

informática **Y** **DERECHO**

2^A
Época

ISSN: 2530-4496



Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(Segunda Época - Segundo Semestre 2017 - Número 3)



informática **Y** **DERECHO** **2**^A Época

Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(Segunda Época - Segundo Semestre 2017 - Número 3)



DIRECTOR ACADÉMICO

PROF. DR. FEDERICO BUENO DE MATA

DIRECTOR ADJUNTO

PROF. MAG. CARLOS REUSSER MONSÁLVEZ

EDITORIA GENERAL

PROF. MÁSTER. BIBIANA LUZ CLARA

CONSEJO ASESOR

PROF. MÁSTER. AUGUSTO HO SÁNCHEZ

PROF. HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH

PROF. DR. JULIO TÉLLEZ VALDÉZ

PROF. DRA. MARILIANA RICO CARRILLO

PROF. DRA. MYRNA ELIA GARCÍA BARRERA

PROF. DR. VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ

REPRESENTANTE LEGAL

PROF. AUGUSTO HO SÁNCHEZ

Presidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática

COORDINADORES

MAG. ERIKA YAMEL MUNIVE CORTÉS

LIC. ERNESTO IBARRA SÁNCHEZ

LIC. HUMBERTO MARTÍN RUANI

PROF. DRA. JACQUELINE GUERRERO CARRERA

PROF. DRA. NAYIBE CHACÓN GÓMEZ

PROF. MÁSTER. YOSSELIN VOS CASTRO

COMITÉ EDITORIAL

PROF. DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla.
Doctor en Estudios Legales por la Atlantic International University. México.*

PROF. DR. FERNANDO CARBAJO CASCÓN

Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. España.

PROF. DR. HORACIO ROBERTO GRANERO

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Argentina.

PROF. DR. JOSÉ HERIBERTO GARCÍA PEÑA

Profesor e Investigador del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

PROF. DRA. LAURA NAHABETIÁN BRUNET

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Uruguay.

PROF. DR. LORENZO COTINO HUESO

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Doctor en Derecho por la Universitat de València. España.

PROF. DR. LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. España.

PROF. DRA. MÓNICA LASTIRI SANTIAGO

Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III. España.

PROF. DR. NELSON REMOLINA ANGARITA

Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

PROF. DR. RUPERTO PINOCHET OLAVE

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Chile.

PROF. DRA. TERESA RODRÍGUEZ DE HERAS BALLEL

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. España.

DRA. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO

Letrada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Costa Rica.

Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, es una publicación semestral de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica iberoamericana el conocimiento científico relevante surgido de la interrelación entre el Derecho, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Electrónicas, poniendo el acento en el carácter interdisciplinario y transversal que necesariamente impone su estudio; todo ello con estricta sujeción a los principios que inspiran a la FIADI como promotora del desarrollo y progreso de las ciencias jurídicas.

Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, es la continuadora de la publicación homónima que fuera la primera revista académica de Derecho Informático de habla castellana, editada entre los años 1992 y 2002 por el Centro Regional de Extremadura de la UNED de la ciudad de Mérida (España) bajo la dirección del Prof. Dr. Valentín Carrascosa López, y que dejara de publicarse tras 34 números y 7549 páginas impresas.

La *Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática* (FIADI) es una organización internacional sin fines de lucro formalmente establecida en 2015, con personalidad jurídica otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay el 15 de diciembre de ese mismo año.

Sus objetivos son constituirse como instancia de cooperación y de intercambio de experiencias, así como promover la generación, discusión y difusión de ideas sobre la interrelación entre el Derecho y las tecnologías, fomentando el debate ético y una cultura de respeto a la dignidad humana y de protección a los derechos humanos en entornos digitales.

Informática y Derecho
Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(segunda época)

Domicilio Electrónico en España
revista@fiadi.org

Domicilio Postal en Chile
Huérfanos 979, oficina 609
8320182 Santiago de Chile

Edita:

Ratio Legis
Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3
Tel.: (34) 923 227 037
37007 Salamanca
www.ratiolegis.net



RATIO LEGIS

ISSN:
2530-4496

Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, es publicada en los meses de noviembre y mayo de cada año en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) que están disponibles para descarga en la página web:
<http://www.informaticayderecho.org/>

Una guía para la presentación de manuscritos está disponible en el enlace:
<http://www.informaticayderecho.org/manuscritos/>

Algunos derechos reservados. Publicada bajo los términos de la licencia:
Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada.

PRÓLOGO
REVISTA FIADI SEGUNDA ÉPOCA. N°3

Les damos la bienvenida a este nuevo número de la Revista de Fiadi, en esta ocasión, dedicado a los Métodos de resolución de conflictos en línea (ODR), que tengo el honor de prologar y que especialmente agradezco, ya que es una temática en la cual trabajo y estudio permanentemente.

Se preguntarán ustedes porque tratar este tema. Es que pasamos una gran cantidad de tiempo a lo largo de nuestro día realizando tareas laborales, profesionales, comerciales, sociales, educativas, y otras a través de Internet. Es hacia donde convergen la mayoría de las actividades de nuestra sociedad, y es por ello, que debemos tener en cuenta que allí también se producen situaciones conflictivas a las que hay que atender.

El entorno electrónico, es cambiante, visual, sensible, y con un lenguaje y referencias propias, ágil por naturaleza, y como tal requiere respuestas rápidas, afines a sus características.

Las soluciones de la justicia tradicional pensada en los siglos pasados, no brinda una respuesta acorde, si bien se están haciendo esfuerzos por “aggiornarse” los ritmos son lentos frente al dinamismo digital.

Los métodos ODR responden a esta problemática, buscando dar una salida eficaz a los conflictos que se generan. No son nuevos, ya que conocemos desde hace mucho los Métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), en su versión presencial: la mediación, el arbitraje, la conciliación, la negociación y la facilitación. Cada uno con sus particularidades, que les permiten adaptarse a las distintas situaciones que los requieran, y será el propio interesado quien decida cuál de ellos se adapta mejor para resolver su situación, y optara por él.

Estos mecanismos ahora trasladados al entorno electrónico, utilizan las Tic's como soporte que les permite desarrollarse y facilitan la interacción entre las partes, que muchas veces se encuentran a muchos kilómetros de distancia.

Las tecnologías de comunicación han hecho desaparecer las distancias geográficas, permitiendo vínculos antes impensados.

La posibilidad de resolver los conflictos del mismo modo y con la misma velocidad con la que se producen, abre la puerta a un nuevo esquema de acceso a justicia, donde las herramientas tecnológicas cumplen un rol fundamental.

La informática es una ciencia joven y en expansión, por lo cual no conocemos sus límites. Tampoco, sabemos que es lo que nos permitirá hacer en el futuro, pero su avance es claro y sostenido en progresión geométrica, por lo cual podemos con seguridad esperar cada vez mayores posibilidades. Es necesario aprovechar estos recursos para ayudar a las múltiples partes interesadas a vivir en una sociedad de paz, ya que, si bien el conflicto en su enfoque positivo se dice que permite a los involucrados, crecer y mejorar, saliendo renovados luego de trascenderlo, también es cierto que consume gran cantidad de energía, que se desvía de otros objetivos prioritarios trazados.

Si bien la técnica permite algunas opciones automatizadas de resolución, que se utilizan y mucho en el comercio electrónico, la posibilidad de contar con personas especialmente preparadas para abordar los conflictos, sigue siendo un factor relevante al momento de dirigir el proceso, de brindar un marco

de contención a las partes que en ocasiones se ven desbordadas por su problema, reformulando sus manifestaciones para bajar los niveles de agresividad, reinstalando un dialogo positivo, que les permita generar nuevas opciones para resolver sus conflictos.

Los profesionales debidamente capacitados y especializados, serán de gran ayuda para reconducir las situaciones que se les presenten, reinstalar la comunicación perdida o mejorar aquella que ha quedado lesionada, en miras de lograr un acuerdo, y mantener las relaciones, haciendo que las partes puedan volver a mirar juntas hacia el futuro.

Cuando observamos los resultados de los pleitos en los tribunales, vemos muchas veces, que luego de largos años de lucha, gastos, perdidas de tiempo, una de las partes o a veces las dos quedan insatisfechas con los resultados obtenidos y las relaciones por siempre rotas, con la posibilidad latente de que se generen nuevos conflictos.

Comprender las posibilidades que los ODR, abren a la investigación empírica, en busca de su mejora continua, observándolos desde sus tres pilares fundamentales que son cambio, “expertise”, y conveniencia, donde todos los sistemas tecnológicos que se utilicen deben tener en cuenta estos tres elementos, en diferentes medidas, según la necesidad que se manifieste, pero siempre presentes para seguir atrayendo actores que los utilicen y ser sustentables en el tiempo.

Es por ello necesario que quienes trabajan en el campo de los ODR, además de conocer las técnicas, deben tener acabado manejo de las herramientas electrónicas, a lo que se debe sumar la comprensión de la interculturalidad que se genera en este medio, donde existen distintos códigos referenciales según los lugares geográficos de las personas involucradas, sus costumbres, y diferencias que requieren especial atención.

Con estas condiciones los métodos ODR podrán ser elegidos, no por su bajo costo, o su rapidez, sino por la calidad de las decisiones que permiten obtener a las partes.

Lograr una sociedad pacífica y sustentable es dar cumplimiento a uno de los objetivos propuestos para el desarrollo sostenible por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en concordancia también con la encíclica del Papa Francisco, “Laudato Si” y es por ello que entre todos podremos construir una verdadera sociedad digital mas justa y en paz.

En este número a través de los distintos artículos que les presentamos abordaremos la temática en general y en particular referida a distintos sectores que requieren resolver sus conflictos. Esperamos sea de su interés, y les agradecemos infinitamente por elegirnos.

En Salamanca, a 3 de diciembre de 2017

Mg. Bibiana Beatriz Luz Clara

Abogada y Mediadora. Doctoranda de la Universidad de Salamanca.

Profesora e Investigadora de las Universidades FASTA y CAECE de Argentina.

Directora del Instituto de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Argentina

ÍNDICE

ONLINE CONSUMER ARBITRATION <i>Andrés Felipe Contreras Poveda</i>	13
EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA <i>Rubén López Picó</i>	37
ESTUDIO DE LOS OBJETIVOS DE LA NORMATIVA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CONSUMO Y PROPUESTAS PARA LA MEJORA DEL SISTEMA ADR/ODR ESPAÑOL <i>Pablo Cortés</i>	57
LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA (ODR): SU FUNCIONAMIENTO Y RETOS DE FUTURO <i>Catia Marques Cebola</i>	77
MEDIACIÓN ELECTRÓNICA Y ADULTOS MAYORES: ACCIONES ESTATALES PARA LA INTEGRACIÓN DIGITAL <i>Dra. Hilda Eleonora Vallet</i>	99
CONFLICTOS EN LAS ORGANIZACIONES Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE ADR/ODR Y SU SINERGIA CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) <i>Mónica Fernández Arhex</i>	117

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 11-34

ONLINE CONSUMER ARBITRATION

ANDRÉS FELIPE CONTRERAS POVEDA

*Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador de Investigación en el
Departamento de Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrolla en torno a la dinámica comercial actual, en la cobertura del principio de autonomía contractual y en la mecánica proteccionista que tanto a nivel nacional como internacional, se ha dado al consumidor como respuesta a su manifiesto estado de desigualdad frente a productores y proveedores. Esta autonomía, se circunscribe a los aspectos propios del contrato de adhesión y a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial el arbitraje, que se ofrecen al usuario o consumidor de determinado producto¹.

En Colombia, por expresa disposición de la Ley 1480 de 2011 y con apoyo de las normas y jurisprudencia sobre protección contractual al consumidor², se tornan como cláusulas abusivas y por consiguientes, ineficaces de pleno derecho, estipulaciones que fueran utilizadas para ampliar distancias jurídicas entre los contratantes, tales como la de limitación de responsabilidad del productor o proveedor, inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, de renovación automática del contrato y, entre ellas, aquella que restrinja el derecho del consumidor para acudir a la justicia ordinaria, sometiéndolo primero a la decisión de un tribunal de arbitramento³. No obstante, pese a la manifiesta prohibición general, por el carácter subsidiario del Estatuto, Inciso segundo del Artículo 2º, frente a regímenes especiales como el sector de servicios públicos domiciliarios, comunicaciones y asegurador, entre otros, la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias se someteran a la normatividad vigente que regula sus respectivas áreas.

El alcance de esta discusión es también prolífico a nivel internacional. En Francia, mediante la providencia final en el caso *CieL'alliance c/ Prunier* de 1843, la Corte de Casación consideró que la cláusula arbitral adolecía de nulidad por no estar conforme a derecho ya que, en su concepto, no es posible que se imponga el arbitraje en las relaciones de consumo pues, su legislación, sólo permite la cláusula compromisoria entre profesionales o en el llamado arbitraje de inversión, lo que dejaría fuera de esta categoría a los consumidores y las relaciones que estos tengan con los comerciantes.

A la pregunta de si ¿la regulación actualmente aplicable en Colombia sobre Arbitraje por medios electrónicos es suficiente para proteger los derechos de los consumidores? tendría que contestarse, por lo menos de forma preliminar, que las respuestas del derecho colombiano a las actuales circunstancias comerciales, económicas y jurídicas del nuevo orden global, en lo que tiene que ver con el Arbitraje en línea (Ley 1563 de 2012 y Decreto 1829 de 2013), aunque de avanzada, aún tienen cierto nivel de carencia y deficiencia que impide proporcionar de forma idónea a los consumidores, una alternativa efectiva en la protección de sus derechos, como lo dispone el Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011). Lo anterior se plantea de esta forma, debido a que la incidencia de las TIC en el ordenamiento jurídico (y viceversa), aún se encuentra en lo que podría llamarse, un periodo de acoplamiento, que responde sin más, a factores geográficos, políticos, económicos, corporativos, etc.

¹ Debe entenderse por *Producto* todo bien o servicio puesto al alcance del consumidor.

² En el Código Civil, artículos como el 1603 -ejecución contractual de buena fe-, 1618 -de la verdadera intención de las partes por encima de lo literal-, artículos 830 y 831 del Código de Comercio -sobre el abuso del derecho y el enriquecimiento sin justa causa respectivamente- y sentencias de las Altas Cortes como la Sentencia del 2 de febrero de 2001 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, la del 4 de noviembre de 2009 M.P. Pedro Octavio Munar de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y la C-1141 DE 2000, consagran el carácter general de protección contractual que tiene el consumidor en materia de cláusulas abusivas propias de los contratos de adhesión. Encontrado en “*Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*”, GIRALDO, Alejandro; CAYCEDO, Carlos; MADRIÑAN, Ramón. Legis Editores S.A., 2012 (Pg. 99)

³ Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012. El texto del numeral 12 del Artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 decía: **ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.** *Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...)12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*

No obstante, con las políticas de gobierno adecuadas y la implementación de recursos electrónicos suficientes, Colombia podrá alcanzar a otras potencias mundiales en lo relacionado con la protección de los consumidores y el uso de medios informáticos.

