

LA PLATAFORMA ODR

¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?



ADICAE
Asociación de Usuarios
de Bancos, Cajas y Seguros

Este estudio se ha editado dentro del Proyecto “La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España, una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores” que ha sido desarrollado por ADICAE a lo largo del año 2016.

A pesar de las dificultades, la transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español, así como del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo que sirve de base para este estudio, siguen constituyendo una oportunidad clara para la reforma de los actuales sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Debemos aprovechar la demora en la introducción de la nueva normativa en España para plantear las mejoras necesarias con las que vencer las lagunas y déficits que aún hoy suponen una barrera para los consumidores a la hora de reivindicar sus derechos.

Desde ADICAE consideramos fundamental que los consumidores dispongan de unas vías de reclamación ágiles, justas y efectivas, para poder defenderse de los constantes abusos con todas las garantías, también a través de internet, y así responder a las nuevas exigencias de un mercado cambiante y en constante evolución tecnológica.

Zaragoza, diciembre 2016

ADICAE Servicios Centrales
C/ Gavín, 12 local - 50001 Zaragoza
Tfno: 976 390 060
Fax: 976 390 199
email: aicar.adicae@adicae.net
www.adicae.net

D.L.: Z 1691-2016

La resolución de conflictos en línea

Aura Esther Vilalta Nicuesa

Profesora de Derecho Civil de la Univeridad Oberta de Cataluña

Sumario

1. Introducción.
2. Los Online Dispute Resolution (ODR).
3. Primeras manifestaciones y formulaciones teóricas de resolución en línea de consumo.
4. Características de los ODR y beneficios.
5. Partes y participantes en los ODR.
6. Efectos del entorno electrónico en la actividad de los expertos.
7. Modalidades ODR. La negociación en línea. La mediación y conciliación en línea. El arbitraje en línea. Los med-arb y los procedimientos mixtos o escalables.
8. Las nuevas tendencias: herramientas complementarias de los ODR. Los sistemas reputacionales, de compulsión privada y los smart contracts.

1. Introducción

La multiplicación de las relaciones económicas entre particulares (P2P) y entre consumidores y empresas (B2C) ha provocado en los últimos tiempos un cambio en las dinámicas comerciales que se manifiesta con particular intensidad en el incremento notable de las relaciones jurídicas y en su deslocalización, favorecidas por las nuevas tecnologías, internet y la contratación electrónica. En este contexto, como es natural, también la litigiosidad ha padecido un importante aumento. Es precisamente esta nueva realidad en las postrimerías del siglo XX y el consecuente colapso de la Administración de justicia los factores que han favorecido la proliferación de métodos alternativos de resolución de las controversias (ADR/ODRs), al calor de instituciones y programas de iniciativa pública y privada. La eficiencia de estos métodos, vinculada a la reducción de tiempo y costes de los procesos, está provocando una creciente «fuga» del orden jurisdiccional al ámbito extrajudicial.

En las compras transnacionales el primer obstáculo que arrostran los consumidores deriva de las dificultades de acceso a la justicia, en ocasiones, insalvables en el marco tradicional de la jurisdicción toda vez que estos procesos ante los tribunales se alargan, la complejidad de los asuntos se incrementa y los distintos niveles de protección de los

consumidores confunde, de modo que el coste de los procesos inherentes habitualmente supera con creces el valor económico de la reclamación. Esta realidad contrasta con la creciente intensificación de las compras online y la movilidad de los ciudadanos.¹

La negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje son modalidades convencionales, de naturaleza extrajudicial que han reportado notables beneficios al complejo marco de las relaciones de consumo. Fundamentados en el principio de autonomía de la voluntad privada, les son aplicables el régimen general de los contratos y las disposiciones específicas derivadas de sus formulaciones tradicionales: el contrato de transacción y de compromiso. Estas modalidades convencionales representan una prioridad política para Estados e instituciones hasta el punto que la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas han volcado esfuerzos durante más de una década para dotarlos de un claro marco normativo armonizado. Esta prioridad política se manifiesta y extiende hoy, también a los servicios en línea de resolución de los litigios transfronterizos y a través de Internet.²

2. Los Online Dispute Resolution (ODR)

Las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC) aplicadas a las relaciones económicas ha revolucionado el comercio tradicional a un ritmo sin precedentes. Elimina las barreras tradicionales entre oferentes de bienes o servicios y usuarios. El tiempo, la distancia geográfica o las diferentes lenguas ya no constituyen obstáculos. El desarrollo del comercio electrónico y la tendente globalización de los mercados, favorecida por el uso de las TIC, provocan nuevos desafíos. Del mismo modo, la producción de soluciones aportadas por el derecho a los conflictos tiende a una armonización internacional al propio tiempo que atiende a las particularidades negociales locales y de consumo derivadas de las distintas tradiciones y culturas jurídicas. Es en este novedoso contexto que emergen y se consolidan términos de nuevo cuño para describir también mecanismos de resolución de disputas en línea. Pero más allá de las reflexiones teóricas que ha suscitado esta cuestión, los mecanismos en línea para la resolución extrajudicial de las disputas emergen hoy como una respuesta efectiva a las nuevas necesidades de un comercio electrónico de escasa cuantía y de naturaleza transnacional en plena expansión, que procuran la satisfacción de los intereses de las partes de modo rápido, sencillo y económico, una cuestión clave a los fines de garantizar la efectividad de los derechos y de generar la confianza entre los sujetos en el comercio electrónico sin renunciar a la protección jurídica y al acceso a la justicia.

Es significativo que, en la medida que este contexto socioeconómico se generaliza, se consolidan instituciones y programas dedicados a la aplicación de soluciones adaptadas a

1 Vid. VILALTA, A. E. (2013) *Mediación y arbitraje electrónicos*. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 24-26.

2 Vid. acerca del panorama global, *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19.04.2002, COM(2002) 196 final.

las nuevas necesidades y en un entorno extrajudicial: los denominados mecanismos alternativos de resolución de disputas (RAL; en inglés, ADR) y los mecanismos en línea (RLL, en inglés, ODR) que aplican modalidades convencionales de resolución extrajudicial.

El conjunto de experiencias desarrolladas durante los últimos lustros ha puesto de manifiesto, no sólo el carácter inicialmente alternativo de estas modalidades de resolución, sino su potencial para devenir mecanismos coparticipantes y complementarios de los sistemas de administración de justicia, por ser particularmente adecuados para la conducción de los litigios hacia soluciones flexibles, rápidas y económicas que favorezcan la paz social.

Los métodos de resolución en línea se manifiestan especialmente adecuados para el consumo en masa o en transacciones económicas de discreta cuantía, donde los factores tiempo/coste son importantes para las partes. Piénsese en las denominadas relaciones B2C, en cuyo contexto las modalidades electrónicas y la participación multidireccional favorecen procesos y soluciones de manera rápida, económica, flexible y deslocalizada sin que los factores tiempo, lugar, lenguajes o diversidad de sistemas jurídicos constituyan un obstáculo.

La estandarización técnica y legal de los sistemas en línea, así como su interoperabilidad, contribuyen a que estas modalidades adquieran el oportuno encaje como mecanismos complementarios de los sistemas de administración de justicia. En este sentido, la interoperabilidad de los sistemas es esencial. Aun cuando el término interoperatividad proviene de la ingeniería técnica de sistemas, es un vocablo que, en un sentido amplio, abarca y tiene en cuenta los aspectos y factores sociales, políticos y de organización y permite referir la necesidad de que programas y procesos se estandaricen de modo que consientan la comunicación y la transferencia de datos y programas entre unidades funcionales diversas, y favorezca que sistemas y organizaciones diversas puedan trabajar unidas o en modo colaborativo. La implementación de sistemas como los descritos no viene a suplantar, en caso alguno la importante labor de partes y terceros en la resolución de las controversias a través de las negociaciones, mediaciones o juicios arbitrales.

Las tecnologías de la información han revolucionado el comercio. Y también son especialmente adecuados para la resolución de determinados litigios, ahorrando tiempo y dinero

El término *Resolución en Línea de Litigios* (RLL) o el más conocido término anglosajón *Online Dispute Resolution* (ODR) son utilizados comúnmente para designar sistemas resolución de conflictos que operan en un entorno electrónico. Esta categoría, que en un inicio parte de las modalidades offline (RAL/ADR), abarca hoy además una extensa variedad de procesos electrónicos que permiten a las partes resolver sus disputas de manera eficiente, rápida, económica y deslocalizada.

