

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR PARA UNA INICIATIVA EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN ELECTRÓNICA DE DIFERENCIAS (ODR) DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

Por

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Secretario
Seminario de Derecho Comparado de la UGR

festeban@ugr.es

Revista General de Derecho Europeo 25 (2011)

Recibido: 19/08/2011

Aceptado: 10/10/2011

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. La promoción de los sistemas de ODR y la protección del consumidor. 2. Algunos elementos de la fisonomía de los sistemas de ODR 3. La tecnología al servicio de la mediación y del arbitraje de consumo. II. EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO PARA EL DESARROLLO DE SISTEMAS EN LÍNEA DE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE CONSUMO: 1. La nueva competencia de la Unión Europea para el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de litigios. 2. La intervención europea a través de soft law y la creación de las Redes de organismos de resolución extrajudicial de litigios. 3. La Directiva 2008/52 sobre mediación. 4. Respaldo europeo a los sistemas de ODR. 5. Proyección del Derecho europeo de protección del consumidor sobre la configuración de los sistemas de ODR. IV. PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE EN LÍNEA: 1. Eficacia de las cláusulas de remisión a sistemas ODR de mediación; 2. El convenio arbitral electrónico de consumo; 3. Ejecución de decisiones procedentes de sistemas de ODR; V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. La promoción de los sistemas de ODR y la protección del consumidor

La escasa cuantía de las reclamaciones de consumo hace que, en muchas ocasiones, el consumidor quede privado de obtener una satisfacción cuando durante el cumplimiento del contrato surge algún problema, pues no merece la pena iniciar trámites judiciales. Esta circunstancia puede provocar falta de confianza y viene teniendo un importante impacto sobre el desarrollo del comercio electrónico, tanto a nivel regional

como a nivel mundial. En el ámbito regional europeo, por ejemplo, a pesar de que la Unión Europea se ha esforzado por establecer un marco legal claro para el desarrollo del comercio electrónico¹, 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 aplicable², la falta de confianza del consumidor en la contratación electrónica viene a ser una espada de Damocles respecto del crecimiento de esta clase de comercio³.

La necesidad de imprimir confianza y seguridad en las operaciones de consumo internacionales, y de lograr que los consumidores a distancia puedan obtener una satisfacción rápida y ágil respecto de las diferencias de consumo, ha puesto en el punto de mira a 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 ágil⁴. Hoy en día es posible detectar el interés creciente que está suscitando esta dimensión de la tecnología, pues son diversos los foros gubernamentales que se están ocupando de desarrollar marcos de regulación para promover la resolución en línea de las diferencias derivadas de la contratación internacional de consumo. Fuera de Europa, de entre ellas podemos destacar los

¹ 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.

² 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.

³ 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

⁴ En este sentido, véase el interesante trabajo de P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *Information & Communication Technology Law*, 2008, 17-3, p. 223. Más recientemente véase el trabajo del mismo autor P. Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Abingdon, Routledge, 2010; y también P. Cortés, "Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 19, nº 1, 2010, pp. 1-28.

trabajos que está llevando a cabo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁵ y, en un ámbito regional, la iniciativa de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁶.

La Unión Europea también ha mostrado interés en este interesante nuevo uso de la tecnología de la información y la comunicación. En este sentido, 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 Europea⁷. En dicho encuentro, al que tuve la oportunidad de asistir por invitación del Centro Europeo del Consumidor en España, dos necesidades quedaron claras: por una parte, la de que la Comisión preparara una iniciativa legislativa en este ámbito; y la de hacer consistente cualquier nueva legislación europea con los sistemas de resolución de diferencias de consumo que ya han sido desarrollados en cada uno de los Estados miembros. Dos meses más tarde de dicho encuentro se hizo público que la Comisión Europea pretende presentar a finales de 2011 una iniciativa en esta materia, que quedará dividida en dos instrumentos normativos distintos: el primero, que tomará la forma de una Directiva, pretende crear un marco general para el funcionamiento de los sistemas de ADR; y el segundo, que adoptará la forma de un Reglamento, pretende crear de una plataforma web europea para la resolución en línea de diferencias de consumo, que sirva de apoyo para los servicios nacionales de resolución electrónica de diferencias de consumo. Esta plataforma permitiría al consumidor plantear su queja directamente, la cual sería remitida al sistema ADR nacional correspondiente⁸.

La expectativa de esta nueva intervención legislativa europea hace cobrar sentido a las propuestas dirigidas a plantear qué se le puede pedir a esa regulación europea. De

⁵ 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 19 de agosto de 2011).

⁶ 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 19 de agosto de 2011).

⁷ 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).

⁸ El anuncio puede verse en la entrevista concedida por Maria Cristina Russo a CEPI, en la siguiente página web: <http://www.cepi.eu/index.php?page=cepi-meets&hl=en> (consultada el 19 de agosto de 2011).

entre las posibles perspectivas que se pueden seguir, este trabajo se centrará en descubrir en qué modo la nueva legislación europea debe promover la protección del consumidor en la resolución electrónica de diferencias de consumo internacionales, partiendo de una doble premisa.

Por una parte, los sistemas de ODR disponibles en la actualidad no siempre cumplen con estándares que puedan considerarse apropiados⁹. En efecto, 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, a que se minen otros derechos del consumidor, resultado que no debería resultar admisible en la Unión Europea. 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, por lo que se hace necesaria una intervención del legislador europeo. Por otra, aunque no exista en la actualidad un marco de regulación para los sistemas de ODR, ello no supone que la futura legislación no deba tener en cuenta el acervo europeo existente, así como los resultados que han tenido actuaciones europeas anteriores en este ámbito, como ECODIR, todo lo cual puede servir para orientar la labor del legislador europeo.

En nuestro plan de exposición, por tanto, resulta necesario en primer lugar pasar revista al contexto jurídico europeo en el que se inserta la futura iniciativa, y al acervo existente respecto de las materias que han de ser objeto de regulación, que no sólo se encuentran en documentos de *soft law* sino también en importantes decisiones del

⁹ Para un examen de los rasgos esenciales de los sistemas de ODR disponibles a nivel mundial resulta de utilidad el informe de Conley Tyler, "115 and Counting: The State of ODR 2004", en Conley Tyler M, Katsh E and Choi D (eds) *Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution*. International Conflict Resolution Centre in collaboration with the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP). El trabajo está disponible en http://scholar.google.com/scholar?q=conley+tyler+2004&hl=en&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar (consultada el 8 de octubre de 2011). Véase también el análisis llevado a cabo en nuestro trabajo "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo, *Mediación y Arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 176-182.

Tribunal de Justicia. Al hilo de dicho examen iremos analizando el modo en que los diferentes textos afectan, o pueden hacerlo, al desarrollo y promoción de la protección del consumidor en la futura regulación europea sobre resolución electrónica de diferencias de consumo. Antes de ello, a continuación pasamos a describir brevemente el modo en que la tecnología ha cobrado protagonismo en la mediación y el arbitraje de consumo, y los interesantes perfiles que la mediación y el arbitraje han podido asumir como consecuencia de la incorporación de la tecnología a sus procedimientos.

2. Algunos elementos de la fisonomía de los sistemas de ODR

Las siglas ODR, del inglés *Online Dispute Resolution*, no se corresponden con un concepto legal sino más bien práctico. El acrónimo es empleado 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 comunicación y la información (TIC). 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 virtuales¹⁰. 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 electrónicos¹¹. 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

documentos a través del correo electrónico o, incluso, que se celebren audiencias telefónicas.

El carácter espontáneo 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 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 Consumo¹², 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 usuarios, tal y como se desprende del informe elaborado por Conley Tyler¹³.

En cuanto a los servicios ofrecidos, de las 115 plataformas censadas más de 50 ofrecían servicios de mediación, más de 40 ofrecían servicios de arbitraje, y un número más reducido lo hacían de servicios de tramitación de quejas (32), de negociación automatizada (19) y de peritaje (17). Sólo cinco estaban vinculados con el ODR de apoyo a sistemas judiciales, cinco con el apoyo a la negociación, dos con el apoyo a la mediación y uno aparecía asociado exclusivamente a la tarea del intercambio de información. En cuanto a sus resultados, algunas de ellas dan cuenta de haber resuelto más de un millón de casos¹⁴.