Según autores como MOREK , BURGOS , HANCE y FIGUEROA , expertos en internet, consumo y MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) en línea, dada la necesidad de ofrecer a los consumidores un ambiente de comercio que garantice sus derechos, junto con prácticas eficientes que proporcionen la seguridad jurídica suficiente para su incursión en el comercio electrónico, se hace igualmente necesario diseñar todo un marco normativo, útil y práctico, para que ellos sometan sus controversias a autoridades diferentes a las reconocidas habitualmente en una jurisdicción nacional.

Por esa misma vía, se presenta el arbitraje de consumo en línea, regulado con el interés y enfoque apropiado, como la herramienta más adecuada para los fines enunciados por los autores.

1. E – COMMERCE Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR MASC EN LÍNEA

Estudiando las bases de la afinidad que existe entre el derecho de consumo, el comercio electrónico y los MASC en Línea, y decantando de forma metódica los puntos más relevantes para su análisis individual y posterior integración, se concibe una única y particular institución conocida como el Arbitraje de Consumo en Línea.

La dinámica comercial que viene con el comercio electrónico y que es el resultado del advenimiento de la mencionada *Sociedad de la Información*, se refleja en valores de consumo pero, como bien lo acota ANTONIO MILLÉ⁴, no se limita exclusivamente a este campo ya que *“la denominación (comercio electrónico) cubre no solamente los actos comerciales directos, como la compraventa o el alquiler, sino también acciones preparatorias o conexas como la publicidad y el mercadeo. Es decir, el comercio electrónico comprende no solo las ventas o adquisiciones que el empresario y el usuario realizan a través de internet, sino que engloba todas las fases de la negociación empresarial siempre que estas se realicen a través de la red”*⁵.

Esto último es demasiado importante puesto que, por los productos ofrecidos y adquiridos por medios electrónicos, el consumidor se ve involucrado no solo en la consumación del negocio jurídico determinado sino que además, se le proporciona un mayor alcance a su actuación, en la que participa activamente, interviene y propone, en áreas propias del contexto del *e-commerce*, impulsando con esta metodología su interés por este mercado.

Conforme a esta pluriactividad en la que pueden generarse escaramuzas de diferente talante y en la que las soluciones pueden llegar a parecer desproporcionadas y absurdas, se ha propuesto de forma casi redundante tanto por agentes locales como extranjeros de las diferentes naciones, que la conciliación de disputas debe llegar a feliz término sin que ello necesariamente implique la sujeción a una determinada jurisdicción nacional. Ahora, téngase en cuenta que si bien la concertación del problema en sí mismo se le dificulta a las partes por tener que ceder en sus intereses frente a los de su opositor, igual de engorroso y tedioso puede ser para ellos llegar a un acuerdo frente al modelo imperativo que quieren que se aplique en su situación y es por ello que, frente a tal dificultad, se da cabida a la aplicación de regulaciones decadentes que no estén encaminadas a la satisfacción de las pretensiones ni de uno ni de otro extremo.

Es por ello que las diferentes prácticas en el contexto del comercio internacional que se denominan

⁴ MILLÉ, Antonio. *“Impacto del Comercio Electrónico sobre la Propiedad Intelectual”*, Conferencia en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. 1998.

⁵ *Ibidem*

como *Lex Mercatoria*⁶, han procurado en ocasiones, la mutación de criterios propios de ordenamientos y operadores jurídicos de derecho interno para favorecer centros relevantes de gestión administrativa y legal como las relaciones interestatales, la inversión extranjera y, a groso modo, la actividad económica libre de las personas, la prevención y resolución de sus conflictos⁷.

Con todo, la latente filiación estatal a mecanismos tradicionalistas, a veces escuetos e ineficaces, lleva a la práctica la necesidad particular de implementar mecanismos flexibles y abiertos de autorregulación y autocomposición, que permitan discutir factores exógenos a las legislaciones locales pero intrínsecos en los diferentes negocios internacionales, sin que con ello, se pretenda vulnerar en algún momento un orden jurídico preestablecido, autónomo y soberano.

Gracias al desarrollo internacional⁸ que se ha dado en torno a esta problemática, hoy se puede hablar con reforzada delimitación de un compendio de principios aceptados y reconocidos tanto en el campo académico como práctico, y que ofrecen mayor claridad sobre los MASC y su incidencia en el consumo en el comercio electrónico y las disputas que sobre este se presentan.

Específicamente, la Comisión Europea, en su recomendación 98/257/EC del 30 de Marzo de 1998, se encargó de establecer los principios rectores aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, proporcionándoles los procedimientos a utilizar para garantizar la imparcialidad, la seguridad y la eficacia del procedimiento.

Estos principios son:

a) Principio de la independencia e imparcialidad

La independencia en los mecanismos alternativos de solución de conflictos se manifiesta como una extrapolación de la separación de poderes manifiesta desde los inicios del Estado Constitucional. En cuanto a la solución de controversias en línea, las instituciones y personas que prestan este servicio no puede tener ningún conflicto de intereses aparente o real con ninguna de las partes, por lo que su independencia e imparcialidad es esencial tanto al momento de conocer cómo resolver el asunto sometido a su decisión

La Recomendación de la Comisión Europea busca garantizar esta independencia por medio de cuatro medidas concretas:

“La persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función,

⁶ Conjunto de normas derivadas como consecuencia de los usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al Derecho nacional, bautizado sistema transnacional o a-nacional; NICHOLAS KASIRER. “Lex-Icographie Mercatoria”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999.

⁷ La noción de “*Pluralismo Jurídico*” podría también tener cabida en este punto pues, como lo explicase Barry HOOKER (1975) el pluralismo jurídico se refiere a la situación en la que “*dos o más leyes interactúan para la resolución de un mismo supuesto concreto*”. V. VANDERLINDEN, *RETURN TO LEGAL PLURALISM: TWENTY YEARS LATER*, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1989. Por su parte, GILSSEN (1971) distinguió el Pluralismo Jurídico como el reconocimiento de una norma de filiación no estatal en contraste con el monismo jurídico que se asocia con la idea de que el Estado es la única fuente de derecho. V.GILSSEN. *Le Pluralisme Juridique*, Ediciones de la Universidad de Bruselas, Bruselas, 1971.

⁸ Sucintamente, los orígenes de estos principios se abstraen de las iniciativas regulatorias que se dieron por cuenta del *Global Business Dialogue on eSociety* (GBDe) y de la *Consumers International* en su *Acuerdo GBD*. Así mismo, también se puede incluir las iniciativas de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, la *Transatlantic Business Dialogue*, *La Asociación Americana de Colegios de Abogados* y la *International Bar Association* entre otras corporaciones.

La duración del mandato de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado,

Cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Cuando se trata de un cuerpo de carácter colegiado la independencia e imparcialidad se procurara con la representación paritaria en dicho cuerpo conjunto de consumidores y de los profesionales”.

b) Principio de transparencia

Una de las nociones destacadas sobre este principio, según la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana en 2012⁹, en la que se representa la transparencia como el derecho que tiene toda persona a solicitar y recibir información y la correlativa obligación del órgano judicial o extrajudicial de proporcionar dicha información de forma sencilla y clara. La información solicitada puede versar a cerca de la descripción de los litigios, las normas relativas a la comparecencia en el proceso y cobertura territorial, el coste del procedimiento para las partes, las modalidades de la decisión y el valor jurídico de la misma entre otros aspectos.

Este principio también hace alusión a la publicidad exigible al órgano competente sobre las decisiones dictadas y los resultados obtenidos para fin de proporcionar a los usuarios de sus servicios un marco más amplio de decisión.

c) Contradicción

La Recomendación de la Comisión Europea en este punto reza lo siguiente: *“El procedimiento que habrá de seguirse implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos”*

La oportunidad de que las partes resuelvan sus problemas mediante el uso de mecanismos informáticos no puede ceder, en procura de la celeridad que ella misma ofrece, al menoscabo del derecho de defensa que debe ser una constante sin importar que se trate de administrar justicia de forma judicial o extrajudicial.

d) Principio de la eficacia

Una vez incoado el MASC en línea, éste debe tramitarse en el lapso de tiempo más corto posible de conformidad con la naturaleza del conflicto. Para ello se buscan procurar las siguientes medidas:

el acceso del consumidor/usuario al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal.

la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados,

la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión,

la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

e) Principio de la legalidad

⁹ Visto en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=e078b55d-cf4e-4386-b9d8-f384401019e7&groupId=10124. Consultado el 18 de mayo de 2014. 3:30 pm

Se debe destacar que, en cuanto a los conflictos transfronterizos de consumo, la decisión del órgano no puede anular la posibilidad de que el usuario o consumidor busque otro ámbito de amparo de sus derechos en las garantías que le ofrecen las disposiciones imperativas de la Ley del Estado en que está establecido el órgano, teniendo en cuenta que en este tipo de litigios debe estarse a las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual, según lo dispuesto en la Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales¹⁰.

Se hace extensiva la aplicación de este Principio a la obligación que recae sobre las autoridades de dar contenido y justificar sus decisiones comunicando estas por escrito y en el menor tiempo posible.

f) Principio de libertad

Las partes tienen el derecho a aceptar o no la decisión del órgano decisorio y la misma solo será vinculante cuando la haya sido debidamente informada. La aceptación de dicho pronunciamiento debe hacerse de forma expresa y no debe dar lugar a dudas sobre la conformidad que las partes asumen.

Las partes también tienen derecho a abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir, en su caso, al sistema judicial. Así mismo, *“La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio”*¹¹.

g) Principio de la representación

Las partes pueden acudir al procedimiento sin necesidad de nombrar un representante legal; se hace la salvedad de que este procedimiento no podrá privar a las partes de su derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del mismo.

A la par con estos principios comunes a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos en línea de cara a los tópicos del derecho de consumo, se pueden señalar, someramente, los distintos tipos de controversias que pueden presentarse entre empresas y consumidores en el comercio electrónico.

¹⁰ El Artículo quinto de este Convenio establece: *Contratos celebrados por los consumidores*

1. *El presente artículo se aplicara a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona , el consumidor , para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional , así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros .*

2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 , la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual :*

- si la celebración del contrato hubiera sido precedida , en ese país , por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad , y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato , o

- si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país , o

- si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido , a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar .

3. *No obstante lo dispuesto en el artículo 4 , y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3 , estos contratos se registrarán por la ley del país en que el consumidor tuviera su residencia habitual , si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo .(...)*

¹¹ Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (D.O. L 115, 17/4/1998)

Las llamadas relaciones B2C (abreviatura de la expresión Business-to-Consumer «del negocio al consumidor», en inglés) donde comerciantes, por medio de sus propias páginas web, ofrecen bienes y servicios de diferente índole a los internautas y así acceden de forma directa a los consumidores, son la cuna perfecta para los posibles conflictos que emanan del *e-commerce*. Para DANIEL PEÑA¹², de la oferta y demanda de productos electrónicos ofrecidos por empresas tales como Ebay, Amazon o Mercadolibre -entre otras- pueden emanar un compendio de problemas dentro de los cuales podemos encontrar:

La existencia de cláusulas abusivas (como lo sería la cláusula compromisoria).

Ámbito de aplicación de condiciones generales de contratación en los sitios de internet.

Protección de los consumidores en otras jurisdicciones.

Validez y existencia de contratos electrónicos.

La ponderación de los derechos inmersos en la relación B2C cuyos titulares son de forma correlativa tanto empresarios como usuarios o consumidores de servicios electrónicos, se deben servir de medios no tan comunes pues, como es lógico suponer lo más conveniente es que si estas relaciones encuentran su origen en el ciberespacio, los conflictos que se presenten, encuentren solución en este mismo escenario. Como se detalló en su momento gracias a los principios propios de los MASC en línea, son estos los más idóneos para cumplir los fines de equilibrio entre los agentes del comercio electrónico.

En este contexto, se presenta como alternativa a las herramientas comúnmente ofrecidas por la ley, las llamadas ODR – Online Dispute Resolution –¹³ que utilizan plataformas propias del ciberespacio constituyendo para todos sus usuarios una vertiente de intermediación en la solución de conflictos más fluida, rápida, económica e igual de justa para sus agentes como lo sería cualquier juez de determinada jurisdicción. Las ODR, tienen su origen mediato en la dogmática desarrollada por ETHAN KATSH y JANET RIFKIN de la Universidad de Massachusetts en EUA, que fue articulada, en 1996, en *Dispute Resolution in Cyberspace*¹⁴, publicación de la revista de leyes de Connecticut en el cual se lee:

“Las opiniones expresadas en estos casos han sido objeto de considerable atención, pero pueden ser menos significativas como precedente y como determinantes de normas y prácticas futuras que como una señal de que las disputas que surjan del entorno de Internet van en aumento y han crecido tan numerosas que algunas de las controversias no son susceptibles de resolución utilizando medios informales. (...)

(...) El ciberespacio está en transición, tanto en términos de cómo está poblado así como en que se utiliza. Como el ciberespacio se hace más grande y diferente de lo que ha sido hasta ahora, la cuestión de cómo se tratan los problemas y conflictos resultantes, y la forma en que se pueden utilizar las potentes capacidades de procesamiento de comunicación y de la información que están presentes en la red.”¹⁵

¹² PEÑA, Daniel. *Tipología de Conflictos en Materia de Comercio Electrónico*. En Lecciones en Materia de Telecomunicaciones. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

¹³ (RLL) Resolución en Línea de Litigios

¹⁴ Katsh, “Dispute Resolution in Cyberspace”, Connecticut Law Review, Volume 28, Number 4, 1996 . visto en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conlr28&div=40&g_sent=1&collection=journals#963

¹⁵ Trad.A. Se lee en el original: “*The opinions in these cases have received considerable attention but they may be less significant as precedent and as determinants of future standards and practices than as a sign that disputes arising out of the Internet environment are increasing and have grown so numerous that a few of the disputes are not amenable to resolution using informal means. (...)*”

ARBITRAJE EN LÍNEA

Adentrándonos en el tema que compete al presente escrito, y dejando intencionalmente de lado los demás mecanismos ODR por razones de tiempo y espacio, es menester emprender el estudio del arbitraje de consumo en este ambiente virtual y su carácter trasfronterizo, siendo el mejor ejemplo de ruptura de las barreras territoriales, que es en últimas, la principal característica de cualquier ODR que tenga como propósito el acercamiento entre las contrapartes de una contienda.

El fenómeno de la deslocalización del arbitraje explicado por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO¹⁶, nace de la necesidad de encontrar un esquema neutral, que permita a los contratantes de diferentes naciones, resolver sus conflictos evitando, en mayor medida, la acción de sus respectivas jurisdicciones, entorpeciendo así el tráfico económico propio de negocios internacionales. La consecuencia lógica de esto es que, con independencia de la sede donde se celebre el arbitraje, no va a haber ninguna incidencia de la legislación de ese lugar, a menos que las partes así lo dispongan, por cuanto la libertad que le cabe a las partes se da incluso para escoger el marco jurídico que desean, le sea aplicado al caso concreto.