Conocidos mayormente por sus siglas en inglés ODR -dado que este fenómeno proviene y se viene desarrollando en el mundo anglosajón- son modalidades que se desarrollan en el entorno electrónico, lo que no implica necesariamente que el conflicto o litigio tenga

I. La resolución de conflictos en línea

su origen en una transacción electrónica. De puntualizarse sin embargo que no existe una total correspondencia entre las formas alternativas de resolución que se desarrollan de manera presencial (ADR/RAL) y las que se emplean en línea (ODR/RLL), habida cuenta que las segundas tienen un ámbito de aplicación mayor, al aprovechar el entorno que ofrece Internet y sacar ventaja de herramientas que actúan incluso en las fases de formación contractual. Las TIC, a mayor abundamiento facilitan la generación de nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en los ADR. Del mismo modo, el uso anecdótico de la tecnología en una modalidad presencial no implica necesariamente su migración al ámbito de las modalidades en línea. En este sentido puede afirmarse que ADR y ODR no son, en consecuencia, acrónimos intercambiables. Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que los segundos se nutren de la experiencia ADR y aprovechan las ventajas de las TIC para mejorar sus funcionalidades. En consecuencia, resulta esencial en todo proceso en línea una buena comprensión de los principios que rigen los mecanismos y modalidades tradicionales.³

Tras la observación y análisis de las principales manifestaciones de los mecanismos existentes se han ido destilando caracteres que resultan identificativos y representativos de cada una de las modalidades. A través de una actividad descriptiva de los diversos elementos estructurales que los identifican, se ha podido proceder con el tiempo a su sistematización y

posterior clasificación en, al menos, dos grandes dimensiones o categorías, atendiendo a la modalidad de composición de las controversias de sus órganos y trascendencia jurídica que adquiere este elemento diferenciador: los ADR/ODR heterocompositivos⁴ -a través de los cuales las partes encomiendan la solución a un tercero y, una vez iniciado el proceso, éste adquiere autonomía y potestad para decidir- y los autocompositivos⁵ -donde las partes alcanzan un acuerdo por ellas mismas o con la ayuda de un experto-. Junto a estos se hallan también modalidades mixtas -que integran en su seno, sin mezclarse ni perder su naturaleza algunas de las anteriores- e híbridas -que aprovechan las bondades de todas creando modalidades nuevas con identidad propia.⁶

Las formas alternativas de resolución que se desarrollan de manera presencial (ADR) y las que se emplean en línea (ODR) no son intercambiables y las segundas tienen un ámbito de aplicación mayor

3 Vid. VILALTA, A. E. (2013) *Mediación ...* op. cit. p. 40.

4 Denominados asimismo como determinativos, adjudicativos o adversariales. En éstos el poder decisorio se traslada a un tercero por voluntad de las partes, quienes le encomiendan la tarea de decidir por ellos.

5 Denominados también de amigable composición. Las partes conservan en todo momento el poder de decisión sobre el conflicto. El problema es gestionado y resuelto por ellas mismas, con el auxilio o ayuda de un tercero profesional.

6 Un ejemplo es la figura del *ombudsman scheme*, tercero que suele ser una persona de reconocido prestigio pero vinculada a una institución, que tiene encomendada la tarea de facilitar, sugerir o proponer una solución a los problemas que se planteen entre dicha institución y terceros; sugerencia que resulta vinculante para la institución y no así para el particular, que podrá rechazarla y acudir a otros medios.

3. Primeras manifestaciones y formulaciones teóricas de resolución en línea de consumo

Podríamos señalar como punto de partida o protohistoria de estas modalidades electrónicas los primeros usos de Internet para el envío de documentación por vía electrónica. Sin embargo, hasta que no se autorizara el uso comercial de internet, éstos no emprenderían de forma efectiva su andadura.⁷ Modelos de negocio como *eBay* o *Amazon* ayudaron a popularizar el comercio electrónico y entraron en funcionamiento los primeros prototipos ODR. Tras *Mediate.com* el *Centro Nacional de Investigación en Información Automatizada* (NCAIR) decide conceder subvenciones para varios proyectos experimentales ODR y surgen entonces los primeros proyectos vinculados a la gestión electrónica de las disputas a través de la mediación y del arbitraje: *Virtual Magistrate project*, *Online Ombuds Office* (OOO), *CyberTribunal* de la Universidad de Montreal, *iCourthouse*, y *Square-Trade*.

En ese mismo año 1996, se producen acontecimientos significativos: (i) se celebra una competición internacional de métodos de resolución de conflictos online (ICODR); (ii) *Lex Electronica* proporciona uniformidad al comercio electrónico creando un código internacional legal, al cual las partes se someterán en lo que respecta a la regulación de sus derechos y obligaciones; (iii) Académicos como Ethan Kathes Y Colm Brannigan van acuñando el acrónimo de *Online Dispute Resolution*, ODR⁸; Y la Comisión de las Naciones Unidas para

⁷ Vid. VILALTA, AE, *Mediación ...* op. cit. pp. 263 y 264. El primer negocio *online* aparece en 1994, y su desarrollo se produjo de la mano de los accesos y de las conexiones rápidas, así como de la implantación de protocolos de seguridad (http y DSL) e introducción de formas de pago electrónicas seguras. El Departamento de Defensa de los Estados Unidos –a través de su *Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada* (ARPA)- desarrolló en el año 1969 una red experimental llamada ARPAnet para vincular a cuatro centros de supercomputación de investigación militar. En la década de los '70 nuevos protocolos de internet -TCP/IP- empezaron a desarrollarse. En 1973 ARPAnet se incorporó a las redes móviles que utilizan satélites síncronos (SATnet) y paquetes móviles de radio (PRnet): "internetting". Cuatro años después, se efectuó una demostración de las redes vinculadas ARPAnet, SATnet, y PRnet. No sería hasta 1989 que se llevaría a cabo el primer correo electrónico experimental interconectando (MCI). Compuserve, ATTMail y Sprintmail siguieron en breve. Y para el año 1990 ya se contaba con LISTSERVS, un forum que empezó a resolver los conflictos más comunes derivados del uso de internet, habida cuenta que los estudiantes universitarios con conocimientos de informática ya tenían acceso a las redes de las universidades. Los LISTSERVS constituyeron el primer forum donde tuvieron lugar los conflictos más comunes en la red. En 1992 la *National Science Foundation* eliminó definitivamente las importantes restricciones sobre el uso comercial de Internet, lo que favoreció a medio plazo (1995) que Jeff Bezos lanzara *Amazon*, Píerre Omidyar fundara *eBay* y se desarrollara *Mediate.com*, la primera comunidad online de resolución de disputas profesionales creada por John Helie y Jim Melamed. Un año más tarde, en 1996, se organiza la primera competición internacional de métodos de resolución de conflictos online (ICODR) y el mismo año se celebra la primera "Conferencia sobre solución de controversias en línea patrocinada por el *Centro Nacional de Investigación en Información Automatizada* que constituiría el comienzo del movimiento de solución de controversias en línea. También en 1996 *Lex Electronica* celebra su décimo aniversario, coincidiendo con el décimo aniversario de la publicación en el *Stanford Law Review* del artículo de JOHNSON y POST "Law and Borders –The Rise of Law in Cyberspace".

⁸ Aparece publicado el artículo "Resolución de Disputas en el ciberespacio" del profesor KATSH en 28 Conn. L. ReVid. 953.

I. La resolución de conflictos en línea

el Derecho Mercantil Internacional aprueba una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que contribuiría a dar carta de naturaleza a este tráfico en la red.⁹

A partir del año 1997, nuevos actores aparecen en escena: *ResolutionForum.org*; *Resolveitnow.com*; *InternetNeutral.com*, *Cybersettle*, *ResolutionForum.org*, *Resolveitnow.com*, el sistema ICANN para disputas de nombres de dominio, o *SquareTrade*. Y, contemporáneamente, acaecen algunos importantes hechos: (i) se sella una alianza de *Better Business Bureau* (BBB) con *Eurochambres* -red de Cámaras Europeas de Comercio- y *FEDMA -European Direct Marketing Association-* para la gestación de un método en línea transatlántico de gestión de controversias B2C; (ii) la *American Arbitration Association* (AAA), organización de EEUU con mayor implantación en el ámbito de la resolución de disputas B2B, proporciona soluciones electrónicas a nivel mundial; (iii) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) anuncia una iniciativa centrada en la solución de controversias en demandas colectivas. Algo más adelante, en el 2002, el Comité RAL de la *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) decide conducir un programa piloto aplicando mecanismos electrónicos para resolver litigios transfronterizos entre empresas de México, EEUU y Canadá. Y en el año 2002 se celebra la primera mayor conferencia online sobre vías extrajudiciales de resolución de conflictos, *Cyberweek*.

