

<http://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR

Immaculada Barral Viñals

Fecha de presentación: enero de 2010

Fecha de aceptación: abril de 2010

Fecha de publicación: diciembre de 2010

Resumen

La utilización de ADR en el ámbito de las reclamaciones de consumo tiene un marco legal específico en España -y también en la UE- desde 1993, que deriva de sus características especiales. Algunas son de cuño exclusivamente jurídico: se trata de reclamaciones en las que el marco legal aplicable es el denominado *derecho de consumo*; otras poseen un soporte básicamente fáctico: suelen tener poca entidad económica, es decir, entran en la categoría de lo que denominamos *small claims*, y el hecho de que las reclamaciones -en algunos supuestos que van en aumento- sean transfronterizas condiciona la opción entre jurisdicción tradicional y ADR, como también tendremos ocasión de analizar. Hay que añadir a estos elementos jurídicos y fácticos un elemento importante de política legislativa en un ámbito de la UE; los ADR se entienden como un instrumento básico para garantizar el acceso de los consumidores a la justicia, pero al mismo tiempo, en el ámbito del comercio electrónico, son un elemento de gran trascendencia en la creación de la denominada *e-confidence*. Por este motivo, se exploran continuamente formas de ODR (*On-line Dispute Resolution*). Los ODR pretenden la mayor eficacia ofreciendo un soporte técnico capaz de solucionar una controversia con o sin la intervención de un tercero, y dentro o fuera de la organización del empresario. De este modo, se usa un mismo expediente técnico para poner en marcha sucesivamente más de un ADR, o se potencian los mecanismos automáticos que prescinden de los conceptos jurídicos y, en medio de la exploración constante, España apuesta por el arbitraje electrónico de consumo en el RD 236/2008. A estos temas vamos a referirnos a continuación.

Palabras clave

consumidores, ADR, ODR, mediación, arbitraje

Tema

E-justicia

Consumer mediation and arbitration: exploring ODR systems

Abstract

Since 1993, Spain and the rest of the EU have had a legal framework for alternative dispute resolution (ADR) in the field of consumer complaints, which derives from the specific characteristics of these complaints. Some are exclusively legal, the corresponding framework being the Sale of Goods Act, others are mainly factual and are usually of minor economic significance, falling into the category of small claims. The fact that complaints, which are increasing in some areas, are cross-border, conditions the choice between traditional jurisdiction and ADR, another subject dealt with in this article. A major element of legislative policy in the EU must be added to these considerations: ADR is a basic instrument to guarantee consumer access to the legal system, while it is also of great importance in establishing "e-confidence" in the sphere of online commerce. For this reason, new forms of online dispute resolution (ODR) are continuously being explored. ODR aims to reach maximum efficiency by offering technical support capable of settling a dispute with or without the intervention of a third party, and not necessarily within the company organisation. This way, a single technical report can be used to initiate several ADR processes, and automated procedures, which do not need to take legal concepts into consideration, are boosted. While exploration continues, in the Royal Decree 236/2008, Spain has made a commitment to electronic arbitration in consumer complaints. This article deals with these topics.

Keywords

consumers, ADR, ODR, mediation, arbitration

Topic

E-justice

Introducción

La regulación de los ADR en materia de consumo deriva de que la potenciación de los ADR ha sido consecuencia de la preocupación por la eficacia de los mecanismos de resarcimiento de los consumidores que evitaran los problemas de la vía judicial (procesos lentos y caros). En líneas generales, la UE ha validado los métodos de resolución heterocompositivos y autocompositivos, y les ha dado una regulación paralela a la de la Directiva 52/2008/CE, que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por su parte, España se anticipa a los instrumentos comunitarios con el RD 636/1993 de 3 de mayo, por el que regula el arbitraje de consumo, y se ha decantado por un sistema arbitral

que contempla mediación y arbitraje como fases diferenciadas. El análisis de estos textos produce interesantes resultados que pasamos a exponer.

1. Un marco legal específico en la UE

Los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en las reclamaciones de consumo tienen un régimen legal específico y anterior a la regulación general de la mediación civil dentro de la UE, pero parten de los mismos principios. Efectivamente, la Directiva 2008/52/CE¹ indica en su cdo. 11 que quedan excluidas de su ámbito de aplicación, junto con otras prácticas en las

1. El título completo es Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo del 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

que hay acuerdo sobre el hecho de que no son mediación. En cambio, en este caso se limita a decir que quedan excluidos los «sistemas de reclamación de consumo», es decir, cualquier mecanismo de resolución de conflictos, sea o no mediación, por razón de su alcance material:² reclamaciones de consumo.³

Según esta idea es el bloque de las reclamaciones de consumo el que queda excluido, puesto que estas tienen su propio sistema general de resolución alternativa de conflictos, incluido en un ámbito comunitario en dos textos:

En primer lugar, la 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,⁴ que sólo regulaba la resolución alternativa de conflictos que supone la intervención de un tercero que propone o impone una solución, mientras que dejaba de lado las actividades que define el artículo 1 de la Recomendación, en las cuales se busca simplemente el acercamiento de las partes para tratar de buscar una solución de mutuo acuerdo que es la esencia de la mediación⁵ o de la negociación. Este primer texto regula los métodos alternativos de resolución de conflictos de consumo, tradicionalmente denominados heterocompositivos.⁶

Y en segundo lugar, la Recomendación 2001/310/CE, de 4 abril, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, que regula, precisamente, todos aquellos procesos en los que, con independencia de su denominación, se busca el acercamiento de las partes para buscar una solución de mutuo acuerdo (art. 1). En el caso español, estos procedimientos se califican legal-

mente como «mediación» dentro del denominado *sistema arbitral de consumo* diseñado por el RD 231/2008, y se prevé como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38), pero con suficiente independencia conceptual, como luego veremos.