Esto último, que las partes puedan determinar la legislación a aplicar en el desarrollo del arbitraje, ha sido desarrollado a nivel académico a través de dos posturas diferentes. La primera, de la *localización*, ora por que el proceso se ciña a alguna ubicación específica, en el que de alguna manera, en virtud de ese nexo, se otorgue obligatoriedad a las decisiones que en él se profieran. La escuela de la *deslocalización* por su parte, considera que el arbitraje no necesariamente tiene que estar restringido a alguna localización o a un orden jurídico nacional y propone en cambio, la elaboración de un estatuto internacional o cuerpo legal de carácter universal que regule este mecanismo.

Esta última postura ha tenido una amplia acogida y autores como FOUCHARD¹⁷ validan su contenido en razón a que el derecho internacional (tratados, convenios bilaterales, plurilaterales, etc.) otorga a las partes la posibilidad de que sean ellas quienes construyan su propio procedimiento adaptado a sus conveniencias e intereses.

El arbitraje en la actualidad, se ha constituido como una de las mejores alternativas para resolver determinado tipo de litigios. En Norte América, con el impulso del movimiento filosófico de entre las décadas de los 70's y los 80's denominado *Critical Legal Studies*¹⁸ se propuso diseñar un modelo socio-jurídico que anulara cualquier tipo de interés oculto o dominación de intereses que se escondieran detrás de las barricadas de instituciones jurídicas existentes, dando lugar a figuras jurídicas, que propugnen por la convivencia ciudadana más que por resolver de facto luchas desiguales sin ningún tipo de criterio o ideal humanista.

Esta iniciativa vino acompañada de la idea de superación del rigor que implica adelantar el arbitraje como vía alternativa al acceso a la justicia lo cual devino, tanto en Estados Unidos como en muchos otros países, en la creación de normas autónomas dirigidas exclusivamente al tema del arbitraje. En el de arbitraje de consumo como subespecie de lo que tradicionalmente se entiende por arbitraje, se puede decir que el principio de especialidad en el ejercicio legislativo no ha tenido mayores frutos en

Cyberspace is in transition, both in terms of how populated it is and in what it is used for. As cyberspace becomes larger and different from what it has been, the question of how it deals with resulting problems and disputes, and with how it can employ the powerful communicative and information processing capabilities that are present on the network, will receive increasing attention". P.958.

¹⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Visto en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

¹⁷ FOUCHARD, GAILLARD y otro. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris, 1996

¹⁸ PEREZ LLEDÓ, J.A. *El movimiento critical legal Studies*, Ed, Tecnos. Barcelona, 1996.

su producción y ello, debido en gran parte a que en la mayoría de legislaciones, por los sujetos implicados en una controversia de consumo, no se ha logrado dar un sesgo, lo suficientemente relevante, como para distinguir la relación de consumo de otro tipo de relaciones contractuales de similar tenor.

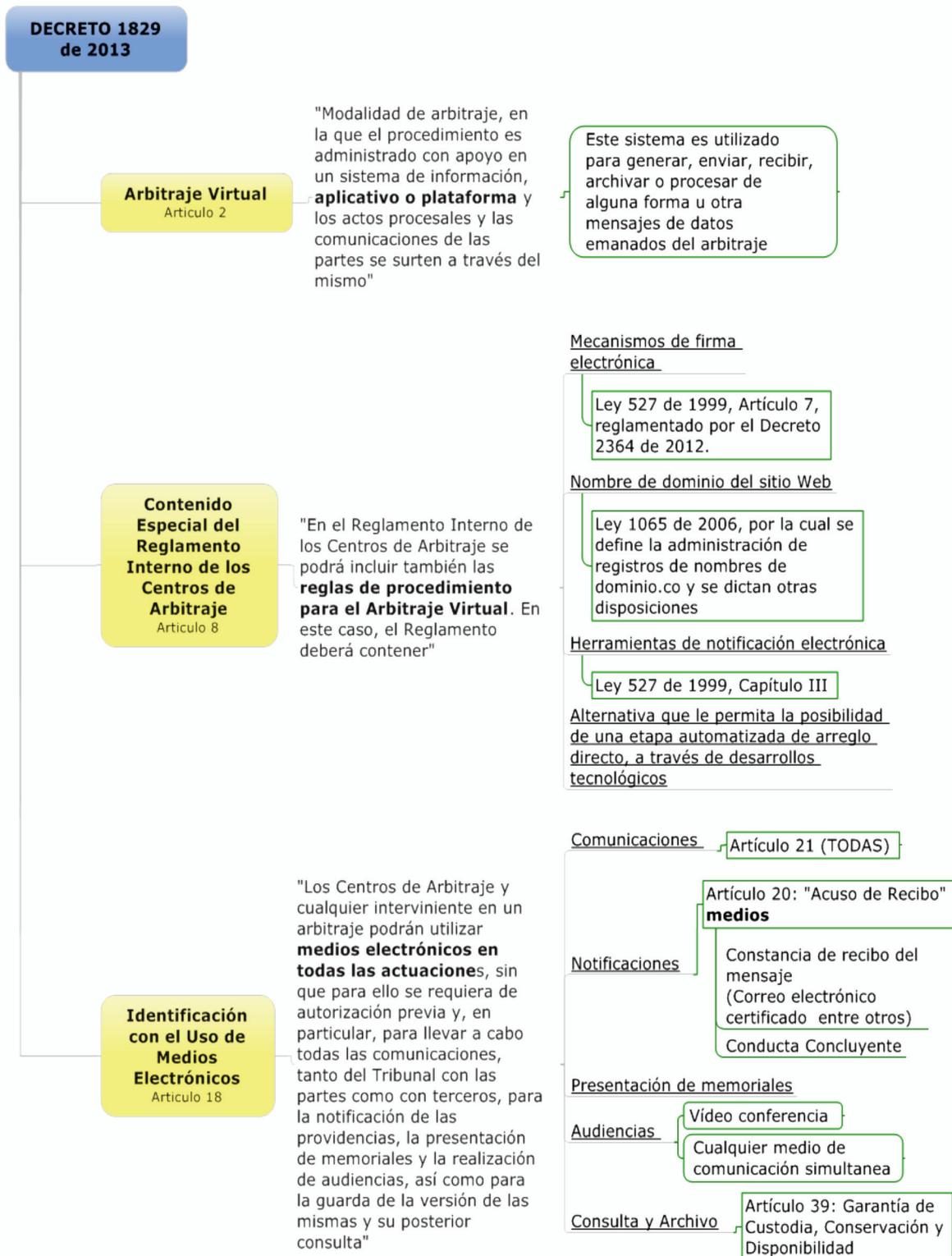
APLICACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN LÍNEA EN COLOMBIA

El primer acercamiento de Colombia con las regulaciones especiales del comercio electrónico que logra dar por lo menos, de forma indiciaria, una idea de lo que puede llegar a ser la aplicación de los ODR en el país, es la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico y su decretos reglamentarios, 1447 de 2000 y 2364 de 2012, que profundizan en lo relacionado con las entidades de certificación, el intercambio electrónico de datos, los sistemas de información y las firmas digitales. Este primer antecedente del comercio electrónico en la legislación colombiana, se erigió bajo un nuevo modelo para validar las manifestaciones de la voluntad dirigidas a crear derechos y contraer obligaciones entre las partes y como un medio de prueba idóneo que de vigencia y seguridad jurídica a los acuerdos de voluntad que tengan origen en este nuevo entorno.

Por su parte, el uso de las TIC en el proceso arbitral, tiene origen en el artículo 23 del Estatuto de Arbitraje colombiano (Ley 1563 de 2012), que establece que en el proceso arbitral podrán ser utilizados medios electrónicos que permitan llevar a cabo todas las comunicaciones entre el tribunal de arbitramento, las partes y terceros, siempre que con ello, se consiga el propósito de guardar una versión de las mismas para su posterior consulta.

Este artículo guarda especial importancia para la materia objeto de este escrito cual es, el de la aplicación del arbitraje en línea en temas de consumo; es el primer precedente que se encarga de regular, aun en lo limitado de sus incisos, lo que comúnmente se denomina arbitraje en línea o por medios electrónicos. Dado lo limitado del artículo y lo imprescindible de normativizar el arbitraje en línea, fue necesario expedir el Decreto Reglamentario 1829 de 2013. Los aspectos más importantes de este Decreto se relacionan a continuación:

DECRETO 1829 DE 2013



En el artículo segundo del Decreto encontramos una definición pormenorizada y limitada de lo que es el arbitraje en línea (*arbitraje virtual*), llamando la atención de este concepto, el apartado que se refiere al *sistema de información, aplicativo o plataforma* como elemento fundamental y herramienta de apoyo de esta sub-especie del arbitraje.

Por *sistema de información* debemos entender el conjunto de componentes que, organizados de determinada manera, cumplen con la función de procesar, almacenar y distribuir información para el apoyo de objetivos concretos: tomas de decisiones y controles institucionales.

El *aplicativo* se concibe como programa informático que tiene como objetivo ayudar a sus usuarios para realizar una tarea específica, generalmente relacionada con el procesamiento de datos¹⁹.

Por su parte, la *plataforma*, junto con el apelativo de *informática*, es percibida como una herramienta de gestión compuesta tanto por hardware (servidores de bases de datos, servidores, máquinas de respaldo, equipos de conectividad, etc.), software (framework, aplicaciones empresariales, módulos especializados, servicios, etc.) estándares internacionales, metodologías, servicios y mucho más, sobrepasando todo lo conocido hasta ahora como sistema informático tradicional²⁰

De lo anterior, es claro que el Decreto 1829 de 2013, tiene por propósito dejar abierta la identificación del arbitraje virtual por el uso o la implementación de cualquier herramienta que permita el intercambio de datos que sean en sí mismos, objeto o resultado del proceso arbitral en cualquiera de sus modalidades.

El artículo octavo trae consigo una imposición espacial a los centros de arbitraje que desempeñen ésta labor mediante la implementación de las TIC para suplir ciertas falencias en la utilización de estos sistemas. Sus estatutos deben incluirse reglas independientes para el *arbitraje virtual* y su procedimiento. En primer lugar, se erige la obligación de mecanismos de firma electrónica que garanticen la confiabilidad e idoneidad de la misma según los términos del artículo séptimo de la Ley 527 de 1999 que reza:

ARTICULO 7o. FIRMA. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

- a) Se ha utilizado un método que permita **identificar al iniciador** de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;
- b) Que el **método sea tanto confiable como apropiado** para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma. (Negrillas fuera del original).

Con los apartados destacados en negrilla, se entiende la comunidad de propósitos que tiene el Decreto 1829 y la Ley 527, a saber, los criterios de confiabilidad e idoneidad del decreto se ven complementados con la necesidad de identificación del autor y contenido del mensaje así como el método confiable y apropiado de la ley, respectivamente. Esto, es mayormente desarrollado en el Decreto 2364 de 2012 que reglamenta precisamente el artículo séptimo de la Ley 527²¹.

El siguiente aspecto contemplado en el artículo octavo del Decreto 1829 de 2013, es el del nombre de dominio de los sitios web de los centros de arbitraje que presten sus servicios *on line*. En este apartado

¹⁹ Visto en http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_aplicativo. Consultado el 25 de agosto de 2014. 6:30 pm.

²⁰ Visto en <http://www.plusultra.com.uy/>. Consultado el 25 de agosto de 2014. 6:45 pm.

²¹ El decreto reglamenta temas como la neutralidad tecnológica, la confiabilidad y seguridad de la firma electrónica y sus efectos jurídicos y la obligación de los suscribientes.

vale la pena rescatar que la administración de registros de nombre de dominio en Colombia, está regulado por la Ley 1065 de 2006 que a su vez, encuentra su vigencia supeditada al régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 (Sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–).

Siguiendo con los parámetros del artículo octavo, es de igual forma obligación para los centros de arbitraje en línea, implementar herramientas de notificación electrónica que, cabe señalar, se encuentran regulados en el capítulo III la ley 527 de 1999 donde se implementa un pequeño entorno en el que la notificación electrónica surte todos sus efectos prácticos (acusa recibo), siempre que se realice mediante comunicación del destinatario, automatizada o no y siempre que el acto del destinatario baste por si solo para indicar al iniciador, que se ha recibido el mensaje de datos²².

Por su parte, la Ley 1563 de 2012 en el inciso segundo de su artículo 23, dispone que “*la notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario*”.

En cuanto al último elemento del artículo octavo del Decreto 1829, el que se refiere a la inclusión de una alternativa que les permita a los usuarios la posibilidad de una etapa automatizada de arreglo directo mediante la implementación de las TIC, es lamentable que a la fecha no se haya desarrollado una mínima reglamentación en este tema ya que, al margen de la utilidad práctica que obviamente representa, pondría a la justicia colombiana a competir con potencias mundiales en lo que tiene que ver con mecanismos de solución de conflictos tanto ordinarios como alternativos.

Teóricamente hablando, una *alternativa automatizada de arreglo directo* hace referencia a lo que en el plano del Derecho Informático se conoce con el nombre de Informática Jurídica Decisoria o *meta-documentaria*²³, que hace referencia a la colección de métodos, medios y propuesta que se sirven de bases de datos y registros y que permiten la creación de modelos abstractos de comportamiento que *auxilian* al decisor humano en la toma de decisiones²⁴.

Para RICARDO GUIBOURG²⁵, profesor de la Universidad de Buenos Aires, la inteligencia artificial, sistema diseñado para resolver problemas complejos con apoyo en un computador y de forma análoga al razonamiento del hombre, derivada de sistemas expertos²⁶ que facilitan la toma de decisiones sin que implique necesariamente una *deshumanización* del derecho, toda vez que, el hombre, jamás podrá llegar a ser remplazado por la maquina máxime, si se piensa que pese a que la inteligencia artificial se sirve de ciencias exactas como la matemática y la lógica, el razonamiento humano contempla infinidad de variables que llevan argumentaciones sumamente amplias e incalculables.

²² Artículo 20 de la Ley 527 de 1999.

²³ La Doctora Teresa Vargas Osorno, define la Informática Jurídica Metadocumentaria como aquella especialidad del Derecho Informático que se presenta como un sistema de ayuda en la toma de decisiones, en cuestiones legales que son consecuencia de la práctica jurídica. Esta especialidad también recibe el nombre de “*sistemas expertos*”. VARGAS, Teresa. *Manual de Introducción a la Informática Jurídica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1993. Pg 100

²⁴ SOLANO BARCENAS, Orlando. *Manual de informática jurídica*. Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 1997. Pg 210

²⁵ GUIBOURG, Ricardo A.; *Manual de informática jurídica*, Ed. Astrea, 1996. Pg 152.