En lo que afecta a la utilización de las plataformas de ODR para la resolución de diferencias de tipo internacional, el informe Conley Tyler daba cuenta del surgimiento de algunas plataformas multilingües, de manera que de las 115 censadas el 15% utilizaban dos idiomas y el 11% más de dos. Algunos sistemas de ODR pretenden ofrecer servicios en varios países, y en cada uno de ellos en su respectiva lengua oficial, como es el caso del proyecto Online Confidence, la plataforma que pretende ser puesta en marcha por la asociación de las Cámaras de Comercio Europeas. Una de las plataformas más interesantes desde esta perspectiva es la que depende de la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley (*International Consumer Protection and Enforcement Network, ICPEN*), en la cual los consumidores pueden registrar su queja en 7 idiomas distintos.

¹² Disponible en la página web <http://arbitrajedeconsumo.mspsi.es/>, consultada el 8 de octubre de 2011.

¹³ Mencionado en la nota 9.

¹⁴ Las cifras serían las siguientes: Square Trade: más de 1,5 millones de casos tratados; Cybersettle: más de 90.000; iCourthouse: 11.094 casos; World Intellectual Property Organisation: más de 6.000 decisiones; National Arbitration Forum: 4.259 decisiones; TRUSTe: miles de quejas; clickNsettle, iLevel, SettleOnline and WebTrader: más de 2000 cada una; Nominet: 1.614 casos tratados; FSM: más de 1.179 quejas.

3. La tecnología al servicio de la mediación y del arbitraje de consumo

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 diferencia¹⁵, 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 finalidad¹⁶. 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-bidding*” (subasta ciega)¹⁷. 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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 acuerdo¹⁸.

La utilización de esta clase de procedimientos de mediación tiene como fundamento la existencia de un acuerdo de las partes. Sin embargo, en el ámbito internacional pueden resultar incertidumbres respecto de cuestiones muy diversas relacionadas con la eficacia y efectos de esta clase de acuerdos, cuando remiten a una mediación de tipo electrónico. Por ejemplo, ¿dichos acuerdos se pueden considerar como obligatorios para las partes? ¿Es posible que el consumidor invoque el carácter abusivo de esta clase de cláusulas incluidas en un contrato de consumo? ¿Están obligadas las partes a alcanzar un acuerdo a través del procedimiento de mediación electrónico? ¿O qué efectos tiene sobre el proceso posterior el hecho de que el consumidor no haya respetado la cláusula contractual y no haya acudido a la mediación pactada? Este trabajo se ocupará más adelante de analizar el régimen de estas cuestiones.

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 jurídico¹⁹. En el caso del Derecho español, el respaldo al arbitraje electrónico viene dado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje²⁰, 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 arriba²¹. 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. Por estas razones, y por no favorecer una solución negociada del litigio, el arbitraje resulta menos común en el ámbito de las plataformas

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ BOE núm. 309 de 26 de diciembre.

²¹ 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).

que ofrecen servicios de ODR. Pero tampoco falta. El proveedor líder en arbitraje en línea es net-ARB²², mientras que en el ámbito europeo se ha instaurado la plataforma e-arbitration-t²³.

Respecto de otros métodos de ODR el arbitraje electrónico presenta problemas particulares, como son el relativo a la determinación de la eficacia del convenio arbitral electrónico o a la necesidad de solicitar la colaboración de los órganos judiciales estatales para dar cumplimiento al laudo electrónico. Habida cuenta que presupuesto del arbitraje es el acuerdo entre las partes, un proceso arbitral electrónico sin un marco régimen claro puede generar inseguridad para el consumidor. De la problemática especial del acuerdo arbitral electrónico en el arbitraje de consumo nos ocuparemos en el epígrafe V. Por otra parte, el incumplimiento del laudo puede hacer surgir la necesidad de contar con la colaboración de los órganos judiciales. En este sentido, es preciso averiguar cómo afecta el carácter electrónico del laudo a sus posibilidades de reconocimiento y ejecución, de lo que nos ocuparemos en el penúltimo apartado. El último lo dedicaremos a pergeñar posibles senderos para la intervención del legislador europeo.

II. EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO PARA EL DESARROLLO DE SISTEMAS EN LÍNEA DE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE CONSUMO

1. La nueva competencia de la Unión Europea para el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de litigios.

El interés de la Comunidad Europea por los sistemas extrajudiciales de solución de litigios viene de lejos²⁴. Por razones muy comprensibles, dicho interés recibió un nuevo impulso tras la activación de la política de protección del consumidor. La confianza del consumidor es el elemento clave para propiciar el desarrollo del comercio transfronterizo en la Unión Europea. Si el consumidor aprecia dificultades a la hora de obtener una satisfacción, no se propiciará dicho comercio. De ahí surge la necesidad para el legislador europeo de contar con instrumentos aptos para facilitar la solución de las diferencias de consumo, y en este terreno los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios se erigen en piedra angular, al permitir una satisfacción del consumidor más ágil y

²² Véase <http://www.net-arb.com/espanol/>, (consultada el 17 de agosto de 2011).

²³ Véase <http://www.e-arbitration-t.com/> (consultada el 17 de agosto de 2011).

²⁴ Véase la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros de Europa, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, donde se postulaba que los Gobiernos adoptasen las disposiciones adecuadas para que “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”.

más barata respecto del recurso a los órganos jurisdiccionales estatales. Pese a esta evidencia, varios factores han limitado la actuación del legislador europeo. El primero guarda relación con la relevancia de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que han supuesto cortapisas a la labor normativa europea (art. 5 TCE versión Tratado de Niza); el segundo tiene que ver con la inexistencia de una atribución de competencia para esta materia. En efecto, la competencia asumida quedaba limitada a lo establecido en el artículo 65 TCE en su versión del Tratado de Niza, según el cual:

“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: a) mejorar y simplificar: el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales (...);”

De este enunciado cabe deducir que la competencia de la Unión Europea para la elaboración de normas en el ámbito de la resolución extrajudicial de litigios quedaba limitada por dos circunstancias, a saber, la existencia de un elemento transfronterizo y la necesidad de que la regulación afectara al reconocimiento y ejecución de resoluciones.

En la actualidad, empero, parecen haber sido abiertas nuevas posibilidades para una intervención legislativa europea en este ámbito, y ello tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Aunque el principio de subsidiariedad ha vuelto a ser proclamado, e incluso cuenta con mecanismos reforzados de control²⁵, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ha incluido varias innovaciones en su artículo 81, cuya redacción es la siguiente:

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para

²⁵ En efecto, se han intensificado los mecanismos de control de dicho principio, a través de un procedimiento que permite a los Parlamentos nacionales una actuación preventiva respecto del control de conformidad de los proyectos de actos legislativos con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Véase el artículo 5.3 TUE, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa.

garantizar:

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios (...)"

En cuanto a la posibilidad de una actuación del legislador comunitario, la nueva redacción, por una parte, permite la superación de algunas de las dificultades que podía plantear la elaboración de algún instrumento normativo, como ocurre singularmente con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁶. En efecto, la nueva formulación ya no habla sólo del reconocimiento y ejecución de resoluciones extrajudiciales, sino también del "*desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios*". Esta expresión se presta a varias interpretaciones, que pueden suponer intervenciones legislativas de intensidad distinta por parte del legislador europeo. En el grado máximo, cabría entender, en primer lugar, que la UE asumiría competencias para la creación directa de plataformas de ODR para la resolución de litigios; en un grado por debajo, también sería posible entender que la Unión Europea creara la plataforma web que ha sido anunciada por la Comisión, y que pretende servir de apoyo a los servicios nacionales de resolución extrajudicial de diferencias de consumo; igualmente, la redacción es también compatible con la posibilidad de que dichas plataformas, generadas por los actores de la red de Internet, incluso de forma privada, sean sometidas a algún tipo de regulación limitadora establecida por la Unión Europea; por último, la legislación europea podría limitarse a establecer alicientes especiales para las plataformas que cumplan con determinadas exigencias relacionadas con la protección del consumidor. Sea como fuere, en todos los casos, en un ámbito tan cambiante y en pleno desarrollo como el de la resolución electrónica de diferencias, el legislador europeo debe tener en cuenta que la regulación europea no debería convertirse en un freno a la posibilidad de la experimentación, por lo que habría de ser neutra desde el punto de vista tecnológico.

