

Para cita: Capítulo de libro publicado en:

A. Dreyzin de klor (Directora), *Los derechos del consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, Zavalía, Argentina, 2012, pp. 157-188.

¿HACIA UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR? LA NUEVA INICIATIVA EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS DE CONSUMO

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA¹

Sumario:

I. OPORTUNIDADES Y RETOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA: AUTORREGULACIÓN VERSUS INTERVENCIÓN	1
II. LA RESOLUCIÓN EN LÍNEA DE DIFERENCIAS (ODR).....	4
III. ELEMENTOS DE LA NUEVA INICIATIVA EUROPEA.....	7
IV. EL ESTABLECIMIENTO DE ESTÁNDARES DE CALIDAD EUROPEOS OBLIGATORIOS PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO.....	9
V. EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A SISTEMAS ODR DE MEDIACIÓN	15
VI. EL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO DE CONSUMO	18
VII. EJECUCIÓN DE DECISIONES PROCEDENTES DE SISTEMAS DE ODR.....	25
VIII. CONCLUSIONES	27

I. OPORTUNIDADES Y RETOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA: AUTORREGULACIÓN VERSUS INTERVENCIÓN

La Comisión Europea acaba de lanzar una iniciativa legislativa que pretende impulsar la resolución alternativa de litigios en la contratación de consumo para, de esta manera, contribuir al despegue del comercio transfronterizo en el mercado interior europeo. La génesis de la propuesta responde a una fácil constatación: la escasa cuantía de las reclamaciones de consumo hace que, en la mayoría de las ocasiones, el consumidor quede privado de obtener una satisfacción cuando durante el cumplimiento del contrato surge algún problema, pues no suele merecer la pena iniciar trámites judiciales, y menos aún cuando el contrato es internacional, dada la escasa cuantía en disputa. Esta falta de confianza en el buen fin de las operaciones de consumo internacionales, e igualmente en el

¹ Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Granada. Se agradece el envío de comentarios a la siguiente dirección de correo electrónico: festeban@ugr.es. Para el lector interesado, las propuestas del autor relativas a la futura legislación europea pueden verse en nuestro trabajo “Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas”, *Revista General de Derecho Europeo*, , núm 25, 2011, pp. 1-41.

comercio electrónico transfronterizo, está determinando un fuerte freno a su desarrollo. A pesar de que la Unión Europea se ha esforzado por establecer un marco legal claro para el desarrollo del comercio electrónico², y de que existen instrumentos que en la contratación internacional conceden al consumidor un tratamiento privilegiado en las cuestiones de competencia internacional y de ley aplicable³, tales elementos no resultan suficientes para que el consumidor se aventure a comprar vía Internet en algún otro país europeo⁴, en cuanto que no se le asegura un recurso fácil a un método de solución de los problemas que puedan surgir en la ejecución del contrato. Para afrontar esta problemática desde hace tiempo se ha comenzado a poner el foco en la utilidad de la tecnología de la información y de la comunicación, en cuanto que ésta puede ser utilizada para permitir la solución de diferencias de una forma menos costosa y mucho más ágil.

Desde el punto de vista del Derecho, se hace necesario identificar cómo es posible reaccionar al surgimiento de estas plataformas en línea para la resolución de diferencias. En un terreno protagonizado principalmente por la autorregulación, se hace necesario decidir qué papel debe corresponder al legislador en el funcionamiento de los sistemas de ODR. Para cierta doctrina, el legislador debería limitarse a habilitar un marco de libertad para el desarrollo natural y espontáneo de la industria de los sistemas de ODR, bien sin entrar en dicha regulación⁵, o bien realizando un control mínimo de orden público⁶. Por el contrario,

² Véase la 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, DO L 178, de 17 de julio de 2000.

³ Véase la sección 4ª del Reglamento 44/2000 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). DOCE L 12, de 16 de enero de 2001; así como el artículo 6 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO L 177 de 4 de julio de 2008. Sobre el sistema español de DIPr de los contratos de consumo electrónicos, véase F. Esteban de la Rosa, “Régimen jurídico de la contratación electrónica de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Aranzadi Civil*, 2009-2, pp. 15-45.

⁴ Así se desprende de diversos informes de la Comisión Europea. Por citar sólo los más recientes, véanse “Consumer Conditions scoreboard, consumers at home in the single market, 5th edition – March 2011, disponible en la página web http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/5th_edition_scoreboard_en.pdf (consultada el 8 de octubre de 2011, y Special Eurobarometer 342, Consumer empowerment, Abril 2011 (disponible en la página web http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf, consultada el 8 de octubre de 2011). De éste se desprende que la tercera y cuarta explicación ofrecidas más frecuentemente de porqué los consumidores en la Unión Europea no compran en línea son la seguridad en el pago (20%) y la falta de confianza en el arreglo de las diferencias que puedan surgir (15%) El porcentaje de los consumidores que mencionan este motivo para no comprar en línea llega a ser del 28% en Austria y del 25 % en Bélgica. En la doctrina, véase Z. Tang, “An effective dispute resolution system for electronic consumer contracts”, *Computer Law and Security Report*, 2007, 23, p. 42; A. Patrikios, “The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I”, *Computer Law & Security Report*, 2008, p. 68

⁵ En este sentido, véase A. B. Pearlstein, “The Justice Bazaar: Dispute Resolution Through Emergent Private Ordering as a Superior Alternative to Authoritarian Court Bureaucracy”, *Ohio State Journal on*

para otro sector sería deseable, y necesario, establecer reglas mínimas de procedimiento para el funcionamiento de los sistemas de ODR, con miras a la obtención de servicios de resolución de diferencias de calidad, capaces de mejorar estos sistemas a fin de convertirlos en verdaderos sustitutivos del recurso a tribunales. En nuestra opinión, la posibilidad de crear sistemas de ODR de calidad, capaces de servir a la satisfacción del consumidor en el comercio electrónico hace cobrar interés a una intervención legislativa en este ámbito. Y es que ciertas fisonomías de los sistemas de ODR pueden suponer menoscabos a un elemental principio de protección del consumidor. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el sistema adolece de transparencia al no suministrar información sobre cómo funciona, de qué formación disponen las personas que lo gestionan, o sobre sus resultados; cuando su mecanismo de financiación se funda exclusivamente en las contribuciones de empresas o asociaciones de empresas adheridas a dicho sistema; cuando el recurso al mismo resulta obligatorio para el consumidor, despojándolo indebidamente de la tutela de jueces y tribunales; cuando obligan al consumidor a utilizar un idioma distinto al de su residencia habitual; o también, entre otros, cuando le imponen unas tarifas demasiado elevadas por la utilización de sus servicios. En situaciones de ese tipo, un arreglo de la diferencia más ágil puede producir, al mismo tiempo, que se vean conculcados otros derechos del consumidor. Esta clase de respuestas, a su vez, hacen ver que la autorregulación no resulta suficiente para conseguir el desarrollo adecuado de los sistemas de ODR. Sin embargo, el presupuesto de esta intervención es el convencimiento de que resulta posible, y deseable, potenciar la calidad de los servicios de ODR, a fin de mejorar el acceso del consumidor a la justicia, entendiendo este concepto en un sentido flexible e impropio. El cambio en los condicionamientos sociales, económicos y tecnológicos que ha traído el nuevo siglo hace necesario la reformulación de este principio. En la era de la globalización y del comercio electrónico, en el que muchos contratos internacionales pueden ser celebrados a distancia y de forma instantánea, ese concepto no puede acoger solamente el derecho a participar en un proceso contradictorio ante tribunales de justicia que, en muchas ocasiones, puede hacer

Dispute Resolution, 2007, 22, p. 739. Entiende el autor que la resolución de diferencias debería venir dada desde abajo, en un sistema emergente de mecanismos y técnicas privadas, lo cual supondría un beneficio para el consumidor, que podría prescindir del recurso al actual sistema “burocrático” de solución de litigios.

⁶ En este sentido puede verse A. Patrikios, “The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part II”, *Computer Law & Security Report*, 2008, 24, pp. 129-138. Como solución óptima para la resolución de diferencias el autor propone un sistema internacional corregulado, descentralizado, de múltiples partes interesadas, que funcione a varios niveles, y basado en los sistemas de ODR y en el arbitraje electrónico internacional, correspondiendo a los tribunales estatales el papel de garantizar el orden público.

inviabile la obtención de una satisfacción. Por ello resulta conveniente que incorpore también la posibilidad de que el consumidor pueda acudir a otro mecanismo apropiado que, por su inmediatez, agilidad y bajo coste, puede ser perfectamente un sistema de ODR.