La exclusión de los sistemas de reclamación de consumo del ámbito de la D 52/2008 ha jugado a veces en contra de la consideración de que ciertos sistemas de resolución de conflictos en consumo entren dentro de las categorías tradicionales de ADR: es posible que el modo de conducir una mediación sea radicalmente distinto en caso de un conflicto familiar o comunitario con notas de interculturalidad, en relación con una reclamación de consumo, pero el mecanismo es perfectamente adaptable al esquema que la D 52/2008/CE dibuja para la mediación en general, tanto en lo referido a la calidad de la mediación (art. 4) como al principio de confidencialidad (art. 5), así como en la necesaria previsión de una vía de ejecutoriedad (art. 6), que deberá abordarse en el futuro. La cuestión parece residir en por qué en el ámbito del consumo el legislador ha optado de manera clara por los ADR, incluso antes que en los asuntos de derecho privado en general, y esto nos lleva a hablar del denominado *acceso de los consumidores a la justicia*.

1.1. El acceso de los consumidores a la justicia: las causas del marco normativo de los ADR en consumo

Este enfoque legislativo anterior y específico de los ADR en las reclamaciones de consumo deriva de las actuaciones iniciadas con el Libro Verde del acceso de los consumidores a la justicia en el mercado interior de

2. La cita literal es la siguiente: «(1) La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, **los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo**, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto». En la delimitación negativa del ámbito de aplicación aparecen exclusiones materiales como el caso de las reclamaciones de consumo, junto con prácticas en las que no puede aplicarse el concepto de ADR sobre el que la Directiva basa su ámbito, como las negociaciones precontractuales o la conciliación judicial.
3. Sobre este concepto de reclamaciones de consumo, podéis consultar J. M. BUSTO LAGO; N. ÁLVAREZ LATA; F. PEÑA LÓPEZ (2008). *Reclamaciones de consumo*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
4. DON L 115 de 14.4.1998, pág. 31.
5. Podéis ver cdo. 1 de la Recomendación.
6. En el caso español, se ha optado por la creación del denominado *sistema arbitral de consumo* diseñado por el RD 231/2008, que ha sustituido al RD 636/1993, y que regula este tipo especial de arbitraje.

1993,⁷ que pretendía diseñar un marco normativo en el que pudieran generar mecanismos que asegurasen la eficacia del marco normativo de la protección de los consumidores. En este documento sobre el estado de la cuestión, se observa la proliferación de ADR en los países miembros para las reclamaciones de consumo que, con diseños muy distintos, responden a la demanda de procesos ágiles y más baratos que los órganos judiciales; pero el planteamiento es global, ya que junto a las conclusiones que afectan al desarrollo de los ADR y, en especial, del arbitraje de consumo, se hallan propuestas acerca de las denominadas *acciones colectivas*, o el beneficio de la justicia gratuita. Sin embargo, el valor de este primer texto consiste en destacar la existencia de sistemas alternativos de resolución de conflictos en algunos países, entre estos España, bajo la fórmula del arbitraje.⁸

De esta manera, el desarrollo de los ADR de consumo se vincula con el acceso de los consumidores a la justicia y al paquete de acciones que tienen como objetivo reforzar sus posibilidades de reclamación en caso de conflicto, lo que acaba desembocando en la Comunicación de la Comisión de 14 de febrero de 1996 relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior -COM(96) 13 final-, que apuesta claramente por la vía de los ADR.⁹ Por esto se afirma que el acceso de los consumidores a la justicia presenta una variedad de instrumentos, pero se indica con contundencia que este acceso no significa siempre acceso a los tribunales y que es posible que se produzca por medios

extrajudiciales. Es más, esto se considera deseable, por lo que se prioriza e impulsa el desarrollo de ADR en el ámbito de las reclamaciones de consumo, algo que se hace evidente en la Comunicación de la Comisión de 4 de abril del 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios -COM(2001) 161 final-, donde se afirma que los ADR en el ámbito de consumo aparecen como la mejor alternativa para las peticiones individuales de los consumidores y el elemento necesario para garantizar la efectividad de sus derechos.¹⁰

Es interesante destacar que la Comunicación 161/2001, además de la opción por los ADR debido a las características del proceso, se inclina ya por vincular el desarrollo de estos instrumentos con dos de las grandes bases de su expansión: la generación de confianza y su vinculación con las nuevas tecnologías. Sobre estos dos ejes va a vertebrarse a partir de ahora el desarrollo de los ADR en el marco comunitario. Sin embargo, antes de analizar este aspecto conviene observar cómo se organizan los ADR de consumo en España, o lo que es lo mismo, la organización del sistema arbitral de consumo.

