

**RÉGIMEN EUROPEO DE LA RESOLUCIÓN ELECTRÓNICA DE LITIGIOS  
(ODR) EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL DE CONSUMO**

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA\*

Publicado en:

F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (Dirección), Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

ISBN: 978-84-9985-001-6

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado.  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Granada.  
Email: [festeban@ugr.es](mailto:festeban@ugr.es)

## **RÉGIMEN EUROPEO DE LA RESOLUCIÓN ELECTRÓNICA DE LITIGIOS (ODR) EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL DE CONSUMO**

**Dr. Fernando Esteban de la Rosa<sup>1</sup>**

**SUMARIO: I. Introducción: el acceso a la justicia a través de sistemas de ODR y el principio de protección del consumidor en el Derecho comunitario. II. Caracterización de los sistemas de ODR. III. Algunos datos sobre la fisonomía actual de los sistemas de ODR. IV. Impacto del Derecho europeo: 1. El acervo comunitario en el ámbito de la resolución extrajudicial de litigios de consumo.- 2. Consideración especial de los sistemas electrónicos de resolución de litigios.- 3. Principios europeos sobre la calidad de los órganos de resolución extrajudicial de litigios: su proyección sobre los sistemas electrónicos. V. Exigencias específicas de los mecanismos alternativos de solución electrónica de litigios: los retos jurídicos del ODR: 1. Accesibilidad.- 2. Autenticación de las partes, seguridad y confidencialidad.- 3. El convenio arbitral electrónico.- 4. Cláusulas obligatorias de remisión a sistemas de ODR.- 5. El cumplimiento de la decisión de ODR.- VI. Conclusión: posibles vías de actuación para el Derecho comunitario respecto de los sistemas de ODR de consumo**

\* \* \* \* \*

### **I. Introducción: el acceso a la justicia a través de sistemas de ODR y el principio de protección del consumidor en el Derecho comunitario**

El presente trabajo pretende descubrir de qué forma las exigencias europeas de protección del consumidor en el acceso a la justicia a través de vías extrajudiciales deben encontrar reflejo en la configuración de los sistemas de resolución electrónica de litigios, para que éstos contribuyan, al unísono, a fomentar el comercio electrónico y a mejorar el acceso a la justicia. Los sistemas de ODR (Online Dispute Resolution) son el resultado de la aplicación de la tecnología de la información y la comunicación al ámbito de la resolución de litigios. La caída de las fronteras asociada al comercio electrónico ha hecho caer también las barreras al surgimiento de litigios y problemas derivados de la contratación internacional. Internet provoca incluso que quede desdibujada la

---

<sup>1</sup> El correo electrónico del autor es [festeban@ugr.es](mailto:festeban@ugr.es).

caracterización del contrato como internacional, pues la ubicación o nacionalidad del oferente o demandante del producto o servicio no suele ser un elemento determinante de la contratación. En estas circunstancias, pueden ser frecuentes situaciones de contratos internacionales inopinados, donde el consumidor no llega a ser consciente de la necesidad de prestar atención a aspectos tales como la existencia en el contrato de una cláusula de jurisdicción o de ley aplicable. Además, es sabido que, en muchas ocasiones, la escasa cuantía de la reclamación suele convertirse en un serio inconveniente para que el consumidor promueva judicialmente una reclamación. La expectativa del consumidor respecto de estas dificultades genera falta de confianza y, a la postre, un menor desarrollo del comercio electrónico<sup>2</sup>. Si bien la Comunidad Europea se ha esforzado en establecer un marco legal claro para el desarrollo del comercio electrónico<sup>3</sup>, e incluso existen instrumentos que en la contratación internacional conceden al consumidor un tratamiento privilegiado en las cuestiones de competencia internacional y de ley aplicable<sup>4</sup>, la falta de confianza del consumidor en la contratación electrónica impide que esta clase de comercio desarrolle en la Unión Europea toda su potencialidad. La promoción de la confianza del consumidor se ha convertido así en una pieza clave para lograr el desarrollo del comercio electrónico.

---

<sup>2</sup> Véase el informe especial del Eurobarómetro “Issues Relating to business and consumer e-commerce”, de septiembre de 2003 a marzo de 2004, un 25% de los encuestados que no había comprado nunca por Internet adujo como razón para ello la falta de confianza en el entorno virtual. El informe está disponible en la página web [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_201\\_executive\\_summary.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_201_executive_summary.pdf) (consultada el 24 de noviembre de 2009). El más reciente informe es el Report on cross-border e-commerce in the EU, Documento SEC(2009) 283 final, hecho por el grupo de trabajo de la Comisión. El informe revela que el 51% de los minoristas de la Unión Europea vende vía Internet, pero sólo el 21% están llevando a cabo comercio internacional, lo cual es debido, entre otros factores, a la mayor inseguridad respecto de la solución de diferencias. El informe puede verse en [http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/com\\_staff\\_wp2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/com_staff_wp2009_en.pdf). Indicando este problema, 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

Un elemento importante para la generación de confianza en el consumidor tiene que ver con la mejora del acceso a la justicia. Como se sabe, este aspecto fue considerado por la Comisión Europea en su Comunicación de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo<sup>5</sup>. En ella la Comisión indica que existen tres dificultades que obstaculizan el acceso a la justicia de los consumidores: el alto coste de los litigios, el tiempo consumido en la resolución de controversias, y la complejidad de los procedimientos legales existentes. Para superar estas dificultades se sugieren tres fórmulas: la simplificación y mejora de los procedimientos judiciales; la consideración de la importancia de los métodos de comunicación entre profesionales y consumidores, para evitar que surjan controversias innecesarias; y la promoción del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

La facilitación del acceso a la justicia en el plano judicial ha sido recientemente mejorada en Europa mediante los nuevos instrumentos adoptados en el marco de la cooperación judicial en materia civil. Nos referimos al nuevo Proceso Europeo de Escasa Cuantía<sup>6</sup>, al Proceso Monitorio Europeo<sup>7</sup> y al Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados<sup>8</sup>, instrumentos que, al simplificar los trámites judiciales, resultan de interés

---

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. COM (1998) 198 final - no publicada en el Diario Oficial.

<sup>6</sup> Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO L 199, de 31 de julio de 2007). Este procedimiento se caracteriza porque la cuantía de las reclamaciones no puede superar los 2000 Euros, y sólo es aplicable a las reclamaciones transfronterizas, entendiéndose como tales aquellas en donde al menos una de las partes en la controversia está domiciliada o tiene la residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquél donde se encuentra el órgano jurisdiccional. Esta fisonomía hace del Proceso Europeo de Escasa Cuantía un instrumento importante para la mejora del acceso a la justicia del consumidor. Un examen en profundidad del Reglamento puede verse en R. Miquel Sala, *El Proceso Europeo de Escasa Cuantía*, Navarra, Aranzadi, 2009.

<sup>7</sup> Reglamento 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 399, de 30 de diciembre de 2006, aplicable desde el 12 de diciembre de 2008). Se trata de un procedimiento abreviado para dirimir las deudas que no plantean oposición por la parte demandada. En el caso de que el demandado plantee oposición al requerimiento europeo de pago, el proceso monitorio europeo podrá ser reconducido, según la cuantía reclamada, al Proceso Europeo de Escasa Cuantía o al tipo de proceso que corresponda del país del foro. Véase B. Mora Capitán, “El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento 1896/2006 de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho europeo*, 2007, n° 13, mayo (Iustel.com). (Consultado el 13 de diciembre de 2009).