II. LA RESOLUCIÓN EN LÍNEA DE DIFERENCIAS (ODR)

Las siglas ODR, del inglés *Online Dispute Resolution*, son empleadas para referirse a diferentes tipos de procedimientos y técnicas de solución de conflictos que tienen en común el hecho de utilizar la tecnología de la información y la comunicación. La caracterización “*online*” alude a que el método de provisión del servicio de resolución de diferencias es suministrado en línea, lo que ocurre cuando las diversas fases del proceso, como la presentación de escritos, las notificaciones, las deliberaciones y los resultados, son llevados a cabo a través de medios electrónicos utilizando, por ejemplo, plataformas multifuncionales, software de negociación o de acuerdo, documentos y formularios en línea, la firma electrónica, programas de seguridad, salas de chat sincronizadas o no sincronizadas, mensajes instantáneos, correo electrónico, video conferencia, voz IP, y cualesquiera otros medios típicos de los entornos virtuales⁷. La consideración como ODR de un sistema de solución de conflictos no se ve afectada por el hecho de que el conflicto haya tenido su origen al margen del entorno virtual (*offline*), ni tampoco porque alguna, o algunas, de las actuaciones tengan lugar por medios no electrónicos⁸. De hecho, la mayoría de los proveedores de servicios electrónicos de arbitraje no hacen posible que el procedimiento tenga lugar en línea por completo, pues puede ser necesario, por ejemplo, descargar los formularios de reclamación, presentar documentos a través del correo electrónico o, incluso, que se celebren audiencias telefónicas.

El carácter muchas veces empresarial con el que surgen las plataformas de ODR, el hecho de que no hayan de ser inscritas, la facilidad con la que pueden dejar de prestar servicio, o simplemente cambiar de nombre, hacen que no sea sencillo hacer un elenco

⁷ Véase A. Patrikios, “The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I”, *Computer Law & Security Report*, 2008, p. 73; J. Hörnle, “Online Dispute Resolution: the Emperor’s New Clothes. Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2003, 17.1, p. 29.

⁸ Véase P. Cortes, “A European Legal Perspective on Consumer Online Dispute Resolution”, *Computer Telecommunications Law Review*, 2009, 15-4, pp. 90-100. Esta misma caracterización es la seguida por el Derecho español de arbitraje de consumo electrónico, tal y como se desprende del art. 51. 1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2008. Véase también el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009.

de las existentes. Desde el punto de vista de la entidad que las crea, aunque también hay públicas, como la Oficina Virtual del Sistema de Arbitraje de Consumo español, que depende del Instituto Nacional de Consumo⁹, la mayoría responde a la iniciativa privada, lo que no es incompatible con que cuenten con alguna clase de subvención pública. No obstante, muchas de ellas se financian con las tasas que se cobran a los usuarios¹⁰.

La resolución electrónica de diferencias puede tener lugar a través de métodos distintos, bien facilitando que las partes lleguen a un acuerdo (mediación), o bien mediante el sometimiento de las partes a la decisión del tercero (arbitraje). Poniendo énfasis en los aspectos que marcan la diferencia entre el ADR convencional y el ODR la doctrina ha destacado el papel especial que puede asumir la propia tecnología en los sistemas del segundo tipo. En efecto, en ciertos casos la tecnología desempeña funciones que desbordan las que corresponderían a un tercero en el ámbito de la mediación o de la conciliación en el marco de los mecanismos tradicionales de ADR. En esta misma orientación, cierta doctrina ha llegado incluso a referirse a la intervención de la tecnología en esta clase de procedimientos con la denominación, impropia, de “cuarta parte”, habida cuenta que, bajo cierto punto de vista, el ODR podría ser considerado como un elemento con cierta autonomía en relación con la organización y gestión de la diferencia¹¹, teniendo en cuenta las funciones que realiza.

En efecto, a veces la información suministrada por las partes es procesada y tratada por programas de negociación y de resolución de conflictos diseñados con esa finalidad¹². Con fundamento en esta clase de tecnología, los sistemas de ODR han generado diferentes métodos de actuación, como la negociación directa, la negociación asistida, la negociación automatizada, los sistemas de subasta ciega, la mediación o el peritaje de un tercero. En la negociación automatizada (*Automated Negotiation*), la tecnología adquiere un perfil negociador, a través de los servicios denominados “*blind-*

⁹ Disponible en la página web <http://arbitrajedeconsumo.mspsi.es/>, consultada el 5 de marzo de 2012.

¹⁰ Véase el informe M. Conley Tyler, “115 and Counting: The State of ODR 2004”, que se encuentra disponible en la siguiente página web <http://www.odr.info/unforum2004/ConleyTyler.htm> (consultada el 5 de marzo de 2012). El informe ofrece un estudio estadístico y empírico sobre los datos actuales del ODR a través del análisis de 115 sitios web y servicios prestados en ese momento en todo el mundo.

¹¹ En este sentido, véase E. Katsh, and J. Rifkin, “Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace”, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, pp. 93-117; T. Schultz, “An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical Considerations about the Future of ODR”, *ADR Online Monthly UMASS*, 2003, p. 6.

¹² En este sentido, véase E. Katsh y L. Wing, “Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future”, *The University of Toledo Law Review*, 2006, 38, p. 31; A. Gaitenby, “The Fourth Party Rises: Evolving Environments of Online Dispute Resolution” *The University of Toledo Law Review*, 2006, 38, p. 372.

bidding” (subasta ciega)¹³. La negociación asistida (*Assisted Negotiation*) utiliza software de gestión de información a fin de favorecer el acuerdo entre las partes, permitiéndoles una comunicación más efectiva mediante la reformulación de los argumentos utilizados. El tratamiento industrial de las diferencias permite estandarizar los procesos a través de la utilización de formularios de reclamaciones, de listas de opciones sobre remedios aceptables, de programas que modifican el tono de los intercambios de información para hacerlos más constructivos, o de herramientas de software que limitan el espacio de texto libre, todo lo cual favorece que las partes alcancen un acuerdo¹⁴.

Entre los sistemas de ODR también se cuenta el arbitraje electrónico, que puede responder a diferentes modelos. La posibilidad de que el arbitraje tenga lugar de forma electrónica depende, a la postre, del respaldo que reciba por parte del sistema jurídico¹⁵. En el caso del Derecho español, el respaldo al arbitraje electrónico viene dado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje¹⁶, y de forma específica para el arbitraje de consumo por el artículo 3.3 y la sección 1ª del Capítulo V del Real Decreto 231/2008, citado más arriba¹⁷. En el arbitraje electrónico el resultado del procedimiento es un laudo, que zanja la diferencia, tiene carácter vinculante para las partes y produce el efecto de la cosa juzgada material. Este método de solución, no obstante, puede mostrar cierta rigidez respecto de otros, como la conciliación, la negociación o la mediación, pues las partes no pueden abandonar el arbitraje una vez que éste ha comenzado, ni pueden tampoco hacer recurso a la resolución a través de órganos judiciales si existe una cláusula de arbitraje eficaz. El proveedor líder en arbitraje en

¹³ El procedimiento comienza cuando una de las partes invita a la otra a negociar sobre la suma en litigio. Si la otra acepta ambas comenzarán un proceso en el que se van proponiendo ofertas secretas, que únicamente serán reveladas si ambas partes llegan a cierto acercamiento. Si se produce, entonces la máquina, de forma automática, propone como oferta el punto medio entre ambas posiciones. Lo bueno de este sistema es que puede ser una herramienta para los abogados, que pueden utilizarlo sin revelar sus posiciones más bajas, salvo que éstas estén cercanas, y no se limita el posterior acceso a los tribunales en caso de que la negociación no fructifique. Sobre este sistema, véase J. Krause "Settling it on the Web. New Technology, Lower Costs Enable Growth of Online Dispute Resolution" *American Bar Association Journal*, 2007-93, Octubre.

¹⁴ Al respecto puede verse O. Rabinovich-Einy, "Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation", *Harvard Negotiation Law Review*, 2006, 11, p. 258.

¹⁵ Véase R. Hill, "On-line arbitration: issues and solutions", *Arbitration International*, 1999, 15, p. 2; E. Katsh y J. Rifkin, "Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace", *op. cit.*, p. 138.

