula de sumisión a arbitraje inserida en el contrato celebrado, bien mediante un documento separado (181)

---

(179) Véase Stephen J. COLE & Charles I. UNDERHILL (2010), «Fifteen Years of ODR Experience: The BBB Online Reliability Trust Mark Program», en *UCC Law Journal, Thomson Reuters*, págs. 443-477. [http://www.underhills.us/Docs/PDFS/BBBOnLine-15 por 10020Years por 10020of por 10020ODR por 10020Experience.pdf](http://www.underhills.us/Docs/PDFS/BBBOnLine-15%20por%2010020Years%20of%20por%2010020ODR%20por%2010020Experience.pdf)

(180) Muchos de estos requisitos de información han sido recopilados en la Unión Europea a través de la Rec. 98/257/CE (vid. *supra*, pie de página 48).

(181) Algunas leyes de protección de los consumidores impiden incluir cláusulas de arbitraje en los mismos contratos de adquisición de bienes o servicios. No debe quedar inte-



previo o posterior al surgimiento del conflicto. Este consentimiento informado puede ser obtenido asimismo por medio de una comunicación electrónica, equivalente funcional a la forma tradicional escrita (182).

Los mecanismos RLL deben procurar aquí soluciones tecnológicas sofisticadas dado que en los procesos heterocompositivos la fase probatoria resulta determinante para el discernimiento de la realidad. De ahí la importancia de que estos cuenten con equivalentes a la inspección ocular y con alternativas plausibles a las tradicionales periciales de expertos, cuyo coste resulta en ocasiones desproporcionado respecto del valor en discusión.

Por lo que hace al flujo del proceso y sus principios rectores, los RLL proporcionan procesos sencillos donde las audiencias están siendo sustituidas, en la práctica, por comunicaciones electrónicas que se suceden en un breve espacio temporal. Estas comunicaciones asumen una función equivalente a las tradicionales audiencias, cuyo objeto es garantizar que las partes sean oídas. Por otro lado, el respeto de los estándares de debido proceso resulta esencial en mecanismos heterocompositivos cuyo resultado desee obtener el reconocimiento o *exequátur* de los tribunales.

Una cuestión poco analizada todavía es la relativa a la oportunidad de que los sistemas electrónicos posibiliten la acumulación de pretensiones homogéneas de varios sujetos reclamantes contra un mismo reclamado, lo que permitiría dirimir en un mismo proceso y ante un mismo proveedor RLL las distintas reclamaciones. Esta posibilidad podría abaratar los costes de los procesos para todos los sujetos afectados; y, a su vez, simplificaría la actividad procesal del requerido, que podría excepcionar la existencia de un proceso RLL iniciado, solicitar la acumulación de las reclamaciones y unificar su defensa. Estrechamente vinculada a esta cuestión se hallaría también la posibilidad de interponer acciones colectivas, de modo que asociaciones y entidades representativas de un determinado sector pudieran presentar reclamaciones en nombre de sus asociados y defender así sus derechos. Ahora bien, como el fundamento de los sistemas de resolución extrajudicial es el consenso y el consentimiento informado de los sujetos, el resultado de estos procesos solo podría vincular a los sujetos miembros de la organización reclamante que, convenientemente informados, se adhirieren a la iniciativa emprendida por dicha organización (183).

---

grada en los términos y condiciones generales aplicables a las operaciones comerciales y, en general, en cualquier acuerdo celebrado antes de que surja la controversia (v.gr., Dinamarca).

(182) Véase Recomendación de la CNUDMI *sobre la interpretación del artículo II, párrafo 2 y el artículo VII, párrafo 1, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que promueve una interpretación flexible del requisito de forma escrita de arbitraje*, Nueva York, de 10 de junio de 1958. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

(183) En este punto cabría distinguir entre: procedimientos individuales que sean acumulados de oficio o a instancia de parte en un solo proceso; reclamaciones colectivas para la

Por último, y por lo que hace a la fase de ejecución en caso de incumplimiento de acuerdos y decisiones debe tenerse presente que una tasa elevada de los acuerdos que se alcanzan en la primera fase del proceso a través de la negociación o de la intervención del experto son respetados y las partes cumplen voluntariamente. Si el conflicto escala, algunos RLL incorporan mecanismos internos de apremio: se emplean, por ejemplo, técnicas de presión como la devolución del pago al cliente por parte de la entidad bancaria intermediaria, o bien mediante la difusión del incumplimiento o de la infracción webs de acceso público, o incluso mediante la suspensión o remoción de los sellos de confianza. En cualquier caso: (i) algunos estados atribuyen a tales acuerdos el valor de título ejecutivo y los efectos equivalentes a una sentencia judicial (184); (ii) y por lo que hace a las decisiones, a fecha 31 de diciembre de 2010, ciento cuarenta y cinco Estados han firmado la Convención de Nueva York, reconociendo la ejecutividad de los laudos arbitrales internacionales.

### *2.3. Las normas jurídicas aplicables y el carácter imperativo de ciertas provisiones normativas*

El factor transnacional obliga al intérprete a considerar las posibles normas jurídicas (185) aplicables en cada transacción comercial, así como en la resolución de los eventuales conflictos que se deriven. Respecto de este último aspecto, debe asimismo hacerse distinción entre mecanismos de tipo facilitativo, evaluativo o decisorio.

---

protección de los derechos de un grupo de personas representadas por una asociación o entidad que las represente (al modo de una acción colectiva o arbitraje colectivo); y reclamaciones de clase o asociativas para la defensa de intereses difusos donde la identidad y número de los sujetos que padecen el daño son indeterminados (al modo de una *class action*).

(184) En algunos países europeos, el acuerdo alcanzado en un proceso de mediación puede resultar ejecutivo. A saber: (i) en Francia, el artículo 1441 del Código de Procedimiento Civil (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>) establece que cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que el acuerdo sea aplicable; (ii) en Eslovaquia, el acuerdo de mediación es ejecutivo si se adopta la forma de un público acto; (iii) en Bélgica, el orden de la corte aprueba un acuerdo es ejecutable; (iv) los acuerdos en los Países Bajos gozan de fuerza ejecutiva si son aprobados por un juez; (v) en Italia, el Decreto Legislativo, de 4 de marzo 2010, núm. 28, de mediación en controversias civiles y mercantiles (Gazzetta Ufficiale, n. 53, de 3 de marzo de 2010). ([http://www.ordineavvocati-macerata.it/files/file/comunicazioniseg/010/dlgs\\_28-2010\\_conciliazione.pdf](http://www.ordineavvocati-macerata.it/files/file/comunicazioniseg/010/dlgs_28-2010_conciliazione.pdf)), establece que el acuerdo verbal, cuyo contenido no sea contrario al orden público o a las leyes de policía, resulta ejecutivo.

(185) Hablamos de «normas jurídicas», prescindiendo del término «derecho», habida cuenta que la primera expresión es más abierta y comprende todo un crisol de normas que pertenecen a ordenamientos jurídicos diversos, e incluso las reglas del comercio internacional. El concepto derecho tiene connotaciones de vinculación a un ordenamiento jurídico que impediría considerar estas distintas fuentes normativas.

Por lo que hace al primer factor, debe tenerse en cuenta la existencia de todo un corpus normativo de disposiciones legales específicas en materia de tutela y protección de los derechos de los consumidores y usuarios en algunas regiones y la Unión Europea es un caso paradigmático. En virtud del Reglamento Roma I (186) de 2008, los consumidores quedan protegidos por las normas tuitivas del país de su residencia habitual, que no pueden ser excluidas mediante acuerdo. Su artículo 6 establece que los contratos con consumidores se regirán por la legislación del país donde el consumidor tenga su residencia habitual. Esta regla resulta imperativa en el caso de que el profesional: *a)* ejerza su actividad comercial o profesional en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o *b)* por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho país o varios países, incluido ese país, y el contrato se inscribe en el marco de dichas actividades. Asimismo, la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (187), establece ciertas limitaciones a la libertad contractual, disponiendo que las cláusulas abusivas se tendrán por no puestas, lo que viene a significar que el consumidor tiene la posibilidad de invocar el carácter abusivo de una cláusula y, desde ese mismo momento y sin necesidad de resolución judicial, podrá negarse a cumplir las obligaciones que se derivan de la misma (188). Además, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección de la Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Por su lado, la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (189), *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, así como la Directiva 99/44/

---

(186) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

(187) Véase Directiva 1993/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, 1993. O.J. (L. 095). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:HTML>

(188) El problema, sin embargo, se soslaya por parte de algunas empresas introduciendo cláusulas que manifiestan que el consumidor declara haber negociado y aceptado expresamente las cláusulas generales. De este modo consiguen evitar la aplicación de la mencionada Directiva 93/13/CEE, dado que la misma excluye implícitamente de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales negociadas individualmente por el consumidor (art. 3). Exclusión que proviene de la supresión del artículo 4 de la propuesta modificada de la Comisión [COM (92) 66 final, DO C 73, de 24 de marzo de 1992], que establecía criterios aplicables a las cláusulas negociadas individualmente. Una exclusión, por otro lado, cuestionada en Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE [COM (2000) 248 final] porque «no aporta nada en términos de claridad y plantea en cambio dificultades de interpretación que podrían hacer confundir los términos “negociado” y “expresamente aceptado”».

(189) Véase Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. 1997.

CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (190), y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (191), ahondan en esta idea al declarar el carácter imperativo e irrenunciable de los derechos que se reconocen en virtud de su transposición al Derecho nacional. Y disponen finalmente que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorgan estas normas por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.

Respecto del segundo aspecto, que correspondería a la fase patológica de la relación contractual, como habíamos anunciado, resulta necesario distinguir además, desde una perspectiva procesal, entre mecanismos que pivotan sobre la base del consenso (transacción) y mecanismos de contradictorio (juicio). Una de las preocupaciones principales de esos últimos es el modo de determinar la ley aplicable cuando deban resolver en derecho, así como la determinación del tribunal responsable de la adopción de medidas cautelares.

Debe advertirse de manera liminar que estas importantes cuestiones, objeto en su día de un amplio debate jurídico, han sido resueltas por la mayor parte de países mediante la adopción de los criterios CNUDMI (192) e incorporando las siguientes reglas de principio: (i) en primer lugar, debe darse primacía a la voluntad libre de las partes; (ii) en defecto de acuerdo, debe asimismo darse preferencia al arbitraje de derecho, dado que la voluntad de someterse a arbitraje sin más especificaciones no conduce a que pueda presumirse que incluya la voluntad de someterse a equidad, y sí en cambio resulta más factible entender que desean la aplicación de los mismos criterios jurídicos que haría valer un tribunal; (iii) el arbitraje de equidad —denominado asimismo *ex aequo et bono*, *en conciencia*, o bien *de amigable compo-*

---

O.J. (L. 144). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:es:HTML>.

(190) Véase Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, 1999. O.J. (L. 171). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:ES:PDF>

(191) Véase Directiva 2002/65/CE, *supra*, pie de página 190, que resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23].

(192) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 53; artículo 35: los tribunales arbitrales solo fundamentarán sus decisiones *ex aequo et bono* en los casos que las partes así lo hayan autorizado expresamente.

*nedor*— solo sería aplicable a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente (193). En todos estos casos —decisiones fundamentadas en equidad o en derecho— el experto debería tener en cuenta asimismo los términos del contrato —excepción hecha, como es natural, de los que padezcan algún vicio que los invalide— así como los usos del comercio aplicables a la transacción (194).