<sup>8</sup> Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, de 30 de abril de 2004). Este reglamento permite la ejecución directa de sentencias judiciales dictadas en rebeldía dentro de la UE sin la necesidad de seguir el proceso de reconocimiento establecido en el Reglamento Bruselas I. Para un estudio crítico del Reglamento puede verse F. Ramos Romeu, *El Título Ejecutivo Europeo*, Madrid, Civitas, 2006.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 5 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

para la resolución de reclamaciones de consumo internacionales. Por otra parte, como elementos dinamizadores de la confianza en la contratación electrónica cabe mencionar la normalización de la actuación de las empresas en la red bajo los nuevos principios de gobernanza en Internet<sup>9</sup>. A este fin adquieren interés diversos instrumentos como los foros de debate e intercambio de información sobre el tema de la confianza de los consumidores, la creación por los medios interesados de normas de buena práctica comercial o códigos de conducta, las marcas de confianza asociadas a su cumplimiento, los proyectos de control de calidad de los sitios comerciales, o los programas de formación<sup>10</sup>. Los sistemas que utilizan la tecnología de la información y la comunicación para la resolución de litigios, de los que se ocupa este trabajo, también pueden contribuir a favorecer la confianza del consumidor en el comercio electrónico, al suponer la creación de vías ágiles, cómodas, y especialmente adaptadas al medio virtual.

La emergencia espontánea del ODR ha supuesto que en su estructura y configuración estos sistemas respondan a las ideas, reglas y directrices de las entidades fundadoras, ya sean públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro. En un terreno protagonizado principalmente por la autorregulación, se hace necesario decidir qué papel debe corresponder al legislador, europeo o estatal, en el funcionamiento de los sistemas de ODR. Para cierta doctrina, el legislador debería limitarse a habilitar un marco de libertad para el desarrollo natural y espontáneo de la industria de los sistemas de ODR, bien sin entrar en dicha regulación<sup>11</sup>, o bien realizando un control mínimo de orden público<sup>12</sup>. Por el contrario, para otro sector sería deseable, y necesario, establecer reglas

---

<sup>9</sup> Sobre la temática de la confianza del consumidor (e-confidence) y los diferentes mecanismos que contribuyen a su mejora, resultan de interés los trabajos disponibles en la siguiente página web: <http://www.e-global.es/consumidores-confianza-confidence-trust/ver-categoria.html?dir=DESC&limit=5&limitstart=15&order=hits> (consultada el 18 de noviembre de 2009).

<sup>10</sup> Véase el interesante trabajo de I. Barral Viñals, “La confianza del Consumidor en el e-commerce: Nuevas pautas para la Prevención y Resolución Extrajudicial de Conflictos en la Red”, artículo disponible en Internet (consultado el 20 de noviembre de 2009).

<sup>11</sup> En este sentido, véase A. B. Pearlstein, “The Justice Bazaar: Dispute Resolution Through Emergent Private Ordering as a Superior Alternative to Authoritarian Court Bureaucracy”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2007, 22, p. 739. Entiende el autor que la resolución de diferencias debería venir dada desde abajo, en un sistema emergente de mecanismos y técnicas privadas, lo cual supondría un beneficio para el consumidor, que podría prescindir del recurso al actual sistema “burocrático” de solución de litigios.

<sup>12</sup> En este sentido puede verse A. Patrikios, “The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part II”, *Computer Law & Security Report*, 2008, 24, pp. 129-138. Como solución óptima para la resolución de diferencias el autor propone un sistema internacional corregulado, descentralizado, de múltiples partes interesadas, que funcione a varios niveles, y basado en los sistemas de ODR y en el arbitraje electrónico internacional, correspondiendo a los tribunales estatales el papel de garantizar el orden público.

mínimas de procedimiento para el funcionamiento de los sistemas de ODR, con miras a la obtención de servicios de resolución de diferencias de calidad, capaces de mejorar estos sistemas a fin de convertirlos en verdaderos sustitutivos del recurso a tribunales. En nuestra opinión, la posibilidad de crear sistemas de ODR de calidad, capaces de servir a la satisfacción del consumidor en el comercio electrónico hace cobrar interés a una intervención legislativa en este ámbito. El presupuesto de esta intervención es el convencimiento de que resulta posible, y deseable, potenciar la calidad de los servicios de ODR, a fin de mejorar el acceso del consumidor a la justicia, entendiendo este concepto en un sentido flexible e impropio. Esta regulación, no obstante, en ningún caso deberá limitar el desarrollo o las posibilidades de experimentación en un ámbito especialmente sensible a la aparición de nuevos recursos, derivados de la innovación tecnológica.

La posibilidad de potenciar los mecanismos electrónicos de solución de diferencias a través de medidas legislativas que puedan, por ejemplo, llegar a atribuir efecto al hecho de que una de las partes no haya respetado una cláusula contractual que remita la resolución de diferencias a un sistema de ODR, debe ser puesta en relación con las exigencias que derivan del derecho de acceso a la justicia. En nuestra opinión, y con las debidas matizaciones que veremos, el cambio en los condicionamientos sociales y económicos que ha traído el nuevo siglo hace necesario la reformulación de este principio. En la era de la globalización y del comercio electrónico, en el que muchos contratos internacionales pueden ser celebrados a distancia y de forma instantánea, ese concepto no puede acoger solamente el derecho a participar en un proceso contradictorio ante tribunales de justicia que, en muchas ocasiones, puede hacer inviable la obtención de una satisfacción. Por ello resulta conveniente que incorpore también la posibilidad de que el consumidor quede satisfecho a través de otro mecanismo apropiado que, por su inmediatez, agilidad y bajo coste, puede ser perfectamente un sistema de ODR<sup>13</sup>.

Este trabajo parte de una doble hipótesis. En primer lugar, consideramos que la solución dada a una diferencia en el marco de un sistema de ODR de solución de litigios puede contribuir a que el consumidor reciba una satisfacción adecuada a su reclamación,

---

<sup>13</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 7 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

sin necesidad de hacer recurso a los tribunales de justicia. Y en segundo lugar, creemos conveniente que el legislador oriente a los sistemas de ODR hacia el cumplimiento de unas reglas mínimas de calidad, que supongan la incorporación en su configuración de la idea europea de protección del consumidor en el acceso a la justicia. El acervo comunitario que ya existe en el ámbito de la resolución extrajudicial de litigios de consumo debe encontrar proyección en la fisonomía que adoptan los sistemas de ODR, pues no resulta congruente que la protección sustantiva promovida por el Derecho comunitario no lleve asociada una equivalente en el momento del acceso a la justicia. Pero para demostrar la necesidad de esta regulación resulta necesario llevar a cabo una aproximación a los sistemas de ODR, tal y como aparecen en su conformación actual, a fin de comprobar cómo responden a las directrices y reglas del Derecho europeo (III). Luego nos ocuparemos de describir el modo en que tiene lugar el impacto de la legislación europea sobre el ámbito de la resolución extrajudicial de litigios de consumo (IV), de descubrir las exigencias especiales de regulación que plantean los sistemas de ODR (V) y, a la vista de todo ello, de establecer posibles sentidos para una intervención del legislador comunitario en la regulación de los sistemas de ODR, teniendo especialmente en cuenta la reciente reformulación de la competencia de la Unión para legislar en este ámbito (VI). Previamente, a efectos instrumentales, viene bien una aproximación al concepto y caracterización del ODR, de lo que nos ocupamos en las líneas que siguen (II).

## **II. Caracterización de los sistemas de ODR**

ODR (*Online Dispute Resolution*) no es un concepto legal, sino una definición utilizada por la práctica. Bajo este acrónimo tienen cabida procedimientos o técnicas de solución de litigios que utilizan la tecnología de la comunicación y la información (TIC). La denominación “Online” significa que el método de provisión del servicio de resolución de diferencias es suministrado en línea, lo que ocurre cuando las etapas básicas 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

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 8 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

conferencia, voz IP, y cualesquiera otros medios típicos de los entornos virtuales<sup>14</sup>. La consideración como ODR de un sistema de solución de conflictos no se ve afectada porque la disputa que se pretenda resolver haya tenido origen al margen del entorno virtual (offline), ni tampoco porque alguna, o algunas, de las actuaciones tengan lugar por medios no electrónicos<sup>15</sup>. De hecho, la mayoría de los proveedores de servicios electrónicos de arbitraje no hacen posible que el procedimiento tenga lugar en línea por completo, pues puede ser necesario, por ejemplo, descargar los formularios de reclamación, presentar documentos a través del correo electrónico o, incluso, la celebración de audiencias telefónicas.