¹⁶ BOE núm. 309 de 26 de diciembre.

¹⁷ El sistema electrónico está disponible en la Oficina Virtual del Sistema Arbitral de Consumo, accesible en la siguiente página web: <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/> (consultada el 17 de agosto de 2011).

línea es net-ARB¹⁸, mientras que en el ámbito europeo se pretendió, sin éxito, poner en marcha la plataforma e-arbitration-t¹⁹.

III. ELEMENTOS DE LA NUEVA INICIATIVA EUROPEA

El interés hacia los mecanismos electrónicos de solución de diferencias se aprecia en la existencia de diversos foros intergubernamentales que se están ocupando de desarrollar marcos de regulación. Fuera de Europa cabe destacar los trabajos que está llevando a cabo el Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)²⁰ y, en el ámbito regional Americano, la iniciativa de la Organización de los Estados Americanos (OEA)²¹.

En Europa, la Comisión Europea llevó a cabo en 2011 una consulta pública a fin de recabar la opinión de expertos y profesionales sobre los mecanismos de solución de diferencias de consumo, y organizó, junto con el Parlamento Europeo, una Cumbre sobre Resolución Alternativa de Diferencias de Consumo en el Mercado Interior, en el que participaron miembros de la Comisión, Eurodiputados y profesionales de este ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea²². En dicho encuentro dos necesidades quedaron claras: por una parte, que la Comisión debía preparar una iniciativa legislativa en este ámbito; y por otra, que cualquier nueva legislación europea debería ser consistente con los sistemas de resolución de diferencias de consumo que ya han sido desarrollados en cada uno de los Estados miembros.

Con la base legal de los arts. 114 y 169 TFUE, la propuesta tiene como premisa que el comercio electrónico ha experimentado en la UE un crecimiento vertiginoso, apreciable sin embargo mucho más en el comercio doméstico que en el transfronterizo. El paquete

¹⁸ Véase <http://www.net-arb.com/espanol/>, (consultada el 17 de agosto de 2011).

¹⁹ Véase <http://www.e-arbitration-t.com/> (consultada el 17 de agosto de 2011).

²⁰ Los trabajos desarrollados por la CNUDMI desde 2010 hasta la fecha se encuentran disponibles en la siguiente página web:

http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html (consultada el 5 de marzo de 2012).

²¹ Véase L. Del Duca, C. Rule y V. Rogers, "Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value - High Volume Claims - OAS Developments" (July 6, 2010) Stanford Public Law Working Paper No. 1635463. El documento se encuentra disponible en la siguiente página web: <http://ssrn.com/abstract=1635463> (consultada el 5 de marzo de 2012).

²² Tanto las respuestas a la consulta realizada como el video de la sesión del Summit referido pueden verse en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm (consultada el 19 de agosto de 2011).

legislativo, que fue publicado el pasado 29 de noviembre de 2011, se compone de dos instrumentos²³:

- el primero es la Directiva sobre resolución alternativa de litigios (RAL) en materia de consumo, que tiene por finalidad “*contribuir al funcionamiento del mercado interior y a lograr un alto nivel de protección de los consumidores garantizando que los litigios entre consumidores y comerciantes puedan someterse a entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios imparciales, transparentes, efectivos y justos*” (art. 1), que estén disponibles en línea y que permitan también que los comerciantes presenten reclamaciones contra los consumidores. Éstos, además, estarán obligados, bajo sanción para caso de incumplimiento, a hacer pública la información relativa a si se comprometen o no a utilizar la RAL en relación con las reclamaciones presentadas contra ellos por un consumidor;
- y en segundo lugar el Reglamento sobre resolución de litigios en línea (RLL) en materia de consumo, que tiene por objetivo crear una plataforma web europea que permita encauzar las diferencias internacionales de consumo, de forma electrónica, hacia los servicios nacionales de resolución de litigios, exigiendo por tanto que los servicios nacionales estén conectados en dicha plataforma europea. El paquete de los dos instrumentos resulta indisociable, pues la existencia de una plataforma europea toma como presupuesto la existencia de sistemas nacionales de resolución alternativa de litigios de consumo sometidos a unos estándares equivalentes de calidad. Se prevé que ambos instrumentos puedan ser adoptados dentro de 2012, que los Estados dispongan de dieciocho meses para su transposición y que la plataforma web pueda estar plenamente operativa en 2015.

La lectura de ambos textos permite observar que se trata de una iniciativa muy ambiciosa, que pretende dar un empujón, en tiempos de crisis, al comercio transfronterizo europeo, con la finalidad de impulsar la maltrecha situación económica por la que pasan en la actualidad algunos países europeos. En ella cabe apreciar tres principales innovaciones:

²³ Los textos se encuentran disponibles en la siguiente página web:
http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_policy_work_en.htm (consultada el 5 de marzo de 2012).

en primer lugar, la regulación propuesta nace con vocación de ser vinculante para todos los EEMM de la UE. Ello supone el abandono de la técnica de *soft law* que, salvo lo establecido para sectores específicos²⁴, ha venido siendo utilizada hasta ahora para establecer el criterio europeo respecto de la protección del consumidor en la resolución alternativa de litigios de consumo²⁵; en segundo lugar, la regulación propuesta pretende convertirse en norma general europea, aplicable también en los sectores específicos que cuentan con regulación propia;²⁶ y en tercer lugar, el legislador europeo apuesta por impulsar las vías electrónicas de solución de litigios de consumo, siguiendo la senda seguida por la OEA o la CNUDMI, si bien adoptando un perfil distinto. De las muy variadas cuestiones jurídicas que suscita la nueva iniciativa presentada por la Comisión Europea, en un análisis de urgencia, vamos a centrar nuestra atención en la novedad, viabilidad y consecuencias del establecimiento de un estándar europeo obligatorio para la resolución alternativa de litigios de consumo, así como en la cuestión de la eficacia para el consumidor de las cláusulas de remisión a la mediación y al arbitraje de consumo.

IV. EL ESTABLECIMIENTO DE ESTÁNDARES DE CALIDAD EUROPEOS OBLIGATORIOS PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO

²⁴ En la actualidad son una treintena los instrumentos normativos europeos que incorporan, de manera dispersa, previsiones relativas a la resolución alternativa de litigios de consumo. Como ejemplo de ellas cabe mencionar la normativa sobre crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008), sobre comercialización a distancia de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre de 2002), sobre aprovechamiento de inmuebles por turnos (Directiva 2008/122/CE de 14 de enero de 2009), sobre el mercado de instrumentos financieros (Directiva 2004/39/CE de 21 de abril de 2004), sobre la mediación en materia de seguros (Directiva 2002/92/CE de 9 de diciembre de 2002) sobre los servicios de la sociedad de la información (Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000), sobre el mercado interior de la electricidad (Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009) o sobre los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002).

²⁵ Véanse la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, DO L 115 de 17.4.1998; y la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DO L 109 de 19.4.2001.

²⁶ Como síntoma de esta pretensión de generalidad, el art. 3.3 de la propuesta dispone que sus disposiciones prevalecerán “sobre las disposiciones obligatorias de la legislación sectorial específica de la Unión relacionadas con la resolución alternativa de litigios en la medida en que dichas disposiciones no garanticen al menos un grado equivalente de protección de los consumidores”.

Es sabido que los sistemas de resolución de litigios en línea no siempre responden a los más elementales criterios en que se traduce la protección del consumidor en la resolución extrajudicial de litigios. La falta de regulación en este ámbito posee un doble inconveniente: de un parte, no contribuye a favorecer la protección del consumidor; y de otro, esta configuración provoca recelo y falta de confianza tanto en el consumidor como en el comerciante, quienes apenas estarán persuadidos de participar en procedimientos en los que desconfían. La falta de regulación y de garantías de estos mecanismos explica que hoy en día haya tan pocos ejemplos de sistemas de ODR que hayan tenido éxito.