La Unión Europea acepta el hecho de que los organismos encargados de procesos extrajudiciales de resolución de disputas con consumidores puedan adoptar decisiones sobre la base de equidad y de códigos de conducta. Sin embargo, tales decisiones deben garantizar el suficiente nivel de protección de los consumidores establecido por las disposiciones legales vigentes (195). Como ha sido apuntado anteriormente, en virtud del Reglamento Roma I (196), los consumidores están protegidos por las normas del país de su residencia habitual, que no pueden ser excluidas mediante acuerdo. Asimismo, de acuerdo con el principio de legalidad, se impone el criterio de que las decisiones que se emitan, aún siendo de equidad, sean motivadas (197) y no priven al consumidor de la protección prevista por las disposiciones imperativas de la ley del Estado en cuyo territorio el proveedor de servicios se establece.

En la misma línea de pensamiento, la Unión Europea, considerando el hecho de que existe un riesgo de que el empresario prive al consumidor de la protección otorgada por la normativa de los Estados miembros, a través de la designación como ley aplicable al contrato el derecho de un país tercero, introduce disposiciones encaminadas a evitarlo, declarando asimismo su carácter imperativo y

---

(193) En España, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (*BOE*, núm. 121, de 21 de mayo de 2011), invierte la regla de una ley precedente de 1988 que contenía a favor del arbitraje de equidad. Este cambio, operado en el año 2003, responde a la voluntad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la orientación más generalizada en el panorama comparado.

(194) Así lo aconseja el Reglamento sobre Arbitraje de CNUDMI (revisado en 2010). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arbrules-revised-s.pdf>

(195) Véase Rec. 98/257/CE, *supra*, pie de página 48. De hecho, en España, la Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003, de Arbitraje (*supra*, pie de página 198), dispone que dicha ley será de aplicación supletoria al arbitraje de consumo y que las normas de desarrollo del arbitraje de consumo podrán establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho. En consecuencia, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (*BOE*, núm. 48, de 15 de febrero de 2008. <http://igc.xunta.es/igc/documentos/Decret231.pdf>) dispone en su artículo 33 que «el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho».

(196) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

(197) Algunos países así lo disponen expresamente. Es el caso de España. Véase el artículo 33.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, *por el que se regula el Sistema Arbitral de consumo* ([http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/rd231-2008.html#a33](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd231-2008.html#a33)).

dictaminando que los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen (198).

Algunos países, como Brasil, a mayor abundamiento, exigen que los laudos arbitrales expresen siempre las razones legales que han conducido al tribunal a fallar en un determinado sentido, con debido análisis de los hechos y de las cuestiones de derecho, y expresando, si es el caso, que la decisión ha sido tomada en equidad.

Otros, como España, invierten el criterio en materia de consumo inter-no estableciendo que los laudos emitidos en el seno del Sistema Arbitral de Consumo serán de equidad, dado que el proceso ha sido institucionalizado, lo que garantiza el respeto a la normativa imperativa y de carácter tuitivo de sus consumidores y usuarios. Ahora bien, cuando el conflicto con consumidores es, sin embargo, transfronterizo, el artículo 33 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo* (199), dispone que «según lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje* (200), la determinación de la legislación aplicable al fondo del asunto se realizará de conformidad con lo previsto en los convenios internacionales en los que España sea parte o en la legislación comunitaria que resulte de aplicación».

---

(198) A título meramente ilustrativo, recordamos el caso de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997), la cual disponía en su artículo 12 que «los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozcan en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva», y «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». Son considerados derechos irrenunciables del consumidor en el marco de esta Directiva, para una transacción a distancia: (i) Recibir información —previa la conclusión del contrato— acerca de la identidad del proveedor, su dirección, características del bien o servicio, precio incluidos los impuestos, gastos de entrega, modalidades de pago y entrega, coste de las comunicaciones, plazo de validez de la oferta o duración mínima del contrato, en su caso; (ii) Ejercitar el derecho de desistimiento durante los siete días laborales siguientes a la recepción de los bienes, y durante tres meses para el caso de que el proveedor no cumpla con sus obligaciones de confirmación escrita de la información suministrada al consumidor sobre condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento, la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones, servicios posventa y garantías existentes, así como condiciones de rescisión del contrato si es de duración superior a un año o indeterminada. Esta obligación no se aplica a los servicios de una sola vez, en cuyo caso se mantiene, no obstante, la obligación de indicar la dirección geográfica del establecimiento del proveedor; (iii) que el pedido sea cumplimentado en un plazo máximo de treinta días si las partes no acuerdan nada en contrario, así como el derecho a recuperar las sumas abonadas si se incumple con esta obligación. Esta Directiva resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23].

(199) Véase Decreto 231/2008, *supra*, pie de página 200.

(200) Véase Ley 60/2003, *supra*, pie de página 198.

Se desprende de todo ello que, en caso de controversia derivada de una transacción electrónica transnacional de escasa cuantía, si las partes no alcanzan un acuerdo de amigable composición y el conflicto se resuelve en sede arbitral, sea cual fuere la naturaleza del laudo —de derecho o de equidad— pocas dudas caben respecto de la oportunidad de que este sea razonado y tenga en cuenta la normativa de *ius cogens* existente que resulte aplicable al caso. Se deriva también de ello que la deseable determinación de la normativa aplicable no debiera abandonarse a la mera voluntad de las partes, tanto más cuanto estas se hallan necesitadas de procedimientos expeditivos, sencillos y económicos. Sin embargo, la fijación *ex ante* de la ley aplicable resulta problemática, porque ello significa la mayor parte de las veces la imposición de la voluntad unilateral de quien en definitiva redacta las condiciones contractuales. Si las partes, por el contrario, postergan su determinación, el acuerdo requerirá tiempo y costes de asesoramiento legal del consumidor, por lo general lego en la materia.

Dicho lo anterior, la fijación apriorística de un criterio objetivo de aplicación general a todos los conflictos con consumidores, de naturaleza transnacional y de escasa cuantía tampoco resulta sencilla:

- (i) Si se opta por la aplicación de la ley del Estado donde la empresa proveedora de bienes o servicios tiene su sede, sucederá que esta no siempre es evidente y la empresa tenderá a establecerse en países con legislación laxa en materia de tutela de los derechos de los consumidores.
- (ii) Si, por el contrario, se adoptara el criterio del lugar donde efectivamente la empresa lleva a cabo su actividad, su determinación sería compleja en el caso de proveedor de bienes inmateriales o de servicios por vía electrónica. Y aún en el caso de poder fijarlo, la empresa o proveedor de bienes y servicios no podrá ignorar la normativa de orden público (201) y la legislación de *ius cogens* aplicable y de carácter irrenunciable existente en muchos países, de modo que la incerteza seguirá pesando en tales relaciones jurídicas. A mayor abundamiento tal fijación quedaría a expensas de la correspondiente prueba, lo que implicaría un coste inasumible para el consumidor en controversias de escasa cuantía.
- (iii) Si se optara por la ley del Estado donde el cliente, usuario, consumidor o particular tiene su residencia, la picaresca ya no es posible —se garantizaría el respeto del derecho público y de la normativa impera-

---

(201) Véase, al respecto, por poner un ejemplo, el conocido *UEJF & Licra v. Yahoo! Inc and Yahoo France*, Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI) (corte ordinaria) de 2 de mayo de 2000, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm>, en un supuesto de venta de objetos nazis. En este caso, sin embargo, se trataría de una responsabilidad penal y civil derivada de daños ocasionados en Francia por violación del Derecho Penal francés, artículo R. 645-2 del Código Penal. Desde el momento que los ciudadanos franceses desde Francia podían acceder al sitio web, el daño era considerado infligido en Francia, y por lo tanto su jurisdicción es considerada competente para entender.



tiva dirigida a la tutela del consumidor—. Este criterio provoca, sin embargo, incerteza para las empresas que operan en transacciones internacionales, al no poder conocer *a priori* cuál es la normativa aplicable a cada transacción efectuada, lo que implica importantes costes de asesoramiento legal y de traducción, en particular para las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

En nuestra opinión, la sumisión de las partes a un instrumento optativo (en adelante, OI) en conflictos transnacionales de escasa entidad, que uniformizara ciertos criterios —como por ejemplo, contenido y alcance del concepto «bienes de consumo» (202), la falta de conformidad sobre un producto (203) y sus consecuencias (204), la obligación de notificación de la falta de conformidad (205), de responsabilidad del vendedor con independencia de si el bien es o no de segunda mano (206), de mecanismos de saneamiento (207), etc.— y que aglutinara

---

(202) En general no se incluyen los bienes de segunda mano vendidos en subasta en la que los consumidores pueden asistir personalmente a la venta. El artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE permite que los Estados miembros puedan establecer su exclusión. Alemania, Francia, Reino Unido, Hungría y Finlandia así lo han contemplado.

(203) La falta de conformidad, vinculada a la garantía legal durante un determinado periodo de tiempo, comporta responsabilidad del vendedor. La determinación del momento a partir del cual se inicia no es pacífica: algunos países refieren al momento de la venta (Letonia); otros, al momento de ejecución (Hungría); otros al momento de transferencia de los riesgos, que puede tener lugar incluso antes de la entrega del bien, si el comprador retrasa la recogida (Finlandia). La Directiva comunitaria 1999/44/CE establece que el vendedor debe responder cuando la falta de conformidad se manifieste dentro del plazo de dos años a partir de la entrega del bien (art. 3).

(204) Por lo general, se priman aquellas soluciones que ofrecen reparación o sustitución del producto y, solo subsidiariamente, la posibilidad de reducción del precio o resolución del contrato (véase, v.gr., régimen de saneamiento de la Directiva 1999/44/CE). Sin embargo, en conflictos transnacionales de escasa entidad, la reparación o sustitución del producto no parecen las vías más adecuadas, dado el coste en términos económicos (periciales, servicios técnicos, envíos) y temporales.

(205) En la mayoría de los países el consumidor debe, necesariamente, informar o notificar al vendedor su falta de conformidad para hacer valer sus derechos. Estas obligaciones pueden verse sometidas incluso a requisitos formales y temporales. En otros, como Dinamarca, Italia o Finlandia, el consumidor queda exonerado si el vendedor no actúa de buena fe o incurre en negligencia grave.

(206) La Unión Europea fija el plazo de garantía —para manifestar la disconformidad— en dos años. Sucede, sin embargo, que en algunos países este plazo de responsabilidad del vendedor es más elevado (v.gr., tres años en Finlandia, seis años en Irlanda) o más corto (en la venta de artículos de segunda mano en España, Portugal, Polonia, Alemania, Austria, Luxemburgo, Chipre, Italia, Bélgica, República Checa, Eslovenia o Eslovaquia). Otros permiten la suspensión del plazo mientras se trata de poner remedio al defecto, plazo por tanto de prescripción en lugar de caducidad de la acción correspondiente.

(207) En algunos países los consumidores pueden escoger la forma de saneamiento: reparación, sustitución, reducción de precio o resolución contractual. Es el caso de Portugal, Grecia o Lituania. En otros se prevé además, otras formas de saneamiento, tales como la retención del precio por parte del comprador o la reparación por él mismo del defecto (Finlandia).

las reglas, estándares, principios y conjunto de normas del comercio electrónico que gozan de reconocimiento internacional, podrían dotar a estas transacciones internacionales y a sus eventuales conflictos de un adecuado marco normativo con un alto nivel de protección equiparable a los estándares existentes para la tutela de los consumidores.