El empleo de la expresión ODR no prejuzga el método de resolución que haya de seguirse para el arreglo de la diferencia. Cabe distinguir entre los métodos dirigidos a facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, y el método por el cual las partes se someten a la decisión del tercero. Los proveedores de ODR ofrecen servicios de todo tipo, que van desde la simple negociación hasta el arbitraje, pasando por la conciliación y la mediación. La práctica suele utilizar el acrónimo OADR (*Online Alternative Dispute Resolution*), para referirse a los procedimientos, diferentes del arbitraje electrónico, que finalizan con una resolución que carece de carácter vinculante, de forma similar a como ocurre con el ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Junto al arbitraje electrónico, el ODR comprende también el, todavía menos frecuente, recurso en línea a órganos jurisdiccionales<sup>16</sup>. Otras expresiones equivalentes a ODR que cuentan con menos difusión son "online ADR", "eADR", "iADR" o "virtual ADR".

Para diferenciar el ADR del ODR la doctrina ha destacado el papel especial que puede asumir la propia tecnología en los sistemas del segundo tipo, pues puede ocuparse

---

<sup>14</sup> Véase A. Patrikios, "The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I", *cit.*, 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Véase A. Patrikios, "The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I", *cit.*, p. 73.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 9 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

de tareas que desbordan las que corresponden a un tercero en el ámbito de la mediación o la conciliación en el marco de las técnicas tradicionales de ADR. La intervención de las máquinas incluso ha llegado a ser mencionada por cierta doctrina con la denominación impropia de la "cuarta parte", debido a que, bajo cierto punto de vista, el ODR podría ser visto como un elemento independiente en la gestión de la diferencia<sup>17</sup>, a la vista de 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 finalidad. Por ejemplo, el software puede asumir tareas de organización de la información, de envío de contestaciones automáticas, o de dar forma a los escritos en un modo más constructivo, eliminando expresiones inapropiadas. La tecnología también puede servir para planificar reuniones y para clarificar intereses y prioridades de las partes<sup>18</sup>. 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)<sup>19</sup>. 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 sus argumentos. 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

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 10 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

constructivos, o de herramientas de software que limitan el espacio de texto libre, todo lo cual se orienta a favor de que las partes alcancen un acuerdo<sup>20</sup>.

Entre los sistemas de ODR también se cuenta el arbitraje electrónico. El Derecho comparado muestra diferentes modalidades de arbitraje de consumo, pues existen sistemas, como el español, donde se trata de un arbitraje institucional de Derecho público, o bien puede no existir un arbitraje diferenciado para los consumidores. En ambos casos, la posibilidad de que el arbitraje tenga lugar de forma electrónica sólo depende del respaldo que reciba por parte del sistema jurídico, pues no existen inconvenientes materiales para hacerlo posible<sup>21</sup>. En el arbitraje electrónico el resultado del procedimiento es un laudo, que establece la resolución de la diferencia, tiene carácter vinculante para las partes y produce el efecto de la cosa juzgada material. Por su carácter privado y su mayor rapidez, el arbitraje suele ser preferido respecto del recurso a órganos jurisdiccionales. Al mismo tiempo, este método de solución resulta más rígido 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 que ofrecen servicios de ODR. Pero tampoco falta. El proveedor líder en arbitraje en línea es net-ARB<sup>22</sup>, mientras que en el ámbito europeo se ha instaurado la plataforma e-arbitration-t<sup>23</sup>. De otras plataformas que han existido, como E-Global ADR, hoy no parece existir más noticia<sup>24</sup>.

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

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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. En el caso del Derecho español, el respaldo al arbitraje electrónico viene dado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (BOE núm. 309 de 26 de diciembre), 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 arriba. 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 13 de diciembre de 2009).

<sup>22</sup> Véase <http://www.net-arb.com/espanol/>, (consultada el 21 de noviembre de 2009).

<sup>23</sup> Véase <http://www.e-arbitration-t.com/> (consultada el 21 de noviembre de 2009).

<sup>24</sup> Véase la página web <http://www.e-global.es/tribunalarbitros.htm>, enlace que hoy no resulta operativo (consultado el 21 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 11 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

electrónico o a la necesidad de solicitar la colaboración de los órganos judiciales estatales para dar cumplimiento al laudo electrónico. Habida cuenta que el arbitraje está basado en un acuerdo entre las partes, un proceso arbitral electrónico sin un marco adecuado de regulación puede generar un número importante de problemas jurídicos para el consumidor. Este tema será objeto de atención especial en el apartado V.3 de nuestro estudio. Por otra parte, si el laudo no es cumplido de forma voluntaria resultará preciso contar con la colaboración de los órganos judiciales, siendo necesario analizar cómo afecta el carácter electrónico del laudo a sus posibilidades de reconocimiento y ejecución en un Estado. Ello será analizado en el apartado V.5.

### **III. Algunos datos sobre la fisonomía actual de los sistemas de ODR**

En poco más de diez años de vida los sistemas de ODR han pasado de ser un mero experimento académico a convertirse en una herramienta de resolución de litigios que se ha extendido a ámbitos muy diversos. Estados, organizaciones gubernamentales, no gubernamentales, empresas y asociaciones de consumidores muestran interés en estos sistemas bien mediante su uso, o bien mediante su aceptación y regulación expresa, como ha ocurrido en España con la reciente implantación del arbitraje de consumo electrónico<sup>25</sup>. Cabe hablar incluso de un movimiento mundial respecto del ODR, pues junto a las reclamaciones de consumo, el ODR ha sido utilizados para resolver reclamaciones comerciales, de seguros, conflictos laborales, crisis matrimoniales e incluso conflictos entre Estados<sup>26</sup>.

Tener un conocimiento cierto de la situación actual de las plataformas de ODR existentes es una labor compleja. No sólo porque, cuando son lanzadas, no son normalmente inscritas en ningún registro, sino porque las que comienzan a veces dejan

---

<sup>25</sup> En su regulación del arbitraje electrónico el Real Decreto 231/2008 se refiere al uso de la firma electrónica, al lugar del arbitraje y a la notificación. E introduce soluciones como la publicación edictal electrónica ante la imposibilidad de que la notificación se produzca en el lugar designado por las partes. El sistema español de arbitraje de consumo electrónico se apoya en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (art. 3.3 Real Decreto 231/2008), cuyo desarrollo ha tenido lugar a través del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (BOE núm. 278, de 18 de noviembre de 2009).

<sup>26</sup> Véase el informe de M. Conley Tyler, "115 and Counting: The State of ODR 2004", que se encuentra disponible en la página web <http://www.odr.info/unforum2004/ConleyTyler.htm> (consultada el 24 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 12 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

de prestar servicio muy pronto, o bien pueden cambiar de nombre<sup>27</sup>. Pero el censo, incluso llegando a tenerlo, no sirve de mucho. Para nuestro estudio resulta de interés conocer la fisonomía de los sistemas, a fin de comprobar cómo responden a las exigencias de protección del consumidor. Es importante saber, por ejemplo, quién las crea, cómo se financian, cómo se cobra a los usuarios, qué reglas siguen en sus procedimientos, qué lenguas ofrecen a los usuarios, qué clase de resoluciones emiten, si publican sus resultados, si publican encuestas de satisfacción, etc, aspectos que pueden ayudar al consumidor a percibir si el procedimiento podrá resultarle favorable. De averiguar esta clase de aspectos se han ocupados algunos informes. Resulta de mucho interés el preparado en 2004 por el Centro Internacional de Resolución de Conflictos de la Universidad de Melbourne, realizado bajo la dirección de M. Conley Tyler<sup>28</sup>. Y también el realizado en 2001 por la organización de consumidores Consumer International<sup>29</sup> que, al ser anterior, puede servir para marcar líneas de evolución. En el ámbito europeo conviene también examinar el informe preparado por la Comisión Europea sobre la situación de los sistemas de ADR, donde también se incluyen los sistemas de ODR<sup>30</sup>. La información suministrada puede ser dividida en los siguientes apartados:

- *Difusión y configuración general de los sistemas de ODR*

El informe de 2004 pone de relieve que el ODR es cada vez más utilizado para resolver reclamaciones de consumo, y existen plataformas específicas para las relaciones entre empresarios y consumidores<sup>31</sup>. Muchos de los servicios se suministran de forma

---

<sup>27</sup> Es el caso de WeCanSettle que cambió primero a ClaimRoom y ahora es denominado The Mediation Room.