La propuesta de Directiva ha acogido el grueso de los principios aplicables a la resolución extrajudicial de diferencias de consumo que fueron acuñados por las Recomendaciones de 1998 y de 2001. La competencia y conocimientos especializados en los responsables de la gestión del sistema de resolución alternativa de litigios, la inamovilidad, la inexistencia de conflicto de intereses entre las partes y el gestor del sistema, y la paridad en la designación de los responsables, respectivamente, por organizaciones de consumidores y comerciantes son algunas de las exigencias relacionadas con el principio de imparcialidad que son recogidas por el art. 6 de la propuesta de Directiva. Por su parte, el ar. 7 se refiere de forma muy detallada a las exigencias relacionadas con el cumplimiento del principio de transparencia, obligando a las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo a que pongan a disposición del público la información relativa a las personas que gestionan la resolución de los casos, su fuente de financiación, los datos básicos de su operativa²⁷, así como los informes anuales de

²⁷ Entre ellos, la participación en redes de entidades de resolución alternativa de litigios que faciliten la resolución de litigios transfronterizos; los tipos de litigios que entran dentro de su competencia; el reglamento por el que se rige la resolución del litigio; las lenguas en las que pueden presentarse las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa de litigios y en las que se desarrolla el procedimiento de RAL; los tipos de normas que puede utilizar la entidad de resolución alternativa de litigios como base para la resolución del litigio; todo requisito preliminar que las partes deban cumplir antes de que pueda iniciarse un procedimiento de resolución alternativa de litigios; los posibles costes que deberán asumir las partes; la duración aproximada del procedimiento de resolución alternativa de litigios; o el efecto jurídico del resultado del procedimiento de resolución alternativa de litigios.

actividad.²⁸ Entre las exigencias del principio de efectividad el art. 8 menciona la obligación de los Estados de proveer un procedimiento accesible para ambas partes donde no sea necesario contar con representante, que sea gratuito o sometido sólo a un coste moderado para el consumidor, que quede resuelto en un plazo razonable, no superior a noventa días, y de tan solo treinta si la resolución tiene lugar en línea. Finalmente, asociadas al principio de equidad se establece la exigencia de respeto del principio de contradicción, y que el resultado sea puesto a disposición de ambas partes, con indicación de los fundamentos de la decisión. También se recogen algunas obligaciones particulares para los procedimientos de resolución alternativa de litigios que tienen por objeto resolver la diferencia proponiendo una solución, tales como la mediación. Para estos casos se establecen obligaciones de información tendentes a que el consumidor pueda tomar plena conciencia de la naturaleza del procedimiento, y de las posibilidades de que dispone (aceptar o rechazar la solución propuesta; acudir a tribunales; o buscar asesoramiento independiente), debiendo disponer de un plazo razonable para tomar la decisión.

El establecimiento de unos requisitos obligatorios de calidad para los sistemas de resolución alternativa de litigios por parte de la nueva iniciativa europea no puede ser sino muy bien saludado. Sin duda ello podrá contribuir, al unísono, a incrementar la protección del consumidor y a favorecer la confianza en el funcionamiento de esta clase de sistemas, lo que puede tener un efecto positivo sobre el incremento del comercio electrónico transfronterizo. Pero la regulación propuesta también plantea algunas interrogantes. En efecto, su éxito pasa porque realmente existan en cada Estado miembro unos sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo adaptados a los principios. La competencia

²⁸ Entre ellos, el número de litigios recibidos y los tipos de reclamaciones con los que están relacionados; los problemas recurrentes que dan lugar a litigios entre los consumidores y los comerciantes; el porcentaje de procedimientos de resolución de litigios que se interrumpieron antes de llegar a un resultado; la duración media de la resolución de los litigios; la tasa de cumplimiento de los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios, si se conoce; en su caso, su cooperación en redes de entidades de resolución alternativa de litigios que facilitan la resolución de litigios transfronterizos.

para la tarea de control y supervisión de las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo queda atribuida a las autoridades designadas por cada Estado miembro. Este procedimiento hace recordar al que fue instaurado a fin de confeccionar la lista de organismos nacionales que cumplieran con los principios establecidos en las Recomendaciones de 1998 y 2001, que se basaba exclusivamente en la notificación realizada por los Estados Miembros de la Unión Europea a la Comisión Europea. Cabe esperar que el nuevo procedimiento tenga más éxito, pues es sabido que no todos los sistemas que fueron notificados por los Estados Miembros de la Unión Europea en cumplimiento de dicha obligación respondían a los referidos principios enunciados por las Recomendaciones de 1998 y 2001. Sin querer ser agoreros, también cabe dudar del éxito del sistema de sanciones que se prevé en la regulación propuesta asociadas al caso de que los sistemas de resolución alternativa de litigios no suministren la información pertinente, al efecto del control, a la autoridad estatal competente (arts. 16 y 18), pues son los Estados quienes han de cumplir con la obligación de disponer de sistemas ajustados a los referidos principios. Tampoco cabe descartar que surja en Internet, a través de foros, blogs, etc., un sistema paralelo que permita “acreditar” o “desacreditar” a las entidades de resolución electrónica que sean menos efectivas o imparciales.

Con el sistema propuesto se adopta una perspectiva algo distinta respecto del sistema de acreditación de proveedores que, por ejemplo, se está planteando en los trabajos que tienen lugar en el seno de la CNUDMI. La diferencia fundamental entre los modelos tiene que ver con la existencia, en la propuesta europea, de una obligación para los Estados de garantizar, ya sea de forma pública o por la iniciativa privada, la existencia de servicios que cubran todos los litigios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y que respondan a los principios mencionados. Esta obligación indudablemente parte, como así hubo oportunidad de comprobarlo en la cumbre celebrada en el Parlamento Europeo el

pasado 16 de marzo de 2011, de que en la mayoría de los Estados miembros ya se cuenta con sistemas de resolución alternativa de diferencias de consumo, por lo que, en la mayoría de los Estados miembros de la UE, las obligaciones que impone la propuesta de Directiva podrán consistir en adaptar los sistemas existentes. Pero las situaciones en todos los Estados miembros de la UE no es la misma. Mientras que en países como España se dispone de organismos con competencias generales para las reclamaciones de consumo (como es el caso del arbitraje público de consumo²⁹ y los organismos que llevan a cabo funciones de mediación radicados en el ámbito de las administraciones locales, llamados Oficinas Municipales de Información del Consumidor), siendo preciso verificar el modo en que dichos sistemas responden a los principios para hacer las adaptaciones necesarias, en otros países no se dispone de organismos con competencias generales, sino más bien sectoriales, por lo que podrá ser necesaria la creación *ex novo* de un sistema residual, algo que podrá no ser tan sencillo o barato. Será interesante ver cómo, en los tiempos de crisis, y durante los próximos años, se afronta el reto de la puesta en funcionamiento o adaptación de los sistemas de resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, si tenemos en cuenta que la previsión es que esta iniciativa legislativa sea finalmente aprobada dentro de este año 2012.

Respecto del comentario de los principios aplicables a la resolución extrajudicial de litigios de consumo, llama la atención que la propuesta de Directiva sólo distinga en una ocasión entre los sistemas que finalizan con una decisión vinculante, como el arbitraje, y los que únicamente proponen una solución, del tipo de la mediación (vid. art. 9.2). Para los de la primera clase, como el arbitraje, creemos que la futura legislación debería tener en cuenta dos precisiones que se refieren, respectivamente, a la proyección del principio de legalidad, que ha sido preterido de la propuesta, y a las exigencias del principio de

²⁹ Véase el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

transparencia. La propuesta indica en el considerando noveno de su preámbulo que lo dispuesto en ella se entiende sin perjuicio del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que contiene una norma de conflicto especial para los contratos de consumo en su art. 6, dirigida a hacer inderogable, en ciertos casos, el Derecho del país de la residencia habitual del consumidor. Cuando la decisión del tercero es vinculante, y por tanto va a sustituir a la que pueda dictar un juez, la imperatividad del Derecho de consumo debe ser garantizada. Sin embargo, apartándose aparentemente de este criterio, la propuesta indica en su art. 7.1 g) que la entidad de resolución alternativa de litigios deberá suministrar información sobre *“los tipos de normas que puede utilizar la entidad de RAL como base para la resolución del litigio (p. ej., normas jurídicas, consideraciones de equidad, códigos de conducta)”*. La propuesta europea parece partir, de forma implícita, de que puede haber razones para resolver la diferencia en un modo que no exija el pleno respeto del principio de legalidad y la aplicación del Derecho estatal aplicable según el Reglamento Roma I. Y de hecho estas razones pueden existir, como por ejemplo el carácter simple de la reclamación o el coste desproporcionado de averiguación del Derecho aplicable respecto de la cuantía de la reclamación. Ahora bien, estas excepciones deberían ser tratadas con sumo cuidado. Sería conveniente que la propuesta de Directiva, bien en sus disposiciones o bien incluso en el mismo preámbulo, ofreciera alguna clase de indicación a fin de evitar esta disonancia interna que manifiesta el texto actual.