1.2. El denominado *sistema arbitral de consumo* en España

El arbitraje de consumo en España, como ya se ha visto en la Comunicación 2001/161, es anterior al impulso de los ADR por el legislador comunitario. Es la Ley 22/1984 de 19 de julio, general para la protección de los consumi-

7. Libro Verde de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único, COM(93) 576 final, pág. 76.
8. La conclusión que afecta a las ADR es básicamente la 5: «Intensificación de los contactos entre los diferentes organismos de arbitraje de consumo con el fin de llevar a cabo un intercambio mutuo sobre el tema; en este marco, se recomienda investigar más a fondo el papel de determinados organismos (por ejemplo, las Cámaras de Comercio y de Industria) en la creación de regímenes de arbitraje voluntarios, de carácter sectorial o de carácter regional (véanse los capítulos referentes a los procedimientos extrajudiciales en Alemania, España y Portugal). Sobre el arbitraje de consumo en España, véase el epígrafe 1.3».
9. De manera similar, la Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo -COM(1998) 198 final- pretenderá hallar un estándar entre los diferentes tipos de ADR que los estados miembros han ido creando. La mayor diferencia se señala entre los métodos escandinavos de *ombudsmen*, que suelen tener carácter privado y cuya imparcialidad puede discutirse, y el arbitraje de consumo español con carácter claramente heterocompositivo. Finalmente se optó, como ya se ha visto en el apartado anterior, por la regulación en dos instrumentos distintos de los métodos heterocompositivos y autocompositivos.
10. Podéis consultar Com. 161/2001, pág. 2 del texto: «Varios instrumentos comunitarios confieren a los consumidores una serie de derechos básicos. Ahora bien, para que estos derechos tengan valor práctico, deben existir mecanismos que permitan garantizar su ejercicio efectivo.»

dores y usuarios, la que se refiere a la creación de un sistema de resolución de controversias con «carácter vinculante y ejecutivo para las dos partes». Como señala Maluquer de Motes,¹¹ este mandato, a su vez, se incardina en el artículo 51 CE que insta a la protección de los consumidores por «procedimientos eficaces» que salvaguarden su salud, su seguridad y la defensa de sus derechos. Finalmente, el RD 636/1993 materializa esta cuestión optando por un sistema de arbitraje institucional en un proceso que reúne fases consecutivas de mediación y arbitraje y que, por lo tanto, aúna los denominados procesos heterocompositivos y autocompositivos.¹² Esta cuestión es todavía más evidente en el texto que rige la materia en la actualidad, el RD 231/2008, que regula el denominado *sistema arbitral de consumo*, en el que la mediación se prevé como una primera fase del proceso (artículos 37 y 38), pero con suficiente independencia conceptual y capaz de imponer el acuerdo de las partes en cualquier momento del proceso antes de la emisión del laudo.

De este modo, los ADR de consumo en España se concretan en la mediación y el arbitraje que, además, tienen una serie de características que les dan un perfil especial. Por un lado ya se ha apuntado que es un sistema organizado en la Administración, por lo que puede calificarse de institucional. Por otro lado, conviene advertir que el arbitraje de consumo es unidireccional - en efecto, sólo resuelve las controversias del consumidor ante un empresario- y, además, sólo el consumidor puede iniciar un proceso de arbitraje de consumo (artículos 33.1 y 34.1).

La opción en el ámbito de los ADR de consumo es, pues, clara. Quedan por ver las características de las reclamaciones de consumo que configuran la posibilidad de esta elección. En efecto, debemos detenernos en dos aspectos fácticos que explican el encaje de los ADR en las reclamaciones de consumo: son los conceptos de *small claim* y de conflicto transfronterizo. A estos dedicaremos el epígrafe siguiente.

2. Los estándares de las reclamaciones de consumo: *small claims* y conflictos transfronterizos

Además de un marco normativo propio, los ADR propios de las reclamaciones de consumo descansan sobre una realidad fáctica concreta. Dicho de otro modo, las reclamaciones de consumo son un sector con características propias marcadas que apuntan hacia un auge de los ADR.

En efecto, las reclamaciones de consumo se individualizan por pertenecer a un conjunto normativo determinado que convencionalmente denominamos *derecho de consumo*. Se basa en la noción de consumidor, que es de entrada una noción jurídica, ya que determina la aplicación de un conjunto de normas, pero que también se mueve a menudo en un ámbito poco jurídico, especialmente pensada entre los estudios económicos en torno al mercado y los estudios sociológicos que sólo tienen en cuenta el comportamiento de las masas en este ámbito. Esto hace que la noción de consumidor con frecuencia sea desde el punto de vista jurídico demasiado indeterminada, como también lo es seguramente el propio conjunto normativo denominado *derecho de consumo*. No obstante, parece claro que la protección de los consumidores viene impuesta por una nueva manera de contratar provocada por importantes cambios socioeconómicos que piden nuevas herramientas jurídicas y que viene definida por dos ejes: la contratación en masa y el desequilibrio entre las partes en contra del consumidor.¹³

Centradas, pues, en este elemento, las reclamaciones de consumo canalizadas mediante ADR suelen ser de carácter netamente patrimonial y, en su mayor parte, la reclamación económica habitualmente no es elevada. Por este motivo, podemos afirmar que la mayoría de las reclamaciones de consumo entran en el concepto de lo que denominamos *small claims*; es decir, el valor económico de la reclamación del consumidor no es elevado. De ahí se derivan dos consecuencias: por