Desde entonces, y tras la eclosión del dot.com y el gran desarrollo de la www, se han ido sucediendo numerosas experiencias e iniciativas privadas: *U.S.Settle*, *WebAssured.com*, *SettleOnline.com*, *InternetOmbudsmann.at*, *Mediation Arbitration Resolution Services* (MARS), *ClickNsettle.com*, *1-2-3Settle.com*, *AllSettle.com*, *BBBOnline*, *ClaimChoice*, *ClaimResolver*, *Wecansettle*, *WebMediate*, *MediationAmerica*, *NovaForum*, *OnlineResolution*, *Resolution*, *ECODIR*, *Settle Today*, *Juripax* al margen de interesantes iniciativas institucionales como *Mediateur du net*, *e-Mediator*, y más recientemente también *Conciliacam*, *ConciliaOnline*, o *RisoltiOnline* de la mano de las cámaras de comercio.

La Unión Europea está volcada en crear un marco normativo de ADR/ODR a la par que los mercados buscan mecanismos transnacionales eficaces que permitan su apertura y expansión

Desde una perspectiva regional, se observa también un interés creciente de los Estados y regiones por dotar a los mercados de mecanismos transnacionales eficaces que permitan su apertura y expansión. Es botón de muestra de esta tendencia la intensa actividad legislativa de la Unión Europea volcada hoy en la creación de un adecuado marco normativo para la implantación y desarrollo de ADR/ODR: las Recomendaciones de 1998 y 2001 informando acerca de los principios que deben inspirar a los órganos responsables de la

9 Seguidamente Unión Europea aprueba su 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 (Directiva sobre el comercio electrónico).

resolución extrajudicial de conflictos¹⁰; la edición del Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*¹¹, o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*¹²; También la Organización de las Naciones Unidas, atenta a la necesidad de armonizar algunos aspectos relativos al comercio electrónico y del riesgo de fragmentación a nivel regional de la práctica y normativa reguladora inicia a través de distintos Grupos de Trabajo de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) los estudios y debates para la elaboración de Directrices que informen acerca de los estándares legales aconsejables para las modalidades en línea de resolución a nivel internacional (WG III)¹³ y para la elaboración de un instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación (WG II)¹⁴.

Como es natural, este devenir ha venido acompañado de ciertos estudios teóricos que permiten comprender el fenómeno ODR¹⁵ y en el campo de la inteligencia artificial también se producen paulatinamente sensibles aportaciones a la resolución en línea.¹⁶

10 En el seno de la UE, Vid. Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*. 1998. O.J. (L 115/31). Y Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*. 2001. O.J. (L.109/56). En el Consejo de Europa, Recomendación (2002)10 del Comité de Ministros *sobre mediación en Asuntos civiles*, de 18 de septiembre de 2002.

11 Vid. Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*.

12 Vid. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en Asuntos civiles y mercantiles*. 2008. O.J. (L136/3).

13 Vid. Último Informe del 33º periodo de sesiones para la discusión y redacción del documento final que adopta la forma de "Notas Técnicas", documento descriptivo no vinculante con principios y elementos de un proceso ODR. http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3/Online_Dispute_Resolution.html

14 Vid. Último Informe del 64º periodo de sesiones y documentos preparativos de el 65º periodo de sesiones. http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2/Arbitration.html

15 Así, podemos señalar como precursor de los primeros estudios teóricos dirigidos a los ODR al profesor KATHS a partir de algunos artículos dedicados a la temática publicados entre los años 1992 y 1995. Vid. "The New Media and a New Model of Conflict Resolution: Copying, Copyright, and Creating," y "Cyberlime, Cyberspace and Cyberlaw". Del mismo autor, (1995) "Cyberlime, Cyberspace and Cyberlaw," 1 *Journal of Online Law* 1. Y "Online Dispute Resolution: Building Institutions in Cyberspace," 28 *University of Connecticut Law Review* 953-980. Sin olvidar el trabajo de Johnson, D. (1995), "Dispute Resolution in Cyberspace". La obra más emblemática de Kath's, 'Resolución de Disputas en el ciberespacio' publicada en 28 *Conn. L. Rev.* 953 sugiere que el papel de la tecnología puede ser comprendido mejor si se considera a ésta una especie de "cuarta parte", que asiste a la tradicional "tercera parte".

16 Ejemplo de ello, la teoría de juegos. Vid. LODDER, A y ZELEZNIKOW, J (2010) *Enhanced Dispute Resolution Through The Use of Information Technology*. Cambridge University Press.

4. Características de los ODR y beneficios

Las modalidades en línea se caracterizan por desarrollar su actividad total o parcialmente por vía electrónica y, aun cuando denominadas 'alternativas', son, en realidad complementarias a la jurisdicción y expresión de la autonomía de las partes. Ofrecen caminos distintos de solución, no sustitutivos ni excluyentes de la primera, sino los más apropiados.

Sean facilitativos o valorativos, estos mecanismos extrajudiciales son manifestación explícita de un cambio en la forma de entender la gestión de las controversias en una sociedad que demanda formas efectivas y aprovecha las ventajas de las nuevas tecnologías. Dan oportuna respuesta al dinamismo y complejidad de la realidad actual, en un contexto de múltiples interacciones económicas.¹⁷

El diseño de las modalidades en línea dirigidas a disputas B2C puede contemplar, a mayor abundamiento, sistemas internos que garantizan la equidad de acuerdos y decisiones, una cuestión clave en relaciones que adolecen de cierto desequilibrio contractual. A este respecto cabe recordar que el llamado 'equilibrio Nash' de las partes involucradas en un conflicto¹⁸ basado en el comportamiento competitivo natural, conduce a un desequilibrio no óptimo en este tipo de relaciones con consumidores *-one shot player-* porque el empresario es un agente que interviene en numerosas operaciones económicas de similares características *-repeat player o serial player-*, es por tanto más sofisticado y deviene más poderoso. Al tratarse de un sujeto que lleva a cabo contratación en masa y se encuentra en una posición de mayor fortaleza, goza de cierta supremacía en el mercado. Los ODR dirigidos al consumo deben, en consecuencia, integrar soluciones y técnicas que mejoren la transparencia de los procesos y contribuyan al control de calidad de los procesos y resultados, con pleno respeto de la normativa tuitiva de los consumidores.

Entre los beneficios que se pueden reportar de las modalidades en línea, cabe señalar, en breve síntesis las que señalaremos a continuación. Los ADR/ODR comparten numerosas características: rapidez, eficiencia, bajo coste y deslocalización, que se suman a la deseada privacidad y la mayor posibilidad de fiscalizar la actividad desarrollada por los expertos. Podría decirse a mayor abundamiento que, a los tradicionales beneficios que reportan las modalidades extrajudiciales de resolución de conflictos hay características en los ODR que los hacen particularmente atractivos frente a otras formas de resolución de conflictos: su rapidez, eficiencia, bajo coste, deslocalización y especialización.

Los ADR/ODR comparten numerosas características: rapidez, eficiencia, bajo coste y deslocalización, que se suman a la deseada privacidad y la mayor posibilidad de fiscalizar la actividad desarrollada por los expertos

17 Vid. más completo desarrollo en VILALTA, AE (2009). "La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía". IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 8.

18 Vid. NASH J. Jr. (1950). "The Bargaining Problem". *Econometrica* Vid. 18, p. 155.

Por lo que hace al primer aspecto, la rapidez, cabe señalar que partes y expertos pueden entrar en contacto y abordar el conflicto de manera inmediata. La práctica atestigua que la reducción de tiempo en estos procesos es notable en una comparativa con los procedimientos judiciales.

La eficiencia se manifiesta en varios órdenes. En la fase aplicativa, los asuntos vienen tratados por órganos especializados y las nuevas tecnologías permiten acudir a instrumentos novedosos que facilitan la comunicación, la prueba y la reconstrucción de los hechos.¹⁹ En la fase ejecutiva la experiencia muestra que, por lo que hace a los métodos autocompensativos, los acuerdos suelen ser respetados por las partes en un porcentaje muy significativo. En el plano de la eficacia, asimismo, los laudos recaídos en sede de arbitraje pueden ser reconocidos y adquirir fuerza ejecutiva si reúnen ciertas condiciones. En el ámbito de la mediación, además, algunos ordenamientos jurídicos prevén que los acuerdos de mediación adquieran efectos ejecutivos y expresan las circunstancias que tienen que concurrir en la toma de acuerdos para que adquieran tan relevante efecto.