En segundo lugar, cuando la decisión resulta vinculante para las partes el principio de transparencia debería exigir la publicación de la decisión, o al menos de sus fundamentos y fallo, algo que sin embargo no exige la actual acuñación que hace del principio de transparencia el artículo 7 de la propuesta de Directiva. Creemos que esta publicación debería ser incluida, como exigencia relacionada con el principio de

transparencia, en el texto de la propuesta. Por el contrario, cuando se trata de procedimientos que dan lugar a una decisión de carácter no vinculante, esta obligación aparece con unos contornos distintos, pues las conversaciones y negociaciones, así como el resultado de la misma, deberían ser considerados como confidenciales. Por tanto en este punto convendría que se hiciera una distinción respecto de la aplicación del principio de transparencia entre una y otra clase de procedimientos de resolución alternativa de diferencias de consumo.

V. EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A SISTEMAS ODR DE MEDIACIÓN

El contrato electrónico puede incluir cláusulas que remiten la resolución de diferencias entre las partes a un sistema de ODR de mediación, es decir, de aquellos que funcionan proponiendo soluciones a las partes a fin de facilitarles llegar a un acuerdo que resuelve la diferencia. La obligatoriedad de la mediación puede tener diversos significados y puede provenir de presupuestos distintos. Respecto de los significados, la obligatoriedad de las cláusulas de mediación puede plasmar en diversos tipos de consecuencias, a saber, bien previendo que no cabe recurso a tribunales si no se hace uso previamente de un sistema de mediación extrajudicial, o bien estableciendo sanciones, o alicientes, para el supuesto de que las partes no hayan respetado la cláusula y no hayan hecho uso del sistema de mediación que han acordado en el contrato con carácter previo al recurso a tribunales. La obligatoriedad de la mediación puede provenir de un mandato legal de aplicación general, o también de la atribución de esa clase de eficacia a una cláusula contractual.

Las normas generales europeas en materia de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia establecen como principio la prohibición de los pactos que excluyen el recurso a tribunales. La eficacia de esta clase de pactos puede suponer denegación de justicia, lo cual estaría en contradicción con el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de 1950, el principio de libertad que reconocen la Recomendación europea 98/257/CE, y la Recomendación 2001/310/CE, así como el punto q del Anexo de la Directiva 93/13/CE de 21 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Ahora bien, frente a este postulado, la experiencia ha

revelado que en muchas ocasiones conviene hacer pasar a las partes por un mecanismo extrajudicial de mediación con carácter previo al proceso judicial, lo cual permite dar mejores posibilidades de solución al caso y, por otra parte, es posible descongestionar al sobrecargado aparato judicial.

Para valorar la corrección jurídica de aquellos sistemas que atribuyen a las cláusulas contractuales de mediación la función de excluir el recurso a tribunales conviene prestar atención a los criterios establecidos por el TJ en su reciente sentencia de 18 de marzo de 2010³⁰. En la misma el TJ ha establecido que es posible excluir el acceso a tribunales hasta que no se haya intentado una mediación extrajudicial. Para que el legislador nacional pueda establecer esta consecuencia será necesario, no obstante, que se cumplan una serie precisa de condiciones, dirigidas a no perjudicar la posición judicial de las partes. En las palabras del Tribunal, *“los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”*. En la medida en que el sistema de mediación extrajudicial previsto por la cláusula contractual cumpla con estos requisitos, el sistema jurídico en los países de Europa podrá cerrar el acceso a tribunales hasta que dicha mediación haya sido intentada.

La obligatoriedad de una cláusula de mediación puede concretarse también en la posibilidad de establecer sanciones en el plano judicial para aquella de las partes que no haya hecho uso de la mediación antes de acudir a la tutela de jueces y tribunales³¹. A pesar de que no existe legislación europea sobre este tema, el legislador europeo parece

³⁰ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08: *“Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia”*.

³¹ Sobre el tema resulta de interés la consulta de J.P. Cortes Diéguez, “Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues”, Bileta, 2008. Disponible en la siguiente página web: <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Mandatory%20Online%20Mediation%20for%20European%20Consumers-%20Legal%20Constraints%20and%20Policy%20Issues%20%5BPablo%20Cortes%5D.pdf> (consultada el 17 de agosto de 2011).

proclive a dicha posibilidad. Así se desprende del artículo 5.2 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, según el cual “*la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”. En conformidad con esto, son los Estados miembros quienes pueden establecer mecanismos a fin de favorecer la mediación. Y esta posibilidad ya ha sido utilizada. Por ejemplo, en el procedimiento civil del Reino Unido, el juez puede informar a las partes sobre la posibilidad de considerar el uso de la vía extrajudicial, y si dicha consideración es rechazada de forma irrazonable por una de las partes, será posible imponer las costas a esta parte, incluso a pesar de que haya sido quien ganó el litigio³². En España, el reciente Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³³, que de forma extraña deja de dar cumplimiento a la Directiva 2008/52/CE al no incluir en su ámbito de aplicación a la mediación de consumo (art. 2.2 d), ha modificado el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para establecer que para la condena en costas en los casos de allanamiento se tendrá en cuenta, para determinar su imposición, el hecho de que se hubiera iniciado un procedimiento de mediación antes de presentada la demanda³⁴.

Aunque compartimos la esencia del planteamiento, no creemos que en todos los casos sea procedente establecer alicientes o sanciones para caso de infracción de la cláusula de remisión a un sistema de ODR. Y ello porque, si el sistema de ODR, por su configuración, implica cierta ventaja para el empresario, y es utilizado por él con frecuencia, éste siempre tendrá la posibilidad de contar con un mecanismo capaz de desincentivar el acceso a la justicia por parte del consumidor, quien se vería sancionado en dicho procedimiento por no haber respetado la cláusula contractual. Esto puede suceder, por ejemplo, si no se permite la utilización del idioma del consumidor, o si la

³² Regla 44.3 (2), (4) y (5) de las Reglas de Procedimiento civil de 2001. Las reglas pueden verse en la siguiente página web: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part44.htm#IDADESZ (consultada el 17 de agosto de 2011).

³³ BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

³⁴ El artículo 395 LEC dispone en su nueva redacción que “si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación”.

tarifa de utilización es para el consumidor superior a los gastos judiciales. En estos supuestos no se debería permitir la eficacia de esta clase de cláusulas, o al menos debería darse libertad al consumidor para decidir si quiere o no participar. Por ello se impone la necesidad de que el sistema jurídico halle soluciones de equilibrio en este punto que, de una parte, favorezcan la mediación como mecanismo de resolución de diferencias a fin de evitar el proceso judicial y, de otra, que permitan reconducir al consumidor hacia un sistema de ODR que pueda ser visto con tranquilidad desde la órbita judicial por cumplir con ciertas exigencias mínimas de calidad relacionadas con el acceso del consumidor a la justicia. La solución a esta regulación de equilibrio, en nuestra opinión, sólo puede ser encontrada mediante la división de los sistemas de ODR en dos tipos distintos, a saber, los que cumplen de forma satisfactoria con los principios de protección del consumidor en el acceso extrajudicial a la justicia, y los que no lo hacen. De ahí resulta la necesidad de prestar atención a la configuración del sistema de ODR, para comprobar si responde a las reglas y principios de protección del consumidor en el acceso a la resolución extrajudicial de litigios del Derecho europeo y que, respecto del ODR, se pueden concretar en las exigencias que ha establecido el legislador europeo en su propuesta de Directiva. Sólo si el sistema de ODR al que remite la cláusula contractual responde en su configuración a esas garantías mínimas debería ser posible asociar alguna clase de efecto a la falta de cumplimiento por el consumidor de la obligación de acudir a dicho sistema para la resolución de diferencias.