11. C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET (2004a). «Comentario al art. 1». En: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova.
12. Sobre el hecho y las consecuencias de un sistema de arbitraje de consumo organizado por la Administración, podéis ver C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET (2004b). «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario». En: C. E. FLORENSA (ed.). *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
13. Sobre este tema hemos tenido ocasión de tratar en trabajos anteriores, podéis consultar I. BARRAL VIÑALS (2007). «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa». *Revista Catalana de Dret Privat*. Vol. 7, pág. 69-97.

un lado, si no existe un mecanismo rápido y barato de resolución, se trata de reclamaciones que difícilmente se van a llevar a los tribunales.¹⁴ En la Encuesta del Eurobarómetro del 2004 sobre acceso de los ciudadanos a la justicia se indica que sólo un 18% acudirían a los tribunales por reclamaciones entre 500 y 100 €, mientras que el 11% lo haría por reclamaciones de menos de 200 € o de 100 €. Incluso entre estos grupos, el 54% de estos afirmaba que no lo harían por cantidades inferiores, al ser una inversión demasiado costosa en relación con el valor de la adquisición.¹⁵ La desproporción entre el valor de lo adquirido y el coste de una reclamación evidencia lo afirmado sobre las *small claims* y el hecho de que los ADR o los ODR pueden ser la única vía de resolución efectiva del conflicto.¹⁶

Por otro lado, aunque el perjuicio de cada consumidor en concreto tenga poco valor, la suma de la actuación frente a todos los consumidores puede tener grandes proporciones. Pensemos, por ejemplo, y para concentrarnos en el ámbito comunitario, en el estudio de prácticas comerciales en relación con la venta de billetes de avión llevado a cabo por Internet SANCO, y que dio como resultado una lista de buenas y malas prácticas.¹⁷ Por todo esto, se trata de un sector de conflictos que, en la práctica, sólo contarán con una solución si se opta por estos medios de resolución.

Otro elemento que en principio es fáctico, pero que dirige muchos de los planteamientos de la UE, es que las reclamaciones de consumo lo sean en virtud de relaciones jurídicas que tengan la calidad de **transfronterizas**, pues es una plasmación clara del mercado interior que se ha convertido en el máximo objetivo de la legislación de consumo de la UE.¹⁸ Este carácter puede considerarse sobredimensionado: que los conflictos sean transfronterizos exigiría la creación de ADR en un ámbito comunitario, mientras que las iniciativas reales se listan en elementos de apoyo como la Red EJE y la FIN-NET.¹⁹ De manera más reciente, la red de centros europeos del consumidor permite tramitar reclamaciones de consumo transfronterizas. Precisamente por este elemento, se priorizan exclusivamente los métodos autocompositivos, con especial mención a la mediación, ya que el recurso al arbitraje tropezaría aquí con problemas importantes de competencia.

En este sentido, los conflictos transfronterizos se erigen en vértice de los ADR cuando se analiza el espacio sin fronteras por naturaleza que es Internet, donde la preocupación máxima es dotar de elementos de reclamación alternativos a las prácticas nuevas de comercio electrónico. Así, la preocupación por los conflictos transfronterizos crece con la intersección con el comercio electrónico que preconizará el paso de los ADR a los ODR, lo que supondrá el desarrollo

14. Cdo. 2 R 98/257/CE: «La mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución judicial; que, en particular en el caso de los conflictos transfronterizos, las posibles dificultades ligadas a los procedimientos judiciales pueden disuadir al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos».
15. Otras razones eran lo largo, costoso y complicado que podía ser el proceso judicial. Podéis consultar Encuesta del Eurobarómetro (octubre del 2004). *El acceso de los ciudadanos de la Unión Europea a la justicia* (informe). Versión en inglés disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#coop
16. Sobre este tema, podéis ver J. LÓPEZ SÁNCHEZ (2003). «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 571, pág. 5-8. Este artículo da algunos datos: el 49% de las compras en España por medio de la red Internet se han efectuado para la adquisición de libros y discos. Esta desproporción entre el valor del bien adquirido y el coste de la reclamación se acentúa cuando la adquisición se ha llevado a cabo mediante un prestador de servicios que se encuentra en otro Estado de la Unión Europea. Son los dos elementos que venimos destacando en este apartado.
17. Podéis consultar la página web de la DG SANCO: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/index_en.htm
18. Informe de la Comisión relativo al Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001 y el marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores 1999-2002 (LCEur 2001, 2906, pág. 11).
19. De esta manera, en la Comunicación 2001/161 final se define la Red EJE como un instrumento de colaboración y de asesoramiento al consumidor con un conflicto de consumo transfronterizo: «La Red EJE será una estructura de comunicación y apoyo compuesta de puntos de contacto nacionales (o «centros de intercambio de información») creados por cada Estado miembro. Si un consumidor tiene un litigio con una empresa, puede ponerse en contacto con su centro nacional de intercambio de información. Este le facilitará asesoramiento y asistencia para presentar una reclamación ante un órgano extrajudicial notificado del lugar en que esté situada la empresa. En los litigios transfronterizos, los centros de intercambio de información intentarán salvar los obstáculos que impiden buscar una compensación sin recurrir al procedimiento judicial, como las diferencias lingüísticas y la falta de información, y a continuación transmitirán la reclamación al órgano extrajudicial apropiado a través de la red». Por su parte, la FIN-NET es la red especializada en reclamaciones de consumo sobre servicios financieros.

de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el marco de los ADR y la potenciación de un nuevo marco normativo para las relaciones de consumo nacidas en Internet. A estas nos referiremos a continuación.