#### 2.4. *La neutralidad en los procesos multifase*

La neutralidad afecta profundamente al diseño de las plataformas que ofrecen procesos RLL mixtos. Según lo expresado anteriormente, la actividad de mediadores, conciliadores y árbitros resulta muy distinta, porque estos últimos llevan a cabo una actividad quasijurisdiccional. Así, mientras en las fases de mediación y conciliación los procesos deben garantizar la comunicación efectiva entre mediadores/conciliadores y partes, conjuntamente y por separado (*caucus*), en sede de arbitraje estas plataformas deben estar en condiciones de garantizar que la arquitectura del software no permita las comunicaciones por separado. Como se recordará, el arbitraje es un método de resolución sujeto al principio de contradictorio, que impone el respeto de las reglas de debido proceso lo que supone el derecho de las partes a conocer los argumentos y hechos expuestos por la contraparte.

La práctica atestigua que muchos proveedores de servicios RLL —v.gr., cámaras de comercio— ofrecen servicios que integran procesos de naturaleza diversa, conducidos por un solo profesional —por lo general, árbitro— que, en una primera etapa procede a mediar y, sucesivamente, va adquiriendo un rol más activo en la medida que el caso lo requiere; hasta el punto de poder quedar habilitado para decidir la controversia. Esta estructura ha generado algunas preocupaciones estrechamente vinculadas con los principios de imparcialidad y de neutralidad. En general, se admite que las partes, en ejercicio de su voluntad privada, puedan apoderar a un tercero para mediar, atribuyan a este poderes más amplios, incluso decisionales, y puedan exonerarle de toda carga de respeto de las reglas de debido proceso. Esta aceptación a través del consentimiento informado, puede ser expresada *ex post*, esto es, una vez surgido el conflicto. Más discutida resulta sin embargo la aceptación de una sumisión *ex ante* cuando una de las partes goza de la condición de consumidor y el proceso conduce a una fase que impida luego el acceso a la jurisdicción, como se verá a continuación.

#### 2.5. *Cláusulas ex ante de sumisión a mecanismos RLL de tipo adjudicativo*

La práctica pone de manifiesto que una mayoría significativa de los asuntos que se someten a arbitraje derivan de un acuerdo previo de sumisión a dicho

mecanismo extrajudicial (*ex ante*) y que en muy raras ocasiones ambas partes aceptan someterse a un arbitraje cuando el conflicto ya ha estallado (208).

El caso *Souvaniemi v. Finlandia* (209) ofreció a la Corte de Justicia Europea de Derechos Humanos la oportunidad de pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas *ex ante* de sumisión a un arbitraje independiente. El tribunal declaró que no hay duda que una renuncia voluntaria a acudir a las instancias judiciales y en favor del arbitraje es, en principio, aceptable desde el punto de vista jurídico a la luz del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (210), si bien con algunas limitaciones y no respecto de todas las materias. La exoneración del deber de independencia —que debe respetar por regla de principio todo órgano RLL— debe ser asimismo manifestada de forma expresa como resultado de una voluntad informada de la persona afectada, que garantice que esta ha podido valorar suficientemente la trascendencia de su decisión.

En algunos países es una práctica muy extendida la inclusión de cláusulas *ex ante* de sumisión obligatoria a arbitraje en materia de consumo y laboral (211). Impuestas unilateralmente por las empresas (212), generan numerosos conflictos debido al hecho que propician cierto abuso, al traducirse en limitaciones o renunciaciones a derechos consolidados del consumidor, tales como la solicitud de compensación económica por daños o bien el ejercicio de las acciones de clase (213). De ahí que se discuta y sea objeto de debate su admisibilidad en algunos ámbitos geográficos como Europa, cuando estas afecten a consumidores.

Las cláusulas de sumisión a arbitraje en los contratos con consumidores —cláusulas *ex ante*— han constituido una preocupación constante en la Unión Europea. Algunos países consideran que esta práctica es ilegal, ya que podría privar a los consumidores del acceso a la jurisdicción de los tribunales. En el plano doctrinal, voces autorizadas han expresado dudas sobre su legitimidad cuando conducen a arbitrajes vinculantes, toda vez que las partes están excluyendo *a priori* la posibilidad de acudir a un proceso judicial, afectando a su

---

(208) Como señalara Graf Peter CALLIESS (2006), «Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place», en *German Law Journal*, vol. 7, núm. 8, pág. 654, la *American Arbitration Association* (AAA) ofrece, en junio del año 2000, estadísticas que revelan como un 95 por 100 aproximado de los casos sometidos a arbitraje proceden de la existencia de una cláusula *ex ante* de sumisión al arbitraje.

(209) Véase Caso *Souvaniemi v. Finlandia*, *supra*, pie de página 154.

(210) Véase, asimismo, caso *Bramelid y Malmstrom v. Sweden*, de 12 de diciembre de 1983, núm. 8588/79, y 8589/79, DR 38, pág. 38.

(211) Por poner un ejemplo, de Estados Unidos, cuya Corte Suprema ha manifestado su respaldo.

(212) Véase, por ejemplo, el caso *Bockleye Check Cashing Corp. V. John Cardegna*, 546, U.S. 449 = 126 S. Ct. 1204 2006.

(213) Véase reciente decisión de la Corte suprema en el caso *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, N. 09-893, de 27 de abril de 2011, que declara la validez de las cláusulas contractuales *ex ante* de renuncia del consumidor a las acciones de clase.

entender al derecho fundamental a un proceso debido. Desde este punto de vista, debe tenerse presente que la Unión Europea, a través de la Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (214) sanciona que los Estados miembros deben velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (215). Para ello, su artículo 3 dispone que las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y añade seguidamente que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». La Directiva trata de reforzar la posición del consumidor invirtiendo la carga probatoria al exigir que «el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba». Y finalmente, señala que el Anexo contiene una lista indicativa no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se halla el «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante» (letra g) (216).

También, en la Unión Europea, la importante Recomendación 98/257/CE (217) indica en su apartado VI dedicado al principio de libertad, que «la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resulta-

---

(214) Véase Directiva 1993/13/CE, *supra*, pie de página 192.

(215) Su artículo 7 incluye las disposiciones que permitan a las personas y organizaciones, con un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales tienen carácter abusivo y se apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

(216) También la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, dispone que los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales y que tales órganos deberán tener una composición tal que no arroje dudas sobre su imparcialidad y se deberán prever procedimientos que permitan someter a control jurisdiccional todo acto u omisión impropia o injustificada en el ejercicio de las competencias del órgano administrativo. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>

(217) Véase Rec. 98/257/EC, *supra*, pie de página 48.

do de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio». Y expresa asimismo en sus considerandos que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener por objeto sustituir al sistema judicial y que «por tanto, la utilización de la vía extrajudicial solo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si este lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa, y con posterioridad al surgimiento del conflicto».

Algunos estados (218) han dotado a sus sistemas jurídicos de normas que impiden o restringen la posibilidad de fijar una sumisión expresa a los tribunales arbitrales de modo anticipado, con objeto de garantizar que el consumidor conserve en todo momento la facultad de evaluar adecuadamente el alcance de sus decisiones. Se considera de manera general que ese momento es aquel en el que surge la controversia y no antes. La normativa española es un claro ejemplo y justifica tal decisión legislativa en el hecho de que solo en el momento de la controversia el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de su decisión. Se pretende con ello elevar la protección del usuario garantizando asimismo la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente (219).

---

(218) Véase, en la Unión Europea, la Ley Danesa de Arbitraje, núm. 553/2005, de 24 de junio de 2005 (<http://www.voldgiftsinstitutet.dk/en/Materiale/Files/Danish+Arbitration+Act+2005>), dispone en su capítulo segundo, sección 7, que en caso de contrato con consumidores, el convenio arbitral concluido antes de que la disputa haya acontecido no resultará vinculante para el consumidor. En España, el artículo 57, apartado 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de los Consumidores y Usuarios* (BOE, N.287, de 30 de noviembre de 2007. <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf>) dispone que «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo (sistema institucional de arbitraje de consumo) previsto en este artículo solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico». El artículo 90 establece, a mayor abundamiento, que «son abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órgano de arbitrajes institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico». También el continente asiático muestra preocupación. Así, Japón, por ejemplo, prohíbe en la actualidad las cláusulas *ex ante* de sumisión al arbitraje a través de su Ley de arbitraje de 25 de julio de 2003, anexo 4 (<http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>).

(219) Véase Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (*supra*, pie de página 222). Sus artículos 57 y 58 articulan un sistema arbitral de consumo como medio extrajudicial e institucionalizado de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios. En el interno de dicho sistema institucional se admiten los convenios arbitrales *ex ante* con consumidores. Así, el artículo 24 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (*supra*, pie de página 200) dispone que el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan

En nuestra opinión, no obstante, no solo resulta posible sino conveniente que los contratos de naturaleza transnacional y de escasa cuantía cuenten con un contenido contractual que integre una cláusula de sumisión del proveedor de bienes o servicios a un sistema extrajudicial de resolución electrónica, de modo que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el oferente —por lo general empresa— se vea constreñido a participar en el proceso extrajudicial (220) y a respetar la solución recaída. Habida cuenta, sin embargo, la previsible renuencia de estos agentes a asumir tal obligación sin que el sistema les garantice una duplicidad de costes —lo que podría suceder si el consumidor acudiera también a los tribunales—, desde nuestro punto de vista esta obligación debiera recaer en ambos y la garantía de no renuncia de los derechos podría obtenerse de modo anticipado garantizando al consumidor que la sumisión a procedimientos que incorporen fases heterocompositivas —como el arbitraje— respetarán en todo momento los derechos irrenunciables y el *acquis* internacional existente en materia de tutela de los consumidores y usuarios. De esta manera, y articulando mecanismos que permitan el control e impugnación de las decisiones que se dicten en contravención de los mismos, se estaría ofreciendo al consumidor una vía efectiva que le evitaría pechar con procedimientos judiciales y ejecuciones de sentencias en el extranjero o bien renunciar a sus derechos por el excesivo coste material y temporal de su ejercicio (221).

Otra posibilidad que cabría considerar sería la adopción de cláusulas *ex ante* de sumisión a un arbitraje condicionado (*conditionally binding arbitration* o *conditional arbitration*) para la resolución de los litigios: el oferente, habitualmente empresa, aceptaría a través de dicha cláusula inserida en el negocio jurídico, someter cualquier controversia a arbitraje; compromiso que resultaría vinculante para el oferente pero no para el cliente (222), hasta su aceptación.

---

surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo. Y añade que este deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

(220) Estudios estadísticos acreditan que en un porcentaje muy elevado de casos (en España, por seguir el ejemplo, superior al 50 por 100 en los sectores de viajes, seguros, juguetes, electricidad, informática y electrónica) las empresas rechazan las solicitudes de sumisión a los arbitrajes de consumo. Véase Memoria del Sistema Arbitral de Consumo de 2007, del Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo español.