La nueva redacción del artículo 81 TFUE, por otra parte, también habla con más claridad de la adopción de medidas de aproximación del Derecho de los Estados miembros. A pesar de que se mantenga la condición relacionada con el carácter transfronterizo de la situación a regular, parece razonable esperar que las medidas adoptadas puedan tener también repercusión en el ámbito meramente doméstico, tal y como por ejemplo ha sucedido con el Derecho europeo de protección del consumidor. La existencia de una regulación uniforme para situaciones transfronterizas y también

²⁶ DO L 136, de 24 de mayo de 2008.

meramente domésticas resulta más congruente con la realidad actual de la integración entre mercados en la Unión Europea²⁷.

2. La intervención europea a través de soft law y la creación de las Redes de organismos de resolución extrajudicial de litigios

Hasta 2008 el interés de la Unión Europea en el ámbito de la solución de litigios por vías extrajudiciales sólo había conducido a la adopción de textos de *soft law*, tales como Planes de Acción, Recomendaciones, Resoluciones del Consejo. A pesar de que estos documentos no poseen fuerza obligatoria directa, sin embargo han resultado de gran importancia a la hora de definir la política de la Unión Europea en este ámbito, pues han servido para orientar a los legisladores de los Estados miembros. Entre los primeros documentos que fueron elaborados se encuentran la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia²⁸, y la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001²⁹. Uno de los hitos más importantes para el desarrollo europeo de las vías extrajudiciales de solución de diferencias viene constituido por el *Libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único* de 1993³⁰, cuyos resultados confirmaron la necesidad y la urgencia de una acción comunitaria destinada a mejorar la situación del acceso de los consumidores a la justicia. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión denominada "Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior" de 1996³¹ procedió a dar respaldo político a las medidas propuestas. Esta Resolución resulta del mayor interés porque, después de constatar que en la mayoría de los Estados miembros existen mecanismos extrajudiciales de solución de litigios, sugiere por vez primera la

²⁷ En este sentido, el preámbulo del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que ha sido aprobado por el Ministerio de Justicia el 18 de febrero de 2010, indica que "la Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles".

²⁸ DO C 176, de 4 de julio de 1987.

²⁹ DO serie C, 206, de 21 de julio de 1999.

³⁰ Documento COM (93) 576 final de 16 de noviembre de 1993.

³¹ Documento COM (96) 0013 - C4-0195/96. La Resolución se refiere al Plan de acción de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior (conclusiones de 25 de noviembre de 1996).

preocupación en torno a la calidad de dichos procedimientos, que deberían satisfacer unos criterios mínimos a fin de garantizar la imparcialidad del órgano judicial, la eficacia del procedimiento, y la publicidad y la transparencia de la actuación.

Con base en esta preocupación, la primera iniciativa adoptada por la Comisión consistió en la elaboración de sendas Recomendaciones por las que se establecían principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo. La primera es 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 consumo³². La segunda es la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³³. Ambas, acompañadas cada una por una Comunicación de la Comisión, se completaron con la publicación de un formulario europeo de reclamación para el consumidor. Posteriormente, con el fin de lograr un nivel de transparencia y de difusión de los procedimientos extrajudiciales que garantizaran el respeto de los principios expuestos en la Recomendación, así como para facilitar su introducción en Red, la Comisión adoptó la iniciativa de crear una base de datos sobre los órganos extrajudiciales de solución de los conflictos en materia de consumo que ofrecieran esas garantías. De acuerdo con esta intención, el 25 de mayo de 2000 el Consejo adoptó la Resolución relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo³⁴.

La Red de Centros Europeos de los Consumidores (Red CEC) se creó en enero de 2005, tras la fusión de dos redes de protección de los consumidores existentes: la Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo (Red EJE, que fue lanzada el 16 de octubre de 2001) y la red de *Euroventanillas*, creada por la Comisión en los años noventa para informar sobre las posibilidades del mercado interior y sobre los derechos de los consumidores. Tras una aproximación progresiva se produjo la fusión de ambas redes en 2004³⁵. El consumidor puede acceder al órgano extrajudicial competente en el

³² DO L 115, de 17 de abril de 1998.

³³ DO L 109, de 19 de abril de 2001.

³⁴ DO C, de 6 de junio de 2000.

³⁵ La Red CEC cuenta actualmente con 29 centros (al menos un punto de contacto nacional en cada Estado miembro), a los que se añaden sendos puntos de contacto en Noruega y en Islandia. La información sobre dichos centros puede verse en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/consumers/publications/factsheet-ECC-Net_en.pdf (consultada el 17 de agosto de 2011). Cada punto de contacto sirve de enlace de información hacia los 400 órganos que los Estados miembros consideraron ajustarse a las exigencias de las dos recomendaciones de la Comisión relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de litigios relacionados con el consumo. A través de esta Red se pretende facilitar

extranjero (el del país en el que esté establecido el proveedor) a través del órgano extrajudicial homólogo que exista en el país de su residencia, puesto que en cada Estado miembro se crean unos puntos de contacto centrales, los Centros Europeos del Consumidor³⁶, únicos en cada país, que actúan como centros de intercambio de información³⁷. Junto a ésta, también se ha creado FIN-Net, como Red especializada en el sector de los servicios financieros³⁸.

3. La Directiva 2008/52/CE sobre mediación

El interés de la Comunidad Europea en la solución extrajudicial de litigios encuentra otro hito en la Cumbre Europea de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Tampere en 1999, donde se destacó la importancia de los sistemas alternativos de solución de litigios (ADR), y se invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas al arbitraje, en el que debía ser analizada la situación existente e debía iniciarse una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar. De nuevo aquí el Consejo de Ministros insistió en la posibilidad

información y ayuda práctica a los consumidores que opten por esta vía de solución de litigios relativos a bienes o servicios, cuando el proveedor esté establecido en otro país de la UE o en Noruega o Islandia.

³⁶ Véase la Decisión nº 20/2004CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de diciembre de 2003 por la que se establece un marco general para la financiación de acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores en el período 2004-2007. La Decisión nº 20/2004/CE ha sido derogada por la Decisión nº 1926/2006/CE (programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores [2007-2013]) a partir del 31 de diciembre de 2006.

³⁷ En la siguiente página web se contienen los enlaces a las páginas nacionales, en las que se recogen los órganos de solución extrajudicial de litigios cuyo funcionamiento se corresponde con la Recomendación de 1998: http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adrdn_en.htm (consultada el 17 de agosto de 2011).

³⁸ FIN-Net conecta a los órganos de ADR nacionales -que se ajustan a las exigencias de la primera Recomendación de la Comisión - a una red europea. A 12 de diciembre de 2009 el número de órganos ascendía a 46, de 21 países de la Unión Europea junto con Islandia, Noruega y Liechtenstein. Véase la página web: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm (consultada el 17 de agosto de 2011). FIN-Net permite al consumidor enfrentado a un problema en el ámbito de los servicios financieros (banca, seguros o inversiones) tener un acceso directo a una modalidad de resolución extrajudicial de litigios. En la Red FIN-NET pueden participar todos los sistemas responsables de la solución extrajudicial de litigios transfronterizos entre consumidores y proveedores de servicios financieros existentes en los Estados miembros. Estos sistemas nacionales pueden adoptar formas diferentes, tanto en lo que se refiere a la centralización a escala nacional o la descentralización de los órganos de resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros, como en lo relativo al carácter vinculante o no de las decisiones adoptadas por tales órganos. No obstante, para poder integrarse en la Red FIN-NET, deberán adherirse al Memorandum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo, en el que se establecen los mecanismos y condiciones de cooperación de los participantes para facilitar la resolución extrajudicial de esta clase de litigios. En este Memorandum se exige que las partes cumplan los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE, a saber, los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

de establecer principios que ofrecieran garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales supusiera el nivel de seguridad requerido en la administración de justicia.