²⁶ “Estos sistemas expertos son en lo esencial sistemas de computación basados en conocimientos cuyos componentes representan un enfoque cualitativo de la programación. Muchas personas pueden creer que un Sistema Experto (SE) es un sistema compuesto por subsistemas y a su vez estos por otros subsistemas hasta llegar a los programas, y que los SE se miden por la cantidad de programas que contienen. Sin embargo la cantidad no es lo que prima en los SE, si no la cualidad del mismo, esta cualidad está dada por la separación de las reglas que describen el problema (Base de Conocimientos), del programa de control que es quien selecciona las reglas adecuadas (Motor de inferencias).”. visto en <http://cibernetica.wordpress.com/> el 14 septiembre de 2014. 7:00 am.

En el escenario jurídico, trasladar la realidad de la inteligencia artificial a las formas habituales de administración de justicia, presenta contados problemas que pueden llegar a hacerla nugatoria en éste plano, a saber: el planteamiento de los casos, la interpretación de las normas y la valoración de la prueba, entre otros. Se dificulta por sí sola su aplicación, en la medida que el jurista, abogado o juez, adquiere con su educación y pericia algo que la maquina simplemente no tiene, instinto y versatilidad.

No obstante, la utilización de mecanismos de decisión artificial podría llegar a suplir falencias humanas como decisiones demoradas, basadas en meras opiniones y sujetas a la invitación amoral innegable que en determinados casos llevan al juzgador por vías de la imparcialidad y subjetividad. En este punto, la computadora se muestra como una alternativa previsible, confiada y extremadamente rápida que, presta a disposición de la justicia en los casos indicados, los de menor diversidad, llevara al juzgador y a todos los intervinientes del proceso jurídico a un esquema de justicia seguro y garante de eficacia y efectividad en el que, el factor humano, sigue teniendo incidencia notoria a la hora de escoger o no la informática y sistemas inteligentes como método de solución pues su implementación, bien como auxilio a la decisión (*decisión support systems*) o bien como fuente de consulta (*expert advisory system*)²⁷, depende de un modelo de balance costo-beneficio que cada persona valora en un modo, tiempo y lugar determinado.

Con lo dicho hasta aquí se abren las puertas a lo que puede llegar a ser concebido como el sistema automatizado de arreglo directo al que se refiere el segundo literal *d* del artículo 8° del decreto 1829 de 2013, sin embargo, hasta que la autoridad administrativa o legislativa colombiana pertinente o los mismos centros de arbitraje, no tome cartas en el asunto y regulen el vacío que tanto en la práctica como en el papel existe, no sería posible aplicar de lleno el arbitraje en línea.

Para complementar este apartado es procedente remitirse a la sección en la que se trata la negociación en línea del Capítulo Segundo de este texto.

Reanudando la explicación inicial del Decreto 1829, los artículos 18 y siguientes, capítulo IV, presentan la regulación sobre la congruencia del uso de las tecnologías, la información, las comunicaciones y el arbitraje virtual. El artículo 18 divulga la implementación de las tecnologías en el arbitraje de la siguiente manera:

“Centros de Arbitraje y cualquier interviniente en un arbitraje podrán utilizar medios electrónicos en todas las actuaciones, sin que para ello se requiera de autorización previa y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del Tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.”

Con la amplitud inherente a la expresión *todas las actuaciones* se sobreentiende que el propósito del redactor de la norma fue el de entablar todo un proceso virtual pero igual de efectivo al *no virtual* o eminentemente presencial. Este propósito se hace mucho más claro cuando el mismo artículo 21 del Decreto determina que las comunicaciones, sea cual sea su naturaleza y utilidad dentro del trámite arbitral, deben *ser transmitidas por medios electrónicos a través del Sistema de Información*.

Las notificaciones, artículo 19, como una forma de *comunicación*, se adelantaran por medios electrónicos y se entenderán surtida según las reglas comunes del proceso arbitral²⁸. No obstante, con este

²⁷ FAMELI ELIO, TURCHI F., *Integrated Expert Systems in Law*, in “Law, Computers & Artificial Intelligence”, Cambridge, University Press, vol 4.1995.

²⁸ En los siguientes términos se expresa el inciso segundo del artículo 23 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012: *La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día*

tipo de notificaciones también se genera una noción de desamparo y falta de seguridad jurídica propia de la transición de un sistema empírico a uno digital o virtual, en el que las falencias humanas y la costumbre se prefieren aun por encima de los fallos, muchas veces improbables, de las máquinas, aún y cuando se trate de tareas metódicas y repetitivas como el envío y recepción de información.

El principal inconveniente de la notificación electrónica no es otro si no el de la falta de realización del aspecto teleológico de esta comunicación, su finalidad. La Corte Constitucional mediante Sentencia C – 648 de 2001²⁹, define la *notificación* como aquel acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias que se produzcan dentro del proceso, tiene como finalidad **garantizar los derechos de defensa y de contradicción** como nociones integrantes del concepto de debido proceso.

En procura de salvaguardar este propósito o finalidad, reconocida ampliamente por vía jurisprudencial, el mismo Artículo 19 del Decreto 1829 trae consigo las formas en las que se entiende surtido el *acuse de recibo*³⁰ que tiene por intención dar seguridad a todos los intervinientes del proceso arbitral, sobre la aprehensión intelectual o conocimiento, que el sujeto procesal destinatario tiene sobre los autos, sentencias o laudos emitidos en torno al arbitraje. El acuse de recibo, como requisito procesal, se entiende surtido con la *constancia de recibo del mensaje* que puede ser producida mediante la misma plataforma de correo electrónico, entidades o mecanismos de certificación o cualquier otro mecanismo.

La otra forma en la que el acuse de recibo de las notificaciones electrónicas se entiende surtido es el de la conducta concluyente, esto es, la seguridad tacita de que la persona a notificar ya se enteró del contenido de la providencia a notificar. La conducta concluyente procederá en dos eventos concretos: el primero, cuando el interesado manifieste mediante comunicación que conoce la providencia, y el segundo, cuando el interesado, mediante cualquier acto inequívoco³¹ que dé a entender que está al tanto del contenido de la providencia.

Cabe precisar que, según la misma precisión del artículo 21 del Decreto 1829 que se ha trabajado, los memoriales o cualquier otro escrito que haya emanado de las partes o de cualquier tercero interesado y que este dirigido a los árbitros, podrá y deberá surtirse por medios electrónicos, teniendo por surtido el respectivo requisito procesal de presentación mediante las mismas formas que enerva el artículo 19 para las notificaciones electrónicas.

El artículo 18, se refiere también a la implementación de mecanismos electrónicos que permitan llevar a cabo las audiencias por estos medios siempre que en virtud de la seguridad jurídica y el derecho de defensa y debido proceso de las partes, se permita la *guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta*³². El artículo 22 dando seguimiento a lo anterior dispone que el arbitraje virtual y sus respectivas audiencias, podrá realizarse mediante videoconferencias o cualquier otro medio de comunicación simultánea del que disponga el centro de arbitraje siempre que, haciendo hincapié en el objetivo de las audiencias electrónicas, se permita en adelante su observación y consulta.

en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

²⁹ Sentencia C – 648 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ Servicio complementario ofrecido por las administraciones de mensajería para certificar la entrega de un objeto determinado enviado por correo.

³¹ Que no admite duda o equivocación. Definición de la Real Academia Española

³² En los siguientes términos se expresa n los incisos tercero y cuarto del artículo 23 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012: *Los árbitros, las partes y los demás intervinientes podrán participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, bajo la dirección del tribunal arbitral.*

La formación y guarda del expediente podrá llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos.

En este mismo sentido, el artículo 39 del Decreto, que se refiere tanto al arbitraje como a la conciliación virtual, habla de la garantía la custodia, conservación y disponibilidad de la documentación que deben tener los centros de arbitraje y conciliación, relacionada con la prestación de sus servicios en concordancia con la Ley General de Archivo Colombiana, Ley 594 de 2000.

3.2 CLAUSULA ARBITRAL EN CONSUMO

En materia de consumo, el tema de la cláusula compromisoria adquiere una relevancia inigualable, máxime, cuando estos convenios arbitrales son formalizados mediante contratos de adhesión. Este tipo de contratos son definidos directamente por el Estatuto Colombiano de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011, como aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas. Consecuentemente, la Ley 1480, amplía el ámbito de aplicación de los contratos de adhesión que se ven inmersos en una relación de consumo, al señalar, en su capítulo II, las reglas básicas que regirán este tipo de vinculación entre profesionales y consumidores.

La importancia que reviste este tipo de contratos revela la naturaleza de del mismísimo derecho del consumo y es que la posición privilegiada de la que goza una de las partes, profesional, de cara a la necesidad de la otra, consumidor, se traduce incluso en la facultad de modificar el cuerpo y contenido del contrato, así como de incluir cláusulas que potencialicen el dominio que tiene un contratante sobre el otro. En el primer de los casos (modificación unilateral), el artículo 38 del Estatuto del Consumidor, contempla la prohibición de incluir cláusulas que habiliten al proveedor o al productor a modificar unilateralmente el contrato; por otro lado, la integración de cláusulas abusivas³³, en virtud de la misma ley, se entenderá por no hecha y estas tendrán como único efecto su ineficacia de pleno derecho o, lo que es lo mismo, su nulidad.

Dentro de la numeración taxativa que hace la Ley 1480 de 2011 en su artículo 43, se tienen por abusivas aquellas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor o trasladen esa responsabilidad al consumidor, las que incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, las que impidan hacer efectiva la garantía inherente a los bienes y servicios relacionados en la ley, entre otras. Llama especialmente la atención el contenido del ya derogado numeral 12³⁴ de este mismo artículo, que se refería las cláusulas que estuvieran determinadas a obligar al consumidor a acudir a la justicia arbitral, excluyendo de plano la posibilidad de que este incoara la justicia ordinaria de cara a una posible controversia. Esta estipulación, si se piensa, tiene todo el sentido del mundo ya que la imposición de este tipo de cláusulas encajan dentro del concepto de cláusula abusiva, más aún, si lo que se persigue con ellas es limitar el libre ejercicio del derecho de acción y de acceso de justicia.

Para el estudio de la cláusula arbitral en las relaciones de consumo, es procedente citar la Sentencia SU 174-2007, en la que la Corte Constitucional explica el alcance de la voluntad como el “*el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico*”³⁵ y siendo esta *voluntad* la misma que se puede tener por vulnerada en la suscripción de un contrato de adhesión como el de consumo, se sobreentiende por qué, no se puede dejar su libre y absoluta disposición en cabeza de las partes.

Piénsese que la relación de consumo, en su noción más elemental, puede ser tomada como la expresión

³³ Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

³⁴ Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 174-2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

socioeconómica de un determinado estado de necesidad, en el que, según la doctrina de la diferenciación alemana³⁶, una determinada acción se ve impulsada por la representación de bienes de diferente entidad en el que se prefiere sacrificar o remplazar, uno de menor interés en procura de un amparar o hacerse con un bien de mayor magnitud o importancia según un criterio personal o subjetivo.

Sí, en la confrontación individual o psicológica a la que se refiere la teoría de la diferenciación en el estado de necesidad, se coloca por un lado, determinada cantidad de dinero y por el otro, un bien necesario para el individuo, bien por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, o bien por el simple capricho de éste entendido como la sensación de carencia más el deseo de satisfacerla, la disposición de intereses para escoger entre uno u otro bien, hace que la adquisición del segundo bien se ponga en perspectiva y, del mismo modo, se coloque a la persona que puede suplir la necesidad ya mencionada, en una posición superior a la de aquella persona que busca suplirla.

Para sentar la explicación, en términos de la Ley 1480 de 2011, es consumidor o usuario toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la **satisfacción de una necesidad** propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Es en virtud de esta necesidad que se erigen las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas (como la de sujeción previa y obligatoria al arbitramento) que deslegitimen la relación de consumo y vulneren los derechos de los consumidores a tal punto, de ser previstas como presunciones que no admiten prueba en contrario ya que puede convertirse en una imposición por quien ostenta una posición dominante en el contrato, en detrimento de la voluntad de la parte débil.

Ahora, a este escenario lo que ya se ha reiterado en vario apartes de este texto, y es que, la desproporción en la relación de consumo tiende a hacerse inminentemente más grande, cuando las partes de la relación hacen acuerdan y ejecutan el contrato mediante el comercio electrónico ya que este, como plataforma automatizada, tiende a proporcionar facilidades a los ciber-navegantes al punto de generar contratos plenamente válidos y vinculantes con tan solo un click.

No obstante, está cerrada postura da lugar a concepciones prohibicionistas, que detentan el riesgo de considerar cualquier cláusula del contrato de consumo como abusiva y consecuentemente nula, pues, se pone de manifiesto, sin importar para nada el contenido o verdadero alcance del clausulado, la situación de vulnerabilidad del consumidor.

Para estos efectos, explica CAMILO VALENZUELA³⁷, el desarrollo de la cláusula arbitral como abusiva e ineficaz de pleno derecho, puede preverse bajo dos tesis diferentes, una restrictiva y otra amplia.

La tesis restrictiva, propone una prohibición universal de la cláusula que impone el arbitraje al consumidor por el simple hecho de provocar un desequilibrio contractual que perjudique injustificadamente los intereses de uno de los dos contratantes. Esta postura se apoyaba en la literalidad del ya derogado numeral 12 del artículo 43 del Estatuto de Protección al Consumidor el cual, en la exposición de motivos del citado grupo de normas, se ve justificado pues aboga por la *protección contractual*³⁸ de los consumidores de modo genérico, tuitivo y previo, sin que haya lugar a interpretaciones de ningún tipo, solo, aquella en la que arbitraje es, en todos los casos, perjudicial para los consumidores.

La tesis amplia, busca delimitar igualmente la eficacia volitiva de las partes para pactar y suscribir el

³⁶ JESCHECK, Hans Heinrich WIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción la 5ª edición de Miguel Olmedo, España, 2002

³⁷ VALENZUELA BERNAL, Camilo. En: “La cláusula arbitral y el arbitraje de consumo en el nuevo Estatuto del Consumidor”. Memorias XXXIII Congreso colombiano de derecho procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2012. p. 315.

³⁸ Congreso de la República. Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto De Ley 252 De 2011 Senado, 089 De 2010 Cámara. Gaceta del Congreso No. 399 de 2011.

contrato pero, a diferencia de la primera, posibilite la cláusula arbitral cuando las circunstancias concretas del negocio y de las partes, resulte más provechosa para el consumidor. Sin embargo, este libertinaje no puede tender a extremos y debe circunscribir el pacto de arbitraje, como cláusula abusiva, bajo dos supuestos que, en todo caso hará necesario que se estudie cada contrato por separado. Estos supuestos son: 1) que la cláusula haya sido impuesta³⁹ por el proveedor o expendedor, como suele suceder en los contratos electrónicos de adhesión y 2) que la cláusula cause un desequilibrio injustificado al consumidor; ambos, llevan a que cada relación de consumo en la que se estipule una cláusula de sujeción al arbitraje tenga que cotejarse con los elementos de las cláusulas abusivas, que se extraen del artículo 42 de la ley 1480 de 2011⁴⁰.