En orden al coste de los ODR, son métodos que prescinden de costosos traslados, tanto de las partes como de la documentación. La comunicación entre las partes y entre estas y el órgano que administra el procedimiento puede llevarse a cabo por medios telemáticos. Al no requerir la intervención de terceras personas que representen a las partes, reducen significativamente los costes. Por la misma razón, los ODR pueden desarrollarse en cualquier lugar (deslocalización) y a través de expertos imparciales de muy diversas disciplinas (especialización). La solución de las controversias puede darse en cualquier momento, sin importar la distancia geográfica. Los sistemas electrónicos permiten asimismo que el desarrollo de los procesos sea llevado a cabo sin necesidad de contar con una sede física.

Los ODR no requieren la intervención de terceras personas que representen a las partes, reducen significativamente los costes, pueden desarrollarse en cualquier lugar (deslocalización) y a través de expertos imparciales de muy diversas disciplinas (especialización)

Los ODRs, a mayor abundamiento, gozan de otras características únicas que las distinguen²⁰: (i) los litigantes no tienen necesidad que coincidir ni verse cara a cara; (ii) la posibilidad de comunicación asíncrona ayuda a las partes involucradas a reflexionar sobre sus mejores alternativas para un acuerdo negociado (*Best alternatives to a Negotiated Agreement*, BATNA); (iii) evitan la natural tendencia a sobredimensionar las expectativas; (iv) aumentan las concesiones mutuas; y (v) logran frenar la escalada del conflicto.

Otro aspecto que distingue a las modalidades en línea es su extraordinaria capacidad para extender sus funcionalidades a nivel de prevención, a través de la información, con el fin de

¹⁹ Como botón de muestra, proyecciones tridimensionales, fotografías y datos captados al momento vía satélite, acceso a múltiples fuentes de información por vía telemática: bases de datos, o traductores simultáneos.

²⁰ Vid. KATSH, E. y RIFKIN, J. *supra*, pie de página 12.

I. La resolución de conflictos en línea

evitar el conflicto. Ofrecen la posibilidad de analizar, sopesar y evaluar la oportunidad de llevar a cabo o no una determinada contratación; y, una vez llevada a cabo, reflexionar acerca de las pretensiones, evitar que una controversia (*contro-versus*) devenga conflicto (*cum-fligere*) e incluso adoptar medidas de compulsión privada.

Nota común e identificadora de los métodos ODR respecto del resto de modalidades es, sin duda, el entorno en el cual se desenvuelven: el ciberespacio y la web. De modo que aquellas que se desarrollan íntegramente en un entorno electrónico manifiestan ciertas particularidades que favorecen y fortalecen la confidencialidad, el secreto, la seguridad y la comunicación. Así, dado que hacen uso recurrente de tecnología, su utilización debe garantizar la igualdad tecnológica de las partes, de modo que ambas dispongan de las mismas oportunidades logísticas para participar activamente y en las mismas condiciones tecnológicas en cualquier proceso de resolución online. Por otro lado, la carencia de «presencialidad» se sustituye en algunos casos con la obligación legal de que los servicios en línea dirigidos a los usuarios dispongan de departamentos o servicios especializados de atención al cliente con el objeto de que aquellos puedan dirigirse a éstos para resolver quejas y reclamaciones. Asimismo, permiten el acceso a mayor y mejor información, lo que facilita que la posición de las partes sea más flexible y las predispone a escuchar, a cambiar de opinión si es necesario y a situar a las partes en una mejor posición a la hora de buscar y proponer soluciones. Finalmente, la forma escrita en la comunicación electrónica permite su consignación y que ésta resulte accesible para su ulterior consulta.²¹

5. Partes y participantes en los ODR

En todo ODR -entendido en sentido amplio como mecanismo susceptible de evolucionar con el tiempo que permite prevenir o resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información- cabe distinguir entre partes, propiamente dichas, terceros o expertos, proveedores de servicios ODR –o administradores ODR- y plataformas o herramientas electrónicas.

Pueden ser **partes** en un procedimiento ODR tanto personas físicas -que podrán participar por ellas mismas o a través de representantes- como jurídicas. Las partes deben actuar de acuerdo a las reglas de la buena fe, con debido respeto a contraparte y experto y deben procurar colaborar en las diversas actuaciones de los procesos. En los conflictos de consumo una de las partes reúne la condición de consumidor (B2C), aspecto nada baladí a la hora de su determinación por la dificultad en un contexto transnacional y las consecuencias jurídicas que se desprenden de ello.

21 El documento telemático es reconocido internacionalmente desde el año 1996 a través de la Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), sobre comercio electrónico y, posteriormente, en el año 2005, a través de la Convención de la CNUDMI sobre utilización de las comunicaciones electrónicas

El **tercero** es el profesional o experto que interviene en el proceso, bien facilitando y auxiliando en la comunicación, bien valorando, evaluando o decidiendo. Este tercero es denominado en determinados ámbitos como “tercero neutral”²² aunque, en puridad, solo debiera referirse así al que presta asistencia a las partes con miras al arreglo o la solución de la controversia por conductos de naturaleza facilitativa.²³ Este tercero debe llevar a cabo su actividad de manera imparcial, independiente, transparente, confidencial, competente y eficiente. El borrador de Notas Técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) describe someramente el cometido y características que debe reunir este tercero. Señala la conveniencia de que éstos tengan experiencia profesional pertinente y los conocimientos en materia de solución de controversias que les permitan encargarse del litigio de que se trate. No obstante, y siempre a reserva de lo que pueda disponerse legalmente o en los reglamentos profesionales que pudieran existir, no tendrán que tener necesariamente título de abogado. Resulta asimismo oportuno exigir que en la aceptación del nombramiento confirme la disponibilidad del tiempo necesario para dedicar al proceso, declare su imparcialidad e independencia, e informe en cualquier momento de todo hecho o circunstancia que pudiera suscitar dudas acerca de su imparcialidad o independencia. Del mismo modo, en lo que respecta a las facultades de este experto, es conveniente que se le faculte para que dirija el proceso ODR en la forma que estime conveniente, prorrogue por un período razonable los plazos establecidos en el reglamento ODR que resulte aplicable y se le exija que evite demoras o gastos innecesarios en la sustanciación del proceso, que ofrezca una vía justa y eficiente para resolver la controversia, mantenga siempre su independencia e imparcialidad, trate a ambas partes de igual manera durante todo el proceso, y dirija las actuaciones sobre la base de las comunicaciones a las que tenga acceso durante el proceso.

El profesional facilita la comunicación, valora, evalúa o decide de manera imparcial, independiente, transparente, confidencial, competente y eficiente

Las instituciones y organizaciones **proveedores de servicios ODR** son las entidades que facilitan los servicios ODR y controlan su correcta administración. También denominados administradores ODR, coordinan los servicios de negociación, mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otra herramienta convencional y extrajudicial para la solución de controversias por vía informática. Estas entidades proceden habitualmente a la designación de los expertos y facilitan a las partes información acerca de la identidad y formación de éstos. Otro cometido de estas instituciones es velar porque los medios sean adecuados y los expertos sean competentes y sigan en su actuación los códigos de conducta a los que se han quedado obligados y los principios rectores del proceso habitualmente institucionalizado a través de Reglamentos.

Los proveedores de servicios ODR pueden ser una entidad separada de la plataforma ODR o formar parte de esta. Las señaladas Notas Técnicas de la CNUDMI expresan que el ad-

²² Es la nomenclatura que ha sido adoptada por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

²³ Si bien el último borrador de Notas Técnicas de la CNUDMI WG III no lo especifique así. Vid. epígrafe 25 del A/CN.9/WG.III/WP.140.

I. La resolución de conflictos en línea

ministrador ODR debiera recabar de las partes determinada información mínima junto con la petición de inicio de un procedimiento ODR. En particular: el nombre y la dirección electrónica de los solicitantes y reclamados así como, en su caso, de los representantes autorizados por cada parte para que actúen en sus respectivos nombres en el proceso ODR; los motivos en que se funda la reclamación; cualquier solución que se proponga para resolver la controversia; el idioma que prefiere el demandante para las actuaciones; y la firma u otro medio de identificación y autenticación del reclamante. Un proceso ODR podrá considerarse iniciado cuando, el administrador ODR notifique a ambas partes que la reclamación se encuentra disponible en la plataforma ODR.