El 19 de abril de 2002 fue presentado por la Comisión el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, que fue posteriormente objeto de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2003³⁹. En esta Resolución el Parlamento constató que los Estados miembros de la Unión no disponen de una normativa marco detallada sobre las ADR, a la vez que sus sistemas jurídicos ponen de manifiesto profundas divergencias en la materia. Y por ello, entre otras cuestiones, se recomienda a la Comisión que, dado que es deseable un cierto grado de coherencia y de coordinación en la puesta a disposición de ADR transfronterizas, actúe con prudencia y realice estudios exhaustivos y amplias consultas antes de considerar la proposición de iniciativas legislativas. Tras el estudio de la propuesta, fue adoptada la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Los Estados miembros disponían hasta el 21 de mayo de 2011 para realizar su transposición⁴⁰. El objetivo de la Directiva 2008/52/CE es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial. Sus normas cubren los ámbitos de la confidencialidad del proceso de mediación y de los mediadores como testigos (art. 7), la ejecución de los acuerdos para resolver las diferencias como resultado de la mediación (art. 6), la suspensión del transcurso de los periodos de prescripción y el límite de las acciones mientras exista una mediación en marcha para así eliminar una posible causa de desánimo al uso de la mediación (art. 8). En cambio, la Directiva no trata de regular o armonizar las legislaciones de los Estados miembros, animando de esta forma a que se promocióne la formación de los mediadores y se adopten normas de conducta para garantizar la calidad de la mediación con un criterio uniforme en toda la Unión Europea.

Aunque la nueva Directiva no se ocupa de forma específica de la mediación a través de sistemas de ODR, resulta de particular interés que el preámbulo, en su apartado noveno, indique que la Directiva “*no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación*”, por lo que

³⁹ DO C, de 10 de marzo de 2004.

⁴⁰ En España hemos contado con un Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles que fue aprobado por el Ministerio de Justicia el 18 de febrero de 2010, y de cuya tramitación parlamentaria no se tiene más noticia.

cabe entender que los principios y reglas que establece son también de aplicación a la mediación llevada a cabo a través de procedimientos electrónicos.

A pesar de que otra cosa pueda desprenderse de la redacción de la versión española⁴¹, la mediación de consumo queda también comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/52. Sin embargo, la consideración que se ha hecho de esta clase de mediación en la Directiva resulta original. En efecto, la Directiva da a entender que la mediación de consumo ha de quedar sometida a ciertas reglas que están relacionadas con la idea de protección del consumidor. Sin embargo, en lugar de regular de forma directa estas especialidades, la Directiva se ha contentado con hacer una alusión a la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁴², afirmando la necesidad de alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios⁴³. Este modo de proceder tiene como resultado que los principios establecidos por la Recomendación 2001/310/CE sigan quedando en el ámbito del derecho blando, o *soft law*, en cuanto a su repercusión sobre los sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea. De esta manera, la mediación de consumo sigue quedando huérfana de un desarrollo normativo europeo que colme las necesidades de protección del consumidor tras la Directiva 2008/52, y ello será así hasta que llegue un texto legislativo europeo que otorgue vigencia a dichos principios. La propuesta de Directiva que ha sido anunciada sin duda podrá colmar el vacío generado.

Como se sabe, el anteproyecto de Ley que fue aprobado por el Ministerio de Justicia español para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2008/52, excluye la mediación de consumo del ámbito de aplicación de dicho Anteproyecto de Ley (art. 2.2 letra c). Junto a la redacción española de la Directiva, que quizás ha generado como hemos señalado cierta confusión⁴⁴, parece posible pensar también en otra razón para que el legislador español haya excluido a esta clase de mediación del ámbito de aplicación del proyecto de ley, como es el respeto de las competencias de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la mediación, y las dudas que pueden existir respecto de su

⁴¹ Véase la redacción del considerando 11 de la Directiva 2008/52/CE, de donde parecería desprenderse que la mediación de consumo no queda comprendida en su ámbito de aplicación. De otras versiones lingüísticas de la Directiva, así como del considerando 18 del preámbulo, se desprende con claridad que la mediación de consumo sí queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

⁴² DO L 109 de 19.4.2001, p. 56.

⁴³ Apartado 18 de la Exposición de Motivos Directiva de la 2008/52.

⁴⁴ Véase por ejemplo el Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, p. 30.

delimitación con las competencias estatales⁴⁵. A este respecto, es preciso tener muy en cuenta que la regulación de la Directiva de mediación, en lo que concierne a la mediación de consumo, afecta también a cuestiones procesales que son de competencia exclusiva del Estado, sobre las cuales todo apunta a que habrá de ser el legislador estatal quien se pronuncie. La cuestión, sin embargo, merece ser estudiada con mayor profundidad teniendo en cuenta los diversos tipos de mediación y la diferencia entre las mediaciones propiamente judiciales y las que no tengan ese carácter.

En paralelo a la elaboración de la Directiva, y a la vista de los resultados de la encuesta realizada a través del mencionado Libro Verde, la Comisión decidió en julio de 2004 proponer un Código de Conducta de los mediadores que, al recibir la aceptación de una amplia mayoría de expertos en mediación, fue adoptado por la Comisión en octubre de 2004⁴⁶. Este modelo ha sido tenido en cuenta por el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles aprobado por el Ministerio de Justicia, tal y como se desprende del preámbulo de dicho texto.

4. Respaldo europeo a los sistemas de ODR

La Unión Europea no tardó en poner la atención en los sistemas electrónicos de resolución de litigios. 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 a reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular, mediante nuevos sistemas de resolución de litigios. Este objetivo fue confirmado en el Consejo Europeo de Santa María da Feira de junio de 2000, con motivo de la aprobación del “Plan de acción eEurope 2002”. Según dicho Plan, para que el comercio electrónico alcance su máximo desarrollo debe potenciarse la confianza de los consumidores y grupos de consumidores a través de los sistemas alternativos de solución de controversias, incluyendo la posibilidad de acceder a ellos por medios electrónicos. El Plan de Acción e-Europe puso por primera vez de relieve que *la*

⁴⁵ En lo que afecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la misma ha asumido competencias para la regulación de los procedimientos de mediación y la solución de reclamaciones (artículo 58.2 4º del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía). En este sentido, la vigente Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, ha atribuido al Consejo Andaluz de Consumo y a los Consejos Provinciales de Consumo, entre otras, la función de mediación. La regulación reglamentaria del Consejo Andaluz de Consumo se ha producido por el Decreto 517/2008, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Andaluz de Consumo y de los Consejos Provinciales de Consumo, que han asumido competencias en materia de mediación, actuando como órganos a fin de instar el acuerdo entre las partes en los conflictos que puedan producirse en materia de consumo.

⁴⁶ El Código de Conducta está disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (consultada el 17 de agosto de 2011).

utilización de las nuevas tecnologías en los procedimientos de resolución alternativa de litigios mejora el acceso del consumidor a estos mecanismos, ya que evita la necesidad de que el consumidor se traslade, no exige el contacto personal, agiliza el proceso y ofrece a las partes un mayor control del procedimiento de resolución. Para evitar el recelo asociado a las compras por Internet, la Comunidad ha puesto especial interés en promover un clima de confianza en la Red, de cara al consumidor y a la pequeña y mediana empresa, pues es consciente de que ambos son los pilares sobre los que debe asentarse dicho desarrollo, en la actualidad en estado embrionario. La confianza del consumidor en la Red de Internet se erige en un elemento indispensable para la potenciación del comercio electrónico. Es en este contexto de generación de confianza, y de facilitación del comercio, donde entronca la promoción de los sistemas de solución de controversias en línea.