3. Construyendo la *e-confidence*: confianza y desarrollo del comercio electrónico

La intersección entre el desarrollo de los ADR en materia de consumo y el comercio electrónico, así como la gran oportunidad de usar las TIC en los ADR de consumo, se ven muy claras en textos como la Comunicación 2001/161. Sin embargo, y a pesar de que estos buenos deseos se repiten en la mayoría de los documentos de la UE que desarrollan este tema, el impulso real del ODR dependerá del desarrollo efectivo del comercio electrónico. En efecto, hace ya tiempo que la UE está especialmente interesada en crear un clima de confianza en la Red de cara al consumidor y a la pequeña y mediana empresa, porque es consciente de que los dos son los pilares sobre los que debe asentarse el desarrollo real del comercio electrónico en el mercado interior que, de momento, se mantiene en un estado de desarrollo inicial.²⁰ La confianza en las operaciones en el entorno digital es la clave para conseguir la total inmersión del consumidor europeo en el mercado interior. Tras la introducción del euro, este puede ser el segundo gran factor que cohesione de manera definitiva el espacio económico de la UE en unas cifras de negocio lo suficientemente importantes como para justificar el empeño en este propósito.

La confianza en la Red se mide en términos de seguridad: sólo si el consumidor conoce el medio y cómo funciona podrá valorar las ventajas que el comercio electrónico le aporta frente al tradicional. Sin embargo, además de un marco normativo adecuado –desde la LSSICE hasta la regulación de la firma electrónica, pasando por la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas–, la *e-confidence* también se basa en un sistema ágil de resolución de conflictos, quizá con más intensidad que en las relaciones fuera de línea. En efecto, como elemento de seguridad que es capaz de generar confianza, adquiere gran importancia la posibilidad de ofrecer al consumidor herramientas para evitar o para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir en las transacciones electrónicas, especialmente si son transfronterizas.²¹ Por este motivo deben potenciarse las herramientas que los consumidores puedan usar en caso de una reclamación, ya que sólo métodos sencillos, rápidos y sin coste elevado serán capaces de que el consumidor asuma el riesgo del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso por parte del empresario.²² A pesar de que la DG SANCO lanzó el Plan *e-Europe* 2002 para aumentar la confianza, en el reciente estudio sobre el comportamiento de los consumidores en transacciones transfronterizas se llega a resultados muy parecidos²³ en los bajos porcentajes de percepción de confianza en el medio. Por esto, la actual estrategia en materia de protección de los consumidores 2009-2014 vuelve a insistir en cómo incrementar la confianza de los consumidores ante los nuevos retos tecnológicos como manera de aumentar la eficacia de su protección.²⁴

En definitiva, en la actualidad el desarrollo de los ODR ya no prima el acceso de los consumidores a la justicia, sino

20. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores (2002-2006), de 7 de mayo del 2002 (LCEur 2002, 1282, pág. 12). La confianza de los consumidores es una apuesta básica, ya que se considera un elemento esencial del desarrollo del comercio electrónico y, por extensión, del real mercado único.
21. Podemos ver cuál es uno de los intereses de la DG SANCO en el fragmento siguiente: «Aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que este les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos comparables» (Cdo. 1, R 98/257/CE).
22. En el mismo sentido, podéis ver J. QUINTANA CARLO (1997). *El sistema arbitral de consumo* (pág. 21). Pamplona: Aranzadi.
23. Esta cuestión se repite en los documentos sobre el comercio electrónico desde el Plan *e-Europe* 2002. El más reciente es *Report on cross-border e-commerce in the EU*, SEC(2009) 283 final, de marzo del 2009, elaborado por el grupo de trabajo de la Comisión. En el mismo, se indica que el 21% de los ciudadanos no utilizan Internet para sus compras ya que temen los problemas relacionados con la gestión de las reclamaciones o el incumplimiento de las empresas.
24. Podéis ver la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. *Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz*, COM (2007) 99 final.

la generación de la confianza en el nuevo medio, que resulta menos permeable de lo que se desearía. Llegados a este punto, la cuestión consiste en cómo los ADR de consumo se metamorfosean al transformarse en ODR, y cómo responde el marco normativo.

4. Los ODR en las reclamaciones de consumo: tipología

La e-confianza, convertida en eje del impulso de los ODR en la UE, parte de la realidad que este tipo de conflictos presenta.²⁵ Por esta razón, el tratamiento legal de los ODR es distinto del de la mediación nacida de conflictos cuyo valor económico puede ser una incógnita -conflictos familiares, interculturales-, y en los que la esencia del proceso está en la presencialidad de las dos partes en conflicto y, frecuentemente, en el hecho de que se reconozcan como interlocutores. En los ODR de consumo el valor está en la eficacia del sistema. De este modo, la búsqueda de la eficacia junto con la rebaja de costes ha hecho que los ADR clásicos se adapten al entorno en línea, en el que las experiencias son numerosas.