<sup>28</sup> M. Conley Tyler, “115 and Counting: The State of ODR 2004”, que se encuentra disponible en la siguiente página web <http://www.odr.info/unforum2004/ConleyTyler.htm> (consultada el 18 de noviembre de 2009). El informe ofrece un estudio estadístico y empírico sobre los datos actuales del ODR a través del análisis de 115 sitios web y servicios prestados en ese momento en todo el mundo.

<sup>29</sup> El informe puede verse en la siguiente página web [http://www.consumersinternational.org/Shared\\_ASP\\_Files/UploadedFiles/DD330597-5945-4B5A-A8BD-4A6573F3F9AF\\_ADRReport2001.pdf](http://www.consumersinternational.org/Shared_ASP_Files/UploadedFiles/DD330597-5945-4B5A-A8BD-4A6573F3F9AF_ADRReport2001.pdf) (consultada el 18 de noviembre de 2009).

<sup>30</sup> 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. El informe está disponible en la siguiente página web: [http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/comparative\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf) (consultada el 23 de noviembre de 2009).

<sup>31</sup> Como por ejemplo la plataforma europea ECODIR, que está accesible en la siguiente página web: <http://www.ecodir.org/odrp/index.htm>, (consultada el 24 de noviembre de 2009), o la plataforma australiana NotGoodEnough, accesible en <http://www.notgoodenough.org/> (consultada el 21 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 13 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

exclusiva bien a los consumidores de un concreto mercado, o bien a los que residen en una determinada área geográfica. Respecto de la distribución geográfica de los proveedores, el informe destaca el importante incremento que ha experimentado en los últimos años la disponibilidad de servicios de ODR en Europa y en Asia<sup>32</sup>. En cuanto al concreto servicio ofrecido, de los 115 servicios censados, 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 a la tarea del intercambio de información.

#### - *Información sobre los resultados*

Los datos que se suministran son muy distintos unos de otros. Por ejemplo, el número de casos conocidos varía desde aquellos sistemas que sólo han conocido de un caso hasta los que han resuelto más de un millón<sup>33</sup>. Esta información no siempre está disponible, pues a veces se invocan exigencias de confidencialidad para dejar de publicar los datos. Los proveedores suelen ofrecer todavía menos información sobre el éxito obtenido a la hora de alcanzar el acuerdo en los asuntos que han sido conocidos pues, de las 115 plataformas censadas, sólo 18 ofrecían esa clase de información estadística. En las que lo hacen los resultados parecen positivos, pues las tasas de éxito son superiores al 50%, y a veces llegan incluso al 95<sup>34</sup>. Los proveedores de ODR tampoco suelen ofrecer

---

<sup>32</sup> Según el informe Conley, aun cuando la actividad de los sistemas de ODR comenzó en Estados Unidos, la distribución geográfica de los proveedores en 2004 indicaba que sólo el 57% tenían su sede en Estados Unidos, mientras que el 38% ya aparecía en Europa y el 16% en Asia. Estas tres regiones contabilizaban en 2004 la mayor parte de la actividad de ODR, si bien ha sido posible detectar la existencia de dos proveedores en Sudamérica, uno en África y una ODR de carácter multirregional.

<sup>33</sup> Según figura en el informe 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.

<sup>34</sup> El informe Conley ofrece los siguientes datos: Word&Bond: 100% de tasa de acuerdos; WebAssured: por encima del 95% en las quejas contra empresas miembros; Square Trade: 85% de los casos fueron resueltos mediante la facilitación de la negociación, al igual que otros a través de la mediación y del peritaje; IRIS Médiation: 53 de las 61 mediaciones (87%) fueron resueltas en su año piloto; Resolution Forum: El 75% de los casos fue resuelto de forma satisfactoria; SmartSettle: La tasa de acuerdos se eleva al 80%; Bankers Repository Corporation: con una tasa del 60% de acuerdos; Nominet: la tasa es del 50%; clickNsettle: también el 50% de acuerdos; Online Ombuds Office: igualmente el 50% de acuerdos; USSettle.com: del 40 al 50% de éxito en los acuerdos.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 14 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

demasiada información sobre el nivel de satisfacción del usuario, aunque hay alguna que, quizás por ser positivos, sí que los ofrece<sup>35</sup>.

- *Mecanismo de financiación y cobro a los usuarios*

El mecanismo de financiación utilizado por el sistema de ODR es uno de los datos que ofrece más interés en los informes consultados. La financiación de los sistemas de ODR ofrece ciertas dificultades. El desarrollo de la tecnología y el mantenimiento de la gestión de una plataforma de ODR puede ser costoso. Muchos proveedores de ODR han comenzado a dar servicio de forma gratuita porque contaban con una subvención de lanzamiento durante una fase experimental. Sin embargo, si su funcionamiento no logra pronto un nicho en el mercado de resolución de diferencias, probablemente no se mantendrán. La alternativa es entonces una financiación a través de organizaciones empresariales, que probablemente estarán dispuestas a desarrollar la tecnología y a remunerar a los terceros mediadores y árbitros que participan en su administración. Esta posibilidad de financiación, como veremos, puede condicionar la independencia y la imparcialidad en las decisiones, debido a los vínculos salariales existentes con las empresas.

El informe Conley de 2004 indica que los recursos de los sistemas de ODR se obtienen de muy variados modos, como por ejemplo a través de la simple subvención (ad.ex. Online Ombuds Office), la financiación del gobierno (ad.ex. Singapore’s Dispute Manager service), los pagos de los usuarios, ya sea de una o de las dos partes (ad. ex. Word&Bond), los pagos de los miembros de la plataforma (ad. ex. Nova Forum), o incluso se recurre a la financiación a través de publicidad (ad. Ex. Complain.com.au). Con todo, el mecanismo predominante consiste en la exigencia de tasas a los usuarios. El pago de los usuarios puede revestir formas muy diferentes: un pago único por la presentación del caso, una tarifa horaria que tenga en cuenta el tiempo utilizado por el mediador o árbitro, un pago de administración por el “alquiler de la habitación o *room*”, una tarifa plana que incluya cierto número de horas, un porcentaje sobre la cifra del acuerdo alcanzado, o un pago por cada turno de la subasta en la negociación

---

<sup>35</sup> El dato se refiere a los usuarios de Square Trade, donde el 80% afirma que volvería a usar el servicio.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 15 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

automatizada. El informe de 2001 de Consumers International ponía de relieve las dificultades de los consumidores al tener que hacer frente a costes del servicio de ODR que podían ser desproporcionados, al exceder incluso del importe de la reclamación. En el informe Conley de 2004, por el contrario, no se hace alusión a esta dificultad. Cuando los servicios de ODR aparecen asociados a procedimientos judiciales suelen aplicarse las mismas tasas que existen para los procedimientos que se desarrollan fuera de Internet. E igualmente, cuando el servicio está disponible en forma electrónica y en forma convencional, los proveedores suelen adoptar la misma política de precios para una y otra forma.