VI. EL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO DE CONSUMO

El inicio de un procedimiento arbitral tiene como fundamento la existencia de un convenio arbitral válido. La normativa internacional sobre arbitraje, constituida por el convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras³⁵ y por el Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional³⁶, no pudo referirse al convenio arbitral electrónico, pues esa posibilidad resultaba impensable por aquel entonces³⁷. La

³⁵ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

³⁶ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

³⁷ El artículo I del primero impone que el convenio arbitral debe hacerse por escrito, expresión que denotará “una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. A los fines de la aplicación del Convenio de Ginebra, su artículo I.2 entiende por “a) Acuerdo o compromiso Arbitral, bien sea una cláusula compromisoria

proliferación del comercio electrónico, y el uso frecuente de cláusulas arbitrales en correos electrónicos o en sitios web interactivos, ha motivado que la doctrina proponga la asimilación del intercambio de mensajes de correo electrónico al de cartas o telegramas en la interpretación de esas normas, pues los elementos esenciales del intercambio de telegramas pueden ser reproducidos a través de un uso apropiado del correo electrónico. Interpretación que también se impondría cuando la aceptación tiene lugar a través del contacto interactivo con una página web de una oferta que incluye entre sus términos una cláusula de sumisión a arbitraje, en la medida en que existe un intercambio de información análogo al que se produce mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico. La misma doctrina señala, no obstante, la necesidad de tomar cierta cautela, pues si la parte con la que se contrata procede de un país donde impera una interpretación restrictiva de la exigencia de forma escrita para el convenio arbitral, sería aconsejable un intercambio de documentos escritos y firmados a través de un correo certificado o de un fax³⁸.

La proliferación de los convenios arbitrales electrónicos contenidos en contratos celebrados en línea, y la falta de certeza que puede existir respecto de su validez y eficacia en todas las jurisdicciones, ha hecho preciso que el organismo que elaboró el convenio de Nueva York, Naciones Unidas, haya puesto su atención en este tema. Una primera actuación ha consistido en la elaboración de una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones³⁹, donde, teniendo en cuenta la posibilidad del convenio arbitral electrónico, se recomienda considerar que no son exhaustivas las circunstancias que describe el párrafo 2 del artículo II del Convenio de Nueva York. La segunda se refiere a la regulación proyectada, pues la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que ha sido aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluye en su artículo 20 una disposición

incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”..

³⁸ En este sentido, véase J.C. Fernández Rozas en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, segunda edición, 2009, p. 655.

³⁹ La Recomendación se encuentra disponible en la siguiente página web: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> (consultada el 17 de agosto de 2011).

que hace extensiva su regulación al convenio de Nueva York de 1958⁴⁰. En cualquier caso, la posibilidad de recuperación a efectos de prueba es lo que dota al convenio arbitral electrónico de su equivalencia con el celebrado en soportes tradicionales. A este fin responde, entre los medios de prueba, la firma electrónica, dado que permite efectuar la comprobación de la identidad del origen y de la integridad de los mensajes intercambiados en Internet.

No obstante, la eficacia del convenio arbitral electrónico puede topar con la normativa europea sobre protección del consumidor en el acceso a la justicia. Como sabemos, la Recomendación 98/257/CE de la Comisión 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 no se mostraba proclive a la admisibilidad de la validez de los convenios arbitrales electrónicos pactados antes del surgimiento del litigio, pues la misma toma como punto de partida que el consumidor no puede renunciar por anticipado a la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales. En congruencia con esta regla, el Anexo de la Directiva 93/13/CE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo⁴¹, considera como cláusula abusiva el “*q) 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 (...)*”. Estas disposiciones quedan así lejos del vigente en Estados Unidos donde, en términos generales, se ha constatado que los consumidores pueden ser requeridos ante el árbitro en virtud de pactos previos al surgimiento del litigio⁴², o del canadiense, donde existe debate en torno a esta cuestión⁴³.

La regla de la Directiva que declara abusivo el pacto de arbitraje adopta como presupuesto la idea de que, salvo que se trate de un arbitraje regido por normas especiales para la contratación de consumo, la justicia ofrecida por el árbitro se considera de menor calidad respecto de la ofrecida por los tribunales de justicia. En efecto, mientras que los jueces aplicarán las normas de protección del consumidor, no cabría garantizar esta aplicación por parte del árbitro, a quien no compete la puesta en práctica de esta política de protección. Este planteamiento conduce a que la protección

⁴⁰ El texto de la convención está disponible en la siguiente página web: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf (consultada el 17 de agosto de 2011).

⁴¹ DO L 95, de 21 de abril de 1993.

⁴² Los datos son ofrecidos por P. Cortés, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 228.

⁴³ Véase J. Watson Hamilton, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?”, *Revue de Droit de McGill*, 2006, 51, pp. 693-734.

del consumidor haya de consistir en declarar como abusiva, y por tanto ineficaz, la cláusula de arbitraje pactada con anterioridad al surgimiento del litigio. Y ello no sólo podrá tener lugar en un proceso declarativo sino, como ha establecido el Tribunal de Justicia, también en el recurso de anulación del laudo sin haber invocado en el procedimiento arbitral el carácter abusivo de la cláusula⁴⁴ e incluso ante el juez que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, para impedir la ejecución del laudo arbitral que se ha podido dictar con base en dicha cláusula arbitral⁴⁵.

Por tanto, una cláusula de arbitraje electrónico incluida en un contrato de consumo no tiene eficacia al ser considerada como abusiva. Esta solución toma como presupuesto la desconfianza o recelo existente respecto del arbitraje. Si ello es así, el cambio de presupuesto debería suponer un cambio en la solución. Es decir, si el arbitraje se reviste de garantías, entonces deberían dejar de existir inconvenientes a la eficacia del convenio arbitral celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio. Se nos ocurre que esta situación puede darse de dos modos: o bien cuando el arbitraje es directamente organizado por la administración; o bien cuando dicho arbitraje es supervisado y ha sido autorizado por la autoridad administrativa. En nuestra opinión, esta segunda modalidad favorecería el surgimiento de servicios privados de arbitraje de consumo, llevados a través de empresas privadas, que estarían sometidas a autorización o supervisión pública. De este modo sería posible introducir en este ámbito de la solución de diferencias los beneficios asociados a la existencia de competencia entre empresas⁴⁶.

La primera de las situaciones mencionadas es la que se corresponde con el arbitraje de consumo en Derecho español, donde existe un proceso arbitral público que, por su configuración, ha de permitir una mejor realización de los derechos del consumidor. Este cambio en el presupuesto de partida explica, y ofrece sentido, al modo en que el legislador español ha llevado a cabo la transposición de la letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CE, que considera como cláusulas abusivas en los contratos de consumo aquellas que remitan al arbitraje, salvo que la cláusula se refiera al sistema de

⁴⁴ Sentencia TJ de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05: “Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium”.

⁴⁵ Sentencia TJ de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08: “Asturcom Telecomunicaciones S.L. v Cristina Rodríguez Nogueira”.

⁴⁶ En este sentido, véase P. Cortes, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 228.

arbitraje de consumo institucional establecido al efecto⁴⁷. La existencia de garantías especiales para el consumidor en esa clase de arbitraje es lo que justifica que se pueda dotar de validez y eficacia a un convenio arbitral suscrito por las partes con anterioridad al surgimiento del litigio⁴⁸. Dos diferentes modelos de arbitraje de consumo, no equivalentes, pueden generar así diferencias en el tratamiento de la cláusula arbitral por parte de la regulación sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo⁴⁹. Y de este ejemplo, en nuestra opinión, cabe extraer pautas de utilidad para el tratamiento que han de merecer los sistemas de ODR, pues si las garantías que ofrecen son suficientes no deberían provocar recelos cuando son utilizados como mecanismo sustitutivo del recurso a tribunales. En la medida en que la tecnología responda a las exigencias de protección del consumidor, no deben existir reparos a un sistema de ODR de arbitraje de consumo, tal y como sucede en el caso del arbitraje de consumo español, que recientemente se ha preocupado por las condiciones de accesibilidad de la aplicación informática que da soporte al arbitraje electrónico⁵⁰. De ahí derivaría la posibilidad de no considerar como abusiva la cláusula arbitral electrónica que hace remisión a un sistema de ODR de arbitraje que cumple con unas garantías mínimas. Por el contrario, el pacto de remisión a un sistema de ODR de arbitraje que no cumpla con dichas garantías sí podría seguir siendo considerado como abusivo, y por tanto como ineficaz, al volver a ser operativa la presunción respecto del no cumplimiento de las exigencias de protección del consumidor relacionadas con el acceso a la justicia. Los perfiles a que

⁴⁷ Art. 90.1 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.