La expresión ODR pone el acento en el hecho de procesos de resolución de conflictos en línea, en contraposición a los ADR, que se caracterizan por no serlo. Sin embargo, a partir de esta afirmación casi tautológica, existe una gran gama de experiencias. A pesar de todo, la mayoría de las mismas pueden reconducirse a la bipartición que anuncia la Comunicación 2001/161 cuando afirma:

«Para que los consumidores tengan más opciones y se beneficien de una mayor flexibilidad, especialmente ante el desarrollo del comercio electrónico y de las tecnologías de las comunicaciones.»²⁶

En efecto, deben distinguirse conceptualmente dos ideas: usar TIC en el entorno de resolución de conflicto y la generación de nuevas plataformas de ODR propiciadas por los avances técnicos de Internet, especialmente de la *www2*, que favorece la interoperatividad.²⁷

De este modo, podemos distinguir dos niveles en los ODR:

4.1. Uso de las TIC en los ADR

Este primer nivel supone la adaptación de los ADR clásicos al nuevo entorno: destacan en este grupo las fórmulas de e-arbitraje. Supone el tipo más formal de ADR en la que las partes se someten a la decisión de un tercero (árbitro). La posibilidad de llevar a cabo arbitrajes electrónicos existe, y de esta manera encontramos iniciativas como E-Global ADR Tribunal o e-arbitration-t, en las que el desarrollo de *software* es capaz de diseñar un arbitraje en línea mediante técnicas como el correo electrónico y la videoconferencia. Los mismos instrumentos sirven para procesos no presenciales de remediación o de negociación.²⁸

Por este motivo, la LSSICE en su artículo 32 admite la posibilidad de resolver los conflictos entre consumidores y prestadores de la sociedad de la información por «medios electrónicos» y, en concreto, mediante el arbitraje como opción más favorable en el contexto español.²⁹ En un ámbito jurídico, este marco exige la doble consideración legal siguiente.

- La aplicación de las normas directamente derivadas de los procesos tecnológicos aplicados: seguridad, rastreabilidad, confidencialidad de los datos, etc. En este caso, el recurso al expediente de la firma electrónica permite resultados satisfactorios en las cuestiones de la identidad de las partes y la integridad de los mensajes cruzados en la web.³⁰ Por su parte, la aplicación de

25. Podéis consultar el apartado 2.

26. Podéis consultar Comunicación 161/2001, pág. 2, párrafo 31.

27. Podéis ver las posibilidades del futuro inmediato en la Comunicación sobre Internet de los objetos.

28. Sobre la experiencia de resolución de conflictos por videoconferencia, podéis ver L. ABELLÁN TOLOSA (2006). «El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 10, pág. 65-81.

29. C. J. MALUQUER DE MOTES (2003). «La solución extrajudicial de conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». En: I. BARRAL VIÑALS (coord.). *La regulación del comercio electrónico* (págs. 113-114). Madrid: Dykinson. Aquí afirma que el arbitraje, por su naturaleza de equivalente jurisdiccional y su efecto de cosa juzgada, da mayores garantías al reclamante.

30. Sobre este tema hemos tenido ocasión de pronunciarnos en I. BARRAL VIÑALS (2003). «La seguridad en Internet: la firma electrónica». *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson.

la normativa de protección de datos en las comunicaciones electrónicas resuelve los problemas más evidentes en torno a la confidencialidad.

- La aplicación de las normas vinculadas a la concreta técnica de solución de conflictos utilizada. No por el hecho de tratarse de ODR, escapan del ámbito de aplicación de la técnica concreta de resolución de conflictos de la que se trate.

Este ámbito normativo, aunque no pensado estrictamente para estas prácticas, es capaz de ofrecer soluciones válidas. En el apartado 5 analizaremos algunos aspectos de la regulación del arbitraje electrónico de consumo, que ya tiene una previsión legal concreta en España.

4.2. Nuevas formas de ADR

La versatilidad de las nuevas tecnologías hace que se ofrezcan de manera conjunta procesos de mediación y de negociación en línea. De esta manera, se pone el acento más en el expediente técnico que desarrolla el diálogo entre las partes que en la intervención del tercero. Normalmente se inicia un proceso de negociación y, si no se obtiene un resultado, se pasa a asignar a un mediador. Este es el diseño de The Mediation Room, ECODIR.³¹ Incluso se da en sistemas automáticos de empresa como E-bay Squaretrade o Smartsettle.³²

Por este motivo, en este ámbito los ODR tienden a ofrecer plataformas tecnológicas de diálogo entre las partes con o sin la intervención de tercero, como procesos sucesivos que generan una cierta confusión, ya que acumulan fases sucesivas de métodos distintos de resolución de conflictos que en el entorno presencial se juzgan claramente contradictorias: por ejemplo, procesos de negociación, mediación y arbitraje en un único expediente técnico, en lo que a veces se denominan *formas híbridas de ADR/ODR*.³³

En estos casos, se mantiene lo dicho en el tipo anterior: deben aplicarse las normas propias del uso de nuevas tec-

nologías, más aquellas propias de cada ADR usado. En efecto, en este caso adquiere importancia saber si estamos ante un proceso de mediación o de arbitraje para, por ejemplo, identificar con claridad la actuación del tercero independiente imponiendo una solución o simplemente facilitando la búsqueda de un acuerdo. A pesar de todo en este caso se plantea un problema añadido, y es que debe tenerse presente que si el entorno en línea facilita que los distintos ADR converjan en mecanismos técnicos únicos, esta realidad debe ser analizada para dotarla de un marco legal adecuado o, al menos, para interpretar el marco legal vigente en consonancia con el contexto y la finalidad de estas prácticas. Un cuadro legal demasiado rígido es garantía de la proliferación de un conjunto desregularizado de prácticas en el entorno de los ODR.