- *Idioma utilizado*

La utilización de un idioma distinto al propio del consumidor puede hacer fracasar, de plano, la posibilidad de utilización del sistema de ODR. Del informe Conley de 2004 se desprende que está mejorando el carácter multilingüe de los servicios ofrecidos, pues mientras que, en un anterior censo de 2003, 61 de los 76 páginas identificadas (80%) ofrecían servicios sólo en una lengua, de las cuales 53 de ellas lo hacían sólo en inglés, en el 2004, aunque el inglés seguía siendo el idioma más utilizado por los servicios de ODR (93), el español había mejorado bastante en el ranking (15) e iba seguido del francés (14) y el alemán (14). En total existen servicios de ODR ofrecidos en 20 lenguas, incluyendo el griego, ruso, Sinhala, Tamil, Irlandés, Noruego e islándes. La mayoría de los servicios son ofrecidos en un solo idioma (74%). No obstante, se detecta un incremento de aquellos que utilizan dos idiomas (15%) o varios idiomas (11%). Algunas 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 poner en marcha la asociación de las Cámaras de Comercio Europeas. Una de las plataformas más interesantes en esta cuestión idiomática es la que depende de la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley (*International Consumer Protection and Enforcement Network, ICPEN*)<sup>36</sup>, donde los consumidores pueden registrar su queja en 7 idiomas distintos.

- *Información sobre el curriculum del personal que administra el sistema de ODR*

---

<sup>36</sup> Véase la página <http://www.econsumer.gov/> (consultada el 21 de noviembre de 2009).

Del informe Conley 2004 se desprende que los proveedores de servicios de ODR apenas suministran información sobre los prácticos o expertos que llevan a cabo las actuaciones de mediación o arbitraje. No obstante, su acreditación debería ser importante, pues la confianza del consumidor podrá verse incrementada si éste sabe que los sistemas son gestionados por personal profesional y cualificado. Del mismo modo, en el informe de Consumer International de 2001 tampoco se registra información sobre el curriculum de los árbitros o mediadores contratados por los proveedores de servicios de ODR.

- *Otros: exigencias de seguridad y de determinación del régimen del caso*

Algunas de las cuestiones que aparecían como puntos negros en el informe de Consumer International de 2001 tenían que ver con el hecho de que, a pesar de los esfuerzos invertidos en seguridad, no se había logrado evitar el acceso no autorizado de personas a la aplicación informática del proceso. Se constata también la ausencia de adopción de medidas especiales dirigidas a garantizar la autenticación de la identidad de las partes. Y por último, la mayoría de los proveedores de estos servicios en línea no prestan atención a los problemas de determinación del régimen aplicable al contrato, ni siquiera en los contratos internacionales. Parece ser que, según indica el informe Conley de 2004, se espera que las partes lleguen a un acuerdo antes de que finalice el procedimiento.

#### **IV. Impacto del Derecho europeo**

##### **1. El acervo comunitario en el ámbito de la resolución extrajudicial de litigios de consumo**

El interés de la Comunidad Europea por los sistemas extrajudiciales de solución de litigios viene de lejos, como lo acredita 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". Este interés

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 17 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

recibió un nuevo impulso tras la activación de la política de protección del consumidor, por razones muy comprensibles. Para desarrollar toda la potencialidad del mercado europeo resulta necesario facilitar el acceso de los consumidores a la justicia, para lo cual los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios se erigen en una pieza importante, al permitir una satisfacción del consumidor más ágil y barata respecto del recurso a tribunales. No obstante, varios factores han condicionado la actuación del legislador comunitario en este ámbito. El primero guarda relación con el protagonismo de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que han supuesto limitaciones 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 queda limitada por dos circunstancias, a saber, la existencia de un elemento transfronterizo y la necesidad de que la regulación afecte al reconocimiento y ejecución de resoluciones. No obstante, en la actualidad parecen abrirse nuevas posibilidades para desarrollos legislativos europeos en este ámbito 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 con mecanismos reforzados de control<sup>37</sup>, el TFUE ha incluido varias innovaciones en su artículo 81, cuya redacción es la siguiente:

---

<sup>37</sup> 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.

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 garantizar:*  
*g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios (...)*”

Respecto del texto anterior, y aunque haya que esperar para ver el uso que se hace de esta competencia, la nueva redacción representa cierto avance respecto de la posibilidad de una actuación del legislador comunitario. Como mínimo despeja, para superarlas, algunas de las dificultades que podía plantear la elaboración de la Directiva 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<sup>38</sup>. 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. La expresión “desarrollo” puede tener diversas acepciones o interpretaciones. En lo que ahora interesa, el legislador europeo, mediante el uso de esta expresión, podría directamente instaurar plataformas de ODR para la resolución de litigios; o podría también someter las que existen a algún tipo de regulación; o simplemente podría establecer alicientes para las plataformas que cumplan con determinadas exigencias. En cualquiera de los casos, cualquier intervención legislativa que tenga lugar habrá de superar el juicio de subsidiariedad, e igualmente el de oportunidad, pues en un ámbito tan cambiante y en pleno desarrollo como el de la resolución electrónica de diferencias la regulación no debe convertirse en un freno a la posibilidad de la experimentación. En cualquier caso, dicha regulación tendrá que ser neutra desde el punto de vista de la tecnología. La nueva redacción, 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

---

<sup>38</sup> DO L 136, de 24 de mayo de 2008.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 19 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

regulada, 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 comunitario de protección del consumidor. La existencia de una regulación unitaria para situaciones internas y transfronterizas se compadece mejor con la realidad actual de la integración entre mercados en la Unión Europea.

Al margen de esa competencia, el interés de la Comunidad Europea en los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios se ha traducido en la producción de textos de *soft law*, tales como Planes de Acción, Recomendaciones, Resoluciones del Consejo que han ido estableciendo principios y criterios europeos en este ámbito. Sin tener fuerza obligatoria directa, no es posible desconocer el valor de estos documentos a la hora de definir en este ámbito la política de la Comunidad Europea. Entre los primeros documentos se encuentran la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia<sup>39</sup>, y la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001<sup>40</sup>. Uno de los momentos 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 1993<sup>41</sup>, 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 1996<sup>42</sup> 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 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.

---

<sup>39</sup> DO C 176, de 4 de julio de 1987.

<sup>40</sup> DO serie C, 206, de 21 de julio de 1999.

<sup>41</sup> Documento COM (93) 576 final de 16 de noviembre de 1993.

<sup>42</sup> 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).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 20 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 consumo<sup>43</sup>. 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 consumo<sup>44</sup>. 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 consumo<sup>45</sup>.

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 2004<sup>46</sup>. El consumidor puede acceder al órgano extrajudicial competente en el extranjero

---

<sup>43</sup> DO L 115, de 17 de abril de 1998.

<sup>44</sup> DO L 109, de 19 de abril de 2001.

<sup>45</sup> DO C, de 6 de junio de 2000.

<sup>46</sup> 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](http://ec.europa.eu/consumers/publications/factsheet-ECC-Net_en.pdf) (consultada el 12 de diciembre de 2009). 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

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 21 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

(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 Consumidor<sup>47</sup>, únicos en cada país, que actúan como centros de intercambio de información<sup>48</sup>. Junto a ésta, también se ha creado FIN-Net, como Red especializada en el sector de los servicios financieros<sup>49</sup>.

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 de

---

con el consumo. A través de esta Red se pretende facilitar 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.

<sup>47</sup> 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 periodo 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.

<sup>48</sup> 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/adrdbe\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adrdbe_en.htm) (consultada el 21 de octubre de 2009).

<sup>49</sup> 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](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm) (consultada el 12 de diciembre de 2009). 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 Memorándum 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 Memorándum 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 22 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 2003<sup>50</sup>. 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 disponen hasta el 21 de mayo de 2011 para realizar su transposición. 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

---

<sup>50</sup> DO C, de 10 de marzo de 2004.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 23 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

comunicaciones en los procedimientos de mediación". 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 2004<sup>51</sup>.