Otra función encomendada a los administradores de servicios ODR es llevar el control de las comunicaciones: acusar recibo de toda comunicación enviada por conducto de la plataforma ODR, y mantener informadas a las partes del inicio y la conclusión de las distintas etapas del proceso. Las Notas Técnicas sugieren que una comunicación se considere recibida cuando

Los administradores de servicios ODR llevan el control de las comunicaciones, prorrogan plazos, velan por la posibilidad de proceder en un idioma diferente y por el cumplimiento de las garantías procesales

el administrador notifique que dicha comunicación se encuentra disponible en la plataforma ODR, de modo que los plazos procesales correrían a partir del momento en que el administrador hiciera esa notificación. Al mismo tiempo, es conveniente facultar al administrador ODR para que pueda prorrogar los plazos, a fin de permitir cierta flexibilidad cuando así resulte preciso. Asimismo, y dado que las herramientas tecnológicas pueden ofrecer un alto grado de flexibilidad en lo que respecta al idioma a utilizar en las actuaciones, el administrador ODR debe velar porque las partes tengan la posibilidad de indicar si desean proceder en un idioma diferente y que el propio proceso ODR esté sujeto a las mismas normas relativas a las garantías procesales que se aplicarían si fuera en un contexto presencial, en particular, la independencia, la neutralidad y la imparcialidad. Finalmente, el proveedor de servicios ODR debe estar en disposición de recordar a las partes, finalmente, otras opciones posibles en lo que respecta a la etapa final en los procedimientos escalables y asegurarse que, de ofrecerlas, las partes conozcan las consecuencias jurídicas de la vía que elijan.

Las **plataformas tecnológicas** son, por su lado, los intermediarios de base tecnológica, es decir, los sistemas informáticos para la generación, el envío, la recepción, el archivo, el intercambio o procesamiento de comunicaciones electrónicas en los procesos en línea. No deben ser confundidas con los proveedores de servicios ODR. El mencionado borrador de Notas Técnicas de la CNUDMI dispone que los sistemas ODR deben proporcionar a las partes un mecanismo para oponer objeciones al nombramiento del tercero, en su caso y exigir al administrador ODR que determine si este debe ser sustituido. Asimismo, por razones de economía, haya en todo momento un solo tercero neutral nombrado para cada controversia. Del mismo modo debiera prever la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda oponerse a que el tercero reciba información generada durante el período de negociación si el asunto escala. Y que si el tercero renuncia o tiene que ser sustituido durante el proceso ODR, se pueda exigir

al administrador ODR que nombre a otro en su lugar, con sujeción a las mismas salvaguardias previstas durante el nombramiento del primero.

La tecnología es la “cuarta parte”. La tecnología aplicada y las plataformas en línea juegan un papel tan relevante que los académicos han llegado a atribuirles el tratamiento de “cuarta parte” (Kaths & Rifkin, 2001) y “quinta parte” (Lodder & Zelevnikow, 2010)²⁴ respectivamente. En efecto, las modalidades de negociación asistida o automática y la negociación a ciegas incorporan tecnología que permite generar propuestas de forma automatizada, hasta el punto que comparte e incluso adopta el rol de un tercero en el proceso de resolución de las disputas.²⁵

En la actualidad la inteligencia artificial (IA) está dando pasos avanzados para que los procesos puedan sustituir en parte al factor humano. Ello genera particulares dificultades desde un plano teórico dado que, como se sabe, las legislaciones de los Estados exigen que los expertos sean personas físicas con plena capacidad jurídica y de obrar. Cualquier idea que implique prescindir del factor humano despierta, en consecuencia, naturales recelos. Las TIC van siendo integradas en tándem con los humanos de modo que es aventurable que en un futuro ciertas aplicaciones rompan fronteras. De hecho ya existen manifestaciones sobresalientes como las utilizadas en las negociaciones a ciegas (*blind bid negotiation*). En estos procesos no hay intervención humana y las partes asistidas de tecnología sofisticada, intentan por ellas mismas alcanzar un acuerdo. El problema se trasladará entonces al plano de la evaluación independiente cuando ésta sea precisa, porque las aplicaciones evaluadoras son programadas por seres humanos.²⁶

6. Efectos del entorno electrónico en la actividad de los expertos

Los mecanismos de prevención y solución de controversias en línea, aun valiéndose de las técnicas y estrategias propias de los mecanismos extrajudiciales que se desarrollan presencialmente, incorporan, como ha sido visto, instrumentos nuevos que integran en los procesos las ventajas de las TIC. La actividad de los expertos se ve, en consecuencia afectada de manera muy significativa en el entorno virtual. Éstos deben familiarizarse con las herramientas electrónicas y hacerlas comprensibles y útiles a las partes. A su vez, deben adquirir competencias, conocimientos y habilidades únicas que se derivan de la aplicación de las TIC a los procesos de resolución. Piénsese por ejemplo en las peculiaridades que imprime el entorno electrónico en la actividad de mediación y conciliación. Como ha sido señalado, estos expertos deben,

24 Vid. LODDER y ZELEVNIKOW, *supra*, pie de página 67.

25 Vid. RABINOVICH.EINY, O. (2006) “Technology s Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation”, 11 Harvard Negotiation Law Review, n. 253.

26 Vid. WAHAB, M.S. A. (2011) “ODR and e-Arbitration” en Katsh et alii, *Online Dispute Resolution: theory and practice*. Ed. Eleven.

I. La resolución de conflictos en línea

entre otros cometidos, generar confianza entre las partes, arrojar la crisis (facilitando la comunicación a través de la escucha activa y la asertividad y la contención de la crisis), intercambiar información y generar alternativas (efectuar cambios de narrativa, reconceptualizando o reformulando el problema) y ayudar, finalmente, a que las partes alcancen acuerdos y éstos se materialicen. Pues bien, en un entorno virtual la generación de confianza se logra incorporando al proceso ciertos estándares de conducta²⁷ que describimos brevemente a continuación.

El experto debe incorporar asimismo a sus habilidades un buen dominio de la comunicación asíncrona. Aun cuando la tecnología permite la comunicación en tiempo real –piénsese en las videoconferencias- lo cierto es que la mayor parte de los procedimientos ODR se desarrollan mediante herramientas asíncronas que aportan flexibilidad a unos procesos en los que se hallan involucrados habitualmente sujetos que se hallan en lugares y momentos distintos. Observamos, en consecuencia, como el dominio del lenguaje, de los registros lingüísticos y de la comunicación escrita resultan esenciales. Otro aspecto íntimamente vinculado con el anterior es el relativo a la intensidad y calidad de las comunicaciones establecidas con las partes o *feedback*, el como llevar a cabo la escucha activa, la administración de los espacios y de la información y como facilitar la necesaria transparencia que genere confianza en el experto y el sistema. Sobre este último aspecto cabe decir que las estadísticas sobre los procesos resueltos y su índice de éxito son muy efectivos. Los conocimientos tecnológicos y el diferente nivel de acceso a la tecnología para las partes pueden constituir serios obstáculos a un desarrollo adecuado del proceso, motivo por el cual el experto debe velar porque ambas gocen de las mismas oportunidades de acceso para su participación y, en su caso, contribuir a facilitar los medios necesarios que permitan superar las eventuales diferencias. El experto administrará el procedimiento de modo que el uso de diferentes tecnologías no sea un obstáculo para el desarrollo de una actividad imparcial, independiente y neutral²⁸.

El experto administrará el procedimiento de modo que el uso de diferentes tecnologías no sea un obstáculo para el desarrollo de una actividad imparcial, independiente y neutral

Del mismo modo el experto debe estar en condiciones de proporcionar un proceso intuitivo, sencillo para las partes. Esta concreta cuestión depende en gran medida también del proveedor de los servicios y de la institución o entidad que administra el sistema. La especialización del experto y de la plataforma para cada sector de la actividad es particularmente importante dado que incrementa la eficiencia del sistema y contribuye a facilitar soluciones más adecuadas a las necesidades de las partes.

27 Vid. VILALTA, AE. (2015). "La formación del experto mediador y estándares de calidad". *IDP, Revista Internet, Dret i Política*, núm. 20, mayo 2015.