Tal como puede observarse, la tesis amplia es la más conveniente, en términos de autonomía de la voluntad, a la hora de estudiar la eficacia de la cláusula arbitral en consumo pues, como es claro, el alcance proteccionista del Estatuto no puede dejar de lado la libertad con la que cada contratante, en consideración a su situación personalísima, accede a suscribir un contrato en los términos y condiciones que en él se verifiquen. No obstante, la libertad no puede ser absoluta y encuentra sus primeras restricciones en la misma ley, como por ejemplo, en lo que dispone el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que dispone “*la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita*”.

En todo caso, como bien lo sugiere la tesis amplia, será labor del intérprete *competente* evaluar la procedencia o nulidad de este tipo de cláusulas. Debe ser competente ya que cualquier persona sin estar facultado para ello, como las partes de la relación de consumo de forma unilateral, están imposibilitadas para ello bien, por no estar legitimados legal o convencionalmente, o por tenerlo prohibido expresamente. De esta forma, sustrayendo la posibilidad de que las partes se autohabiliten o que, de mutuo acuerdo, den validez jurídica a la cláusula arbitral, los únicos en quien radica la competencia para determinar la procedencia y utilización de esta cláusula en las relaciones de consumo serán los jueces de la justicia ordinaria y los tribunales de arbitramento.

En Colombia, la justicia ordinaria tiene sobre este tema un referente concreto en el numeral segundo del artículo 100 del Código General del Proceso numeral tercero del artículo 97 de Código de Procedimiento Civil, antiguo numeral tercero del artículo 97 de Código de Procedimiento Civil, en el que, por vía de excepción, el demandado puede oponerse a la demanda para que en virtud de un compromiso o clausula compromisoria, el proceso no continúe en marcha frente a los jueces sino, frente a los árbitros.

Por su parte, la competencia que tiene el tribunal de arbitramento para validar o no la cláusula compromisoria en las relaciones de consumo, deriva del conocido principio *competencé-competencé* o de la competencia de la competencia, que se refiere a que el primero en ser llamado a resolver la competencia del tribunal de arbitramento será el mismo tribunal de arbitramento, sin que por ello, pueda determinar la nulidad e ineficacia del pacto arbitral, pues es función del juez ordinario, el tribunal, única y exclusivamente se limitara a declararse incompetente, so pena de nulidad del futuro laudo.

Con todo lo dicho hasta aquí, se tiene que el carácter eminentemente prohibicionista, tiende a un despropósito ya que, en consumo negaría toda posibilidad contractual de establecer el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en los que se vea sumergido un consumidor y un profesional del comercio. El alcance de la estipulación contractual, si bien puede prestarse para que sea más amplia la separación entre las dos partes, también es cierto que puede representar la diferencia entre optar

³⁹ “Cosa que se le obliga a una persona a cumplir, soportar o aceptar”, Definición de la Real Academia Española

⁴⁰ El artículo básicamente positiviza los postulados de la tesis amplia sobre la cláusula arbitral en las relaciones de consumo. Este artículo reza: “*Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.(...)*”

por un proceso largo y tedioso en el que, a falta de pericia y conocimiento sobre las relaciones de consumo, el juzgador emita una providencia que no tenga en cuenta todo el grupo de consideraciones que caracterizan las relaciones de consumo y ponen de manifiesto la necesidad de inclinar la balanza hacia el sujeto que adquiere bienes o servicios para su uso personal o familiar.

El legislador colombiano, como ya habrá podido detallar el lector, con la entrada en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y la derogatoria expresa que este hace sobre el numeral 12 del artículo 43 del Estatuto de Protección al Consumidor, acoplo la tesis amplia de eficacia de la cláusula arbitral en materia de consumo pues, a falta de una disposición específica que señale lo contrario, pactar el arbitraje en el momento del contrato es admisible a menos que, esta sea impuesta al consumidor y además, genere un desequilibrio en la relación contractual. Siempre tendrá entonces que estudiarse la situación concreta en cada caso específico.

Y es que, en desarrollo de esto, el artículo 7mo del Decreto número 735 de 2013, por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011, es preciso al señalar que los consumidores y profesionales, están habilitados para acudir al arbitraje para la solución de sus controversias. Se lee en este artículo:

*Artículo 7°. Controversia entre el monto de la devolución del dinero y la reposición o cambio del bien. En los eventos de controversia sobre el monto de la devolución, sobre la equivalencia del bien de reposición o cambio, o respecto del funcionamiento del bien entregado en reposición, la efectividad de la garantía legal se hará mediante la devolución del precio de venta efectivamente pagado por el producto. **En todo caso, el productor o expendedor y el consumidor podrán solucionar sus controversias a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos.** (Negrillas fuera del original).*

Como se observa, el artículo en mención trae consigo, expresamente, la opción para que las partes de la relación de consumo *en todo caso* acudan, sin sujeción a ninguna otra disposición especial, a instancias de la justicia arbitral, con lo que podría decirse que el arbitramento o cualquier otra manifestación de MASC u ODR, estaría permitida en el ordenamiento jurídico colombiano, aun cuando la controversia verse o no, en torno a la devolución del dinero y la reposición o cambio del bien.

Para concluir, cabe decir que el tratamiento jurídico en torno a la eficacia de la cláusula arbitral en consumo, nada tiene que ver con el *compromiso*, que en principio tiene las mismas características de la cláusula compromisoria, pero con la diferencia de que la primera se realiza en un momento posterior al de la suscripción del contrato, con lo que se asegura que la utilización del arbitraje, cuando menos a simple vista, representa la libre manifestación de los contratantes y no un mecanismo de presión para restringir el acceso del consumidor a la justicia⁴¹.

Ahora, otro tema diferente es el que concierne a el carácter subsidiado que trae el mismo Estatuto del Consumidor (Inciso segundo del Artículo 2°) pues, la prohibición expresa de cláusulas de sometimiento al arbitraje, o la falta de esta, no pueden ser analizada desde la perspectiva de la Ley 1480, toda vez, que su aplicación solo procederá en los casos en que no exista una norma especial que regule determinado ramo o sector de la economía.

⁴¹ GIRALDO, Alejandro; CAYCEDO, Carlos y Otro. “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”,. Legis Editores S.A., 2012 (Pg. 43) .

CONCLUSIONES

Dentro del *e-commerce*, la posición del consumidor electrónico no varía de forma sustancial respecto de la ubicación que tiene un consumidor habitual en cualquier vínculo estándar entre el profesional y consumidor. Es por eso que, un análisis preliminar y genérico del concepto de *relación de consumo*, aplica sin ninguna restricción aparente a los temas que, del comercio electrónico, afecten directamente los intereses de los consumidores.

En atención a la condición de vulnerabilidad del cliente⁴², que es consecuente con el lugar que ocupa el consumidor o usuario de cualquier negocio electrónico, en comparación a la situación privilegiada que tiene productor o proveedor de bienes y servicios, se hace necesaria la implementación de un marco especial de regulación tanto de carácter sustancial, como formal y es que, aun con el respaldo jurídico que se ofrezca a los derechos y garantías de los primeros, sin un procedimiento particular y el influjo de una autoridad especializada en temas de consumo, no es posible pretender una protección eficaz a la parte débil de la relación de consumo.

Para consumidores de productos electrónicos o adquiridos a través de instrumentos electrónicos, la utilización de estos medios paralelos utilizados en la resolución de sus controversias, adquiere más preponderancia, máxime, si trasladamos la aplicación de estos mismos medios al ciberespacio, ya que, como ya se mencionó, prestan una mayor garantía en cuanto a su alcance y facilitan su implementación debido a que, utilizar una misma plataforma o por lo menos una similar a la implementada para adquirir bienes y servicios del comercio electrónico, representa para el usuario de la red una herramienta fundamental para desarrollar su confianza en la utilización de todos los aplicativos que tiene internet.

II

Bien lo dice el poeta y dramaturgo alemán Goethe: *La ley es poderosa, pero más poderosa es la necesidad*. Nada más cierto que esto.

Se observa con detalle el origen y evolución que ha tenido internet en su infraestructura y correlativamente en la conciencia de sus usuarios.

Es de esperar que lo que se ha mencionado, no sea más que una escasa representación de un escenario remoto en apenas algunos años. Para ese momento el clímax de la regulación estará centrado en novedosos cambios en las TIC que pueden o no estar alejados del escenario del comercio electrónico y los consumidores, con lo que se espera que, en un muy corto plazo, se logre una amplia y suficiente cobertura legal, doctrinal y jurisprudencial que sirva de plato para los cambios que inequívocamente se van a presentar.

La opinión que merece este tema y que seguramente, de la lectura de este trabajo, deja al lector, es que, sin duda alguna, los avances de la tecnología, la informática y la normatividad, se mueven en caminos que no deja de fluctuar y que por suerte, la mayoría de las veces, coinciden en un mismo plano en el que el derecho, la técnica y el comercio, compaginan casi a la perfección para así lograr suplir las necesidades de las personas.

Son en este caso, los mecanismos de ODR un claro ejemplo de ello. La adaptabilidad de los MASC a las insuficiencias de la web en la prestación de los servicios que en ella se ofrecen, respalda la efectiva armonización de los intereses de los diferentes agentes de internet que entran en juego, siempre que dos voluntades chocan en el entorno del ciberespacio.

La negociación, la mediación, la amigable composición, la conciliación y el arbitraje bien como sim-

⁴² Sinónimo de “consumidor” ya que es definido (en economía) como aquella persona natural o jurídica que realiza la transacción comercial denominada compra. Visto en línea en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cliente>

ples MASC o bien como ODR, son herramientas que resguardan la seguridad de las negociaciones y transacciones llevadas al a cabo en el campo cibernético donde, dependiendo de la intención de las personas involucradas en los conflictos o que se ven en un futuro inmersas en uno, serán más útiles unas que otras para alcanzar el objetivo de las partes. En el caso de los ODR en consumo y dejando de lado lo utópico de la implementación de la amigable composición en el comercio electrónico, es posible concebir el arbitraje como la mejor herramienta de solución de controversias en línea, toda vez que adquiere el rigor necesario para validar las relaciones en la web que cada día, se hacen más férreas y estructuradas, sin llegar a negar su flexibilidad y dinamismo, que es en todo caso, lo que hace tan demandado este medio de negocios en la actualidad.

III

En derecho comparado, los matices del arbitraje de consumo en línea, varían de un territorio a otro. En España es el principal foco de producción normativa en lo que tiene que ver con las reglas de juego del arbitraje de consumo en línea. Lo avanzado de las contingencias que se han implementado para regular el arbitraje ODR en consumo, han llevado a que se diseñe toda una estructura legal en torno a esta figura. Desde el Real Decreto 636 de 1993, hasta el Real Decreto 231 de 2008 (por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo), donde se define en su artículo 51 el arbitraje de consumo como *“el arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales”* siendo este el primer acercamiento detallado con que cuanta el Derecho de Consumo sobre la utilización de los ODR en sus relaciones.

Otro de los logros alcanzado por el modelo español, fue la construcción de todo un sistema de protección al consumidor, liderado en gran parte, por los llamados Colegios o Juntas Arbitrales, creadas y administradas por órganos estatales. En el Real Decreto 231 de 2008, en el artículo quinto se regula la estas juntas, definiéndolas como los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo que prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros inmersos en una relación de consumo. Estas disposiciones se relacionan intrínsecamente con lo señalado en las diferentes recomendaciones de organismos internacionales especialistas en el tema como, por ejemplo, la Recomendación 98/257 de la Comisión de las Comunidades Europeas, cuyo contenido va dirigido a que la legislación Europea en temas de consumo, lleve a que el órgano arbitral encargado de emitir el laudo, ejerza su actividad bajo los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

En otras legislaciones como la alemana, argentina, austriaca, brasileña, canadiense, estadounidense y peruana, se tiene una regulación específica sobre el tema de arbitraje de consumo, pero sus regulaciones van más que todo dirigidas a restringir, negar, permitir o limitar el uso de la cláusula arbitral en materia de consumo.

El arbitraje en Colombia, desde su antecedente más remoto, se ha ido perfeccionando al punto de ser contemplado como una figura de reconocimiento constitucional, desarrollando para sí, una serie de reglas y procedimientos que lo distinguen facialmente de cualquier otra figura auto o heterocompositiva. Con el advenimiento de la Ley 1480 de 2012 (Estatuto de Protección al Consumidor), la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) y su posterior decreto reglamentario 1829 de 2009, se da el marco legal, separado en sus orígenes pero unificado en su objetivo y efectos, del que es el tema central de este escrito: el Arbitraje de Consumo en Línea.

En palabras de Ruth Stella Correa, ex ministra de justicia: *“Trayendo experiencias del derecho comparado el Gobierno lleva a Colombia a incursionar en mecanismos de acceso a la justicia que permiten a todos los compradores de bienes y servicios, sin importar el monto, reclamar de manera fácil y oportuna el respeto de sus derechos. El arbitraje on line nos llevará a incursionar en una nueva era para la justicia colombiana, estaremos a la vanguardia de los países más competitivos”*⁴³.

Según el Ministerio de Justicia y del Derecho⁴⁴, la implementación del arbitraje en línea, se ve impulsada por actores de varios sectores de la economía. FENALCO, gremio que agrupa a los comerciantes colombianos, ha iniciado programas que buscan que todos los comerciantes promuevan las buenas prácticas comerciales y, dentro de estas, las de acceso a la justicia, mediante la inclusión de esta opción y en concordancia con los elementos previstos en el Decreto 1829 del 2013.

Por su parte, el órgano institucional por excelencia en materia de arbitraje, la Cámara de Comercio de Bogotá, se muestra como la entidad que porta el estandarte del arbitraje electrónico; desde el año 2010 y hasta la fecha, ha logrado forjar un completo sistema que llega a adelantarse incluso a las últimas regulaciones en esta materia.

Actualmente Colombia cuenta con 126 Centros de Arbitraje activos en todo el país que cumplen con el lleno de los requisitos necesarios para poder llevar a cabo Arbitraje en Línea. A saber, 31 en Bogotá, 17 en Cali, 11 en Medellín, 4 en Cartagena y 3 en Pereira, Villavicencio y Bucaramanga respectivamente.

Así, “El reto inmediato para la implementación del presente Decreto (Decreto 1829 de 2013) está en que los Centros de Conciliación (y Arbitraje) inicien la construcción de una plataforma tecnológica que permita notificaciones a través de correos electrónicos o mensajes de texto al celular, que permita la celebración de audiencias a través de videoconferencia y la expedición de laudos que sean comunicados a las partes en tiempo real”⁴⁵

Con las capacidades e instrucciones adecuadas, es posible conjurar un modelo de ODR aplicado a las relaciones de consumo eficiente y vanguardista, dispuesto, para que todas las personas que ostentan la calidad de consumidores hagan uso de él y potencialicen, de igual forma, la confianza que hoy el usuario de servicios informáticos como el internet, ha percibido en el comercio electrónico de bienes y servicios y sus semejantes. Los propósitos de los dos estatutos que hoy por hoy constituyen las bases del Arbitraje de Consumo en Línea, Leyes 1480 de 2011 y 1563 de 2014 respectivamente, están a un “clic” de consumarse.