A partir del año 2000 los trabajos de la Comunidad Europea han centrado su atención en los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos diferentes del arbitraje, esto es, los de carácter consensual, que no suponen la imposición de la decisión de un tercero, lo cual parece dar a entender que no es necesaria una actuación del legislador comunitario en ese ámbito. Bien mirado, quizás existen razones para ello: en primer lugar, el arbitraje es una institución conocida en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, que cuenta con una regulación internacional bien consolidada; el arbitraje de consumo tiene también su propia regulación en algunos Estados de la Unión Europea, como es el caso de España; por otra parte, algunas de las cuestiones que suscita el arbitraje de consumo pueden ser resueltas, o han sido resueltas, por sus propias vías. Nos referimos, por ejemplo, al problema de la validez del acuerdo arbitral, y su carácter abusivo, que cuenta con una regulación armonizada en la Directiva 93/13/CE, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo<sup>52</sup>; además, el más detallado panorama de la articulación jurídica del arbitraje de consumo, esto es, la existencia de legislación estatal sobre la materia, comporta que los problemas jurídicos que haya de afrontar una actuación comunitaria sean diversos, y requieran un tratamiento específico y distinto respecto de la problemática de las ADR diferentes del arbitraje que, por el contrario, se encuentran en pleno proceso de evolución y desarrollo.

## **2. Consideración especial de los sistemas electrónicos de resolución de litigios**

La Unión Europea puso muy pronto su 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

---

<sup>51</sup> El Código de Conducta está disponible en la siguiente página web: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf) (consultada el 12 de diciembre de 2009).

<sup>52</sup> DO L 95, de 25 de abril de 1993.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 24 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 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 consumo<sup>53</sup>, 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

---

<sup>53</sup> DO C 155, de 6 de junio de 2000.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 25 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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*”.

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 línea<sup>54</sup>. 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 consumidor<sup>55</sup>. A pesar de esta promoción propiamente comunitaria, sin embargo esta plataforma no parece haber tenido mucho éxito hasta ahora<sup>56</sup>. Existen otros proyectos financiados por la Comunidad Europea, como Online Confidence, que es una iniciativa de las Cámaras de Comercio Europeas<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Véase la página web <http://www.ecodir.org> (consultada el 21 de octubre de 2009).

<sup>55</sup> 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”.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Véase la página web: [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/eten/cf/opdb/cf/project/index.cfm?mode=detail&project\\_ref=ETEN-26807](http://ec.europa.eu/information_society/activities/eten/cf/opdb/cf/project/index.cfm?mode=detail&project_ref=ETEN-26807) (consultada el 21 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 26 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

### **3. Principios europeos sobre la calidad de los órganos de resolución extrajudicial de litigios: su proyección sobre los sistemas electrónicos**

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.

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 árbitro<sup>58</sup>, que no debe suponer,

---

<sup>58</sup> En este sentido, véase P. Cortes: “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 228.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 27 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 conocimientos jurídicos, 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 litigios 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. Más arriba vimos que 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<sup>59</sup>. No obstante, no suelen cumplirse todos los requisitos. El capítulo que revela mayor dificultad es el relativo a la publicación del informe anual sobre las decisiones dictadas, 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 que hemos indicado más arriba resultarán conformes con este principio, resultando más idóneos los que permiten al consumidor el conocimiento del 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

---

<sup>59</sup> Véase el informe Conley de 2004, citado más arriba.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 28 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 con la misma se podría estar limitando la posibilidad para las partes 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 sistema<sup>60</sup>.

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 la 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, como ocurre con el sistema electrónico español de consumo (art. 41 Real Decreto 231/2008), pues estos servicios pueden ser 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

---

<sup>60</sup> En este sentido, véase P. Cortes: “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 229.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 29 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 aplicable<sup>61</sup>. 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 ley<sup>62</sup>. 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, la cual 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 231/2008<sup>63</sup>.

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. 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

---

<sup>61</sup> Véase A. Patrikios, “The role of transnational online arbitration in regulating cross-border e-business – Part I”, *cit.*, pp. 66-76.

<sup>62</sup> 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*”.

<sup>63</sup> Según esta disposición, “el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 30 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

dictadas para la transposición del Derecho comunitario derivado<sup>64</sup>. 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 cabría dar al principio de legalidad un sentido distinto, significando únicamente 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 diferentes de dicha solución legal.

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 comunitario<sup>65</sup>. 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 aceptado<sup>66</sup>. En virtud de la primera acepción, el principio de libertad 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

---

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> Véase la STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84: “Johnston”.

<sup>66</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 31 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

contractuales que para la resolución de diferencias remiten a sistemas de ODR ya sean de mediación o de arbitraje. ¿Entonces qué valor cabe dar a estas cláusulas? ¿Deben ser consideradas ineficaces? ¿O es posible atribuir a la infracción de dichas cláusulas algún tipo de valor? En nuestra opinión estas preguntas no pueden ser contestadas directamente con la acuñación que hace la Recomendación del principio de libertad, en cuya formulación, un tanto genérica, cabe descubrir cabos sueltos que es preciso regular. Por tratarse de hipótesis que pueden merecer valoraciones diferenciadas, más abajo nos ocuparemos de analizar el valor jurídico de las cláusulas contractuales de remisión a sistemas de ODR de mediación (V.4), y de las que remiten al arbitraje (V.3).

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 legal<sup>67</sup>. 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 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 cobertura<sup>68</sup>. Los principios que se recomiendan para los órganos

---

<sup>67</sup> En este sentido, véase P. Cortes: “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 229.

<sup>68</sup> Véase el punto 6 del preámbulo.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 32 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 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, como vimos más arriba, 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

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 33 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 por 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.

## **V. Exigencias específicas de los mecanismos alternativos de solución electrónica de litigios: los retos jurídicos del ODR**

Una vez traducidos al medio tecnológico, el respeto de los principios que hemos analizado puede contribuir a que las plataformas de servicios de ODR favorezcan una satisfacción ágil del consumidor y, a la postre, mejoren su acceso a la justicia. Ahora bien, como consecuencia de su ubicación en Internet, y debido al uso de la tecnología, los sistemas de ODR han de cumplir con exigencias especiales. En muchos casos se trata de exigencias directamente relacionadas con el entorno virtual, que desbordan las necesidades propias de los sistemas tradicionales de solución extrajudicial de litigios o ADR, y que derivan de la idea de protección del consumidor en el entorno virtual. El reto para el Derecho es identificar estas exigencias especiales, e intentar dar soluciones que respondan a las garantías de protección del consumidor en la resolución extrajudicial de litigios. Como máxima en este ámbito cobra valor la afirmación de que la tecnología ha de ser puesta al servicio del cumplimiento de las garantías de protección del consumidor, sin que por el contrario aquella pueda imponer sus soluciones. A continuación exponemos algunos de los retos jurídicos que han de ser resueltos por los sistemas de ODR y que derivan de su ubicación en el entorno tecnológico. Al hilo de ello esbozaremos el modo en que estos retos están siendo afrontados.

### **1. Accesibilidad**

Para los sistemas electrónicos de solución de litigios, el principio de transparencia encuentra traducción en una exigencia elemental de accesibilidad, que comporta, a su vez, la necesidad de que el sistema de ODR dé satisfacción a cuatro diferentes cualidades. La primera es la visibilidad, el control de las partes y la rastreabilidad. Los servicios de ODR deben ser fácilmente visibles en la página web. En dicha página debe resultar accesible la información mencionada más arriba, relativa a cómo va a desarrollarse el procedimiento, a fin de que las partes mantengan su control durante todo el proceso. Esta idea incluye la posibilidad de que las partes puedan conocer en todo momento el estado en el que se encuentra la disputa, lo cual viene denominado como rastreabilidad. La facilidad de acceso también se relaciona con el idioma elegido por el proveedor de ODR. Hemos visto que cada vez son más frecuentes las plataformas que utilizan más de un idioma. En cualquier caso, sería preciso contar también con herramientas de traducción automática, a fin de permitir, de forma constante, una comunicación fluida. La dificultad en este caso puede consistir en que la tecnología no sea muy buena a la hora de ofrecer una traducción correcta, lo que haría necesario la intervención de un traductor profesional. La accesibilidad encuentra también relación con el principio de eficacia, de donde se deriva la ausencia de costes elevados. Una vez desarrollados los programas, el sistema de las negociaciones automatizadas puede ser de gran valor, dado su bajo coste. En cambio, el recurso a técnicas que exijan la intervención humana podrá suponer un encarecimiento del procedimiento. En cualquier caso, la garantía para el consumidor en este punto viene dada por la posibilidad de conocer, en todo momento, el coste que le supondrá la utilización del servicio de ODR, por lo que resultan menos idóneos los sistemas de tarificación que no permitan dicho conocimiento desde el principio del procedimiento.