28 Vid. primeros análisis sobre el impacto de las TIC en la actividad de los expertos en KATHS y RIFKIN (2001) *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey Bass.

7. Modalidades ODR

Son numerosos los esfuerzos volcados en realizar mapas y descripciones legales acerca de las modalidades ODR con el fin de facilitar su comprensión. La principal dificultad para llevar a cabo esta tarea deriva en esencia de la abundancia de fórmulas mixtas (varios niveles) e híbridas así como de la continua evolución de las modalidades en línea, que amplían sus funcionalidades gracias a las TIC.

Algunos aspectos que caracterizan los conflictos en el comercio electrónico inciden además, de forma significativa, en la arquitectura de estos mecanismos en línea, al exigir el diseño o confección de procesos a medida. Por indicar algunos: (i) el carácter transnacional de muchas de las quejas, (ii) la tendencial escalabilidad del conflicto cuando no existen mecanismos internos de comunicación entre empresa y usuario, (iii) las modalidades de pago en el comercio electrónico, (iv) el coste y la complejidad de los procedimientos cuando requieren la intervención de las instancias judiciales, (vi) y la diversidad de lenguas y culturas de las partes involucradas.

Los procesos en línea dirigidos a disputas del comercio electrónico integran, por lo general, modalidades y herramientas diversas que operan sin solución de continuidad y cuyo *iter*, adaptable, pretende garantizar a las partes el medio más adecuado de solución, atendiendo a sus necesidades e intereses. Asimismo, y con el fin de que las partes puedan operar de manera sencilla y en modo comprensible para ellas, estos sistemas simplifican el lenguaje, hacen uso extenso de la simbología gráfica y del lenguaje visual e incorporan habitualmente mecanismos multilinguaje o de traducción simultánea.

La negociación en línea. Una de las modalidades primeras y más exitosas de resolución en línea ha sido la denominada negociación asistida y la negociación a ciegas (*blind bidding*). Son sistemas que funcionan exclusivamente en línea y que facilitan la negociación de una determinada contienda en términos puramente económicos.

En la primera modalidad, la asistida, el sistema acumula información acerca de las disputas, clasifica la disputa y genera automáticamente una propuesta generada electrónicamente. En la negociación a ciegas las partes introducen en el sistema varias cantidades por las cuales estarían dispuestas a llegar a un acuerdo y, si alguna de estas cantidades coincide con las introducidas por la contraparte o se aproxima en un porcentaje prefijado, el sistema, de manera automática, declara que se ha alcanzado un acuerdo por dicha cantidad o bien informa acerca de la posibilidad de alcanzarlo dentro de un determinado umbral. Si, por el contrario, no se alcanza ningún acuerdo automático, las cantidades manifestadas por cada parte no se revelan a la contraria y ambas partes quedan libres de acudir a otros medios de resolución.

La mediación y conciliación en línea. A través de la misma las partes, sin necesidad de coincidir en un espacio físico y temporal intentan alcanzar un acuerdo que ponga fin a su con-

Estos sistemas simplifican el lenguaje, hacen uso extenso de la simbología gráfica y del lenguaje visual e incorporan habitualmente mecanismos multilinguaje o de traducción simultánea

troversia con el auxilio de una tercera persona y de la tecnología aplicada. En los procesos en línea las partes pueden beneficiarse de la comunicación asincrónica y de la posibilidad de mantener, durante las negociaciones y las comunicaciones con la contraparte, conversaciones privadas con el neutral (caucus). En el ámbito del consumo estas son las modalidades más implantadas habida cuenta que no despiertan susceptibilidades; al fin y al cabo, los consumidores dispondrán siempre de la vía jurisdiccional si el acuerdo alcanzado no respeta la legislación de *ius cogens* en materia de consumo o bien si no acaba satisfaciendo sus expectativas.

El arbitraje en línea. Las primeras expresiones de arbitrajes auxiliados por la tecnología se producen en el seno de instituciones arbitrales internacionales de corte tradicional, las cuales han ido introduciendo paulatinamente algunas innovaciones tecnológicas al servicio del arbitraje internacional de corte tradicional. Piénsese en las experiencias piloto del *WebFile* de la *Asociación Americana de Arbitraje (AAA)* o del *Netcase* en el seno de la *Cámara de Comercio Internacional (ICC)* para la tramitación de procedimientos sin papel. Debido a la integración acelerada y progresiva de la tecnología en estas actuaciones arbitrales numerosas instituciones han publicado sus propias directrices y protocolos sobre el correo electrónico, la comunicación y la confidencialidad. En el ámbito del consumo en la Unión Europea²⁹ debe mencionarse que el uso del arbitraje, en general, queda constreñido a los supuestos en los que las partes acceden a él una vez el conflicto se ha manifestado dado que por el principio de libertad queda prohibido el uso de cláusulas de sumisión *ex ante* a dicha modalidad, tanto presencial como en línea³⁰ con objeto de preservar los derechos de los consumidores, habida cuenta que estas modalidades heterocompositivas son susceptibles de privarles su acceso a la jurisdicción de los tribunales, garantes últimos de los derechos de naturaleza tuitiva. De ello se desprende que, si la sumisión ha sido obtenida mediante su integración como cláusula contractual en un contrato de adhesión o entre el condicionado general sin más, los tribunales nacionales quedan facultados para apreciar de oficio su carácter abusivo, de modo que se tiene por no puesta. Recordemos en este sentido, a nivel de la Unión Europea, *asunto Cofidis*³¹ *asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*³², y *asunto Mostaza Claro vs. Centro móvil Milenium SL*³³, en este caso, en sede de anulación de un laudo³⁴.

En los procesos en línea las partes pueden beneficiarse de la comunicación asincrónica y de la posibilidad de mantener, durante las negociaciones y las comunicaciones con la contraparte, conversaciones privadas con el neutral (caucus)

29 No así en otros entornos y países, habida cuenta que la Convención de Nueva York del año 1958, a través de su artículo 2, reconoce las cláusulas de sumisión *ex ante* (*pre dispute arbitration clauses*). Vid. Cortes, P (2012) "A New Regulatory Framework ...", op. Cit. p. 15.

30 Vid. Anexo de la Directiva 93/13/EC y C. 168/05 *Elisa María Mostaza Claro Vs. Centro Móvil Milenium SL*.

31 C-473/00.

32 C-240/98 y C-244/98.

33 C-168/05.

34 En recurso de anulación de un laudo el juez puede apreciar de oficio el carácter

En algunos países como España la Ley ha autorizado el desarrollo de procedimientos específicos de arbitraje de carácter institucional. España es un claro ejemplo de ello, con su modalidad específica de arbitraje prevista en el 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 regulada a través del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (en adelante, RDSARC).³⁵ El citado Reglamento regulador de los arbitrajes de consumo institucionales relaciona los principios que lo rigen, que coincide en esencia con los predicables para todo arbitraje, esto es, el principio de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes, confidencialidad, voluntariedad y forma escrita del acuerdo de sumisión, al que se añade uno, el de gratuidad.³⁶ En su modalidad electrónica el procedimiento puede sustanciarse parcial o íntegramente en línea, lo que no impide que actuaciones aisladas puedan practicarse por los medios tradicionales. Se efectúa a través de la plataforma o aplicación electrónica habilitada por el Ministerio de Sanidad y Consumo para el Sistema Arbitral de Consumo o de las Juntas Arbitrales de consumo siempre⁸³ y en lo no regulado por la normativa sectorial, la Ley 60/2003 de arbitraje resultará de aplicación supletoria al arbitraje institucional. Cabe destacar que en este arbitraje institucional en línea se ha regulado extensamente el procedimiento de notificación, el lugar, el inicio del procedimiento, la audiencia y la actividad probatoria, los gastos y el laudo.

Señalar finalmente que España cuenta además con otros arbitrajes regulados por leyes especiales. Pertenecen, por lo general, a sectores económicos que contemplan a la Ley de arbitraje como norma de aplicación supletoria. Son los denominados arbitrajes sectoriales. Destacan en el ámbito del transporte, del seguro privado, en materia de medio ambiente y agricultura, servicios postales, telecomunicaciones, derecho penal, derecho de la competencia, colegios profesionales, publicidad, propiedad industrial, intelectual, ámbito marítimo, planes de pensiones, derecho de sucesiones, derecho deportivo, derecho laboral, de cooperativas, derecho arrendaticio, de la propiedad horizontal, derecho del comercio internacional, derecho comunitario europeo, protección de inversiones y derecho societario, por poner algunos ejemplos.