⁴³ <http://encuestaminjusticia.co/>

⁴⁴ www.minjusticia.gov.co

⁴⁵ Ibidem.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ, Suarez. *Las Obligaciones Concertadas por Medios Informáticos y la Documentación Electrónica de los Actos Jurídicos*, La ley. Bogota002E 2005

Estudio: *ARBITRACIÓN IN 47 JURISDICTION WORLWIDE*. Global Arbitration Review, 2009

ASHFORD, Peter. *Handbook on International Commercial Arbitration*. JurisNet LLC, 2012.

BURGOS, Andrea. *El Consumidor y los Contratos en Internet.*: Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007

CARBONNEAU, Thomas. *Arbitration*. Ed Thomson West. St Paul. 2007

CAVANILLAS MUGIA. *Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos*, Actualidad Informática Aranzadi numero 10, 1994.

DAVORA, Miguel. *Derecho Informático*. Aranzandi, Pamplona, 1993.

EDWARDS. L. *Law and internet*. Oxford, 2000

FOUCHARD, GAILLARD y otro. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris, 1996

GILISSEN. Jhon *Le Pluralisme Juridique*, Ediciones de la Universidad de Bruselas, Bruselas, 1971.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Visto en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage, Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale*, París, 1987, pg 372.

KATSH, *Dispute Resolution in Cyberspace*, Connecticut Law Review, Volumen 28, Número 4, 1996.

KOLB, Deborah. *The Mediators*. Cambridge, MA: MIT Press. 1983.

LOOKOFSKY, Joseph. *Transnational Litigation and Commercial Arbitration*. Tercera Edición, JurisNet LLC, 2011.

MOREK, Rafel. *Regulation of Dispute Resolution: Between Law and Technology*. 2005 [Artículo de Internet]. <http://www.odr.info>.

PEÑA, Daniel. *Tipología de Conflictos en Materia de Comercio Electrónico*. En Lecciones en Materia de Telecomunicaciones. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *L'ARBITRAGE: NATURE JURIDIQUE*, pgs. 17-18, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, Paris, 1965.

SILVA, Eduardo; MANTILLA Fabricio. *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2005.

VARGAS. Teresa. *Manual de Introducción a la Informática Jurídica*. Universidad Externado de Colombia. Bogota. 1993

VILALTA, Aura Esther. *MEDIACION Y ARBITRAJE ELECTRONICO*, Edit. Aranzandi, Madrid 2013.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 35-54

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA
THE ELECTRONIC MEDIATION PROCEDURE

RUBÉN LÓPEZ PICÓ

*Grado en Derecho por la Universidad de Granada, Grado en Ciencias Políticas y
de la Administración Pública por la Universidad de Granada, y Máster Oficial
en Derecho de los Negocios por la Universidad de Granada.*

*Alumno de Doctorado del Programa de Doctorado en Ciencia Jurídicas de la Universidad de Granada.
Becario de Formación Interna de Derecho Procesal de la Universidad de Granada.
Granada. España.*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación persigue abordar, de forma exclusiva, el estudio y posterior análisis de las diferentes fases en las que se encuentra dividido o de las que se compone el procedimiento de mediación electrónica. Y todo ello, excluyendo contemporáneamente, las diferentes cuestiones y aspectos que giran en torno a esta misma cuestión de la mediación electrónica no relacionadas directamente con el desarrollo de su procedimiento desde la estricta óptica del derecho procesal, como pueden ser, entre otras muchas: la adecuación de su terminología, su proximidad y sus diferencias con otras formas de ODR, o la figura del mediador acompañada de todos los aspectos y las cuestiones relativas a la misma.

PALABRAS CLAVE

Mediación, ADR, Mediación Electrónica, ODR, Videoconferencia.

ABSTRACT

The present research work seeks to address, exclusively, the study and subsequent analysis of the different phases in which it is divided or of which the electronic mediation procedure is composed. And all this, excluding contemporarily, the different issues and aspects that revolve around this same issue of electronic mediation not directly related to the development of its procedure from the strict optics of procedural law, such as, among many others: adequacy of its terminology, its proximity and its differences with other forms of ODR, or the figure of the mediator accompanied by all aspects and issues related to it.

KEYWORD

Mediation, ADR, Electronic Mediation, ODR, Videoconference.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II. ORIGEN, CONCEPTO Y ANTECEDENTES JURÍDICOS; III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ELCTRÓNICA; IV. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA; IV.I. CONSIDERACIONES PREVIAS; IV.I.1. Consideraciones generales; IV.I.2. Consideraciones específicas; IV.I.2.i. Responsables del procedimiento de mediación electrónica; IV.I.2.ii. Acreditación de la identidad y condición de usuario; IV.I.2.iii. Compromiso de acceso; IV.I.2.iv. Duración del procedimiento de mediación electrónica; IV.II. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA; IV.II.1. Presentación de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica; IV.II.4. Audiencias conjuntas; IV.II.3. Caucus informativo; IV.II.2. Recepción de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica e invitación a participar en ella; IV.II.5. Terminación del procedimiento de mediación electrónica; V. EJECUCIÓN DE ACUERDOS; VI. CONCLUSIÓN; VII. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que surgen entre los individuos de una misma sociedad, llevan aparejados una situación de contienda jurídica, que al manifestarse externamente determinan la necesidad de ser resueltos jurídicamente con el fin de poder garantizar la adecuada convivencia entre ellos. Esta situación, se traduce en la necesidad de articular los mecanismos necesarios con los que poder lograr el mencionado objetivo¹ -la solución jurídica de los conflictos existentes entre los miembros de una misma sociedad.

¹ *Vid.* VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. -duodécima edición-. Ed. Comares,

En el ordenamiento jurídico español, para resolver la situación de conflictividad a la que acabamos de hacer referencia, existen dos grandes opciones. La primera de ellas -el método heterocompositivo- está caracterizada por ser la opción o el método tradicionalmente usado para la solución de los conflictos, consistente en el vencimiento o en la imposición de la solución. Pues en él, “*uno de los contendientes vence, y otro es vencido, ya sea por la fuerza de uno de ellos o por el “petitum” de un tercero, que decide quién tiene la razón y quién no*”².

Frente a esta primera opción, la segunda de ellas -método autocompositivo- consiste en la consecución de la solución final al conflicto existente entre las partes no por la imposición de una sobre la otra, sino por el mutuo acuerdo entre ambas. Siendo alcanzado este último -el acuerdo- bien por sí solas, bien con la intervención de un tercero -de un mediador-, cuya misión se reduce exclusivamente a aproximar a las partes enfrentadas, para que finalmente éstas mismas sean las que alcancen el acuerdo final que acabe con la controversia existente entre ambas. Junto a la conciliación, este sería el caso de la mediación³.

La mediación, como mecanismo orientado a la solución de conflictos interpartes alternativo a la vía judicial, queda encuadrado dentro de los denominados ADR’s -Alternative Dispute Resolution-, al constituir -para las partes inmersas en el conflicto- una vía complementaria y alternativa al procedimiento judicial, a través de la cuál poder dar solución a sus controversias. Que al poder, ahora, tener lugar también electrónicamente como resultado de la incorporación a su desarrollo del uso de las TICs -Tecnologías de la Información y Comunicación-, pasa a estar integrado también dentro de los denominados ODR -Online Dispute Resolution-⁴.

II. ORIGEN, CONCEPTO Y ANTECEDENTES JURÍDICOS

La mediación electrónica encuentra su germen en el ámbito internacional, resultado del desarrollo de las primeras transacciones económicas internacionales realizadas vía Internet a través de los primeros portales de venta de bienes y servicios, como por ejemplo eBay. Precisamente, fueron estos mismos portales, quienes ante la inexistencia de mecanismos que permitiesen dar solución a los conflictos derivados de esas compra-ventas on-line de bienes y servicios, propusieron su desarrollo⁵. Surgiendo de ese modo, la idea o concepto de Resolución Electrónica de Disputas o Controversias -REC-, pero no de mediación electrónica⁶.

De ese modo, el origen o la aparición exacta del concepto o idea de mediación electrónica tuvo lugar en un momento o fase posterior, fruto de la sinergia entre las tecnologías -en continuo auge y desarrollo- y los diversos métodos de solución de conflictos ya existente hasta ese momento, como por ejemplo la mediación “tradicional”. Dando así lugar a aquello que conocemos como On-line Dispute Resolution -ODR-.

Granada, 2008, pp.9-14.

² Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín., y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.359. El procedimiento judicial y el arbitraje constituyen dos manifestaciones de este método.

³ Vid. MUNNÉ CATARINA, Frederic., y VIDAL TEIXIDÓ, Antoni. *La mediación. Resolución de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Ed. La Ley, Madrid, 2013, p.13.

⁴ Vid. GUARDIOLA SALMERON, Miriam. “La Mediación Electrónica, un acercamiento a la figura de la E-Mediación”. *Blog Jurídico Profesional de Mediación “A mediar”*, España, 2016. -<http://www.amediar.info/proceso-mediacion-electronica/>-. -18/11/2017-.

⁵ Vid. FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*. Ed. Acuerdo Justo, Alicante, 2013, pp.22-24.

⁶ Vid. GAITENBY, Alan., KATSH, Ethan., y RIFKIN, Janet. “E-commerce, e-disputes, and e-disputes resolution: In the shadow of eBay Law”. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. Ed. Ohio University Press, Ohio, 2000, p. 705-734.

Frente a la primera definición de ODR formulada en el año 2001 por Ethan KATSH y Janet RIFKIN en la que se afirmaba que “*los ODR facilitan la resolución de conflictos a través del poder transformador de la tecnología, la cual se incorpora como la cuarta parte en el modelo tripartito tradicional de la resolución de conflictos*”⁷, en la esfera doctrinal encontramos diferentes conceptos de mediación electrónica, pudiendo resaltar aquel que la concibe como “*un procedimiento que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley*”⁸.

En esta misma línea conceptual o definitoria, y desde el punto de vista legislativo, la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, concibe a través de su art.1 la mediación como “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, de un tercero*”. Pese a la falta de referencia expresa en ella a la mediación electrónica, esta misma definición de mediación puede ser utilizada como base sobre la que añadir la referencia relativa a la posible utilización de medios electrónicos en el desarrollo de las actuaciones que conforman el procedimiento de mediación, contemplada en el art.24 de esa misma Ley 5/2012, pudiéndose hablar entonces de mediación electrónica como “*el desarrollo de todas o algunas de las actuaciones del proceso de mediación a través de medios electrónicos que garanticen la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley*”. Por su parte, el Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, entre ellos, las normas relativas al procedimiento de mediación electrónica, no incorpora ningún artículo relativo a qué se entiende o qué debemos entender exactamente por mediación electrónica.

En otro orden de cosas, la inclusión de la mediación -y por ende de la mediación electrónica- en del Libro Verde de la Unión Europea, de 19 de Abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, junto con la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pone de manifiesto que la mediación -como instrumento de solución de conflictos, alternativo al procedimiento judicial- cuenta con el apoyo, reconocimiento y respaldo de la Unión Europea.

Ese mismo apoyo, reconocimiento y respaldo a la mediación -y en consecuencia, nuevamente a la mediación electrónica- como instrumento de solución de conflictos, alternativo al procedimiento judicial, también queda proyectado a nivel nacional, en España, mediante la aprobación en el año 2012 de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹, y en el año 2013 del

⁷ Vid. KATSH, Ethan., y RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. Ed. Jossey-Bass. San Francisco, 2001, p.120.

⁸ Vid. FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación electrónica de conflictos en España”. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*. Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, Grupo de Pesquisa “Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento”, Brasil, 2014, p.289.

⁹ Heredera del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de Marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, a través del cual se consiguió incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva Europea a la que antes ya hicimos referencia -Directiva 2008/52/CE-. Previamente a la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 Marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, la carencia de una ordenación general relativa a la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, provocó que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, éstas mismas fuesen las que asumiesen la aprobación de las leyes encargadas de regular el ejercicio de la mediación -fundamentalmente en las relaciones familiares- para tratar así de dar cumplimiento a la Recomendación nºR (98) 1, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En este sentido, Cataluña -junto a otras Comunidades Autónomas como Canarias, Valencia y Galicia- aprobó la Ley 1/2001, de 15 de Marzo, de Mediación en el ámbito del derecho privado -vigente

Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Adicionalmente, debemos reseñar que el sistema creado para el desarrollo de la mediación en nuestro país, se encuentra influenciado en gran medida por el formato elaborado por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de Junio de 2002, al tomar del mismo, algunos aspectos y factores presentes hoy día en nuestro actual sistema de mediación.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

El art.2 del Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos contenidos en la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, determina que sus normas son de aplicación al amparo de lo dispuesto en la propia Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así, conforme al contenido del art.2 de la Ley 5/2012, podemos afirmar que la mediación electrónica es de aplicación a todos los “*asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Quedando excluidos del ámbito de aplicación de la mediación electrónica, la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas -al estar contemplada en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y en la legislación de contratación administrativa-, la mediación laboral -recogida en la Ley reguladora de la jurisdicción social-, y la mediación en materia de Consumo -al tener ésta sus propios tribunales arbitrales-*”¹⁰. Idea que también se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto 980/2013, al afirmarse que “*no se efectúa una regulación cerrada del procedimiento de mediación electrónica, considerando más adecuado, por un lado, estar a lo dispuesto en el régimen general de la Ley 5/2012, y por otro, establecer unas normas básicas relativas a sus particularidades propias, determinadas por la especificidad de su objeto, de su duración y por la utilización de medios electrónicos*”.

De ese modo, la Ley 5/2012 apuesta por la implantación de un régimen de aplicación general que se extiende a todos los conflictos cuyo objeto de controversia recae sobre un asunto de carácter civil o mercantil que afecta a derechos disponibles por las partes, que tiene lugar en España, y cuyo acuerdo de solución goza de efecto jurídico vinculante para ambas. Adicionalmente, en defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, se exige para su aplicación, que al menos una de las partes enfrentadas tenga su domicilio en nuestro país y que la mediación se desarrolle en territorio español¹¹.

hasta el 19 de Agosto de 2009- cuando fue derogada por la Ley 15/2009, de 22 de Julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado. El enorme éxito de la mediación familiar, se debe en gran medida al apoyo institucional representado a través del desarrollo de programas de mediación familiar vinculados al Ministerio de Justicia central o a sus equivalentes en las Comunidades Autónomas, cuyo fin principal ha sido el de favorecer una protección específica de los hijos menores en situación de conflictividad con sus padres, y dar una mejor solución a los problemas que puedan existir tras una ruptura matrimonial. *Vid.* ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al Derecho Procesal* - quinta edición-. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, p.204.

¹⁰ *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp.27 y 28.