## **2. Autenticación de las partes, seguridad y confidencialidad**

Cuando las comunicaciones tienen lugar por medios electrónicos, especialmente a través de una red global y abierta como es Internet, pueden existir problemas de

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 35 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

seguridad en el acceso e intercambio de mensajes<sup>69</sup>. Por ello, la utilización del entorno virtual para la resolución de diferencias hace necesario utilizar medios tecnológicos que hagan posible, entre otros objetivos, garantizar la identificación de las partes involucradas en la reclamación, para poder así identificar al autor de cada mensaje; comprobar que el mensaje proviene de la persona que aparece como emisor; tener certeza sobre la integridad del mensaje, a fin de asegurar la detección de cualquier cambio en el contenido del mensaje en el tiempo transcurrido desde el envío hasta su recepción; asegurar que sólo puede leer el contenido del mensaje el remitente y el destinatario del mismo; garantizar que el emisor del mensaje no pueda negar su envío, y que su destinatario no pueda negar su recepción; garantizar la confidencialidad, esto es, proteger el almacenamiento de información en una base de datos que la mantenga fuera del alcance de personas no autorizadas, y respetar los requisitos de transferencia de datos de la legislación aplicable<sup>70</sup>; y permitir distinguir los documentos originales de las copias. Aunque hoy en día se ha producido un gran avance en el cumplimiento de estos objetivos, sin embargo no ha sido posible dejar de detectar fallos en la tecnología que han permitido, por ejemplo, casos de suplantación. La seguridad plena quizás resulte imposible, pero no por ello deben dejar de realizarse esfuerzos para conseguirla. La adaptación de un sistema de ODR a las pautas de seguridad reforzada existentes en cada momento deberá conducir a una consideración positiva en este punto de dicho sistema.

El uso de la firma electrónica puede coadyuvar a la utilización más segura de los sistemas de ODR, pues la misma es capaz de cumplir con la exigencia de autenticación que supone la identificación de su autor, y con la exigencia de integridad, al garantizar la inexistencia de una manipulación posterior de la información transmitida. El legislador comunitario ha favorecido el proceso de implantación de la firma electrónica a través de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica<sup>71</sup>. En el Derecho español la transposición de esta Directiva tuvo lugar a través del Real Decreto

---

<sup>69</sup> Sobre los problemas jurídicos de la exigencia de seguridad véase J. Hörnle, "Online Dispute Resolution: the Emperor's New Clothes. Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration", *cit.*, pp. 31-32.

<sup>70</sup> Sobre la legislación aplicable a la transferencia de datos protegidos, véase D. Sancho Villa, "Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de ley aplicable", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, 16, pp. 401-445.

<sup>71</sup> DO L 13, de 19 de enero de 2000.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 36 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica<sup>72</sup>, que ha sido sustituido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica<sup>73</sup>.

La exigencia de confidencialidad no se relaciona solamente con la posibilidad de hacer recurso a medios técnicos de criptografía que hagan inaccesible la información para personas no autorizadas, sino también con la necesidad de un tratamiento de los datos aportados que sea conforme con las exigencias de la legislación sobre protección de datos. Este tratamiento no debe impedir llevar estadísticas sobre los resultados de la gestión de asuntos, a fin de hacer posible la publicación de información sobre la actividad del proveedor de servicios de ODR. Muchos sistemas cuentan con su propia política sobre confidencialidad, y los usuarios conocen de antemano el uso que se le dará.

Respecto de la seguridad de los mensajes, siempre se ha dicho que el correo electrónico no es suficientemente seguro. Si bien el correo electrónico encriptado puede ser igual o más seguro que el postal, y existen hoy en día buenas opciones de encriptación, tales como S/MIME, se trata sin embargo de alternativas que no han sido acogidas de forma general. La mayoría de los nuevos sistemas de ODR no utilizan el correo electrónico, sino que permiten que las partes se comuniquen en una página web segura. El mecanismo más frecuente es *Secure Sockets Layer* (SSL), que aparece indicado por el sitio web comenzando con "https" o un símbolo de un candado cerrado en la línea que marca la dirección de Internet.

Una garantía adicional del procedimiento tiene que ver con la posibilidad de identificar el momento en que han tenido lugar los principales actos que llevan a cabo las partes. La necesidad de tener constancia de estos momentos adquiere interés, sobre todo, cuando el sistema de ODR está configurado con preclusión de fases, y es necesario datar la presentación y notificación de los documentos. En defecto de sistemas normativos, ha sido la autorregulación la que ha establecido códigos y criterios al respecto. La utilización del Servicio Digital de Sellado de Tiempo (*Digital Timestamping Services*) puede servir para garantizar la inclusión de la fecha, hora e integridad del escrito presentado. Con las operaciones de Sellado Temporal se congela el estado de cualquier objeto digital en un

---

<sup>72</sup> BOE núm 224, de 18 de septiembre de 1999.

<sup>73</sup> BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003. Véase su disposición derogatoria única.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 37 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

instante de tiempo, probando así que el documento, en ese preciso estado, ya existía y que no ha podido ser modificado hasta el presente en el que se verifica la validez del sello.

### 3. El convenio arbitral electrónico

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 extranjeras<sup>74</sup> y por el Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional<sup>75</sup>, no pudo referirse al convenio arbitral electrónico, pues esa posibilidad resultaba impensable por aquel entonces<sup>76</sup>. La proliferación del comercio electrónico, y el uso frecuente de cláusulas arbitrales de correos electrónicos o en sitios web interactivos, ha motivado que la doctrina proponga la asimilación del intercambio de mensajes de correo electrónico al de cartas o telegramas en la interpretación de esas normas, pues los elementos esenciales del intercambio de telegramas pueden ser reproducidos a través de un uso apropiado del correo electrónico. Interpretación que también se impondría cuando la aceptación tiene lugar a través del contacto interactivo con una página web de una oferta que incluye entre sus términos una cláusula de sumisión a arbitraje, en la medida en que existe un intercambio de información análogo al que se produce mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico. La misma doctrina señala, no obstante, la necesidad de tomar cierta cautela, pues si la parte con la que se contrata procede de un país donde impera una interpretación restrictiva de la exigencia de forma escrita para el convenio arbitral, sería aconsejable un intercambio de documentos escritos y firmados a través de un correo certificado o de un fax<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>75</sup> BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

<sup>76</sup> 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”..

<sup>77</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 38 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 sesiones<sup>78</sup>, 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 1958<sup>79</sup>. En cualquier caso, la posibilidad de recuperación a efectos de prueba es lo que dota al convenio arbitral electrónico de su equivalencia con el celebrado en soportes tradicionales. A este fin responde, entre los medios de prueba, la firma electrónica, dado que permite efectuar la comprobación de la identidad del origen y de la integridad de los mensajes intercambiados en Internet.

No obstante, la eficacia del convenio arbitral electrónico puede topar con la normativa europea sobre protección del consumidor en el acceso a la justicia. Como sabemos, la Recomendación 98/257/CE de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo no se mostraba proclive a la admisibilidad de la validez de los convenios arbitrales electrónicos pactados antes del surgimiento del litigio, pues la misma parte de 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

---

<sup>78</sup> La Recomendación se encuentra disponible en la siguiente página web: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> (consultada el 24 de noviembre de 2009).

<sup>79</sup> El texto de la convención está disponible en la siguiente página web: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf) (consultada el 24 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 39 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

Directiva 93/13/CE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo<sup>80</sup>, 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 litigio<sup>81</sup>, o del canadiense, donde existe debate en torno a esta cuestión<sup>82</sup>.

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. 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

---

<sup>80</sup> DO L 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>81</sup> Indicando estos datos, véase P. Cortés, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 228.