En su modalidad electrónica el procedimiento puede sustanciarse parcial o íntegramente en línea, lo que no impide que actuaciones aisladas puedan practicarse por los medios tradicionales

Los med-arb y los procedimientos mixtos o escalables. Son ODR que combinan diversas modalidades. En la medida que los proveedores de servicios de resolución en línea propenden a integrar los beneficios de la mediación, de la recomendación y de la adjudicación, parece necesario reflexionar, aun someramente, acerca de una concreta cuestión

³⁵ Vid. VILALTA, A.E., "Contratación Transnacional y Acceso a la Justicia: Mecanismos de Resolución electrónica de Disputas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 731-732.

³⁶ Vid. al respecto, LUNA y VILALTA (2010). «La solución extrajudicial de litigios de consumo. El arbitraje online». Ponencia presentada en el Congreso Internacional El derecho y las nuevas tecnologías, Universidad de Deusto, 1 a 3 de julio de 2009.

I. La resolución de conflictos en línea

que resulta problemática y que deriva de la exigible neutralidad del mediador. La actividad que lleva a cabo el mediador ha sido considerada tradicionalmente de naturaleza auxiliar, facilitativa, de asistencia, de ayuda a las partes. Por el contrario, la actividad del conciliador resulta de alcance mayor, porque a las tareas descritas se le añaden facultades de propuesta formal de soluciones³⁷ y el límite de sus facultades reside en la imposibilidad de imponer soluciones. A su vez, el arbitraje autoriza a que el tercero no solo evalúe sino que decida, emita una resolución. En consecuencia, la necesidad de preservar la necesaria neutralidad del mediador y evitar que las partes puedan verse sorprendidas por un proceso donde este experto acabe evaluando, elaborando propuestas formales de solución e incluso decidiendo, es una cuestión cardinal que debe ser tenida en cuenta en el diseño de los modelos. Reflejo de dicha preocupación son las distintas Recomendaciones emitidas por la Unión Europea al respecto (R. 98/257/CE³⁸ y R. 2001/310/CE). De ahí que las modalidades en línea mixtas e híbridas deben articular un proceso transparente que garantice el debido respeto de los principios y estándares en cada una de las fases, bien facilitando expertos distintos en cada una de ellas, bien recabando el consentimiento expreso de las partes. El modelo mixto o escalable es el mayormente empleado en el ámbito de consumo en línea. Hasta el punto que las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y su Grupo de Trabajo III está en proceso de emitir unas directrices –formalmente, Notas Técnicas– dirigidas a los proveedores de servicios y plataformas ODR cuyo borrador contempla los procesos escalables de negociación, seguida de mediación o acuerdo facilitado y, en su caso, finalmente recomendación o arbitraje³⁹.

El modelo mixto o escalable es el mayormente empleado en el ámbito de consumo en línea

En España contamos con un modelo ciertamente exitoso de med-arb sancionado legalmente por el RDL 1/2007 y desarrollado por Reglamento a través del Decreto 231/2008. Iniciado el procedimiento y antes de la audiencia, se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de ellas o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. El secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejará constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. Quien actúe como mediador deberá ser persona distinta de los árbitros y queda sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.

37 El conciliador valora los elementos jurídicos y de hecho y emite propuestas concretas de solución, que luego las partes serán libres de aceptar. De ahí que se discuta en el plano doctrinal su "neutralidad" en sentido estricto.

38 Vid. Rec. 98/257/CE, considerando No. 9, *supra*, pie de página 48.

39 Este documento subraya la conveniencia de que el administrador ODR proporcione medios que permitan a las partes indicar que consienten en el proceso ODR y que conocen sus etapas y procedimientos. De este modo se garantiza que el proceso se base en un consentimiento explícito e informado de las partes". Sugiere asimismo que en los procesos ODR consten de etapas escalables de negociación, arreglo facilitado y una tercera etapa opcional sobre la que el administrador ODR deberá informar debidamente y asegurarse de que las partes conozcan las consecuencias jurídicas de la misma

8. Las nuevas tendencias: herramientas complementarias de los ODR. Los sistemas reputacionales, de compulsión privada, y los *smart contracts*.

Nos estamos refiriendo, en primer lugar, a sistemas de estímulos o de ejecución convencional que pueden funcionar de forma paralela a un procedimiento ADR/ODR y que evitan en gran medida la judicialización. A través de estos mecanismos se persigue el autocumplimiento de los acuerdos, lo que significará que las partes no necesitarán acudir a la jurisdicción de los tribunales para ejecutarlos. Entre ellos, los más populares son los sistemas genéricos de puntuación, los sellos de confianza, los reembolsos y las cuentas de garantía, aunque también cabría añadir a la lista la suspensión del acceso a ciertas plataformas virtuales de comercio electrónico. Estos mecanismos denominados “de ejecución privada”⁴⁰ pero que en realidad incorporan herramientas persuasivas de cumplimiento voluntario son complementarios y no obstan en caso alguno a que el consumidor recurra a la tutela de los tribunales. Como constata Cortés, los mecanismos de ejecución extrajudicial resultan indispensables en un sistema de reparación de consumo que desee ser rápido y asequible al consumidor.⁴¹ A título meramente enunciativo señalaremos algunos:

El sello de confianza. Es una herramienta reputacional consistente en la exhibición de etiquetas de calidad que normalmente asumen la forma de sellos o logotipos que las empresas utilizan en sus establecimientos y web para acreditar el cumplimiento de ciertos estándares de calidad en el desarrollo de su actividad. El compromiso de los comerciantes en participar en procedimientos ODR y la sumisión de éstos a ciertos proveedores de servicios de solución de controversias que cuenten con sellos de calidad sobre la base del uso que estos hagan del Reglamento ODR de la CNUDMI o de su adhesión a la normativa UE podrían ser vías oportunas de generación de confianza en los usuarios y consumidores. El sello de confianza se conservaría o sería retirado en función del grado de aplicación de los acuerdos, resoluciones o recomendaciones dimanantes de los procedimientos ODR. Un problema teórico que se plantea es el posible conflicto de interés en la medida que es el comerciante quien selecciona al proveedor de servicio ODR y le retribuye por exhibir su sello de confianza. Asimismo la neutralidad de los expertos podría verse afectada indirectamente, en la medida que los proveedores de servicios y sus expertos estarían al servicio de una de las partes. Estos obstáculos formales podrían superarse si el otorgante del sello de confianza fuera una tercera entidad acreditada. El sello de confianza se conservaría o sería retirado en función del grado de aplicación del Reglamento UNCITRAL y de la normativa comunitaria en su caso. Sería luego el grado de cumplimiento de los acuerdos, resoluciones o recomendaciones dimanantes de los procedimientos ODR el criterio para que un proveedor de servicios ODR mantenga o no su vinculación con el comerciante. Su remoción constituiría una suerte de castigo adoptado convencionalmente. Como se ha puesto de manifiesto por la Comisión de las Naciones Unidas en Grupo de Trabajo III, para

40 Nomenclatura adoptada por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

41 CORTES, P. (2012), *A New Regulatory Framework ...* op. cit. p. 22.

I. La resolución de conflictos en línea

poder ser eficaz, un sello de confianza debe ser reconocido y valorado, lo que a su vez significa que el tercero que otorga el sello debe tener una reputación reconocible. Una opción en tal sentido puede ser que un proveedor de servicios ODR adquiera la reputación de ser un proveedor de servicios ODR confiable y valorado por los códigos de conducta y los reglamentos que aplica, o por ser reconocidos por entidades públicas. De este modo el comerciante deseará utilizar dicha plataforma por el reconocimiento oficial que ese proveedor le proporciona de manera indirecta. Asimismo el incumplimiento de un comerciante puede acarrear la retirada del sello.

Los *sistemas de puntuación (scoring lists/ reviews)*. Herramientas reputacionales consistentes en invitar a los compradores a que voluntariamente den su opinión acerca de su grado de satisfacción del servicio, a través de puntuaciones. Práctica extendida en determinados mercados virtuales⁴². Una pregunta que suscita este sistema es la relativa al alojamiento de estas puntuaciones y su gestión, así como el modo en que se daría a conocer al público en general. Otra cuestión que debería abordarse es el relativo al carácter subjetivo de algunas puntuaciones y las bajas tasas de respuesta, lo que puede conducir a puntuaciones negativas que no se corresponderían con la realidad. Otro problema que exigiría abordar este sistema es el consistente en la amenazada que provoca la eventual actividad de agentes fraudulentos, que pueden ocultar su identidad y dar puntuaciones falsas.