Y el impulso no se hizo esperar. La Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo⁴⁷, en su punto 11, invitaba a la Comisión a que: *“estudie asimismo la posibilidad de animar a órganos extrajudiciales y puntos centrales a desarrollar, en la medida de lo posible, disposiciones prácticas a favor del consumidor, en particular, cuando sea conveniente y especialmente cuando un contrato se haya celebrado a distancia, un procedimiento escrito o en línea, en especial en la resolución de litigios transfronterizos, para evitar así la necesidad de que el consumidor deba trasladarse”*. Por su parte, la Recomendación 2001/310/CE enlaza con la prioridad política de las instituciones de la UE consistente en desarrollar sistemas eficaces de mecanismos extrajudiciales de solución de litigios transfronterizos, a través de los procedimientos en línea. Esta prioridad política encontró también su plasmación en el art. 17 de 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. Según esta disposición: *“Los Estados miembros velarán porque, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas”*.

⁴⁷ DO C 155, de 6 de junio de 2000.

Las iniciativas de la Comunidad Europea han encontrado reflejo en el apoyo financiero al lanzamiento de ECODIR - (*Electronic CONsumer Dispute Resolution Platform*), que consiste en la creación de una plataforma electrónica para la solución de conflictos. Esta plataforma incluye negociación, mediación y recomendación, dejando al margen únicamente el arbitraje en línea⁴⁸. El sistema de Reglas de ECODIR es de aplicación cuando las partes han acordado someter su disputa al mismo (art. 1), y quedan comprendidas en su ámbito de actuación los litigios surgidos de transacciones electrónicas que involucren, al menos, a un consumidor⁴⁹. A pesar de esta promoción propiamente comunitaria, sin embargo esta plataforma no parece haber tenido mucho éxito hasta ahora⁵⁰. Existen otros proyectos financiados por la Comunidad Europea, como *Online Confidence*, donde han asumido las Cámaras de Comercio Europeas⁵¹.

5. Proyección del Derecho europeo de protección del consumidor sobre la configuración de los sistemas de ODR

Los principios que, como *soft law*, ha establecido el Derecho europeo para los sistemas extrajudiciales de resolución de litigios de consumo no han sido formulados, ni pensados de forma específica, para su aplicación a las circunstancias especiales que rodean a los sistemas de ODR. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el ODR no es sino una variedad de ADR, caracterizado por el uso de la tecnología de la información y la comunicación, parece razonable concluir que los mismos principios que valen en un ámbito deben también valer para el otro. Por ello resulta de gran interés conocer, o establecer, en qué modo encuentran traducción, y aplicación práctica a los sistemas de ODR, los principios establecidos por el Derecho europeo. Así podremos comprobar el grado de congruencia de la configuración actual de los sistemas de ODR, que hemos tenido la oportunidad de descubrir más arriba, con las exigencias que derivan del grado de protección que el legislador europeo pretende para el consumidor cuando accede a sistemas de ODR para la resolución extrajudicial de diferencias.

⁴⁸ Véase la página web <http://www.ecodir.org> (consultada el 17 de agosto de 2011).

⁴⁹ Según sus reglas: "The ECODIR Rules apply where the Parties have agreed to submit to the ECODIR process to try to resolve their dispute. The ECODIR process deals exclusively with disputes arising out of Internet transactions involving at least one consumer (e.g. a consumer and a business or two consumers). Disputes related to illicit content are excluded from its scope as are issues related to corporal damages, family, taxation and intellectual property".

⁵⁰ Véase la información suministrada por P. Cortés, "Accredited online dispute resolution service: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 221.

⁵¹ Véase la página web: http://ec.europa.eu/information_society/activities/eten/cf/opdb/cf/project/index.cfm?mode=detail&project_ref=ETEN-26807 (consultada el 17 de agosto de 2011).

Para los sistemas de ODR cuyos procedimientos finalizan con una solución del litigio mediante la intervención activa de una tercera persona, que bien propone o bien impone una solución, resultan pertinentes los principios establecidos por 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.

El primero de los principios enunciado es el de independencia del órgano responsable de la toma de la decisión, que pretende evitar la parcialidad en dicho órgano. La independencia supone la imposibilidad de que el tercero quede sometido a instrucciones de las partes, o de cualquier otro. Para evitarlo, el principio queda conculcado si los responsables de la gestión de los sistemas de ODR cobran de una de las partes, o de una asociación en la que se integra dicha parte. Esto conduce a la necesidad de revisar el mecanismo de financiación utilizado por el sistema de ODR. Por otra parte, a fin de proteger al mediador o árbitro de la influencia de las partes, cobra sentido la suscripción de un acuerdo de inmunidad del mediador o árbitro⁵², que no debe suponer, en cambio, la irresponsabilidad de estas personas. La independencia también queda asociada a la capacidad, experiencia y competencia en materia jurídica del experto o árbitro. En este sentido, los sistemas de ODR deben estar gestionados por expertos con alguna titulación jurídica, pues sólo así es posible garantizar la objetividad durante el procedimiento, la legalidad del laudo, o el carácter no abusivo de la solución propuesta en caso de mediación. A fin de establecer pautas de calidad para el servicio ofrecido por los mediadores, adquiere interés el Código de Conducta aprobado por la Comisión Europea en octubre de 2004, más arriba mencionado.

El principio de transparencia conlleva la posibilidad de obtener una comunicación por escrito de determinados datos, como los tipos de diferencias que pueden someterse al órgano, el carácter escrito u oral del procedimiento, la lengua del procedimiento, cómo se tarificará el coste para el usuario, el tipo de normas en que se basan las decisiones del órgano, el valor jurídico de la decisión, así como la publicación de un informe anual relativo a las decisiones dictadas para evaluar los resultados obtenidos. Como revelan algunos informes⁵³, muchas de las plataformas de ODR cumplen con buena parte de estas exigencias, pues han establecido protocolos procedimentales, más o menos complejos, para la gestión de las diferencias, una política de protección de datos y de confidencialidad, así como códigos de conducta o de buenas prácticas. No obstante, no

⁵² En este sentido, véase P. Cortes: "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 228.

⁵³ Véase el informe de Conley Tyler, "115 and Counting: The State of ODR 2004", *cit.* en la nota 9.

suelen cumplirse todos los requisitos. El capítulo que revela mayor dificultad es el relativo a la publicación del informe anual sobre las decisiones dictadas, que tiene especialmente relevancia cuando el sistema de ODR es de arbitraje, a fin de poder evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de las diferencias conocidas. Igualmente, no todos los sistemas de tarificación del coste para el usuario resultarán conformes con este principio, resultando más idóneos los que permiten al consumidor conocer dicho coste desde el inicio del procedimiento.

El principio de contradicción pretende garantizar que todas las partes interesadas puedan dar a conocer su punto de vista ante el órgano de resolución o mediación. El análisis de los sistemas de ODR disponibles permite observar que las partes tienen esa posibilidad. Ahora bien, conviene tener en cuenta que algunas de las plataformas, en aras del tratamiento industrial y más eficiente de las reclamaciones, no siempre permiten la realización de declaraciones más pormenorizadas, al ser sólo posible que las partes expresen sus desacuerdos a través de formularios con campos predefinidos, todo ello en aras de la eficiencia en el tratamiento de las reclamaciones. Desde este punto de vista, la configuración del sistema de ODR puede afectar a la optimización del principio de contradicción, al quedar limitadas las posibilidades de realizar declaraciones más completas que sean relevantes para la valoración de los hechos. Igualmente, también es posible observar la relación entre el principio de contradicción y la necesidad de que el tercero o árbitro preste atención a la habilidad de las partes para la utilización de la tecnología, pues si se trata de personas poco familiarizadas se podría estar limitando la posibilidad de hacer una exposición de hechos acorde con su perspectiva. Por otra parte, el modo en que el sistema de arbitraje electrónico lleve a cabo la imputación de la carga de la prueba afecta también al grado de cumplimiento del principio de contradicción por parte de dicho sistema⁵⁴.