4.3. En caso en concreto: los sistemas de negociación automática

La automatización completa de los procesos de ADR es la muestra genuina de las posibilidades del entorno de nuevas tecnologías aplicadas a la gestión de conflictos en red. En este caso, se adapta totalmente el entorno tecnológico para diseñar un proceso equivalente a un ADR clásico, la negociación que se convierte en una nueva forma de solución de conflictos en procesos automáticos de inteligencia artificial que minimizan la intervención humana. Así han surgido los denominados *sistemas de negociación automática*. Su ámbito es especialmente el de las reclamaciones monetarias, en el que no se discute más que la cantidad de la compensación que el consumidor debe recibir. Se trata de ofrecer el *software* necesario para que las partes lleven a cabo ofertas de acuerdo sobre la cantidad sin que conozcan las de la otra parte en conflicto; cuando las ofertas llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de manera automática en la cantidad media de las dos. Como puede imaginarse, este sistema es tremendamente ágil y muy poco costoso, aunque la falta de intervención humana puede perjudicar la bondad de ciertas decisiones. Supone el máximo exponente de conexión entre las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en red.

31. <http://www.ecodir.org/>

32. <http://www.smartsettle.com>

33. En este sentido, podéis ver Ministerio de Ciencia y Tecnología (diciembre 2002). *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España* (págs. 23 y siguientes). i+confianza.

El Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil excluye estos sistemas de negociación automática no por este hecho, sino porque son ofrecidos por las empresas, de manera que falta la nota definitoria de los ODR en las que participa un tercero, ya sea como facilitador (mediación) o imponiendo una solución (arbitraje), y que es la imparcialidad. De la misma manera, la Resolución del 2001 excluye «los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o los mecanismos en los que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de la empresa» (art. 1.2).

Sin embargo, esta manera de enfocar el ámbito normativo no aprehende la estructura de muchos de los ODR. En efecto, a menudo es un tercero el que pone este instrumento al alcance de las partes en conflicto y limita su actuación al desarrollo de la labor de negociación.³⁴ Los centros de reclamaciones electrónicos de las empresas son mecanismos que pretenden ayudar al consumidor a formular una queja concreta y a pedir la consiguiente reparación, por lo que si se efectúan por medios exclusivamente electrónicos, suponen la existencia de un centro legal en línea. Y esta idea es la que les confiere máxima virtualidad cuando son ofrecidos por la propia empresa en problemas de comercio electrónico de poca entidad económica. Así pues, en las mismas se trata más de ofrecer un buen servicio posventa al cliente que de ofrecerle medios de resolución de conflictos, pues generalmente la entidad de la transacción huye de mecanismos demasiado complejos.

Tanto los sistemas de negociación automática organizados por las empresas como los centros de reclamaciones en línea carecen, evidentemente, de la nota de imparcialidad que suele predicarse de los terceros que intervienen en un proceso de solución de conflictos. Sin

embargo, una gestión adecuada de un incumplimiento y una respuesta satisfactoria pueden aumentar tanto o más la *e-confidence* que los procesos de mediación: ahí está la paradoja. Los ODR obedecen a los parámetros de eficiencia, rapidez y bajos costes, y las fórmulas que reúnan estas características permanecerán y aumentarán. Y en este caso, es preciso hallar el marco legal que los acoja, incluso si se resisten a entrar en las categorías de ADR presenciales clásicos.

5. El arbitraje electrónico en el sistema arbitral de consumo

En España, desde el 2008 se ha optado por regular un tipo concreto de ODR: el arbitraje de consumo entendido como sistema que enlaza procedimientos de mediación y arbitraje según lo antes expuesto. En efecto, la regulación del arbitraje electrónico de consumo es presentado por la exposición de motivos del RD 231/2008 como un gran novedad.³⁵ Significa el desarrollo de un sistema a medio camino entre la posibilidad de usar las TIC en el arbitraje y la mediación de consumo y la creación de plataformas en línea de ODR en esta materia, cuya finalidad básica sería agilizar el proceso y eliminar costes.³⁶

En efecto, este texto regula en unos pocos preceptos el arbitraje de consumo electrónico en el que se marca una clara distinción entre el arbitraje electrónico y los «trámites realizados por vía electrónica» dentro de un proceso convencional (art. 3.3). Tras esta distinción, en los dos casos declara aplicable en lo no dispuesto por el RD 231/2008 la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta remisión se debe al hecho de que el arbitraje de consumo es de naturaleza institucional, por lo que se somete a los requisitos de la legislación administrativa en lo que res-

34. Podéis ver el Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil, COM(2002) 196 final. Nota 1: no se incluyen en el ámbito de este libro los sistemas de procesamiento de demandas, puestos a la disposición de los consumidores por los profesionales; en tales procedimientos no intervienen terceros, sino que se encarga de los mismos una de las partes del conflicto. Tampoco los sistemas de negociación automática sin intervención humana, propuestos por los prestatarios de servicios de la sociedad de la información; estos sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial, sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto.