⁴⁸ Véase el art. 24 del Real Decreto 231/2008 y el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁴⁹ La cuestión de la determinación del régimen del convenio arbitral puede ofrecer cierta dificultad, que deriva de la diversidad de perfiles presentes (inaplicación del Reglamento Roma I al convenio arbitral, incidencia de la política comunitaria de protección del consumidor, existencia de normas especiales de DIPr derivadas de las Directivas europeas), que requieren un examen más detenido del que es posible realizar en este trabajo. No obstante, como principio de solución cabe proponer la aplicación del artículo 67 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de hacer aplicable el Derecho español en los supuestos determinados por dicho precepto.

⁵⁰ Aunque motivado más por cuestiones de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas relacionadas con la aplicación electrónica que da soporte al arbitraje, la preocupación por preservar la igualdad y unas condiciones adecuadas de acceso del consumidor al procedimiento de arbitraje electrónico de consumo trasluce también en el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009. Esta disposición regula la adscripción voluntaria de las Juntas arbitrales de consumo a la administración del arbitraje electrónico, y establece como condición para dicha adscripción que los sistemas electrónicos y aplicaciones tecnológicas utilizados por las Juntas Arbitrales garanticen la compatibilidad y el intercambio de información en el seno del Sistema Arbitral de Consumo, a fin de posibilitar la integración en un único procedimiento arbitral de las actuaciones de instituciones adscritas a distintas Administraciones públicas, y la igualdad en el acceso y en el proceso de las partes cualquiera que sea su domicilio.

aludimos, aunque razonables, sin embargo no están presentes en la acuñación del principio de libertad tal y como aparece descrito en la Recomendación de 1998.

Incluso en presencia de un sistema arbitral que cumpla con las garantías de protección del consumidor, un problema adicional y distinto se refiere al caso de que la cláusula arbitral aparezca como un elemento sorpresivo para el consumidor. En efecto, estas cláusulas, en ocasiones, se encuentran al final de un clausulado denso dentro de los Términos y Condiciones aplicables al contrato electrónico celebrado. De este modo, puede ser que el consumidor sólo se dé cuenta de su existencia una vez surgido el litigio. Para evitar esta situación, y tener al consumidor bien informado sobre la existencia de la cláusula arbitral, una solución pasaría por exigir que la cláusula arbitral sea puesta aparte de forma llamativa, requiriendo del consumidor un clic especial en el ratón en el momento de la aceptación del contrato⁵¹. Pero esta solución sólo vale de forma preventiva. Si se diera tal situación de sorpresa en el descubrimiento de la cláusula arbitral, sería oportuno tener en cuenta la legislación relativa a la incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación, y más aún la relativa a la ineficacia de las cláusulas consideradas como abusivas por un defecto de transparencia, al no haber sido negociadas de forma individual⁵². En su sentencia de 27 de junio de 2000 el TJCE consideró como abusiva una cláusula de jurisdicción no negociada de forma individual, pues podría limitar las posibilidades de defensa del consumidor al tener que desplazarse para litigar⁵³. Sin lugar a dudas, la atracción hacia un tribunal de otro país no resulta equivalente a la atracción hacia un sistema de arbitraje de ODR, razón por la cual la doctrina se inclina por no considerar aplicable el criterio establecido por el TJCE al caso de la remisión a sistemas de arbitraje de ODR⁵⁴. No obstante, y sin perjuicio de la diferencia entre los casos, cabe argumentar que si el consumidor carece

⁵¹ En este sentido, véase P. Cortes, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 227, y la doctrina allí citada.

⁵² Una aproximación al contenido del deber de transparencia en la redacción de las cláusulas con condiciones generales de la contratación, véase F. Pertíñez Vélchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 31-44.

⁵³ Asuntos acumulados c-240/98; C-241/98; C-242/98; C- 243/98 y C-244/98: “Océano”. La decisión dispone que la cláusula de jurisdicción, no negociada de forma individual, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, y puede suponerle gastos disuasorios y que den lugar a que el consumidor renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse, por lo que una cláusula de esta índole queda comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CE.

⁵⁴ Indicando que dicha decisión no es aplicable a las cláusulas de remisión a sistemas de ODR, puesto que no se crea una situación de desequilibrio derivado de la ausencia de un lugar físico donde el consumidor deba desplazarse, véase G. Kauffmann-Kohler y T. Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 204.

de experiencia en el entorno tecnológico, la obligación de llevar a cabo un proceso arbitral electrónico también estaría mermando la posibilidad de acceso a la justicia. Parece también claro que la mayor o menor popularización del arbitraje electrónico constituirá un elemento importante para tener en cuenta a la hora de considerar esta cláusula como abusiva por un defecto de transparencia. Pero la cuestión puede por ahora permanecer abierta.

Si se admite la validez del acuerdo arbitral electrónico, queda por saber si el consumidor puede ser obligado a participar en un proceso arbitral en línea. No deberían existir problemas cuando esta información se desprende del propio convenio arbitral, al hacer una mención expresa al carácter electrónico, y no convencional, del arbitraje. Si la cláusula arbitral no puede ser considerada como abusiva, tampoco deberá merecer esa consideración el carácter electrónico del arbitraje. Fuera de ese supuesto, en el estado actual del desarrollo y popularización de Internet, no resulta razonable que alguien pueda ser obligado a someterse a un procedimiento arbitral electrónico cuando esta información no ha podido ser accesible con anterioridad al surgimiento del litigio. En estos casos, la regla debe ser que la tecnología sirva para facilitar el acceso a la justicia, y se convierta, por el contrario, en una fuente de limitaciones y de discriminación mediante la imposición al consumidor del uso de medios electrónicos respecto de los cuales puede no estar familiarizado. Este criterio ha sido establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de marzo de 2010⁵⁵, para el caso de la instauración de un sistema obligatoria de mediación en línea. Pero el mismo criterio encuentra sentido, en ese aspecto, para la imposición de un arbitraje en línea. Según el Tribunal de Justicia, *“ha de considerarse que la normativa nacional de que se trata en el procedimiento principal respeta el principio de efectividad, siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento de conciliación”*. Entendemos por tanto que para dar viabilidad al arbitraje electrónico cuando no ha sido pactado expresamente en la cláusula arbitral, debería bastar el pacto posterior al surgimiento del litigio.

Llama la atención que la propuesta de Directiva sobre sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo haya omitido pronunciarse sobre la eficacia de las cláusulas de arbitraje de consumo que hayan sido pactadas con anterioridad al surgimiento del litigio en un contrato de consumo quizás celebrado de forma

⁵⁵ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08: *“Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia”*.

electrónica. En la medida en que la propuesta de Directiva no se ha pronunciado al respecto, todo apunta a la vigencia de la solución contenida en la Directiva 93/13/CE que acabamos de examinar, lo que significa que los Estados Miembros poseen libertad para decidir en torno a la eficacia de esta clase de cláusulas, dentro del margen que deja la Directiva 93/13/CE. Esta solución, sin embargo, no creemos que resulte adecuada una vez que entre en funcionamiento el paquete legislativo que estamos comentando, pues si los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo existentes en los Estados miembros responden a las garantías recogidas en la propuesta de Directiva, no sólo no debería existir inconveniente para otorgar validez a dichas cláusulas de arbitraje, sino que dicha validez debería admitirse al cumplir dichos procedimientos con los principios europeos a que nos hemos referido. En un escenario de ese tipo creemos que corresponde al legislador europeo, y no a cada uno de los Estados miembros, decidir en torno a la validez de esas cláusulas, siempre que remitan a sistemas de RAL ajustados en su funcionamiento a la Directiva. Así se conseguiría limitar las consecuencias de una desigualdad de soluciones respecto de un aspecto en el que dicha desigualdad habrá perdido su razón de ser.