¹¹ Lo señalado constituye una muestra de la enorme preocupación del legislador por la aplicación de la mediación, y de la mediación electrónica, en el desarrollo de los denominados conflictos transfronterizos. De acuerdo con el art.3.1 de la Ley 5/2012, un conflicto es transfronterizo cuando “*al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto*”. En estos conflictos transfronterizos, el domicilio se determina de conformidad el contenido de los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE)

A pesar de ello, este procedimiento de mediación electrónica, se aplica de forma preferente en aquellos casos que consisten en una reclamación de cantidad dineraria que no exceda de los seiscientos euros¹². Salvo que su utilización, a la hora de dar solución a la controversia existente, no fuese posible para alguna de las partes enfrentadas, o éstas mismas ya hubiesen acordado de forma previa la aplicación de un procedimiento distinto para alcanzar la solución al problema existente -art.30 RD 980/2013-.

La utilización de los términos “de forma preferente” y “salvo”, nos permiten, por un lado, afirmar que el procedimiento de mediación electrónica es válido para cualquier tipo de mediación -a excepción de las exclusiones antes señaladas- además de para las reclamaciones de cantidades dinerarias, y por otro, que conforme al principio de voluntariedad y libre disposición de las partes -presente en toda mediación, incluida la electrónica-, el desarrollo de la mediación a través de la utilización de medios electrónicos constituye una opción preferente y no una obligación.

IV. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

IV.I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Previamente al inicio del estudio de las distintas fases en las que se divide o de las que se compone el procedimiento de mediación electrónica, debemos realizar algunas consideraciones tanto de carácter general como específico.

IV.I.1. Consideraciones generales

El procedimiento de mediación electrónica constituye una modalidad de mediación que al tener su fundamento en los principios generales de toda mediación, no deja de ser en sí misma una mediación, pero con la particularidad de que su desarrollo tiene lugar a través de la utilización de un conjunto de medios electrónicos.

Como resultado de lo expuesto anteriormente -el Real Decreto 980/2013 no desarrolla una regulación detallada o cerrada del procedimiento de mediación electrónica, sino que por un lado, está a lo dispuesto por el régimen general de la Ley 5/2012, y por otro, establece unas normas básicas relativas a sus particularidades propias-, podemos afirmar que la regulación jurídica de esta cuestión tiene lugar a través el Título IV “*Procedimiento de Mediación*” de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, y del Capítulo V “*El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos*” del Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Se trata de un procedimiento sencillo y flexible -en cuanto a su tramitación-, y de corta duración en el tiempo -un mes-, que permite que sean los sujetos implicados en la mediación -y por tanto enfren-

n. °44/2001 del Consejo, de 22 de Diciembre del año 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil -art.3.2 Ley 5/2012-. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio., y VEGA TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* -tercera edición-. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, p.607.

¹² Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Practicum Mediación*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2014, p.163 y 164. Esta cantidad finalmente se elevó respecto de los trescientos euros inicialmente previsto por el art.25.2 del Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles del año 2011. Se desconoce el motivo por el que el legislador ha establecido concretamente esta cuantía de seiscientos euros que de manera exacta corresponden al 10% del límite en el que se establece la frontera entre el juicio verbal -art.250.2 LEC- y el ordinario -art.249.2 LEC-. Si seis mil euros eran excesivos para el legislador, quizás hubiese sido más lógico haber optado por establecer como cuantía la de tres mil euros -art.455.1 LEC-, por debajo de la cual no se admite recurso de apelación de la sentencia obtenida en juicio verbal. Y si aún así, la cantidad le seguía pareciendo excesiva, haber optado por establecer como cantidad de referencia, la de dos mil euros -art.437.2 LEC-, por debajo de la cual, en los juicios verbales, no es obligatoria la asistencia e intervención de abogado y procurador.

tados entre sí a través de un conflicto- quiénes determinen libremente sus aspectos fundamentales. Para ello, la norma legal se encarga simple y llanamente de establecer los requisitos que son necesarios e imprescindibles para posteriormente poder dar validez al posible acuerdo alcanzado entre las partes enfrentadas.

Este argumento se fundamenta en el contenido del primer y segundo apartado del art.10 de la Ley 5/2012, del tercer apartado del art.36 del RD 980/2013, y en la propia exposición de motivos del RD 980/2013, por medio de los cuáles se establece que las propias partes inmersas en la mediación son las encargadas de asumir su organización como tengan por conveniente, siempre y cuando ésta última tenga lugar conforme a dos premisas elementales:

Durante el desarrollo de la mediación, las partes inmersas en ella no pueden ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial relacionada con el objeto de la misma, al impedir a los tribunales de justicia conocer del asunto sobre el que se está mediando, siempre que la parte interesada lo invoque mediante el ejercicio de la declinatoria¹³ -art.10.2 Ley 5/2012-. Como excepción a esta situación, únicamente cabe la solicitud de medidas cautelares y otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos¹⁴.

El procedimiento de mediación debe tener lugar siempre y en todo momento conforme a los principios establecidos en la Ley 5/2012.

IV.1.2. Consideraciones específicas

Como hemos señalado antes, la mediación electrónica constituye una modalidad de mediación que cuenta con la particularidad de que su desarrollo tiene lugar no presencialmente, sino electrónicamente en base a la utilización de un conjunto de medios electrónicos. Resultado de esa particularidad, derivan algunos aspectos merecedores de cierta consideración específica.

IV.1.2.1. Responsables del procedimiento de mediación electrónica

La primera cuestión de la que debemos tener conocimiento es acerca de quién o quiénes son los responsables de este tipo de procedimiento. La respuesta la encontramos en el art.31 del RD 980/2013 conforme al cual se establece que el responsable de este tipo de procedimiento es el mediador, o en su caso, la institución de mediación que haya sido elegida por las partes para dar solución al conflicto. Éste o ésta -dependiendo del caso- poseen la obligación de contratar con un proveedor de servicios electrónicos encargado de habilitar los mecanismos electrónicos necesarios con los que poder garantizar:

La seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma, y de los sistemas electrónicos utilizados.

La privacidad, la integridad, y el secreto de los documentos y las comunicaciones.

La confidencialidad en todas las fases del procedimiento, y el aseguramiento del cumplimiento de las exigencias previstas en las normas relativas a la protección de datos de carácter personal -Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal-.

¹³ “La utilización de esta herramienta para que el demandado manifieste que las partes han acordado intentar la mediación, revela que el legislador, hace derivar de la opción por la mediación, una privación de jurisdicción de los tribunales civiles”. Vid. JIMÉNEZ CONDE, Fernando., GARCÍA-ROSTAN CALVÍN, Gemma., y TOMÁS TOMÁS, Salvador. *Manual de Derecho Procesal Civil I*. Ed. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2012, p.119.

¹⁴ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel -Dir. y Coord.-. *Derecho Procesal Civil*. -duodécima edición-. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2013, p.106

El proveedor de servicios electrónicos es el encargado del correcto tratamiento de todos los datos conforme a las normas en materia de protección de datos de carácter personal, pero los máximos responsables del procedimiento de mediación electrónica, son el mediador o la institución de mediación, al tener éstos el deber de garantizar que los medios electrónicos aplicados al procedimiento de mediación incorporan los oportunos mecanismos de registro de actividad que permiten auditar su correcto funcionamiento, y por ende el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos de carácter personal -art.31.4 RD 980/2013-. Frente al incumplimiento de sus obligaciones, éstos -el mediador o la institución de mediación, dependiendo del caso concreto- responden de cualquier daño o perjuicio que las partes inmersas en el procedimiento de mediación electrónica hubiesen podido sufrir fruto de dicho incumplimiento¹⁵ -art.31.2 RD 980/2013-.

IV.I.2.II. Acreditación de la identidad y condición de usuario

El proveedor de servicios electrónicos encargado de la habilitación de los medios electrónicos necesarios para el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica, asume la disposición de todo lo necesario para que las partes y el mediador puedan acceder y participar en la mediación electrónica acreditando su identidad y la autenticidad e integridad de sus documentos a través de un sistema de firma electrónica, cuyas normas quedan recogidas en la Ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de firma electrónica -art.32 RD 980/2013-. En todo caso, la identidad de las partes debe quedar acreditada a la hora de efectuar la presentación de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación electrónica y en la contestación a la misma, en el momento de la aportación de documentación, en el establecimiento de comunicaciones, y en la firma de las diferentes actas y del acuerdo final alcanzado.

IV.I.2.III. Compromiso de acceso

La habilitación de todos los mecanismos electrónicos necesarios para el desarrollo de la mediación electrónica, junto al establecimiento de un sistema de firma electrónica que permite acreditar la identidad de los diferentes participantes y la autenticidad de sus documentos, y la creación de una plataforma¹⁶ electrónica a través del cual poder desarrollar la mediación, conlleva aparejado el compromiso de las partes de participar activamente en ella, accediendo habitualmente a la plataforma electrónica creada -exclusivamente para el desarrollo de la mediación electrónica- y consultando todos los materiales -electrónicos- depositados y disponibles en ella.

Como resultado, el transcurso de cinco días naturales sin acceder a la plataforma creada para la ocasión o al contenido de los materiales electrónicos depositados y disponibles en ella, se interpreta como no asistencia a las sesiones de mediación, salvo que electrónicamente hubiese sido imposible acceder a ella -art.35 RD 980/2013-. En esta misma línea, el art.17.1 de la Ley 5/2012 determina que la no asistencia de las partes a cualquiera de las diferentes sesiones de las que se componen las distintas fases

¹⁵ El régimen de responsabilidad del mediador o de la institución mediadora responsable del adecuado desarrollo de la mediación electrónica queda regulado a través del art.14 del Título III “Estatuto del mediador”, de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, y de los artículos 26 a 29 del Capítulo IV “*El seguro de responsabilidad civil o de garantía de los mediadores e la institución de mediación*”, del Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁶ En todo el mundo existen más de 150 plataformas ODR que permiten el desarrollo de la mediación de forma electrónica. Entre ellas y a modo de ejemplo podemos señalar: la plataforma estadounidense MODRIA, dirigida por Colin Rule -utilizada por eBay y Paypal-, la plataforma española Mediar On Line, cuyo responsable es Oscar Daniel Franco Conforti -Universidad de Castilla La Mancha-, y la plataforma canadiense Cyberjustice Laboratory encabezada por Karim Benyekhlef -Universidad de Montreal-. Vid. VÁZQUEZ LÓPEZ, Andrés. “Euromediación on-line: La mediación por medios electrónicos”. *Mediación es Justicia. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España*. Ed. Creative Commons Atribución-NoComercial 3.0, España, 2013, pp.5-8.

en las que se encuentra dividido o de las que se compone el procedimiento de mediación electrónica, se traduce en su desistimiento a continuar con el procedimiento de mediación electrónica solicitada.

IV.I.2.IV. Duración del procedimiento de mediación electrónica

Conforme al contenido del art.36.1 del RD 980/2013, el procedimiento de mediación electrónica tiene una duración máxima de un mes, con la posibilidad de ser prorrogado por acuerdo de las partes. El cómputo de este plazo comienza a contar al día siguiente a la recepción de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica. A fin de respetar una de sus notas características: la agilidad; el procedimiento se inicia a la mayor brevedad posible, concretamente en el plazo máximo de dos días desde la recepción de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica¹⁷.

IV.II. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Ni la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, ni el Real Decreto 980/2103, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de esa misma Ley, determinan exactamente la forma en la que ha de tener lugar el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica. Esta situación, nos obliga a acudir a la autorregulación, pero sin que ello signifique abandonar los principios generales de la mediación, y ni mucho menos dejar de lado al derecho. Habrá por tanto que ajustarse a las normas previstas para el procedimiento de mediación general, y como resultado respetar sus principios -voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad del mediador, neutralidad, confidencialidad, y buena fe, respeto y cooperación (arts.6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 5/2012)- y las normas conexas a ella¹⁸.

Señalado esto, afirmamos el procedimiento de mediación electrónica se encuentra dividido en varias fases o etapas, cada una de ellas con una finalidad precisa:

Presentación de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación electrónica.

Recepción de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación electrónica e invitación a participar de ella.

Caucus informativo.

Audiencias conjuntas.

Terminación del procedimiento de mediación electrónica.

IV.II.1. Presentación de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación electrónica

Si las partes enfrentadas, finalmente, deciden optar por la mediación electrónica y acudir a un mediador o a una institución mediadora para poner fin a la problemática existente entre ambas, éstos últimos -bien el mediador, bien la institución mediadora- serán los encargados de proporcionarles, a través de su página web, los formularios o impresos electrónicos normalizados de solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica, y de contestación a la petición del inicio del mismo. Éstos formularios además de hacer constar que las pretensiones de las partes enfrentadas no se refieren a argumentos contrarios a derecho, deben permitir la subsanación de errores u omisiones, así como el derecho de las partes a retirar la solicitud del inicio de la mediación electrónica y a dar por terminadas las actuaciones en cualquier momento, incluso una vez iniciado el procedimiento -art.33 RD 980/2013-. Aunque la presentación de la solicitud de mediación electrónica también puede hacerse presencial-

¹⁷ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Estudios sobre la justicia online*. Ed. Comares, Granada, 2013, pp.204 y 205.

¹⁸ Vid. ROBLES GARZÓN, Juan Antonio -Dir.-. *Conceptos básicos de derecho procesal civil* -quinta edición- Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p.737.

mente, lo habitual es que se realice de forma on-line por una parte -en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación- o por ambas partes de común acuerdo -art.16.1 Ley 5/2012-¹⁹. Como todo procedimiento de mediación, el procedimiento de mediación electrónica solo puede iniciarse a instancia de parte, nunca de oficio.

Los formularios de solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica y de contestación a la misma constituyen dos piezas o elementos claves del procedimiento de mediación electrónica. Pues además de contener las posiciones de las partes, a través de ellos, la parte que solicita la mediación establece la cantidad que desea reclamar - desglosando el principal y los intereses-, mientras que la otra parte, tiene la opción de aceptarla o rechazarla, así como la posibilidad de realizar una contrapropuesta -art.38 RD 980/2013-.

Por último, recordar que si la presentación de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación tiene lugar una vez ya iniciado el procedimiento judicial, se suspende la prescripción y/o caducidad de las acciones desde la fecha que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador o por la institución mediadora. Dicha suspensión se extiende hasta la terminación del procedimiento de mediación con la firma del acta final, ya sea por la existencia de acuerdo de mediación o por alguna de las causas contempladas en la Ley -arts. 4 y 16.3 Ley 5/2012-.

IV.II.2. Recepción de la solicitud del inicio del procedimiento de mediación electrónica e invitación a participar en ella

Completado y presentado por la parte solicitante el formulario por el que se solicita el inicio del procedimiento de mediación electrónica, y recibido por el mediador o la institución mediadora responsable de ella, éste o ésta -en función del caso- pasa a ponerse en contacto con la parte solicitante, a fin de requerirle el envío de la información necesaria para poder dar inicio al procedimiento de mediación electrónica -supuestos en los que la solicitud haya sido presentada por una sola de las partes-, o para mantener con ella una audiencia informativa respecto a las distintas cuestiones relativas al procedimiento de mediación²⁰. Una vez que el mediador o la institución mediadora cuenta con toda la información necesaria para poder dar inicio a la mediación, contacta con la otra parte para invitarla a participar del procedimiento de mediación electrónica, a través de la utilización de cualquier medio de comunicación, todos son válidos²¹ -art.37 RD 980/2013-.