<sup>82</sup> Véase J. Watson Hamilton, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?”, *Revue de Droit de McGill*, 2006, 51, pp. 693-734.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 40 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

autorización o supervisión pública, lo cual generaría la introducción de competencia en el ámbito de la resolución de diferencias<sup>83</sup>.

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 efecto<sup>84</sup>. 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 litigio<sup>85</sup>. 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 consumo<sup>86</sup>. Y de este ejemplo, en nuestra opinión, cabe extraer pautas de utilidad para el tratamiento que han de merecer los sistemas de ODR, pues si las garantías que ofrecen son suficientes no deberían provocar recelos cuando son utilizados como mecanismo sustitutivo del recurso a tribunales. En la medida en que la tecnología responda a las exigencias de protección del consumidor, no deben existir reparos a un sistema de ODR de arbitraje de consumo, tal y como sucede en el caso del arbitraje de consumo español, que recientemente se ha preocupado por las condiciones de accesibilidad de la aplicación informática que da soporte al arbitraje electrónico<sup>87</sup>. De ahí derivaría la posibilidad de no considerar como

---

<sup>83</sup> En este sentido, véase P. Cortes, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 228.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> Véase el art. 24 del Real Decreto 231/2008 y el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>86</sup> La cuestión de la determinación del régimen del convenio arbitral puede ofrecer cierta dificultad, que deriva de la diversidad de perfiles presentes (inaplicación del Reglamento Roma I al convenio arbitral, incidencia de la política comunitaria de protección del consumidor, existencia de normas especiales de DIPr derivadas de las Directivas comunitarias), 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.

<sup>87</sup> 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

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 41 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 momento de la aceptación del contrato<sup>88</sup>. 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 individual<sup>89</sup>. En su sentencia de 27 de junio de 2000 el TJCE

---

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.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 42 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 litigar<sup>90</sup>. 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 ODR<sup>91</sup>. 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 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

---

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 43 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

familiarizado. El carácter electrónico del arbitraje debe poder ser una ventaja, y no un inconveniente. 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.

#### **4. Cláusulas obligatorias de remisión a sistemas de ODR**

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. El problema de estas cláusulas deriva de su formulación como mandatos obligatorios, es decir, del hecho de que, en su literalidad, parecen significar que las partes pierden, y hacen renuncia, de su derecho a acceder a la justicia a través de órganos jurisdiccionales. Sin embargo, es necesario hacer una acotación más estricta del problema. Si en el contrato se incluye una cláusula en virtud de la cual las partes se someten, para resolver sus diferencias, a un sistema de ODR, haciendo así renuncia al recurso a la jurisdicción, ello supone denegación de justicia en contravención del artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de 1950, del principio de libertad que reconocen la Recomendación europea 98/257/CE, y la Recomendación 2001/310/CE, del punto q del Anexo de la Directiva 93/13/CE de 21 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo, así como de todas las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea. No se trata, por tanto, de poner en duda la posibilidad de que las partes puedan acudir a los órganos jurisdiccionales, sino de valorar si resulta posible para el sistema jurídico atribuir efectos al hecho de que las partes no hayan respetado dicha cláusula y, por tanto, hayan acudido a los órganos jurisdiccionales para resolver sus diferencias, sin haber respetado la obligación de acudir al sistema de ODR programado en el contrato<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> 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-%20Pablo%20Cortes%20-%2013%20December%202009.pdf> (consultada el 13 de diciembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 44 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

A pesar de que no existe legislación comunitaria 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*”. Son los Estados miembros quienes pueden establecer mecanismos a fin de favorecer la mediación. Por ejemplo, en el procedimiento civil del Reino Unido, el juez puede informar a las partes sobre la posibilidad de considerar el uso de la vía extrajudicial, y si dicha consideración es rechazada de forma irrazonable por una de las partes, será posible imponer las costas a esta parte, incluso a pesar de que haya sido quien ganó el litigio<sup>93</sup>.

Parece bastante razonable pensar en la conveniencia de una mediación a través de ODR como elemento capaz de evitar un proceso judicial. No obstante, no creemos que sea procedente el establecimiento de alicientes o sanciones para caso de infracción de la cláusula de remisión a un sistema de ODR, por lo menos no en todos los casos. 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 quiere 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

---

<sup>93</sup> 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](http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part44.htm#IDADESZ) (consultada el 27 de noviembre de 2009).

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 45 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

tranquilidad desde la órbita judicial por cumplir con ciertas exigencias mínimas de calidad relacionadas con el acceso del consumidor a la justicia. La solución a esta regulación de equilibrio, en nuestra opinión, sólo puede ser encontrada mediante la división de los sistemas de ODR en dos tipos distintos, a saber, los que cumplen de forma satisfactoria con los principios de protección del consumidor en el acceso extrajudicial a la justicia, y los que no lo hacen. De ahí resulta la necesidad de prestar atención a la configuración del sistema de ODR, para comprobar si responde a las reglas y principios de protección del consumidor en el acceso a la resolución extrajudicial de litigios del Derecho europeo y que, respecto del ODR, se concretan en las cuestiones que vimos más arriba, esto es, en el modo en que se financian, en si cumplen con una exigencia elemental de accesibilidad, 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. Sólo cuando el sistema de ODR al que remite el contrato responde en su configuración a unas garantías mínimas será posible asociar alguna clase de efecto a la falta de cumplimiento por el consumidor de la obligación de acudir a dicho sistema para la resolución de las 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 será posible asociar consecuencias en el procedimiento judicial<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Véase en este sentido P. Cortes, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, p. 222.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 46 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

## **5. El cumplimiento de la decisión 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 decisión<sup>95</sup>. 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 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

---

<sup>95</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 47 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 48 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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.

## **VI. Conclusión: posibles vías de actuación para el Derecho comunitario respecto de los sistemas de ODR de consumo**

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

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 49 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 partes<sup>96</sup>. 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.

---

<sup>96</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 50 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

Cabría proponer 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, pues han servido para precisar las exigencias comunitarias de protección del consumidor en el acceso a la justicia a través de mecanismos extrajudiciales. No obstante, por las importantes implicaciones que podría tener para el desarrollo de los sistemas de ODR, parece sensato pensar en la idea de elaborar un Libro Verde, a fin de que sea posible tener en cuenta la opinión de todas las partes interesadas, como las empresas que ofrecen esta clase de servicios, los técnicos responsables de su gestión, o las asociaciones de consumidores. Para dicho libro verde cabría tomar como punto de referencia el elaborado en el año 2002 relativo a la resolución extrajudicial de litigios, adaptado ahora a la resolución de litigios entre consumidores y empresarios<sup>97</sup>.

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 por tanto una 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 punto<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> En este sentido, véase P. Cortes, “Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes”, *cit.*, pp. 224-225.

<sup>98</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 51 en la contratación internacional de consumo", en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 comunitario<sup>99</sup>. 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 públicas<sup>100</sup>. Desde la iniciativa e-Europa de 1999 la Comunidad Europea ha querido promover el surgimiento de marcas de confianza a fin de garantizar el 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 ODR<sup>101</sup>. 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

---

<sup>99</sup> Véase P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.* p. 226.

<sup>100</sup> 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 y la información que allí se suministra.

<sup>101</sup> Véase P. Cortes, "Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes", *cit.* p. 226.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 52 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

órganos extrajudiciales que cumplen con los principios establecidos en las Recomendaciones<sup>102</sup>. Sin embargo, la lista en cuestión no resulta de mucha utilidad, pues sólo algunos de los órganos incluidos ofrecen servicios de ODR<sup>103</sup>, y además de ciertos informes se desprende que no todos los servicios allí incluidos cumplen con los principios establecidos en las Recomendaciones Europeas<sup>104</sup>. 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 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

---

<sup>102</sup> Se puede ver en la página web [http://ec.europa.eu/consumers/redress/out\\_of\\_court/adrdbe\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adrdbe_en.htm) (consultada el 23 de noviembre de 2009).

<sup>103</sup> 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/>

<sup>104</sup> 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.

F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios de consumo (ODR) 53 en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (directores), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 165-222.

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 impacientes a ese desarrollo.

\* \* \* \*