El principio de eficacia del procedimiento se satisface permitiendo el acceso directo del consumidor, sin necesidad de representante legal, y favoreciendo la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados, la fijación de plazos cortos, entre la consulta presentada y la toma de decisión, y la atribución de un papel activo al órgano competente para tomar en consideración todo elemento útil para la solución del litigio. Resulta claro que no cumplen con este principio los sistemas de ODR cuyos servicios resulten más caros en comparación con el recurso a órganos judiciales. Sin embargo, tampoco creemos que el cumplimiento del principio de eficacia haya de venir asociado a la gratuidad del servicio, tal y como ocurre en el régimen jurídico del sistema electrónico español de consumo (art. 41 Real Decreto 231/2008), pues estos servicios pueden ser

⁵⁴ En este sentido, véase P. Cortes: "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 229.

de interés para el consumidor cuando a la agilidad en la resolución de la diferencia cabe asociar una rebaja sustancial en el coste respecto del recurso a tribunales. En cuanto a los plazos cortos, de nuevo la comparativa con los tiempos judiciales resulta afortunada para poder afirmar que el principio queda cumplido cuando esos tiempos son rebajados sustancialmente.

El principio de legalidad garantiza al consumidor que la solución de su caso se basará en normas jurídicas. Las tendencias en los sistemas de ODR han conducido por derroteros cuya correspondencia con el principio de legalidad es preciso evaluar. Así, hoy en día se habla de los nuevos principios de gobernanza en Internet, y de una llamada *Lex Informatica*, como por ejemplo la ley de eBay, que podría venir a sustituir al Derecho de un Estado. Y de hecho, no faltan propuestas doctrinales que, como consecuencia de la peculiaridad de los sistemas de ODR, y de la vigencia de esos nuevos principios de gobernanza, consideran conveniente superar el paradigma clásico del DIPr, basado en la determinación de la jurisdicción competente y en la determinación del Derecho aplicable⁵⁵. En nuestra opinión, esta posición no resulta consistente con el principio de legalidad que aparece expresado en la Recomendación, pues el fundamento de este principio es la imposibilidad de derogar los derechos del consumidor, y no la aplicación de algo que pueda ser denominado como ley⁵⁶. Por ello, entendemos que el principio de legalidad no queda cumplido si el sistema de ODR hace recurso para la resolución del caso a la denominada *Lex Informatica*, como Derecho supranacional. Algo similar ocurre con los casos en que la resolución es dictada en equidad, pues en este caso la misma no estará basada en las normas de protección del consumidor. Por esta razón, plantea serias dudas la congruencia con el principio comunitario de legalidad del sistema español de arbitraje de consumo, que permite la obtención de soluciones basadas en la equidad, tal y como se desprende del artículo 33 del Real Decreto 231/2008⁵⁷.

No obstante, también es cierto que el cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad puede resultar de difícil aplicación en todos los casos. E incluso su cumplimiento estricto podría hacer fracasar a la solución ofrecida por el sistema de ODR.

⁵⁵ Véase A. Patrikios, "The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business - Part I", *cit.*, pp. 66-76.

⁵⁶ En su formulación en la Recomendación se indica que "*la decisión del órgano de solución extrajudicial del litigio no puede privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano. En caso de litigios transfronterizos, la decisión del órgano no puede privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, en los asuntos previstos en el art. 5 CR*".

⁵⁷ Según esta disposición, "el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho".

Por ello, en nuestra opinión, resulta conveniente hacer las siguientes matizaciones respecto del funcionamiento del principio de legalidad en el ámbito de los sistemas de ODR, distinguiendo entre el supuesto del arbitraje, por un lado, y el supuesto de la mediación, por el otro. Cuando se trata del arbitraje, el principio de legalidad ha de imponer la solución que deriva del sistema de DIPr de los contratos de consumo, que está basado en el artículo 6 del nuevo Reglamento Roma I, y en las normas estatales de DIPr dictadas para la transposición del Derecho comunitario derivado⁵⁸. De lo contrario la sumisión a arbitraje electrónico podría conducir a desvirtuar la protección del consumidor tal y como aparece garantizada por el Derecho europeo contenido en las Directivas comunitarias. En cambio, las cosas pueden ser de otro modo cuando estamos en presencia de la mediación. En efecto, la aplicación del principio de legalidad de forma estricta en el caso de la mediación puede hacer inviable que el mediador proponga soluciones que acerquen la posición de las partes. En nuestra opinión, en el caso de la mediación el principio de legalidad no ha de operar en sus términos estrictos, y de ser de aplicación habría de significar, como mucho, la obligación de informar de forma objetiva al consumidor sobre su situación contractual, a fin de favorecer el acuerdo en unos términos que podrían ser, sin embargo, diferentes.

En cuanto al principio de libertad, la Recomendación hace alusión a dos ideas. La primera, que es de aplicación tanto a la mediación como al arbitraje, consiste en la necesidad de no privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales en virtud de un compromiso anterior al surgimiento de la diferencia. Como se sabe, se trata de un derecho que el TJCE ha tenido la oportunidad de elevar al rango de principio general del Derecho comunitario⁵⁹. La segunda, que únicamente encuentra acomodo en el arbitraje, supone que la decisión del órgano extrajudicial sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas de esta circunstancia y dicho carácter vinculante haya sido aceptado⁶⁰. En virtud de la primera acepción, el principio de libertad

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Véase la STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84: "Johnston".

⁶⁰ La redacción española no resulta muy afortunada. Según reza su texto: "la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente". Parece así dar a entender que la aceptación de la decisión de forma expresa por las partes es el medio para conseguir su fuerza vinculante. Sin embargo, de otras versiones lingüísticas de la Recomendación cabe deducir que la decisión será obligatoria cuando las partes hayan aceptado expresamente, con carácter previo, el carácter vinculante de la decisión. Así se desprende, por ejemplo, de la versión inglesa, según la cual: "The decision taken by the body concerned may be binding on the parties only if they were informed of its binding nature in advance and specifically accepted this". Sólo esta segunda interpretación resulta compatible con la posibilidad de dotar de fuerza vinculante a un laudo arbitral en el ámbito de la contratación de consumo.

implica que la utilización de la vía extrajudicial sólo puede ser admitida si ha sido expresamente aceptada por el consumidor, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio. Pero esta significación, entendida en su sentido más estricto, supone negar de forma absoluta cualquier tipo de eficacia a las cláusulas contractuales que para la resolución de diferencias remiten a sistemas de ODR ya sean de mediación o de arbitraje. Como en estas soluciones cabe enunciar más matices, de analizar el valor jurídico de las cláusulas contractuales de remisión a sistemas de ODR de mediación, y de las que remiten al arbitraje, nos ocuparemos en el epígrafe IV.

El principio de representación implica que el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento. Lógicamente este principio adquiere menos sentido en el ámbito de los sistemas de ODR, pensados para que el consumidor, desde su propia casa, pueda tener acceso a la resolución del caso a través de una comunicación electrónica directa. No obstante, si la complejidad o el montante del litigio resulta importante, puede ser conveniente el asesoramiento legal⁶¹. Para cumplir con este principio de representación, los sistemas de ODR deberían permitir un acceso diferenciado por la parte en el procedimiento, de un lado, y por su asesor legal, del otro. En cualquier caso, si dicho asesoramiento tiene lugar, convendría establecer la obligación para las partes de revelar si se está produciendo, a fin de preservar un elemental criterio de igualdad.

La Comisión Europea también ha establecido también principios de aplicación a los sistemas de solución consensuales, esto es, que tienden a acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo. Se trata de la Recomendación 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. Por el momento en que es dictada, esta Recomendación, a diferencia de la anterior, ya se refiere de forma particular a los sistemas electrónicos de resolución de litigios, a los que pretende fomentar y dar cobertura⁶². Los principios que se recomiendan para los órganos extrajudiciales son los de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad del procedimiento.

El principio de imparcialidad supone que las personas responsables del procedimiento sean nombradas por un período de tiempo determinado y no puedan ser destituidas sin causa justificada; que no tengan ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes; y que sea posible facilitar a las partes información sobre

⁶¹ En este sentido, véase P. Cortes: "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 229.

⁶² Véase el punto 6 del preámbulo.

su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento. Para garantizar el cumplimiento de este principio resultará conveniente verificar el mecanismo de financiación del sistema de ODR. Y también que se pueda saber cuál es, si ha de haberla, la persona que se ocupará del caso, para que pueda existir la posibilidad de recusarla cuando se aprecie la existencia de un conflicto de intereses.