Las listas negras (Blacklists). Son otros mecanismos reputacionales en virtud de los cuales el comerciante incumplidor que recibe comentarios negativos en la web pasa a engrosar la lista de comerciantes de riesgo para el usuario o se ven afectados por los buscadores, que en colaboración con las web incluyen la información volcada por los terceros (party reviews) e incluso pueden verse desplazados a los últimos puestos por el buscador. Algunas agencias de consumo⁴³ han incorporado ya en sus web herramientas que dan publicidad abierta de los expedientes pendientes y cerrados contra empresas incumplidoras y permiten a los consumidores comunicar reclamaciones y consultar si una determinada empresa ha sido sancionada o está siendo investigada por alguna infracción de la normativa de consumo. Si el comerciante opera a través de plataformas de comercio electrónico, otra medida extendida es la suspensión de sus cuentas -de modo que no puede operar temporalmente en dichos mercados virtuales- o incluso la sanción económica a través de multas antes de proceder a la pérdida de la calidad de miembro. Del mismo modo, si el comerciante cumple con las decisiones finales de manera voluntaria podrá lograr, bien la remoción de dichos comentarios o bien la adición de una nota informativa acerca de que la reclamación ha sido resuelta de modo satisfactorio para el usuario o consumidor.⁴⁴

El reembolso (chargeback). Es una herramienta de compulsión privada que permite recuperar la cantidad abonada cuando las expectativas de la transacción se ven frustradas. Se pueden efectuar cuando la operación económica se ha llevado a cabo a través de determinadas tarjetas

42 Bien como herramienta que incorpora la plataforma o como servicio independiente que ofrecen algunas web de forma independiente.

43 V. gr. La Agencia de Consumo de British Columbia, Canadá, o bien la Oficina Nacional de consumo de Suecia.

44 Vid. CORTES, P (2012), op, cit. P. 25.

de pago (visa, paypal, etc). El intermediario en los pagos puede ejercer un control real o de hecho muy efectivo. A través del “reembolso”, el reclamante puede solicitar el reembolso de lo abonado al intermediario que ha servido para materializar el pago, quien a su vez tratará de obtener un reembolso del comerciante. El alcance de esta medida depende en gran parte de las reglas que las compañías aplican en cada país. En algunos Estados se exige para ello que el comprador haya sido estafado. En otros bastará que haya un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso. Por otro lado, el intermediario financiero tiene su propio proceso decisorio y no siempre es transparente: solicita el motivo al comprador, decide y ejecuta. En algunas ocasiones puede observarse un cierto conflicto de interés entre éstos y una de las partes (cuando el comerciante es poderoso). Debe tenerse presente que los reembolsos en cualquier caso tienen un alcance limitado, dado que solo se aplican en los supuestos de pagos realizados con tarjetas de crédito.

Las *cuentas de garantía*. Son otra herramienta de compulsión privada de ámbito de aplicación más amplio que los reembolsos, porque no dependen de la expedición de una tarjeta de crédito: el comprador deposita el pago en la cuenta de un tercero y después de transcurrido cierto periodo de tiempo, a menos que haya habido quejas o, por el contrario si se ha verificado que las mercancías fueron recibidas conforme a lo esperado, el dinero se entrega al comerciante. El sistema de cuentas de garantía también ofrece al comerciante la tranquilidad de que se le abonará el importe de la operación. Cuando se produce una reclamación, el tercero depositario del dinero retiene el pago hasta que se resuelva el litigio mediante un proceso de solución de controversias por vía informática. Este tercero puede ser el propio proveedor de servicios ODR. El problema puede originarse si algún comerciante fraudulentamente crea una cuenta falsa como depositario de cuentas de garantía.

Los mecanismos de ejecución extrajudicial resultan indispensables en un sistema de reparación de consumo que desee ser rápido y asequible al consumidor

Otras manifestaciones de compulsión privada que ofrece el mercado digital en la actualidad son las Cortes comunitarias o modelos *crowdsourcing* de ODR, a través de los cuales un jurado compuesto por los propios usuarios y consumidores decide a partir de la información suministrada por las partes. Es el caso de eBay. O bien la posible publicación de los resultados de procedimientos ODR, que propende a las partes a cumplir voluntariamente con el resultado.⁴⁵

Gracias al *Internet de las cosas*⁴⁶ cobran cuerpo asimismo en la actualidad los denominados *smart contracts* o contratos inteligentes como nuevas herramientas al servicio de la resolución de los conflictos en línea. Los *smart contracts*⁴⁷ son negocios jurídicos programados susceptibles de incorporar sistemas ODR de modo que queden integrados sistemas de verificación autónomos de las diversas obligaciones contractuales y sistemas de ejecución de

45 Vid. CORTES, P. (2012) A New Regulatory Framework ... op. cit., p. 16.

46 Que dota a estos sistemas de un flujo de información continuado esencial para su generalización.

47 El concepto fue acuñado en 1994 por el criptógrafo Nick Szabo.

las consecuencias previstas en el contrato. Permite de este modo cerrar transacciones electrónicas⁴⁸ y reclamaciones de forma automatizada y con la confianza de que el cumplimiento y la ejecución se materializarán también automáticamente. Estos contratos están diseñados de modo que el programa conformado por scripts modulares reproduce los acuerdos y las reglas pactadas así como las consecuencias del cumplimiento e incumplimiento. Toma información externa a modo de input (a través de los *blockchain* o cadena de bloques en los que todo el mundo visualiza lo mismo y por lo tanto no pueden ser manipulados), la procesa y, a partir de ella, y tras un silogismo adopta una consecuencia (medida, o decisión) como resultado. El control de cumplimiento de las condiciones queda en consecuencia en manos de terceros ajenos al contrato mismo por cuanto el sistema realiza verificaciones autónomas de prestaciones y la ejecución de las consecuencias previstas en el contrato a través de protocolos múltiples. Una aplicación de lo ahora expresado es el caso de la mensajería: la tecnología detecta la entrega y el uso del producto y registrar los datos esenciales para que el sistema aplique automáticamente consecuencias y en su caso penalizaciones por no entrega, retrasos o defectos.

Para acabar, señalar que el riesgo de estos mecanismos deriva de la dificultad que puede tener el usuario o consumidor a la hora de acceder a la información contractual esencial antes de adoptar una decisión de compra, así como del carácter automático de las consecuencias. Los consumidores deben estar en disposición de poder evaluar los riesgos que implica cada una de sus decisiones y el modo de paliar ese déficit informativo pasa por asegurar que los sistemas incorporen y suministren previamente información detallada y clara no solo acerca del producto, precios, estadísticas, garantías, etc, sino asimismo información relativa a los bloques en cadena de que se dota el sistema y a los registros de información que ha desencadenado una decisión (consecuencia) cuando se produzca una reclamación, a efectos de poder verificar el consumidor si dicha decisión es correcta o es fruto de un error del sistema. Otra medida necesaria sería someter estos contratos a los controles actualmente existentes para las condiciones generales de la contratación e incluso proporcionar “bloques modelo” que deban incorporarse necesariamente en los contratos con objeto de tutelar y dar satisfacción automática a los derechos de los consumidores. Las condiciones de dichos contratos deberían quedar sujetas, por lo demás, a la misma normativa tuitiva de los contratos de consumo. Aun así, es aventurable que estas obligaciones resulten inobservadas por parte de las empresas en un entorno donde la capacidad de control efectivo es muy limitado para los Estados.

48 El ejemplo más sencillo de *smart contract* sería la transacción efectuada con una máquina expendedora automática: el hardware -la máquina- facilita los bienes y el mecanismo de pago; el software -programa que opera internamente- responde a un contrato tipo con un condicionado general. Las decisiones las adopta la máquina física a partir de un input: si entran las monedas adecuadas, expide el producto. En caso contrario, no expende nada. En este concreto caso la decisión es adoptada en el momento de la perfección. Sin embargo hoy en día existe la posibilidad de que el sistema adopte decisiones tanto en este primer nivel contractual como en el momento de la ejecución del contrato. Ello es posible a partir de una tecnología de cadena de bloques (*blockchain*) consistente en un sistema de registro de información distribuido (la información se obtiene y se registra en infinidad de dispositivos que no dependen de un solo operador).