35. La importancia de esta vía ya había sido señalada por el Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España (*op. cit.*, p. 97).

36. En este sentido, podéis ver A. MONTESINOS GARCÍA (2008). «El arbitraje de consumo virtual» (pág. 264). En: L. COTINO HUESO (coord.). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch.

pecta a la utilización de medios electrónicos para notificaciones y otros aspectos.

A pesar de todo, el RD 231/2008 tiene una visión restrictiva del arbitraje electrónico, ya que considera como tal sólo aquel que se lleva a cabo de manera íntegra por medios electrónicos, aunque a continuación admite que algunas actuaciones pueden ser presenciales. Este planteamiento hace surgir un problema de delimitación: ¿cuántas actuaciones presenciales son necesarias para entender que ya no estamos en un arbitraje electrónico? El propio artículo 45, cuando habla de la práctica de la prueba en el proceso arbitral electrónico, indica que «en el arbitraje electrónico, cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, esta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes». La conclusión de que entonces la videoconferencia es un trámite presencial parecería adecuada, aunque en efecto se lleva a cabo por medios electrónicos y propiamente no es presencial. Este artículo es un ejemplo de lo que exponíamos anteriormente: la utilización de la videoconferencia se incluiría en lo que podríamos denominar *aplicación de las TIC a la mediación o al arbitraje*, que consigue un efecto equivalente a la presencialidad usando técnicas de comunicación a distancia que permiten la emisión de imágenes.

En cambio, la realidad que el RD 231/2008 identifica con el arbitraje electrónico es una aplicación informática centralizada que el Ministerio de Sanidad y Consumo recibe

el mandato de crear (art. 51.2), y que prevé un sistema equivalente al del arbitraje de consumo tradicional por medios electrónicos. Es decir, se convierte en un proceso adaptado al previsto en el RD efectuado virtualmente, en el que los problemas que hay que resolver son la Junta Arbitral competente (art. 52); la práctica de las notificaciones (art. 54); el lugar del arbitraje (art. 55); y la aplicación de los mecanismos de firma electrónica en lo que respecta a los mecanismos para garantizar la identidad de las partes y la integridad del mensaje (art. 53).

De esta manera, la regulación del RD se mueve entre las dos categorías antes expuestas, pues en su regulación caben múltiples situaciones. Sólo como ejemplos:

- El mero uso de las TIC (medios electrónicos) en un proceso de arbitraje: como videoconferencia en las vistas o el proceso previo de mediación.
- El proceso de arbitraje electrónico exclusivamente virtual, mediante una aplicación que canalice la formalización del convenio arbitral (art. 24), la solicitud de arbitraje, las comunicaciones entre las partes y con el órgano arbitral y la emisión del laudo.
- Un proceso mixto con una fase previa de mediación también electrónica, a imagen de la opción anteriormente descrita, a la que pueda seguir un proceso arbitral en casos de falta de acuerdo.

En definitiva, la apuesta por los ODR en el ámbito de las reclamaciones de consumo aparece dotada de un enorme potencial, que deberá expandirse en un futuro próximo.

Bibliografía

- ABELLÁN TOLOSA, L. (2006). «El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 10, pág. 65-81.
- BARRAL VIÑALS, I. (2003). «La seguridad en Internet: la firma electrónica». En: *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson. Pág. 50.
- BARRAL VIÑALS, I. (2007). «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa». *Revista Catalana de Dret Privat*. Vol. 7, pág. 69-97.
- BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F. (2008). *Reclamaciones de consumo*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- GIL NIEVAS, R. (2008). «La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N.º 768.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2003). «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N.º 571, pág. 5-8.

- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2003). «La solución extrajudicial de conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». En: I. BARRAL VIÑALS (coord.). *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson. Pág. 113 y sig.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2004a). «Comentario al art. 1». En: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2004b). «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario». En: C. E. FLORENSA (ed.). *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN GALICIA, F. (enero 2005). «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor». *Estudios sobre consumo*. N.º 72, pág. 89-96.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2008). «El arbitraje de consumo virtual». En: L. COTINO HUESO (coord.). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 264.
- QUINTANA CARLO, J. (1997). *El sistema arbitral de consumo*. Pamplona: Aranzadi.

Cita recomendada

BARRAL VIÑALS, Immaculada (2010). «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR» [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 11. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-barral/n11-barral-esp>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.es>>

Sobre la autora

Immaculada Barral Viñals
 ibarral@ub.edu

Doctora en Derecho y profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. Miembro del grupo de investigación GREDINT, Derecho del Consumo y Nuevas Tecnologías. Presidente de los colegios arbitrales de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña. Participa en la elaboración del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, y es miembro de la International Academy of Commercial and Consumer Law.

Facultad de Derecho
 Universidad de Barcelona
 Av. Diagonal, 684
 08034 Barcelona, España