(221) Como señala la citada Memoria del Sistema Arbitral de Consumo español del año 2007, «siempre se ha considerado (por parte de las autoridades competentes en materia de consumo, autonómicas y locales) que la protección eficaz del consumidor pasa inexorablemente porque este disponga de medios eficaces para resolver sus reclamaciones, sin necesidad de recurso a los tribunales». Memoria del Sistema Arbitral del Consumo, 2007, pág. 5. <http://www.consumo-inc.es/Arbitraje/docs/memarb072.pdf>

(222) Véase, en este mismo sentido, Gralf Peter CALLIESS, pág. 660, *supra*, pie de página 213.

La decisión del árbitro no vincularía a ninguna parte hasta que el cliente acepte formalmente la decisión. Una vez aceptada, esta deviene final para ambas partes (223). No en vano, las más importantes organizaciones internacionales que cuentan con procesos ADR/ODR —v. gr., ABA, ICC o GBDe— aconsejan en sus directrices que los procesos RLL no sean impuestos a los consumidores.

De hecho, el Libro Verde *sobre las modalidades alternativas de solución de controversias en materia civil y comercial* (224) expresa como en el proceso de conformación del proyecto Bruselas I, de septiembre de 2000, el Parlamento Europeo propuso dar un renovado impulso a los mecanismos extrajudiciales y consideró la oportunidad de atribuir carácter vinculante a las cláusulas inseridas en los contratos cuando sean fruto del acuerdo entre los consumidores y los operadores y refieran a mecanismos homologados con arreglo a los términos de un plan aprobado por la Comisión (225). El Reglamento Bruselas I (226), aprobado por el Consejo en diciembre de 2000, no incluyó finalmente dicha enmienda, sin embargo en el momento de la adopción del presente Convenio, el Consejo y la Comisión pusieron de relieve el papel útil y complementario de las ADR, en particular en lo que respecta al comercio electrónico (227).

## *2.6. Disposiciones ex ante que imponen un intento obligatorio RLL de tipo facilitativo y evaluativo*

Algunos estados prevén que los conflictos entre prestadores de servicios y sus destinatarios puedan ser sometidos a procedimientos de resolución extrajudicial que se instauren mediante códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación, y que estos puedan desarrollarse por medios electrónicos (228). Algunos operadores incluyen en el clausulado contractual el compromiso de las partes de agotar un intento obligatorio de mediación, conciliación o arbitraje antes de acudir a la jurisdicción de los tribunales.

---

(223) Es una modalidad facilitada por *Better Business Bureau* (BBB). Véase Stephen J. COLE & Charles I. UNDERHILL, pág. 464, *supra*, pie de página 182.

(224) Véase Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*, *supra*, pie de página 49.

(225) Véase OJ C 146, de 17 de mayo de 2001, pág. 94. Se refieren a la propuesta modificada de la Comisión, de 26 de octubre de 2000, COM (2000) 689 final.

(226) Véase Reglamento 44/2001, *supra*, pie de página 157.

(227) Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión, relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento en el acta de la reunión del Consejo de 22 de diciembre de 2000, que aprobó este reglamento. La Declaración se puede consultar en [http://europe.eu.int/comm/justice\\_home/unidad/civil\\_en.htm](http://europe.eu.int/comm/justice_home/unidad/civil_en.htm).

(228) En España, por ejemplo, el artículo 32 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (<http://www.boe.es/boe/dias/2002/07/12/pdfs/A25388-25403.pdf>) así lo dispone.



Una decisión reciente del Tribunal Europeo sobre la interpretación del principio de tutela judicial efectiva —asunto *Telecom Italia SpA* (C-317/08), de 18 de marzo de 2010 (229)— sostiene que el establecimiento de cláusulas contractuales que instauren el intento obligatorio de resolver el conflicto a través de un mecanismo extrajudicial electrónico, como un requisito de procedibilidad para acudir a las instancias judiciales es lícito siempre y cuando dicho procedimiento: (i) no genere una resolución vinculante para las partes; (ii) no implique dilaciones indebidas; (iii) no provoque costes desproporcionados; (iv) no constituya la única forma de acceder a la conciliación y otros medios alternativos de resolución; (v) y no impida el acceso a la jurisdicción.

El Tribunal destacó que, según reiterada jurisprudencia, el sistema jurídico de cada Estado miembro tiene que determinar las normas de procedimiento para las acciones que garanticen la protección de los derechos de las personas bajo el Derecho de la Unión. Estos procedimientos no deben ser menos favorables que los relativos a reclamaciones en virtud de las situaciones nacionales (principio de equivalencia), y no tienen que ser prácticamente imposibles o hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad). En cuanto al principio de eficacia, se establece la aplicación previa de un procedimiento para resolver el conflicto, que afecta el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares. Sin embargo, la conciliación obligatoria no implica necesariamente que el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares sea imposible o excesivamente difícil. El resultado de la conciliación no tiene relación con su derecho a un recurso judicial y no implica, por regla general, un retraso sustancial en los procedimientos judiciales. El Tribunal de Justicia, añadió en el caso citado, que el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva de servicios universales podría devenir imposible o muy difícil para ciertos individuos, especialmente para aquellos que no tienen acceso a Internet. En consecuencia, subraya, la Corte deberá considerar las circunstancias específicas de cada caso concreto para determinar su licitud (230).

---

(229) Véase Asunto *Telecom Italia SpA* (C-317/08), de 18 de marzo de 2010, *supra*, pie de página 139.

(230) Lo más probable es que la razón por la que en Italia, el Reglamento núm. 180 (*Decreto 18 ottobre 2010, n. 180. Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto Legislativo 4 de marzo de 2010, n. 28* —[http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/DM\\_mediazione.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/DM_mediazione.pdf)—), sobre la determinación de los criterios y el procedimiento de registro requiere que los mecanismos previstos para la mediación no se ofrecen solo *online*, es decir, llevados a cabo exclusivamente a través de medios telemáticos.

## 2.7. Acerca de la fijación del lugar de los procesos RED

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) (231) refleja el hecho de que la ubicación de los sistemas de información no es trascendente y establece un criterio objetivo, a saber, el lugar donde se desarrolla la actividad económica. Las referencias a «establecimiento», «centro de actividad principal» y «lugar de residencia habitual» fueron adoptadas en este instrumento internacional de conformidad con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (232). También el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005) (233), establece una serie de presunciones y de reglas para facilitar la determinación de la ubicación de las partes (234) —se presume que es aquella indicada por las partes, a menos que se demuestre lo contrario (235)— y dispone que resulta irrelevante a los efectos del comercio electrónico la ubicación de los equipos y la tecnología de apoyo a un sistema de información utilizado por una parte, como tampoco lo es el lugar donde el sistema de información resulte accesible, o el país al que se halle vinculado el nombre de dominio o dirección de correo electrónico.

En Europa, la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico (236) establece que, en caso de empresas que prestan servicios a través de sitios web, se considera como lugar, no aquel donde se encuentra la tecnología ni el lugar donde la web de la empresa resulta accesible, sino el lugar donde la empresa ejerce efectivamente su actividad económica. Sin embargo su determinación en el caso concreto resulta difícil en el ámbito del comercio electrónico.

Ya en sede conflictual, la fijación del «lugar» en los mecanismos extrajudiciales es una cuestión meramente formal a los efectos de determinar la ley aplicable en caso de necesitar el auxilio de los tribunales. De ahí que, por poner un ejemplo, los laudos deban indicar, no solo la fecha de su emisión sino tam-

---

(231) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Comercio Electrónico*, *supra*, pie de página 87.

(232) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, *supra*, pie de página 179.

(233) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, *supra*, pie de página 52.

(234) El Convenio no contempla la obligación de las partes de revelar sus establecimientos.

(235) Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un centro de negocios, es el que tiene la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes o en el celebración del contrato.

(236) Véase Directiva 2000/31/CE, *supra*, pie de página 130.

bién el lugar del arbitraje, que es fruto de una convención, no de la existencia de una sede real (237).

La regla de principio en los arbitrajes es que las partes acuerden este concreto aspecto, y solo para el caso de que no alcancen un acuerdo, sea el mismo tribunal quien lo determine, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esta fijación naturalmente no condiciona en absoluto su actividad, toda vez que puede ser desarrollada en el lugar que considere más adecuado, inclusive las audiencias que deban celebrarse eventualmente. En el entorno electrónico, el efectivo lugar en el que un proveedor de RLL pueda tener su sede o desarrolle su actividad resultará, en consecuencia, irrelevante.

Es por ello que las Naciones Unidas están considerando en la actualidad eliminar el concepto de ubicación y cualquier conexión a una ley nacional, porque en realidad las plataformas RLL deben estar en condiciones de poder ofrecer seguridad jurídica y procesos sencillos, rápidos y de bajo coste. Un buen ejemplo de las posibilidades que ofrece este nuevo enfoque son las previsiones contenidas en el Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

En los procesos RLL transnacionales de escasa cuantía parece oportuno, además, limitar el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes y proceder al establecimiento de un criterio objetivo a los fines de evitar la indebida dilación de los procesos mediante la provocación de discusiones estériles en torno a este aspecto. Porque estos conflictos muy raramente requerirán el auxilio judicial para la adopción de medidas de aseguramiento o medidas cautelares.

## 2.8. *El valor jurídico de los acuerdos y decisiones*

Como se sabe, en operaciones de comercio transnacional de escasa cuantía, la jurisdicción no resulta viable dado el coste de los procesos, de modo que la efectividad de los sistemas RLL se halla vinculada y depende en gran medida de la existencia de recursos internos de disuasión (*self enforcement measures*) que tienen como objeto obtener el cumplimiento voluntario de las obligaciones contraídas. Algunos de estos recursos se hallan integrados en los propios contratos, mediante la inclusión de condiciones gravosas para el incumplidor, o la constitución de garantías explícitas, depósitos, etc. Otros entran en juego durante el proceso RLL autorizando la devolución al cliente de las cantidades por este abonadas —*charge-back*— cuando el pago se efectuó a través de tarjetas de crédito. Y los hay que actúan con posterioridad, a través de la divulgación en determinados espacios web públicos de información relativa al incumplimiento

---

(237) Véase Reglamento *sobre Arbitraje* de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199, artículo 34.

o reincidencia de la empresa, lo que puede provocar en definitiva una afección a su reputación comercial.

De *lege ferenda*, resultarían esenciales sin embargo políticas legislativas que atribuyeran valor de título ejecutivo a los acuerdos o decisiones alcanzados y su reconocimiento internacional. Algunos países ya se han dotado de normativa específica que permite a las partes proceder a la ejecución judicial de los resultados de una mediación o de una conciliación (238). Por lo que hace al *exequátur*, este objetivo exigiría claramente un instrumento internacional al modo que, para los arbitrajes, supuso la Convención de Nueva York de 1958 (239).

## 2.9. Elección de proveedores RLL y expertos

A nuestro parecer, observada la necesidad de que a lo largo de estos procesos se garantice el respeto a las previsiones normativas de tutela de los consumidores y usuarios y otras de *ius cogens* para la protección del orden público y del interés general, parece razonable exigir que estos profesionales cuenten con una formación que asegure conocimientos jurídicos adecuados. Dicho esto, y considerando también que las disputas transnacionales a las que van dirigidos los RLL son de escasa cuantía y que necesitan ofrecer procedimientos sencillos, rápidos y sobre todo, económicos, parece también razonable que cada asunto pueda ser encomendado a un solo experto, habilitado para desarrollar la actividad en todas sus posibles fases, desde la amigable composición hasta el arbitraje o proceso adjudicativo si fuere el caso.