El principio de transparencia supone que las partes puedan tener acceso a información clara y sencilla, que recoja los datos de las personas de contacto, así como el funcionamiento y la disponibilidad del procedimiento, para que puedan consultarlo y recordarlo antes de plantear una reclamación. Resulta aquí esencial, entre otros aspectos, el conocimiento del coste del servicio, el idioma que será utilizado, o el calendario con los plazos del procedimiento, y el valor que tendrá la solución dada al litigio. Del principio deriva la exigencia de publicación de la información relativa al número y naturaleza de las reclamaciones recibidas, al tiempo que ha llevado resolverlas, y a sus resultados; los problemas recurrentes que plantean las reclamaciones, así como el grado de cumplimiento de las soluciones adoptadas. Esta información, sin embargo, no siempre está disponible, y los proveedores de servicios de ODR puede ser que no estén muy persuadidos de suministrarla, sobre todo si los resultados no son muy buenos.

El principio de eficacia pretende garantizar que el procedimiento resulte accesible y de fácil utilización, y que resulte gratuito o de bajo coste y siempre proporcionado a la cantidad en litigio. También debe asegurar que las partes no precisen un representante legal, que el procedimiento se tramite en un plazo breve, así como el control del órgano responsable sobre el comportamiento cooperativo de las partes en la búsqueda del acuerdo. Cuando los procesos de ODR son muy automáticos, como en la negociación automatizada o en la subasta ciega (*blind-bidding*), no se requiere la intervención de un mediador ni tampoco será necesario un representante legal, por lo que el principio de eficacia será cumplido con facilidad. De este principio deriva la exigencia de que las plataformas de ODR utilicen la tecnología de más fácil uso para el usuario del servicio.

Por último, el principio de equidad pretende garantizar que las partes estarán informadas de su derecho de no aceptar o de abandonar el procedimiento en cualquier momento, y recurrir al sistema judicial o a cualquier otro mecanismo extrajudicial, cuando no estén satisfechas con el resultado o el desarrollo del mismo; y también garantiza que las partes podrán disponer de un tiempo para decidir si aceptan la solución que se propone para resolver la diferencia. Para adaptarse a este principio los sistemas de ODR deben venir configurados para hacer fácilmente accesible esta clase de información.

IV. PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE EN LÍNEA

1. 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 2010⁶³. 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

⁶³ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08: "*Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia*".

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 tribunales⁶⁴ A pesar de que no existe legislación europea sobre este tema, el legislador europeo parece 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

⁶⁴ 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).

costas a esta parte, incluso a pesar de que haya sido quien ganó el litigio⁶⁵. En nuestro país, el anteproyecto español de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles pretendía modificar el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para establecer la existencia de mala fe, determinante de la condena en costas, cuando se hubiera iniciado un procedimiento de mediación antes de presentada la demanda.

Aunque compartimos la esencia del planteamiento, no creemos que en todos los casos se 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 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 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 concretan en ciertas exigencias relativas a la verificación del modo en que se financian, en si el servicio resulta fácilmente accesible, en si están disponibles en la lengua del consumidor, en si cumplen con una política apropiada de confidencialidad en el tratamiento de los datos, en si disponen de información relativa a los resultados o al grado de satisfacción de los usuarios, etc. En nuestra opinión, sólo en aquellos casos en

⁶⁵ 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).

los que el sistema de ODR al que remite la cláusula contractual responda en su configuración a unas garantías mínimas será posible asociar, de forma legítima, 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.

Estas consideraciones enlazan con las propuestas que ha hecho la doctrina dirigidas a establecer alguna clase de servicio público que permita verificar el cumplimiento de reglas mínimas de procedimiento por parte de los sistemas de ODR, y que permita también la obtención de una acreditación por parte de aquellos sistemas que logren cumplir con las mencionadas exigencias. De este modo, la eficacia del pacto, y la renuncia al acceso directo a los tribunales, sólo debería ser posible si el procedimiento de resolución se basa en unas reglas mínimas relacionadas con la posibilidad de permitir que el consumidor utilice su propia lengua, con el coste no desproporcionado del servicio, con el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad y del principio de transparencia, etc. Si se cumplen estas exigencias, las partes podrían ser obligadas a participar en ADR o ODR, y al no cumplimiento de esta obligación sería posible asociar consecuencias en el procedimiento judicial⁶⁶.

2. 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 extranjeras⁶⁷ y por el Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional⁶⁸, no pudo referirse al convenio arbitral electrónico, pues esa posibilidad resultaba impensable por aquel entonces⁶⁹. La 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

⁶⁶ Véase en este sentido P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 222.

⁶⁷ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁶⁸ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

⁶⁹ 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 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"..

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 fax⁷⁰.

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 sesiones⁷¹, 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 que hace extensiva su regulación al convenio de Nueva York de 1958⁷². 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

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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).

⁷² 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).

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 consumo⁷³, 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 (...)*”. El sistema europeo queda 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 litigio⁷⁴, o del canadiense, donde existe debate en torno a esta cuestión⁷⁵.

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 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 cláusula⁷⁶ e incluso ante el juez que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido

⁷³ DO L 95, de 21 de abril de 1993.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Véase J. Watson Hamilton, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?”, *Revue de Droit de McGill*, 2006, 51, pp. 693-734.

⁷⁶ Sentencia TJ de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05: “Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium”.

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 arbitral⁷⁷.

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 empresas⁷⁸.

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 arbitraje de consumo institucional establecido al efecto⁷⁹. 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 litigio⁸⁰. 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 consumo⁸¹. Y de este

⁷⁷ Sentencia TJ de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08: "Asturcom Telecomunicaciones S.L. v Cristina Rodríguez Nogueira".

⁷⁸ En este sentido, véase P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.*, p. 228.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Véase el art. 24 del Real Decreto 231/2008 y el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁸¹ 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

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 electrónico⁸². 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 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

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.

⁸² 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.

momento de la aceptación del contrato⁸³. 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 individual⁸⁴. 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 litigar⁸⁵. 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 ODR⁸⁶. No obstante, y sin perjuicio de la diferencia entre los casos, cabe argumentar que si el consumidor carece 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

⁸³ 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.

⁸⁴ Una aproximación al contenido del deber de transparencia en la redacción de las cláusulas con condiciones generales de la contratación, véase F. Pertíñez Vílchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 31-44.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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.

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 2010⁸⁷, 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.

3. 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 decisión⁸⁸. Si la parte no cumple voluntariamente la decisión acordada, no cabrá sino acudir a mecanismos de ejecución impropia tendentes a socavar la reputación del incumplidor, tales como la publicación de

⁸⁷ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08: *“Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia”*.

⁸⁸ 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.

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.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El incremento del comercio electrónico 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. Ahora bien, para que dichos sistemas puedan ser aceptados en el ámbito europeo, y en el contexto de la política comunitaria 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 que, hoy en día como *soft law*, existen para la resolución extrajudicial 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 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.

Frente a la situación actual en la cual la regulación europea en este ámbito queda contenida, principalmente, en las Recomendaciones que hemos visto, y en la Directiva 2008/52/CE en cuanto puede ser de aplicación, cuya regulación, no obstante, no siempre es suficiente para las necesidades del ODR. Por ejemplo, más arriba indicamos que la Directiva 2008/52/CE declara en su preámbulo que “*no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación*”. Sin embargo la misma no da respaldo a la mediación electrónica y por tanto no influye sobre normativas, como la húngara, que respecto de la mediación obliga a la realización de un “cara a cara” entre las partes⁸⁹. Por ello parece razonable pensar en una actuación del legislador comunitario que pueda servir para evitar las restricciones del Derecho nacional, para fomentar el uso de los sistemas de ODR en la contratación de consumo y, a la vez, para garantizar una configuración adecuada de dichos sistemas, a fin de que su uso contribuya al acceso del consumidor a la justicia de una forma ágil, operando estos mecanismos como un verdadero sustitutivo del recurso a tribunales. A este fin resulta de interés recordar que la competencia de la Unión Europea en esta materia se ha visto incrementada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, pues el artículo 81.2 g) TFUE permite intervenciones en el ámbito de la unificación de normas. Y como reconocía la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la política de consumidores en la Comunidad Europea en el período 1999-2001, sin perjuicio de la importancia de la autorregulación, la misma debe cumplir “*con el objetivo de un alto nivel de protección de los consumidores, salvaguardar los derechos de los consumidores a la información y no ser restrictivos de la competencia*”. Si la autorregulación no contribuye al cumplimiento de estos fines, resulta posible y necesario proceder a introducir regulación europea a través de una intervención legislativa, que no debería encontrar obstáculos desde el punto de vista del principio de subsidiariedad.