VII. EJECUCIÓN DE DECISIONES PROCEDENTES DE SISTEMAS DE ODR

En los sistemas de ODR de mediación, el resultado del proceso electrónico será una propuesta que puede ser aceptada por las partes. Pero si las partes no cumplen con lo acordado vuelve a surgir el problema de la ejecución. A este respecto resulta de interés el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, que establece la obligación de los Estados miembros de garantizar la posibilidad de que el acuerdo alcanzado se haga ejecutivo (art. 6). Hasta ahora, el cauce natural para conseguir la ejecución consiste en que la autoridad pública, normalmente un juez, dicte una resolución ordenando la ejecución. En la actualidad han sido avanzadas algunas propuestas tendentes a facilitar la ejecución de los acuerdos alcanzados tras la mediación, de modo análogo a como sucede con los laudos arbitrales pues, según se dice, en muchas ocasiones el incentivo para ir a la mediación viene dado por el carácter ejecutivo de la decisión⁵⁶. Si la parte no cumple voluntariamente la decisión acordada, no cabrá sino acudir a mecanismos de

⁵⁶ En este sentido, véase I. Colón Fung, "Protecting the new face of entrepreneurship: Online appropriate dispute resolution and international consumer-to-consumer online transactions", *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, 2007, 12, p. 233.

ejecución impropia tendentes a socavar la reputación del incumplidor, tales como la publicación de dicho incumplimiento, la petición de inscripción del incumplidor en listas negras, u otras medidas de ese tipo.

Si el resultado del procedimiento de ODR es un laudo arbitral, y la parte condenada no lo cumple de forma voluntaria, puede ser necesario que se solicite su ejecución a los órganos judiciales de un Estado. La falta de cumplimiento voluntario del laudo puede dar lugar también a procedimientos de ejecución impropia del tipo que se acaba de describir. Pero si de lo que se trata es de obtener el cumplimiento del laudo, no existe más posibilidad que solicitarlo a las autoridades judiciales del Estado en que haya de tener lugar la ejecución.

La normativa interna del Estado donde se solicita la ejecución será relevante para comprobar las posibilidades de ejecución de un laudo electrónico, y que vengan asociadas a este carácter. Si tenemos en cuenta la normativa internacional sobre el tema, que es de aplicación en muchísimos Estados, el laudo electrónico tendría pocas posibilidades de reconocimiento si se opta por una interpretación estricta del convenio de Nueva York, que lleve a considerar que el laudo electrónico no se estima como laudo, o debido al hecho de que el procedimiento ha tenido lugar de forma electrónica. Por esta razón, resultará conveniente que los propios árbitros lleven a cabo sus funciones previendo si el laudo puede incurrir en alguno de los motivos de denegación del reconocimiento, como podría ser el orden público, tanto en el país de la sede del arbitraje, como en aquél del lugar donde, previsiblemente, será necesario solicitar su reconocimiento. Para conseguir la ejecución del laudo puede ser necesario el depósito del mismo, del mismo modo que puede ser posible que la legislación del país de ejecución no permita recibir oficialmente documentos electrónicos. Por otra parte, puede ser necesario realizar una notificación y traslado oficial del laudo arbitral electrónico por parte de autoridades oficiales transmitentes que no puedan llevar a cabo una transmisión electrónica. Para evitar todos estos problemas, resultará aconsejable que el laudo electrónico pueda existir también como documento en papel, con las notas de oficialidad asociadas a esta clase de documentos.

El art. IV del convenio de Nueva York exige, como condiciones para el reconocimiento de un laudo, la presentación, junto con la solicitud, del original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y el original del acuerdo arbitral, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Si esa sentencia o ese

acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Estas exigencias no quedarán cumplidas siempre que la legislación del Estado que regule el arbitraje dé lugar a un laudo en soporte electrónico, tal y como permite por ejemplo el artículo 37.3 de la Ley española de Arbitraje. Tales limitaciones podrán quedar superadas si entra en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales que fue mencionada más arriba. Este convenio ya no permite considerar como no cumplida la exigencia escrita del acuerdo arbitral cuando el mismo tiene lugar de forma electrónica. Mientras que entra en vigor, sólo será posible invocar el valor interpretativo que corresponde a la Recomendación, también mencionada más arriba, relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones.

VIII. CONCLUSIONES

El incremento del comercio electrónico transfronterizo hace conveniente potenciar los sistemas electrónicos de resolución de litigios, que pueden permitir un arreglo de diferencias sencillo, ágil y adaptado al medio virtual. La aplicación de los sistemas de ODR a la resolución de litigios de consumo puede contribuir a promover el acceso del consumidor a la justicia, procurándole una satisfacción adecuada. En los litigios internacionales de escasa cuantía, las normas de Derecho internacional privado clásicas de ley aplicable y de competencia internacional resultan insuficientes, y de ello es sintomático el que apenas existan casos en los cuales dichas normas hayan recibido aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales en España.

Ahora bien, para que dichos sistemas alternativos de resolución de litigios puedan ser aceptados en el ámbito europeo, y en el contexto de la política europea de protección del consumidor, es preciso que su configuración responda a una serie de exigencias mínimas en que se traducen, en el ámbito del ODR, los principios europeos

aplicables a la resolución extrajudicial de litigios de consumo, tal y como por ejemplo aparecen establecidos en la propuesta de Directiva sobre resolución alternativa de litigios de consumo, y que se resuelvan algunos problemas específicos, como, por ejemplo, los relativos a la accesibilidad del sistema, la eficacia del convenio arbitral electrónico y de la cláusula de mediación a mecanismos en línea de mediación, o la garantía de ejecución del laudo arbitral electrónico.

La visión de la configuración actual de los sistemas de ODR permite apreciar que, en la mayoría de las ocasiones, dichos sistemas no están configurados respondiendo a las exigencias de protección del consumidor en el acceso a la justicia a través de vías extrajudiciales. Ello es debido, en parte, a que los procedimientos que se aplican responden a criterios procedentes de la autorregulación, donde la idea de protección del consumidor no resulta prioritaria. Estas configuraciones, de menor calidad, producen desconfianza, e impiden que el sistema jurídico contribuya a la promoción de los sistemas de ODR, dándoles mayor respaldo, como por ejemplo mediante la atribución de mayor eficacia a las cláusulas contractuales que remiten la resolución de litigios a dichos sistemas. Una cláusula de remisión a ODR contenida en un contrato puede ser considerada como ineficaz por impedir el acceso a la justicia, en virtud de la Directiva 93/13/CE. Sin embargo, no es posible desconocer que los sistemas de ODR, si cumplieran con las exigencias de protección del consumidor, podrían introducir un componente importante de agilidad y eficacia en la resolución de diferencias.

Las iniciativas que acaba de presentar el legislador europeo para impulsar la resolución extrajudicial de litigios de consumo incorporan elementos muy novedosos, que podrán permitir el despegue del comercio electrónico transfronterizo en un futuro próximo. Mediante el establecimiento de unos principios obligatorios para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo, y la instauración de una plataforma europea en línea operativa para resolver de ese modo los litigios, la propuesta legislativa que ha presentado la Comisión Europea viene a dar una respuesta del siglo XXI a la problemática especial del comercio electrónico, para el cual las soluciones tradicionales de competencia judicial y de ley aplicable típicas del Derecho internacional privado han dejado de resultar adecuadas. Debe por tanto ser muy bien saludada esta nueva estrategia con la cual la UE pretende incrementar la confianza del consumidor, mejorar el funcionamiento del mercado interior y dar una respuesta adecuada a la satisfacción del consumidor que se aventura a realizar compras transfronterizas por Internet. El

control por las autoridades estatales de la calidad de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo, la suficiencia de recursos para ese objetivo en tiempo de crisis, el modo de filtrar las quejas infundadas y expectativas no realistas del consumidor y el descubrir en qué modo la tecnología puede ayudar a todos estos fines son algunos de los flecos que habrá que sortear y pulir hasta la aprobación y definitiva puesta en marcha del original sistema que se nos propone.

RESUMEN

Los sistemas electrónicos de mediación y arbitraje disponibles a través de Internet (ODR) se erigen en la actualidad en instrumentos de significativa importancia de cara a promover la confianza del consumidor en el comercio electrónico transfronterizo. No obstante, para que dichos instrumentos contribuyan de forma efectiva a propiciar la satisfacción del consumidor es preciso que su configuración y estructura responda a ciertos principios y reglas en que se traduce la protección del consumidor en la resolución extrajudicial de diferencias y que derivan del Derecho europeo. El estudio pasa revista a las recientes e interesantes nuevas iniciativas europeas presentadas el pasado 29 de noviembre de 2011, y comenta algunos aspectos que deberán ser objeto de atención por parte del legislador europeo, haciendo una valoración de conjunto sobre la oportunidad e impacto sobre el futuro desarrollo del comercio electrónico.

Palabras Clave: Derecho Europeo, Resolución extrajudicial de diferencias, ODR, Mediación, Arbitraje, Consumidores, Contrato Internacional, convenio arbitral electrónico, cláusulas de mediación electrónica