Por lo que hace a su designación, es práctica habitual dejarla al libre arbitrio de las partes o del propio organismo responsable del RED. En conflictos transnacionales de escasa cuantía, esta segunda opción resulta más operativa si no hay objeción expresa, habida cuenta que de otro modo el proceso se ralentizaría tal vez innecesariamente. Es una limitación del poder de autonomía contractual que

---

(238) En Francia, por ejemplo, el artículo 1441 del Código de procedimiento civil (Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>) prevé que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez que el acuerdo sometido resulte ejecutivo. En Eslovaquia, el acuerdo de mediación tiene carácter ejecutivo si adopta la forma de acto notarial. En Bélgica, el Auto que apruebe un acuerdo tiene el valor de sentencia. También Holanda prevé la homologación del acuerdo por un juez. En Argentina, los acuerdos de mediación se recogen en un acta y se comunican al Ministerio de Justicia. Si el acuerdo se incumple, podrá ser ejecutado vía procedimiento de ejecución de sentencia. En Perú el Centro de Conciliación verifica la legalidad de los acuerdos adoptados por los mediadores y el acta constituye directamente título de ejecución. En algunos Estados federales de México, los acuerdos que se alcanzan tienen el valor de una documental pública y carácter ejecutivo. En Ecuador el acta de mediación tiene efecto de sentencia, y en consecuencia, tiene aparejada ejecución. También en Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia y Panamá, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta tiene fuerza ejecutiva.

(239) Véase Convención de Nueva York, *ut supra*, pie de página 10.

se justifica en estos supuestos por el hecho de que deben ofrecer mecanismos muy rápidos y económicos. La preocupación por la necesaria y exigible independencia de órganos y expertos se traslada entonces a la designación del proveedor RLL dado que estos importantes principios podrían verse seriamente comprometidos si el servicio es contratado por la empresa o agente que opera repetitivamente en el mercado electrónico. Siguiendo las directrices de la *International Bar Association* (en adelante, IBA) para evitar los conflictos de interés en el Arbitraje Internacional (2004) (240), una de las circunstancias que pueden poner en tela de juicio la independencia de un órgano es la relación comercial que pueda mantener con una de las partes. En estos supuestos, a nuestro entender, la transparencia en términos de información al cliente previa al consentimiento informado no resultaría suficiente a los efectos de superar las dudas, excepto en el caso de que el consumidor conserve la facultad de proponer un proveedor de servicio RLL alternativo, llegado el caso de que el propuesto por la empresa no resulte de su confianza. Porque el consumidor debe tener alternativas y en el ámbito de las controversias transnacionales la jurisdicción no constituye una alternativa real (241).

Por lo que hace a la eventual recusación de los expertos, cualquiera de las partes debe tener la oportunidad de oponerse a la actuación de un profesional en caso de dudas justificadas de su imparcialidad o independencia. Como tales circunstancias no son siempre conocidas en el momento del nombramiento, la normativa internacional existente tiende a habilitar un periodo de tiempo razonable para su ejercicio, a contar desde el momento de dicho conocimiento por la parte que la hace valer. En este sentido se manifiesta el artículo 11 de *Reglas sobre Arbitraje* de CNUDMI (242). En procesos expeditivos, tal periodo

---

(240) Véase *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* publicadas por la *International Bar Association*, *supra*, pie de página 142.

(241) Algunos países han dispuesto que su nombramiento recaiga sobre organismos de carácter público o institucionales —v.gr., Juntas nacionales de consumo, Cámaras de Comercio o bien organismos internacionales, como es el caso de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya para la designación de árbitros, autoridades que fueran acreditadas por los estados. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación son Corporaciones de Derecho Público creadas por ley, y constituyen órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas. Son gestionadas por las empresas pero administran recursos públicos y realizan funciones público-administrativas, con control público del gasto. En Europa, la Unión Europea en materia de consumidores cuenta con una red de centros y organismos extrajudiciales de resolución de conflictos transnacionales, la denominada ECC-net y para los servicios financieros la FIN.net: son los Estados miembros los que notifican a la Comisión Europea qué organismos de resolución extrajudicial de su país están acreditados y son susceptibles de formar parte en consecuencia de dichas redes. Para obtener dicha acreditación deben respetar los principios establecidos por la normativa de la Unión Europea. En el caso de las ADR/RED, el respeto a las distintas Recomendaciones de la UE (Rec. 98/257/CE y REC. 2001/310/CE, vid. *supra*, pie de página 48). Véase, al respecto, página oficial [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances-reail/finnet/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finances-reail/finnet/index_en.htm)

(242) Véase Reglamento sobre Arbitraje de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199.

temporal tendrá como límite natural la propia duración del proceso. Más allá del acuerdo o de la decisión las partes no podrían recusar pero sí hacer valer el señalado vicio a los efectos de una posible impugnación del resultado.

## 2.10. *Idioma del proceso*

La correcta formación de la voluntad contractual demanda que la información recibida por las partes sea completa y comprensible. Algunos países exigen que las garantías de los productos estén redactadas en la lengua oficial de dicho estado; es el caso de Dinamarca, Reino Unido, España, Italia, Luxemburgo, Malta, Hungría, Polonia, Portugal, Eslovenia, Chipre o Grecia (243). La Unión Europea apuesta, en general, por la promoción de la información multilingüe (244), en sintonía con la jurisprudencia de su Corte de Justicia (245), y sugiere se adopten medidas complementarias que faciliten la información al consumidor, tales como el uso de dibujos, señales, signos o pictogramas (v.gr., sellos).

En la actualidad sin embargo, la normativa europea solo exige el uso de las lenguas oficiales para suministrar información acerca de la venta de productos alimenticios dirigidos al destinatario final consumidor (véase art. 14 de la Directiva 79/112/CEE) (246). Ahora bien, la legislación comunitaria en materia

---

(243) Véase epígrafe 9 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/guarantees/CSD\\_2007\\_ES\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/guarantees/CSD_2007_ES_final.pdf)

(244) Véase Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo respecto del uso de la lengua en la información a los consumidores, de fecha 10 de noviembre de 1993 [COM (93) 456 final] (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0456:FIN:ES:PDF>) y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «una nueva estrategia marco para el multilingüismo» [COM (2005) 596 final] ([http://ec.europa.eu/education/languages/archive/doc/com596\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/education/languages/archive/doc/com596_es.pdf)).

(245) Véase al respecto, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-369/89, *Piageme v. Peeters*, de 18 de junio de 1991, sobre comercialización de productos alimenticios. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0369:EN:PDF>.

Y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-33/97/2, *Colim v. Bigg's Continent Noord*, de 3 de junio de 1999, sobre etiquetado de productos. <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&numaff=C-33/97&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typoord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>.

(246) Véase Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final*. 1979.

de publicidad engañosa o de crédito al consumo establece para determinados productos —como vinos, medicamentos, tabaco y alimenticios— que el etiquetado figure en una lengua de «fácil comprensión», un concepto jurídicamente subjetivo que origina no pocos problemas de interpretación. Asimismo, en la comercialización a distancia de productos financieros se dispone que el consumidor debe recibir con la debida antelación y antes de asumir cualquier obligación, información precisa relativa a la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que el proveedor, con el acuerdo del consumidor, lleva a cabo la comunicación mientras dure el contrato (247). Por lo demás, más de la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea establece como requisito lingüístico a favor de los consumidores la necesidad de informar al consumidor en su propia lengua (248).

De modo que en el ámbito de los RED, parece nuevamente razonable sugerir que se limite el alcance de la autonomía y libertad contractual para garantizar que el consumidor pueda defenderse de modo efectivo y comprender el alcance de sus decisiones también en sede de resolución de los conflictos. Y sucede que el idioma utilizado por las partes en sede de oferta y de conclusión del contrato que ha dado origen a la controversia no siempre garantiza tal objetivo, pues de todos es conocido que la promoción y venta de bienes y servicios va frecuentemente acompañada de intensas campañas y esfuerzos publicitarios donde la imagen sustituye en muchas ocasiones al escrito y las transacciones se efectúan mediante una simple aceptación (*ok box*) acompañada de la correspondiente transferencia bancaria.

## 2.11. Responsabilidad

Las Reglas sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI (249) disponen en su artículo 16 que, excepto para el caso de actuación errónea intencional, las partes renuncian a la facultad de interponer reclamación contra los árbitros, contra la autoridad que los ha nombrado o contra el tribunal arbitral por razón

---

O.J. (L 33). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31979L0112:ES:HTML>

(247) Este es el criterio adoptado por la Directiva 2002/65/CE, vid., *supra*, pie de página 190.

(248) Esto es particularmente severo en Italia o España, donde las asociaciones de consumidores son vigilantes y preocupadas por los problemas que tienen que afrontar los consumidores respecto de la información, y la necesidad de que esta información llegue en la lengua que entienden. Véase al respecto, COM (93) 456 final, apartado 30, vid. *supra*, pie de página 248.

(249) Véase Reglamento *sobre Arbitraje* de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199. La Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, de 2002, no se manifiesta al respecto.



de actos u omisiones relacionados con el arbitraje. En otras palabras, contemplan la exención de responsabilidad por actos u omisiones de estos, salvo en el caso de dolo. Este régimen ciertamente tuitivo de la actividad arbitral adoptado por muchos países (250) se explica solo por la necesidad de proteger la independencia y la libertad de órganos y árbitros, frente a posibles presiones e influencias indebidas (MULLERAT, 2009) (251). En consonancia con lo expuesto, algunos países como España —a través de su Ley de Arbitraje (art. 21.1) (252)— establecen que la aceptación del cargo obliga al árbitro a cumplir fielmente el encargo y que incurre en responsabilidad por los daños que causare en caso de concurrir mala fe, temeridad o dolo, excluyendo en consecuencia, la responsabilidad por culpa o negligencia (253). Otros países, sin embargo, partiendo de la premisa de que el árbitro no goza de la misma independencia que un juez —el segundo no es elegido ni remunerado por las partes— extienden la responsabilidad a los casos de culpa o negligencia (254).

En materia de mediación, por el contrario, se tiende a exigir al profesional que cumpla fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hace, en responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiere causar. Será el caso de España, si toma carta de naturaleza el proyecto de *Ley de Mediación para asuntos civiles y mercantiles* anteriormente referenciado (255), cuyo texto prevé que las partes dispongan de acción directa contra el mediador y contra la institución de mediación, sin perjuicio de las acciones de reembolso que les asistan contra los mediadores.

## 2.12. *Carga probatoria*

Por regla de principio, los sistemas procesales se asientan en un criterio de distribución de la prueba según la cual, la prueba de los hechos recae sobre quien los alega. De modo que el demandante pecha con la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado con los extintivos, impeditivos o modificativos que oponga. Sin embargo, en determinadas situaciones, la aplicación de esta regla coloca al demandante en una situación de

---

(250) Entre ellos España. Véase artículo 21 de la Ley 60/2003, *de Arbitraje*, *supra*, pie de página 198.

(251) Véase Ramón MULLERAT (2009), *supra*, pie de página 143.

(252) Véase Ley 60/2003, *de Arbitraje*, *supra*, pie de página 198.