Cabría proponer, como ya hicimos en un trabajo anterior, que las Recomendaciones de la Comisión dictadas para la resolución de litigios por vías extrajudiciales puedan ser convertidas en una Directiva que fuera vinculante para las empresas de ODR acreditadas o certificadas. Sin lugar a dudas, esos documentos serán del mayor interés,

⁸⁹ Indicando la inadecuación a este respecto de la ley húngara de mediación de 2002, véase G. L. Sköze, “The Possibility of Online Mediation under the Hungarian Mediation Act—In Comparison with a Number of International, Including European, Documents on Mediation”, *Information & Communications Technology Law*, 2006, 15-2, pp. 129-142.

pues han servido para precisar las exigencias comunitarias de protección del consumidor en el acceso a la justicia a través de mecanismos extrajudiciales.

La creación de servicios públicos de resolución electrónica de litigios sería una posibilidad, pues éstos pueden controlar el cumplimiento de los principios y exigencias de protección del consumidor. A este modelo responde el sistema español de arbitraje electrónico de consumo, siendo cuestión de la administración el controlar el cumplimiento de los principios europeos. Como se sabe, este sistema disfruta ya de ventajas respecto del resto de sistemas de ODR, pues no se considera como abusivo el pacto de arbitraje por remisión a dicho sistema arbitral. Sin embargo, no creemos que sólo las entidades públicas, o controladas desde la administración, deban quedar favorecidas pues ello supondría negar a las sociedades privadas la posibilidad de entrar de forma efectiva en el mercado de la resolución de diferencias, impidiendo así que la actuación de la competencia sirva para introducir mejoras e innovación en un ámbito que se encuentra en pleno desarrollo. Habrá de ser la regulación europea quien realice esta opción a fin de que los Estados puedan adaptar su normativa, pues ya cabe identificar normas nacionales, como las del Derecho español, que establecen límites en este punto⁹⁰.

Parece muy razonable la propuesta consistente en ofrecer a las empresas proveedoras de servicios de ODR la posibilidad de obtener una certificación o acreditación europea con la cual podrían ser consideradas como instituciones de confianza por cumplir con las garantías y los principios establecidos por el Derecho comunitario⁹¹. Esta acreditación puede consistir en una marca de confianza europea que podrá estar visible en cada plataforma web que cumpla con los principios. La acreditación o certificación toma como presupuesto la existencia de un organismo que se ocupe de controlar el cumplimiento de las exigencias mínimas, de otorgar las oportunas certificaciones, y de supervisar a las plataformas certificadas. Fuera del ámbito europeo, de la certificación de esta clase de sistemas se están ocupando tanto empresas privadas como entidades públicas⁹². Desde la iniciativa e-Europa de 1999 la Comunidad Europea ha querido promover el surgimiento de marcas de confianza a fin de garantizar el

⁹⁰ En el Derecho español el escollo es doble, pues a la existencia del arbitraje institucional de consumo hay que sumar la limitación establecida en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, que impide a las sociedades con ánimo de lucro la realización del arbitraje institucional.

⁹¹ Véase P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.* p. 226.

⁹² Por ejemplo el ABA (American Bar Association) creó una fuerza operativa para vigilar en qué modo los sistemas de ODR se mantienen efectivos y éticos. Igualmente, el sector electrónico de la Association for Conflict Management prepare una propuesta de directrices para el ODR. In Australia, NADRAC 2002 el Departamento de Justicia ha encargado un estudio para la acreditación de las ODR. Véase el informe Conley 2004, citado en la nota 9.

cumplimiento de reglas mínimas. Sin embargo, la doctrina ha puesto de relieve que, en la actualidad, la orientación hacia el mercado de las empresas que administran las marcas de confianza, hacen que el consumidor difícilmente pueda conocer el grado de calidad del servicio prestado por una empresa de ODR⁹³. Por esta razón, parece más razonable atribuir a algún organismo público el control de los sistemas de ODR y la certificación de los proveedores de esta clase de servicios. Y dada la rapidez con que las cosas se desenvuelven en Internet, cabría optar bien por una supervisión permanente de la actividad del sistema de ODR, o bien por la concesión de una certificación con una vigencia temporal de no más de uno o dos años.

La posibilidad de una certificación o acreditación del servicio de ODR puede servir a varias finalidades. De entrada induce confianza en el consumidor que, a priori, puede conocer el grado de calidad del servicio ofrecido por la plataforma. Cabría decir que esta inducción de confianza ya se puede producir por el hecho de que el sistema en cuestión se encuentre incluido en la lista que ha dispuesto la Comisión Europea sobre los órganos extrajudiciales que cumplen con los principios establecidos en las Recomendaciones⁹⁴. Sin embargo, la lista en cuestión no resulta de mucha utilidad, pues sólo algunos de los órganos incluidos ofrecen servicios de ODR⁹⁵, y además de ciertos informes se desprende que no todos los servicios allí incluidos cumplen con los principios establecidos en las Recomendaciones Europeas⁹⁶. Por tanto, uno de los retos para la difusión de los sistemas de ODR sigue siendo hacer identificables a aquellos sistemas que cumplan con los mínimos del Derecho europeo, pues en la actualidad no existe un organismo que se encargue de verificar dicho cumplimiento. Ante la insuficiencia de esta lista, surge la conveniencia de que los sistemas de ODR puedan contar con una especial certificación, esto es, con la existencia de un marchio europeo que sirva para demostrar que un sistema responde a las exigencias de los principios europeos. De este modo sería posible incrementar la confianza del consumidor dándole la oportunidad de discriminar entre los sistemas certificados y los sistemas no certificados. Por otra parte, la certificación pueda ayudar al legislador europeo para dar a los sistemas de ODR

⁹³ Véase P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.* p. 226.

⁹⁴ Se puede ver en la página web http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adrd_en.htm (consultada el 17 de agosto de 2011).

⁹⁵ Entre ellos se encuentran el servicio británico accesible en esta página web <http://www.idrs.ltd.uk/trustmark/index.asp> y el italiano accesible también en la siguiente <http://www.risolvionline.com/>

⁹⁶ Informe de la Comisión Europea, "An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report", Lovaina, Enero de 2007, p. 11.

certificados un tratamiento privilegiado, atribuyendo especiales efectos a esa circunstancia. Sería posible, por ejemplo, dejar de considerar como abusiva la cláusula, pactada antes del surgimiento del litigio, que remite a este sistema de ODR, tal y como hace la legislación española cuando el contrato remite la resolución de diferencias al arbitraje electrónico de consumo del Derecho español; o también sería posible asociar especiales efectos en el ámbito de la imposición de las costas procesales al hecho de que sea incumplida la decisión acordada en el ámbito del ODR de mediación, o a la circunstancia de que haya sido incumplida la obligación de someterse al sistema de ODR establecido en la cláusula del contrato.

Las soluciones que hayan de venir en este ámbito deben reposar en un equilibrio adecuado que permita, de un lado, cierta flexibilidad y la innovación tecnológica en el ámbito de los procedimientos y, de otro, la necesidad de garantizar un servicio de calidad, imparcial, fácil de usar, y que inspire confianza en el consumidor. Se impone por tanto un marco legal tecnológicamente neutro, y que permita el desarrollo industrial en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias. Una regulación europea puede fomentar los sistemas de ODR, a fin de que cobren más presencia en la solución de litigios de consumo en nuestro ámbito regional. Y también podrá contribuir esta regulación al fomento del comercio electrónico bajo las premisas de protección del consumidor que se han señalado. Esperamos a esos desarrollos.