(253) La responsabilidad del árbitro, sin embargo, no incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, de la misma manera que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra jueces no alteran la sentencia que pueda recaer en el pleito en que se haya ocasionado el daño.

(254) Es el caso de Canadá, Austria, Alemania o Francia.

(255) Véase Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *ut supra* 133.

grave dificultad por su extrema onerosidad, imposibilidad probatoria o dificultad insalvable —prueba diabólica—.

Los sistemas jurídicos atribuyen, por lo general, al juez la tarea de valorar, en cada uno de estos casos, quien tiene mayor disponibilidad probatoria, pudiendo entonces invertir su carga. En ocasiones, es también el legislador quien interviene estableciendo presunciones legales *iuris tantum*, inversiones probatorias e incluso regímenes de responsabilidad objetiva (256). Es el caso de algunas previsiones normativas de derecho sustantivo y de naturaleza tuitiva para la protección de los consumidores. Como botón de muestra mencionaremos que en el seno de la Unión Europea, se presume que las faltas de conformidad de un producto de consumo que se manifiesten dentro del periodo de seis meses desde la entrega del bien existían a dicha fecha (257) y algunos estados han ampliado dicho periodo de duración a dos años, como es el caso de Portugal.

La Unión Europea dispone, en materia de consumidores, que puede ser declarada nula la cláusula que imponga una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante. Asimismo, el profesional que afirme que una cláusula tipo —susceptible de ser considerada abusiva— se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba (258). Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que los Estados miembros pueden establecer que la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información previa al consumidor, o de confirmación o de consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución así como de respeto de los plazos pueda recaer en el proveedor (259). Aspectos todos ellos que los mecanismos extrajudiciales de naturaleza heterocompositiva deben tener presente para la salvaguarda del principio de debido proceso.

---

(256) En otras ocasiones la legislación lo que hace es objetivizar la responsabilidad, de modo que no se requiera la prueba de concurrencia de dolo, negligencia o morosidad. Así, en España, el artículo 139 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (vid., *supra*, pie de página 222), para el caso de producto defectuoso, el perjudicado, para obtener resarcimiento del daño, debe probar el defecto, el daño producido y la relación de causalidad entre ambos. Sin embargo, esta acción no le permite reclamar por los daños materiales en el propio producto.

(257) Salvo cuando la presunción es incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad. Véase, a este respecto, artículo 5, apartado 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

(258) Véase Directiva 1993/13/CE, *supra*, pie de página 192, letra g) del Anexo.

(259) Véase Directiva 1997/7/CE (*supra*, pie de página 194) y Directiva 2002/65/CE (*supra*, pie de página 190).

### 2.13. Exclusiones

En general, se entiende que quedan excluidos de la transacción, mediación o arbitraje las cuestiones que no son de libre disposición de las partes conforme a derecho (260) —por ser de carácter indisponible— y las materias inseparablemente unidas a las primeras. Conviene en este punto recordar que, no porque una norma sea de naturaleza imperativa —*ius cogens*— la convierte automáticamente en materia no susceptible de arbitraje o de conciliación. Los ordenamientos jurídicos tienden, en general, a evitar listados de materias excluidas (261). El criterio identificador que utiliza en general la jurisprudencia es el de afección al orden público o a terceros (262). Otra importante limitación es aquella relativa a las controversias en las que haya recaído resolución judicial firme, y las cuestiones en las que deba intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2008/52/CE, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (263) expone entre sus considerandos que la mediación no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable, y recuerda que son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral. Y en España, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003 (264) dispone en su artículo 2 que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Si el conflicto afecta a un consumidor, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (265), establece también en su artículo 2, apartado 2, que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos.

Existen, además, acciones y pretensiones jurídicamente tutelables que resultan de carácter irrenunciable. En materia de consumo, por ejemplo, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad contractual o extracontractual en la que puedan

---

(260) Asuntos ya resueltos por los tribunales y sobre los que ha recaído sentencia judicial firme, o bien aquellos en los que deba intervenir el Ministerio público. En materia civil y mercantil, a título ilustrativo, resulta materia indisponible la que recae sobre cosas que están fuera del comercio o derechos que no son susceptibles de transacción.

(261) En España, la Ley Española de Arbitraje, del año 1988 ([http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Derogadas/r1-136-1988.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-136-1988.html)) incluía una lista, pero ello era fuente más de inconvenientes que de ventajas.

(262) Véase, por ejemplo, en España, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 72/2005, de 16 de marzo, y Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya 373/2005, de 17 de mayo, entre otras.

(263) Véase Directiva 2008/52/CE, *supra*, pie de página 47.

(264) BOE núm. 121, 21-5-2011, pág. 50797.

(265) Véase Decreto 231/2008, *supra*, pie de página 200.

incurrir las partes, la Unión Europea, a través de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (266), prevé una responsabilidad objetiva del productor y de toda persona que importe un producto a la Unión Europea con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución, para el caso de daños en su persona o bienes por razón del carácter defectuoso del producto. Esta normativa no pretende analizar la aptitud para el uso del producto, sino cerciorarse de que los productos cumplan con las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público, como contrapeso al creciente tecnicismo e incremento del riesgo en la actividad productiva. Con la objetivación de la responsabilidad el perjudicado debe probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño. Se persigue así, en el ámbito comunitario, el justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna de bienes muebles producidos industrialmente.

También en materia de consumo, las acciones de cesación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (267) vienen garantizadas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, a través de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (268). Sucede sin embargo que los derechos colectivos, como intereses difusos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas son materia no consideradas de libre disposición conforme a derecho y, por tanto, no resultarían a priori susceptibles de ser sometidos a arbitraje (269). La razón se fundamenta en el hecho de que, desde un punto de vista subjetivo, los árbitros no pueden decidir sobre todo tipo de controversias, al igual que hacen los jueces, porque

---

(266) Véase Directiva 85/314/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Modificada en parte por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, 1985. O.J. (L. 210) y que resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML>

(267) Por intereses colectivos se entiende, a tenor de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación de prácticas ilícitas en materia de protección de los intereses de los consumidores (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0027:20061228:ES:PDF>), los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción: que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

(268) Véase Directiva 98/27/CE, *supra*, pie de página 274.

(269) Véase, por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14, de 3 de noviembre de 2003, N. 923/2002. [www.infoconsumo.es/ficheros/12/tren.doc](http://www.infoconsumo.es/ficheros/12/tren.doc)

carecen de *imperium*, solo atribuido a los tribunales por el poder que emana del pueblo, mientras que el poder del árbitro para decidir una controversia emana de la voluntad de las partes.

### 3. ALGUNAS CUESTIONES TÉCNICAS

#### 3.1. *Identificación y autenticación*

Al principio de cualquier procedimiento RLL las partes deben identificarse. El proceso de identificación se verifica en general por medio de firmas electrónicas o digitales tales como números de identificación personal (PIN), criptografía de clave pública (PKC), firma digitalizada, o bien *OK-box*, consistente en una aceptación o *click wrap agreement*. Dado el reconocimiento generalizado de los principios de neutralidad y de equivalencia funcional (270), los legisladores han promulgado normas para cubrir todas las comunicaciones electrónicas sin perjuicio de la tecnología utilizada.

La firma electrónica proporciona la identificación de la persona para el acceso al sistema, ofrece seguridad en cuanto a la participación personal de esa persona en el acto de firma y asocia a esa persona con el contenido de los documentos y comunicaciones cuestionadas, incluyendo la aceptación de iniciar del proceso de solución con sistemas RED (271).

Por lo que hace a la autenticación, en el mundo virtual es importante asimismo cuidar otro aspecto: la comprobación de que la persona que aparece en la web y se identifica es real y no meramente una identidad «virtual» o «digital». La solución técnicamente preferible es la utilización de certificados digitales emitidos por terceros autorizados reconocidos por las autoridades públicas, de forma similar a lo que ocurre en el contexto de la firma electrónica. La certificación del sitio a través del cual se ofrecen servicios de RLL cabe obtenerla a través de servicios que prestan marcas de confianza y utilizan conexiones seguras (SSL). Ello permite a los usuarios verificar la verdadera identidad del nombre del proveedor y la dirección de los servicios RED. Sin embargo, en la práctica, esta cuestión ha pasado a un segundo plano, porque en el comercio electrónico resulta más relevante la fiabilidad del sujeto que suministra bienes y servicios que su verdadera identidad en el mundo presencial.

---

(270) La Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio electrónico (vid. *supra*, pie de página 87) es, sin duda, el factor más importante para esta armonización.

(271) Véase Ley Modelo de CNUDMI sobre Firma electrónica, *supra*, pie de página 50.

### 3.2. Integridad de las comunicaciones y documentos

En los métodos heterocompositivos —como el arbitraje electrónico—, la protección de los documentos, su integridad y su posible alteración son una preocupación constante, ya que estos constituyen elementos probatorios de primer orden. De ahí que muchos proveedores de servicios RLL se preocupen por ofrecer un ambiente virtual seguro. Es el caso de la *Cámara de Comercio Internacional* (ICC) con su *NetCase* o de la *American Arbitration Association* (AAA), con el *WebFile* al servicio del arbitraje electrónico.

La protección de las comunicaciones electrónicas y la confidencialidad de la información que fluye es otra preocupación. Estos mecanismos requieren comunicaciones seguras y confidenciales, puesto que la confianza y la seguridad de que las comunicaciones y la información no sean divulgadas a terceros resulta un aspecto esencial en el comercio electrónico. Muchas empresas optan por confiar sus conflictos a estos métodos extrajudiciales precisamente con el fin de impedir que la divulgación de determinados datos pueda afectar o dañar seriamente su reputación comercial.

Los mecanismos más habituales empleados para ello son los criptográficos. La criptografía proporciona la posibilidad de autenticar el mensaje y de garantizar el secreto y la integridad. Para ello hacen uso de protocolos de seguridad, algoritmos y administración de claves (272). La efectividad, usabilidad y coste son factores que inciden finalmente en la elección de los sistemas.

Otra preocupación vinculada a la seguridad de las comunicaciones es la relacionada con el almacenamiento, conservación y destrucción de estas así como de sus documentos. Es una exigencia que debe respetar los límites derivados de la obligada conservación de determinados datos durante un tiempo prudencial, impuesta legalmente a los proveedores de servicios de la sociedad de la información. La Unión Europea, a través de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones (273), impone a los prestadores de servicios la obligación de conservación de determinados datos para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, con pleno respeto de los derechos

---

(272) Pueden consistir en algoritmos simétricos, asimétricos, de clave pública, secreta —más adecuada para tareas de encriptación masiva— y protocolos híbridos como SSL (*Secure Sockets Layer*).

(273) Véase Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/2006. O.J. (L. 105). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:ES:PDF>

fundamentales y principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular por lo que hace al respeto de la vida privada, de las comunicaciones y de la protección de los datos de carácter personal. Son datos relativos al tráfico y localización de las personas físicas y jurídicas, datos para rastrear e identificar el origen de una comunicación, o los necesarios para identificar su destino, la fecha, hora, tipo, duración y equipo de la comunicación, así como los datos relacionados para identificar al abonado o al usuario registrado, quedando excluido el contenido de las comunicaciones electrónicas. La obligación de conservación se prolonga a lo largo de un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, a criterio de los estados miembros, a partir de la fecha de la comunicación (274).

### *3.3. Determinación del momento y lugar de envío de las comunicaciones electrónicas*

Cuando las partes han designado una dirección electrónica, el momento de recepción de una comunicación se considera que es cuando esta es susceptible de ser recuperada por el destinatario en la dirección señalada (275). Este es el criterio más ampliamente aceptado en la comunidad internacional, de conformidad con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas de comunicaciones electrónicas (276). Del mismo modo, la Unión Europea a través de su Directiva 2000/31/CE, sobre Comercio Electrónico (277) establece que los Estados miembros se asegurarán que cuando el destinatario del servicio —el consumidor— efectúe su pedido por vía electrónica, el proveedor de servicios acuse recibo del pedido sin demora indebida y por vía electrónica (278) y el acuse de recibo se considerará recibido cuando la parte a la que está dirigido pueda tener acceso al mismo (279).

---

(274) También España se ha dotado de normativa específica, por efecto de la transposición de la Directiva comunitaria. Véase Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (<http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/19/pdfs/A42517-42523.pdf>) fija la obligación de conservación en doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación (art. 5) y solo podrán ser cedidos previa autorización judicial.

(275) Motivo de especial preocupación son los filtros *anti-spam*, ya que pueden impedir que el destinatario reciba la comunicación.

(276) Véase Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, *supra*, pie de página 52.

(277) Véase Directiva 2000/31/CE, *supra*, pie de página 130.

(278) Esta disposición no se aplicará a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente. Véase artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE, *vid. supra*, pie de página 130.

(279) La presente Directiva no se aplica a los servicios prestados por los proveedores de servicios establecidos en un tercer país.



Puede suceder, no obstante, que las partes por motivos muy diversos (280) no designen una dirección electrónica y, en este caso, es posible también que sea efectuada finalmente una comunicación a una dirección electrónica existente. En dicho supuesto, el momento de la recepción de la comunicación se considera que se produce cuando el destinatario tiene efectivo conocimiento de que se ha enviado a esa dirección.

### 3.4. *Condiciones generales y contratos de adhesión*

Han sido ampliamente debatidos en círculos académicos los problemas vinculados a las condiciones generales de la contratación, a las cláusulas preestablecidas por los oferentes de bienes y servicios y a la información asimétrica, de modo que no es pretensión de este trabajo analizarlos. Sí, en cambio, interesa ahora observar como en el comercio electrónico estas cuestiones adquieren particular relevancia dado el hecho que, en el entorno electrónico la práctica atestigüa un claro abuso en el uso de dichas cláusulas por las empresas, quienes tienden a incorporar condiciones no negociadas, con un redactado de extensión desmesurada, tipos de letra y caja ilegibles, empleando una redacción oscura, desordenada, confusa y repetitiva, y en lenguaje poco comprensible o excesivamente técnico. Como el factor tiempo constituye un importante coste de transacción, el cliente tiende a obviar su lectura y vuelca su atención en la valoración de la confianza y reputación de la empresa oferente (281), renunciando en definitiva a adquirir un conocimiento cabal de los términos y las condiciones que suscribe. El resultado es la emisión de un consentimiento no verdaderamente informado. Un problema que se agrava cuando el idioma vehicular en dicha contratación no resulta el propio.

A este respecto, la adopción de ciertas medidas legislativas tendentes a la estandarización de anagramas, gráficos, imágenes y cláusulas generales, así como tipología de letra y extensión de los clausulados podría contribuir a mitigar los efectos indeseados anteriormente descritos. Estas medidas, en conjunción con ciertos estándares de conducta y principios del comercio electrónico —sin pretender la uniformización de las cláusulas contractuales— contribuirían sustancialmente a la mejora de las condiciones de contratación y emisión de un consentimiento informado.

---

(280) Acontece, por ejemplo, en las primeras comunicaciones que efectúa el proveedor de servicios RLL a la empresa requerida.

(281) Véase al respecto, reflexiones de Shmuel I. BECHER (2008), «Asymmetric Information in consumer Contracts: The Challenge That is Yet to Be Met», en *American Business Law Journal*, vol. 45, Issue 4, págs. 723-774, Winter 2008, pág. 742. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1016010&http://www.google.es/search?hl=ca&biw=1259&bih=848&q=Asymmetric+Information+in+consumer+Contracts+por+1003A+The+Challenge+That+is+Yet+to+Be+Met&aq=f&aql=&oq=##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016010&http://www.google.es/search?hl=ca&biw=1259&bih=848&q=Asymmetric+Information+in+consumer+Contracts+por+1003A+The+Challenge+That+is+Yet+to+Be+Met&aq=f&aql=&oq=##)

### 3.5. Costes del proceso extrajudicial y su imputación

Una cuestión poco abordada en la literatura existente consagrada a los mecanismos de resolución extrajudicial es el relativo a los costes de los procesos y su imputación. Un aspecto que deviene crucial en el ámbito transnacional dado que constituye una de las razones por las que, en una inmensa mayoría de las ocasiones, estos conflictos quedan irresueltos.

En este sentido, parece conveniente hacer una reflexión liminar. Habida cuenta que la cuantía de los conflictos de naturaleza transnacional por vía electrónica es habitualmente de escasa cuantía, procesos y mecanismos deberían ser diseñados teniendo en cuenta el interés real de las partes, en términos económicos. De modo que, en ningún caso el coste de los procesos en su integridad debiera aproximarse a la cuantía reclamada. Si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, que la cuantía media de los conflictos de naturaleza transnacional no supera habitualmente los 1.000 euros (282), se comprende que el coste del sistema en su conjunto no debiera en caso alguno superar la citada cuantía.

Ello supone, en la práctica, la necesidad de interpretar los principios y estándares tradicionales a la luz del principio de proporcionalidad, dando a los mismos un alcance que permita la satisfacción del interés y necesidades de las partes implicadas, hasta donde alcance su interés real. En nuestra opinión, debería aspirarse asimismo a lograr un justo equilibrio entre intereses privados y públicos, de modo que el cliente obtenga satisfacción efectiva, el oferente no vea comprometida su actividad económica y el sistema en su conjunto no se resienta.

Otro aspecto que cobra particular importancia en esta materia es, por otro lado, el coste de los peritajes cuando estos resulten necesarios en la averiguación de la verdad material. Como se sabe, su coste puede resultar desproporcionado y el resultado del proceso podría verse seriamente comprometido en términos de equidad si se limitara a la prueba aportada por los servicios técnicos de la empresa requerida.

A las anteriores reflexiones cabe añadir, finalmente, otro factor a tener en cuenta, el relativo a los criterios de imposición de las costas. Una interesante modalidad es la contemplada en Italia recientemente a través del Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, número 28, *de mediación en controversias civiles y mercantiles* (283), según la cual, cuando el resultado del proceso extrajudicial no arroja resultado positivo y las partes acuden a las instancias judiciales, si el juez falla en el mismo sentido que la propuesta formulada por

---

(282) En España, la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo de 2007 indica que la cuantía media de las reclamaciones a nivel español fue de 1.100 euros.

(283) Decreto Legislativo, de 4 de marzo 2010, núm. 28, *de mediación en controversias civiles y mercantiles*. Gazzetta Ufficiale, núm. 53, de 3 de marzo de 2010, *supra*, pie de página 185.

el experto, la parte que no la aceptó deberá pechar con las costas del proceso y con los gastos extrajudiciales. Otro sistema es el que se propone en la actualidad en España con el anteproyecto de ley de mediación (284), consistente en que el coste de la mediación, haya concluido o no con resultado de acuerdo, recaerá de manera proporcional sobre las partes pero si el asunto acaba siendo resuelto por los tribunales, la eventual condena en costas incluirá el coste de la mediación (285).

#### IV. ALGUNAS INDICACIONES CONCLUSIVAS

En la medida que el comercio electrónico de escasa cuantía de naturaleza transnacional tiende a crecer, los RLL constituyen la vía más apropiada para resolver las controversias que se derivan. El uso de medios extrajudiciales de resolución, lejos de implicar una reducción de la protección jurídica o una limitación en el acceso a la justicia, proporcionan un canal que permite la efectividad de los derechos, inexistente en sede judicial. En círculos académicos se cuestiona todavía su legitimidad, por considerar algunos expertos que solo los tribunales pueden proporcionar protección jurídica a los consumidores. El hecho real es, sin embargo, que confiar exclusivamente en el poder judicial los conflictos transnacionales de escasa cuantía es privar a los consumidores de la efectividad de sus derechos, al imponer un iter de costes excesivos y negar la posibilidad de soluciones ajustadas a sus necesidades e intereses. Es por esta razón que la Unión Europea vuelca sus esfuerzos, desde hace más de una década, en su implantación y la organización de las Naciones Unidas trabaja en la formación de un adecuado marco normativo.

En nuestra opinión, este marco debiera contemplar todas las relaciones jurídicas de carácter económico (B2B, B2C, C2C), de escasa cuantía y de carácter transnacional, ofreciendo un nivel de protección elevado tomando como referencia la normativa existente de protección de los consumidores y usuarios. Por otro lado, considerando que las asimetrías contractuales en las transacciones electrónicas son frecuentes entre los participantes, también el principio de equidad (*fairness*) juega un papel destacado, que preserva el necesario equilibrio del interés privado y público.

En uno de nuestros primeros estudios, apuntamos la oportunidad de adoptar como instrumento internacional una ley modelo, porque esta modalidad permite la armonización progresiva de los distintos sistemas jurídicos y una adaptación

---

(284) Véase Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vid. *supra* 133.

(285) En Cataluña, la Ley 15/2009, del 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado contempla que las partes puedan gozar del beneficio de gratuidad si concurren las condiciones materiales reguladoras de la justicia gratuita, vid. *supra*, pie de página 135.

flexible y respetuosa con los valores culturales de cada entorno (286). Esta ley modelo podría venir acompañada a nuestro entender de un instrumento optativo (IO) que uniformizara ciertos criterios y aglutinara reglas, estándares de mejores prácticas (287), principios y el conjunto de normas que gozan de mayor reconocimiento internacional en materia de comercio electrónico para la protección de los derechos de los consumidores. De este modo, los sujetos que, una vez informados optaran por dicho instrumento, estarían otorgando su consentimiento para que la relación jurídica y las controversias que pudieran derivarse de la misma se rijan por tales previsiones normativas. Ciertamente es que en ningún caso ello debiera implicar renuncia alguna a la protección que brinda el derecho nacional de los sujetos en calidad de consumidores, mas en la medida que tal instrumento opcional sea capaz de integrar derechos, acciones y pretensiones que permitan una efectiva satisfacción del interés real, raramente acudirán a la jurisdicción. El objetivo sería, en consecuencia, que el citado instrumento internacional abrazara el acervo existente en materia de comercio electrónico y de protocolos de protección más relevantes y comúnmente aceptados para la tutela de los derechos de los consumidores y de las relaciones asimétricas.

Como la realidad atestigua, además, que el mercado origina continuamente nuevas prácticas susceptibles de ser consideradas abusivas, y que estas afectan a la generalidad de los consumidores y usuarios, el sistema podría contemplar asimismo, la posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios representativas ejerciten extrajudicialmente reclamaciones colectivas (288), cuyo resultado permitiera satisfacer el interés del colectivo de consumidores y usuarios adheridos y, a su vez, conformara y nutriera un repositorio de decisiones monitorizado por una autoridad independiente que emitiera recomendaciones a los operadores económicos de manera periódica. Esta delicada cuestión exigiría sin embargo mayores desarrollos y un proceso más complejo que permita superar las lógicas dificultades derivadas de la necesaria legitimación procesal, dado que los intereses difusos pertenecientes o afectantes a un número indeter-

---

(286) Véase Aura Esther VILALTA (2010), «Legal Framework and harmonization of ADR/ODR methods», en *Journal of Law and Conflict Resolution*, vol. 2 (4). Academic Journals. ISSN 2006-9804.

(287) El Informe de la Comisión Europea a través de su Dirección General para la protección de la Salud y de los Consumidores (DG SANCO), de 17 de enero de 2007 (SANCO/2005/B5/010), sobre análisis y evaluación de los ADR en la Unión Europea ya sugería, para el contexto del mercado único europeo, la creación de unas directrices que aglutinen las mejores prácticas, principios y estándares que aplican en la actualidad en los mecanismos extrajudiciales.

(288) Por intereses colectivos se entiende aquellos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción, lo que no obsta a las acciones por particulares (Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, vid. *supra*, pie de página 274). Tal ejercicio correspondería a las organizaciones cuyo objeto consiste en proteger los intereses colectivos de los consumidores.

minado de personas podrían ser considerados *a priori*, materia no susceptible de arbitraje (289).

Indicábamos en un coloquio internacional sobre RLL y consumidores (Vancouver, Canadá) (290) como, dado que un sistema eficiente y rentable de resolución a nivel internacional requiere una arquitectura tecnológica compleja, los primeros mecanismos deberían limitarse a transacciones de bienes y servicios concluidos y abonados por vía electrónica, cuyos sistemas de pago permitan la devolución de los importes (o *chargeback*) y dirigido a reclamaciones que consistan exclusivamente en pretensiones de reembolso total o parcial del importe pagado. Expresamos también como, teniendo en cuenta asimismo que un elevado número de conflictos surge tras los seis primeros meses desde la celebración del contrato, y que una gran mayoría de sistemas jurídicos reconoce a los consumidores un término de garantía de uno a dos años —dependiendo de si el bien es o no de segunda mano— parece aconsejable considerar que el sistema incorpore y ponga a disposición del usuario un aplicativo para su ejercicio durante un término temporal razonable, aplicable a todas las transacciones con independencia de la naturaleza del bien.

En materia de arquitectura, sugerimos también en el mencionado coloquio que, teniendo en cuenta que algunos sistemas jurídicos ponen obstáculos a la arbitrabilidad de los conflictos con consumidores fuera de sus propios organismos institucionales, el diseño podría contemplar un sistema multipuertas y multifases: (i) de modo que el consumidor conserve la facultad de suspender o interrumpir el proceso y dirigirse a estos cuando lo considere más ventajoso para sus intereses; (ii) y con libre elección del itinerario, de modo que quede abierta la posibilidad de optar entre el arbitraje tradicional y otros medios de resolución de tipo decisorio, como, por ejemplo, la adjudicación o bien el denominado «arbitraje condicionado» (291), en cuyo seno el tercero experto, tras

---

(289) El sistema arbitral español prevé un arbitraje de consumo colectivo que se desarrolla en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo (véase art. 56 y sigs. del RD 231/2008, *supra*, pie de página 200). Este arbitraje permite resolver, en un solo procedimiento arbitral, los conflictos que hayan podido generar lesión a los intereses colectivos de los consumidores y que hayan afectado a un número determinado o determinable de estos. Tienen legitimación activa las asociaciones de consumidores representativas, pero el proceso exige el llamamiento a los consumidores afectados para que hagan valer sus legítimos derechos e intereses individuales en este procedimiento arbitral. El llamamiento se realiza mediante publicación de un anuncio en el Diario Oficial. Este llamamiento tiene un doble efecto: permite que los afectados puedan personarse y beneficiarse del laudo que recaiga; pero, por el contrario, transcurrido el plazo otorgado o celebrada la audiencia, precluye la posibilidad de presentar nuevas demandas.

(290) Ideas expresadas por la autora en «Consumers at a Crossroad. Cross-border eDisputes and Global ODR Schemes (Early insights from a european perspective). ODR and Consumers, *International Colloquium*. November 2-3, 2010. Vancouver, Canadá. <http://www.odrandconsumers2010.org/agenda/>

(291) La función del tercero en el arbitraje condicionado es, como en el caso del arbitraje tradicional, similar a la desarrollada por un juez, debe decidir el caso. Véase, asimismo, Steven

una actividad evaluativa y de discernimiento de la realidad, elabore una solución que deviene laudo obligatorio en el momento que es aceptado por el consumidor. De este modo, se salvarían también los obstáculos relativos a la inserción en el contrato de cláusulas contractuales de sumisión expresa y *ex ante* a un mecanismo extrajudicial de tipo heterocompositivo.

El diseño propuesto, en breve síntesis, podría concretarse en la admisión de clausulados contractuales de sumisión expresa de ambas partes a mecanismos RLL antes de acudir a las instancias judiciales —ambas quedarían obligadas— y un proceso articulado en tres estados o fases que debieran sucederse de manera rápida, sencilla y económica en los siguientes términos:

- (i) Una primera fase consistente en una negociación automática cuyo resultado, de ser positivo, constituiría una transacción, entendida como contrato a través del cual las partes, dando, prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya había comenzado. Los efectos de esta transacción serían, siguiendo el régimen tradicional, la generación de un vínculo obligatorio —en los términos del acuerdo y conforme a la ley, los usos y la buena fe—, así como la preclusión de la discusión anterior, de modo que constituya resultado contractual que tenga valor de ley *inter partes* (292).  
La arquitectura de software podría incorporar las llamadas negociaciones automáticas o a ciegas (*blind bid negotiation*) y asimismo contemplar en esta primera etapa el ejercicio del derecho de desistimiento y devolución del producto durante un determinado espacio temporal, facultad sobre la que no cabría admitir excepción ni renuncia alguna.
- (ii) Una segunda fase, para el caso que la negociación automática no conduzca a un resultado positivo, que conferiría al usuario la posibilidad de iniciar una conciliación electrónica, con la ayuda activa de un experto habilitado para proponer soluciones diversas, y que las partes serán libres de aceptar.
- (iii) Y una última fase, que ofrecería al usuario la alternativa de acudir a las instancias judiciales o bien seguir adelante y optar porque el mismo experto emita una decisión que, de ser aceptada por el usuario devenga laudo, resulte vinculante y adquiera valor de título ejecutivo para ambas partes. A este respecto, y con el fin de que el resultado pueda gozar de todos los beneficios de la Convención de Nueva York de 1958 —ser reconocida su ejecutabilidad en cualquier estado firmante— se

---

A. ARBITTIER (2006), «Conditional arbitration: A New Approach to Resolving Construction Disputes», en *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, núm. 2, págs. 38-45.

(292) Adquieren fuerza de cosa juzgada, no en el sentido desarrollado en el artículo 1252 del Código Civil, si no que permite la estimación de la *exceptio litis transactionem finitae*.

requeriría un mandato explícito de las Naciones Unidas para que, procediendo a la actualización de dicho Tratado, sean contemplados los laudos emitidos por los arbitrajes condicionados.

Otra interesante posibilidad, sugerida por el profesor MADRID PARRA (293), consistiría en recabar el consentimiento informado, explícito y *ex post* del consumidor al desarrollo de un arbitraje tradicional. Como la actividad del conciliador y del árbitro sería, en principio de naturaleza evaluativa, no resultaría necesario el nombramiento de un nuevo profesional para su consecución y el resultado gozaría de los beneficios de la citada Convención internacional, sin mayores problemas. Habida cuenta que coste del proceso se vería seriamente incrementado, el sistema debería contemplar, paralelamente, la imposición de una tasa moderada que hiciera las veces de revulsivo y de estímulo a la conclusión de acuerdos en la fase precedente.

A mayor abundamiento, con el fin de maximizar la eficiencia de los RLL de tipo transnacional y hacer de ellos un óptimo sistema de seguimiento, rendición de cuentas y mejora de la calidad, la arquitectura del software debería contemplar, asimismo, un sistema de registro de procesos y de resultados, a disposición de las autoridades públicas competentes en materia de consumidores.

Finalmente, pareciera oportuno prever que los proveedores RLL tengan la obligación de facilitar a las organizaciones y asociaciones representativas de determinados colectivos (consumidores y usuarios, etc.), procedimientos electrónicos adecuados para dirimir las reclamaciones colectivas.

#### RESUMEN

ADR, ODR  
MEDIACIÓN, ARBITRAJE

*El comercio electrónico transnacional y de escasa cuantía tiende a crecer y con ello también, indefectiblemente, los conflictos. Confiar en la jurisdicción su gestión en exclusiva es privar a los consumidores de un canal adecuado para el efectivo ejercicio de sus derechos, al imponer un iter de costes excesivos y negar la posibilidad de soluciones ajustadas a sus necesidades. Por esta razón, la Unión Europea vuelca*

#### ABSTRACT

RAL, RLL  
MEDIATION, ARBITRATION

*Cross-border e Commerce tends to grow and, therefore, also inevitably conflicts. Consumers are lacking of an adequate channel for the effectiveness of their rights, because of the cost and complexity of judicial procedures. This is the reason why the European Union is boosting since the 90' the development of alternatives for consumers access to justice and the United Nations has recently set out a working*

---

(293) Contribución del profesor Agustín MADRID PARRA en el seno de los trabajos del WG III, sesión 23, Nueva York, 23 a 27 de mayo de 2011.



*sus esfuerzos, desde hace más de una década, en su desarrollo y las Naciones Unidas ha constituido muy recientemente un grupo de expertos (WG III) dedicado a la formación de un adecuado marco normativo. Se defiende, en este trabajo, la oportunidad de una Ley modelo CNUDMI, porque esta modalidad permite la armonización progresiva de los distintos sistemas jurídicos y una adaptación flexible y respetuosa con los valores culturales de cada entorno cultural. Se sugiere asimismo que venga acompañada de un instrumento optativo (IO) que aglutinaría las reglas, estándares, principios y conjunto de normas del comercio electrónico que gozan de reconocimiento internacional, dotando a las transacciones transnacionales de escasa cuantía y a sus conflictos de un adecuado entorno normativo con un elevado nivel de protección, equivalente al existente en la actualidad para los consumidores y para las relaciones asimétricas. En el presente trabajo se analizan también algunas sensibles cuestiones de naturaleza jurídica y técnica que afectan a la dinámica de los mecanismos RLL.*

*group of experts (WG III) devoted to the formation of an adequate legal framework. The aim of this paper is to share some early insights regarding the opportunity of an UNCITRAL Model Law, an approach that would allow the gentle harmonization of the different legal systems and due respect to their cultural environment and values. It is also suggested that it may be accompanied by an optional instrument (OI) which would consolidate the standards, principles and set of rules that are internationally recognized in electronic commerce, embracing the existing standards for consumers. These provisions would provide to low-value cross-border transactions and conflicts with an appropriate regulatory environment and high level of protection to the players. This paper also examines some sensitive legal and technological issues affecting the dynamics of these mechanisms.*

*(Trabajo recibido el 29-5-2011 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)*