Frente a esa respuesta general, también puede suceder que la parte requerida para que aporte la documentación necesaria para poder dar inicio al procedimiento de mediación electrónica no conteste en plazo. En este caso, la solicitud de inicio del procedimiento de mediación electrónica es rechazada, pero sin que ello impida iniciar posteriormente un nuevo procedimiento de mediación electrónica en los mismos términos y con el mismo objeto -art.37.1 RD 980/2013-.

¹⁹ Vid. FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación Electrónica (e-Mediación). *Diario La Ley*. Ed. Wolters Kluwer, España, 2015, p.10.

²⁰ El empleo de los medios electrónicos a la hora de proceder a la presentación de los formularios con los que se solicita el inicio del procedimiento de mediación electrónica, o al envío de la información requerida para el inicio del mismo, permite generar un justificante de entrega que garantiza su integridad, y lo que aún es más importante su archivo e impresión. Además posee un número de registro con la fecha y hora de presentación, la identidad del mediador o de la institución de mediación, y la indicación de que el trámite ha tenido lugar de forma correcta -art.34.1 RD 980/2013-.

²¹ El legislador, al permitir la utilización de cualquier medio de comunicación, se está refiriendo implícitamente a la posibilidad de utilizar -para efectuar dicha comunicación- tanto medios sincrónicos como asincrónicos. Está permitiendo de ese modo, la utilización de TICs que permitan el intercambio de información en tiempo real -audioconferencias, videoconferencias o mensajería en línea-, y en tiempo no real -Short Message Service o SMS, foros electrónico, y blogs-. Vid. VÁZQUEZ LÓPEZ, Andrés. “El futuro fue ayer”. *Mediación es Justicia. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España*. Ed. Creative Commons Atribución-NoComercial 3.0, España, 2015, pp.4 y 5.

IV.II.3. Caucus informativo

Hace referencia a las distintas sesiones interactivas que el mediador celebra de forma individual o conjunta con cada una de las partes inmersas en el procedimiento -dependiendo de la relación que exista entre ambas-. El objetivo esencial de estas sesiones es que las partes, mediante el empleo de medios electrónicos, puedan realizar al mediador todas las preguntas que consideren oportunas en relación al procedimiento de mediación electrónica, a fin de poder aclarar o resolver todas las dudas que éstas pudiesen tener sobre el mismo. Este intercambio de información es aprovechado por el propio mediador para realizar un análisis del conflicto que le ha sido planteado por las partes, a fin de poder determinar si se trata, o no, de un conflicto apto para ser resuelto a través del procedimiento de mediación electrónica²².

La videoconferencia privada es el elemento tecnológico adecuado para el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica, pues al desarrollarse bajo los protocolos de seguridad “*https*” -Hypertext Transfer Protocol Secure- ofrece a las partes enfrentadas las garantías necesarias de confidencialidad para que la mediación tenga lugar de forma privada y segura. Además, al ser un medio de comunicación sincrónico permite a las partes y al mediador verse y oírse de forma simultánea, posibilitando el diálogo y facilitando o favoreciendo el acercamiento entre las posturas de las partes enfrentadas. También permite garantizar la identidad de las partes y como resultado evitar su usurpación -art.36.2 RD 980/2013-²³.

De entre las múltiples cuestiones sobre las que el mediador informa a las partes durante el desarrollo estas sesiones informativas, podemos señalar las siguientes:

Las posibles causas que pueden afectar a su imparcialidad.

Su profesión, formación y experiencia profesional.

Las características y los principios de la mediación.

El coste del procedimiento de mediación²⁴.

El sistema para acreditar la identidad de las partes y su firma electrónica.

Los elementos tecnológicos necesarios para el desarrollo de la mediación.

Plazos de audiencias.

La organización del procedimiento de mediación y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se alcance, en el caso de que así ocurra.

IV.II.4. Audiencias conjuntas

Se trata de diferentes sesiones interactivas entre el mediador y las partes enfrentadas que tienen como finalidad primordial poder acercar sus posturas para que éstas -por sí solas- traten de alcanzar el acuerdo final que consiga poner fin al conflicto existente entre ambas. Es por ello que estas sesiones o audiencias conjuntas, dirigidas por el mediador, deben celebrarse obligatoriamente de forma con-

²² Vid. FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Ed. Universitat Pompeu Fabra, 2015, p.13.

²³ Vid. LODDER, Arno., y ZELEZNIKOV, John. “Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology”. *Cambridge University Press*. Ed. Cambridge University Press, United States, 2010, p.78.

²⁴ La cuestión relativa al coste del procedimiento de mediación se regula a través del art.15 de la Ley 5/2012: “*El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado*”.

junta, en presencia de las dos partes y a través de la utilización de medios electrónicos como la videoconferencia. La utilización de este medio electrónico -como ya señalamos- permite a las partes y al mediador verse y oírse en tiempo real, comunicarse y poder dialogar para acercar posturas -art.36.2 RD 980/2013-.

El mediador convoca a las partes para la celebración de cada una de las distintas sesiones de las que se componen esas audiencias conjuntas, y las dirige para facilitar que las partes enfrentadas puedan exponer y comunicar sus posturas de forma igualitaria y equilibrada sobre la base del diálogo -art.21.1 Ley 5/2012-.

El número de estas sesiones de audiencias conjuntas debe ser el mínimo posible para poder hacer real y efectiva la intención o propósito que se recoge en el art.20 de la Ley 5/2012: *“que la duración del procedimiento de mediación electrónica sea lo más breve posible”*. De acuerdo con la celeridad que ha de regir el procedimiento.

En la primera sesión de esas audiencias conjuntas, tiene lugar la celebración de la sesión constitutiva, expresión del deseo de las partes por desarrollar la mediación que previamente solicitaron. Ante la falta en el RD 980/2013 de una norma expresa que desarrolle la cuestión de la sesión constitutiva en el procedimiento de mediación electrónica, nos vemos obligados acudir al contenido del art.19 de la Ley 5/2012 para poder completar esta cuestión.

Mientras que el primer apartado de este art.19 de la Ley 5/2012 determina que en la sesión constitutiva se debe dejar constancia de diversas cuestiones como por ejemplo:

La identificación de las partes.

La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.

El sistema de acreditación de identidad y firma digital convenida.

El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.

El programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.

La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.

La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.

El lugar de celebración y la lengua en que se desarrolla el procedimiento²⁵.

La grabación de las diferentes sesiones en vídeo.

Conforme al segundo apartado de ese mismo art.19 de la Ley 5/2012, se pone de manifiesto la obligación de las partes de proceder al levantamiento del acta que recoja todos los aspectos antes mencionados, una vez finalizada la sesión constitutiva a la que antes hemos hecho referencia. Más tarde, esta misma acta debe ser firmada por las partes enfrentadas y por el propio mediador²⁶, la negativa de al-

²⁵ La disposición adicional cuarta de la Ley 5/2012 relativa a la *“igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”* junto con el art.31.3 del RD 980/2013, en cumplimiento del Real Decreto 366/2007, de 19 de Marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, y la Ley 34/2002, de 11 de Junio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio, supervisan que todos los medios electrónico utilizados durante el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica cumplen con las exigencias jurídicas requeridas por estas normas, y como resultado garantizan, en el ámbito del procedimiento de mediación electrónica, la plena igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. *Vid.* GARCÍA DEL POYO, Rafael. *“La mediación electrónica”*. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Ed. Junta de Castilla y León, España, 2013, p.16.

²⁶ Si en el plazo de quince días naturales -a contar desde la recepción de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación- no se firma el acta de la sesión constitutiva, se reanuda el cómputo de los plazos relativos a la prescripción o a

guna de ellas a firmarla permite poner fin al procedimiento de mediación al interpretarse la negativa como una señal de la voluntad o el deseo de la parte de no continuar con el procedimiento de mediación.

Cumplido todos los requisitos anteriores, el procedimiento de mediación electrónica se entiende constituido formalmente. Resultado de dicha constitución formal, las dos partes enfrentadas reciben un certificado en el que se hace constar el acta de la sesión constitutiva del procedimiento de mediación electrónica a los efectos de generar un nuevo número de expediente -art.37.2 RD 980/2013-. Este expediente es único para todo el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica, conteniendo los siguientes datos -art.34.2 RD 980/2013-:

El formulario de solicitud.

Toda la información descriptiva del conflicto.

Todas las comunicaciones que se produzcan entre las partes y el mediador.

Todos los documentos presentados por las partes

Todas las actas y el acta final del procedimiento de mediación electrónica.

IV.II.5. Terminación del procedimiento de mediación electrónica

Una vez terminadas todas las sesiones de audiencias conjuntas, alcanzamos la fase final del procedimiento de mediación electrónica. Nuevamente, ante la ausencia en el RD 980/2013 de un artículo que de forma concreta y exacta regule la terminación del procedimiento de mediación electrónica, nos vemos obligados acudir al articulado de la Ley 5/2012 para proceder al estudio de esta cuestión.

Conforme al primer apartado de su art.22, la mediación termina con o sin acuerdo entre las partes. Si concluye con acuerdo, éste puede recaer sobre la totalidad de las controversias sometidas a mediación o únicamente sobre alguna de ellas, pero gozando en todo caso de carácter vinculante para ambas partes -art.23.1 Ley 5/2012-. Por el contrario, puede terminar sin acuerdo bien porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho de dar por terminadas las actuaciones, bien porque se haya agotado el plazo máximo establecido para su duración, o bien porque el mediador justificadamente entienda que las posiciones de las partes son irreconciliables -art.22.1 Ley 5/2012-.

Sea como fuese, y con independencia de lo que finalmente suceda, alcanzada la terminación del procedimiento de mediación electrónica, existe la obligación de redactar un acta final en la que se deje constancia de las partes y el mediador, la fecha, el lugar de suscripción, y si hay acuerdo, las obligaciones asumidas por cada una de las parte. Posteriormente, el acta final se entrega a las dos partes para que puedan revisarla y firmarla de forma on-line, además a cada una también se le hace entrega de un ejemplar de la misma -arts.22.3, 23.2 y 23.2 Ley 5/2012-. Finalmente si las partes lo desean, cuentan con la posibilidad de elevar el acta final del procedimiento de mediación electrónica a escritura pública por decisión y voluntad exclusivamente de ellas.

Ante el posible fracaso del procedimiento de mediación electrónica como mecanismo alternativo a la vía judicial para la solución jurídica de las controversias existentes entre dos partes enfrentadas, la única opción factible que existiría para dar solución a esa controversia sería la de acudir a la vía judicial, al procedimiento civil.

V. EJECUCIÓN DE ACUERDOS

Otra vez, y como en ocasiones anteriores, ante la falta en el Real Decreto 980/2013 de algún artículo relacionado con la ejecución de acuerdos derivados del procedimiento de mediación electrónica, nos

la caducidad de las acciones -art.4 Ley 5/2012-.

vemos obligados nuevamente a acudir al articulado de la Ley 5/2012 para poder abordar el estudio de esta cuestión.

Cuando el acuerdo de mediación alcanzado entre las partes enfrentadas, es fruto de un procedimiento de mediación en el que de forma previa a su inicio no se acudió al procedimiento civil, éste -el acuerdo de mediación-, únicamente tiene eficacia ejecutiva, cuando de acuerdo a lo establecido por el art.517.2.2ª de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil -LEC-, sea elevado a escritura pública²⁷ -art.25 de la Ley 5/2012-²⁸.

Para ello, las partes deben presentar el acuerdo de mediación y las copias de las actas relativas a la sesión constitutiva y la sesión final del procedimiento de mediación ante notario, quién asume el encargo de verificar que el contenido de los documento presentados se ajusta al contenido de la Ley 5/2012, y que no son contrarios a Derecho -art.25.1 y 2 Ley 5/2012-. En estos casos, de acuerdo al contenido del art.545.2 LEC, el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación alcanzados entre las partes enfrentadas, es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se hubiese firmado el acuerdo de mediación -art.26 Ley 5/2012-.

Por el contrario, si el acuerdo de mediación alcanzado entre las partes enfrentadas, encuentra su origen una vez ya iniciado el procedimiento civil, éste -el acuerdo de mediación-, puede adquirir eficacia ejecutiva únicamente cuando las partes soliciten al tribunal competente su homologación conforme a lo dispuesto en el art.415.1 y 2 LEC -art.25.4 Ley 5/2012-. Obtenida la eficacia ejecutiva se puede acudir directamente a la ejecución sin necesidad de elevación a escritura pública. Todo ello conforme a lo establecido en el art.517.2.3ª LEC, como sí ocurría en el caso anterior.

Además, en este último caso, la competencia para la ejecución de los acuerdos recae sobre el Juzgado de Primera Instancia que se encargó de homologar el acuerdo de mediación, tal y como establece el art.545.1 LEC.

Por último, cuando el acuerdo de mediación alcanzado entre las partes en conflicto debe ejecutarse en otro Estado, además de su elevación a escritura pública, también es necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir bien los convenios internacionales en los que España sea parte, bien las normas de la Unión Europea -art.25.3 Ley 5/2012-²⁹.

VI. CONCLUSIÓN

El continuo desarrollo de las nuevas tecnologías hace que día a día, éstas adquieran un papel cada vez más protagonista que les permite estar presentes en la sociedad, la cultura, la economía, y por supuesto el derecho.

²⁷ La disposición adicional tercera de la Ley 5/2012 relativa a “*escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación*” establece que para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los “*Documentos sin cuantía*” previstos en el número 1 del Anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de Noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.

²⁸ Vid. FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación Electrónica”. *Acuerdo justo*. Ed. Acuerdo Justo, España, 2012, p.2.

²⁹ Relacionado con esta cuestión, el art.27 de la Ley 5/2012 -para el caso concreto de las ejecuciones de los acuerdos de mediación transfronterizos- establece que “*sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas*”. En esa misma línea, el propio artículo también señala que “*un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás*”. Pero debiendo tener en todo momento presente que si el documento es manifiestamente contrario al orden público español, en ningún caso podrá ser ejecutado.

Así, resulta casi imposible de imaginar que la mediación no se hubiese visto influenciada por el desarrollo de las nuevas tecnologías, sobre todo teniendo presente sus posibles y variados ámbitos de aplicación, dónde el desarrollo de la mediación electrónica es muy recomendable especialmente ante situaciones de conflictos transfronterizos³⁰. Pues la eliminación de las barreras geográficas y lingüísticas a la hora de resolver extrajudicialmente estos tipos de conflictos, se traduce en una importante reducción de los costes aparejados a ella. Y todo además, sin considerar las diferentes ventajas que derivan del desarrollo de la mediación a través de medios electrónicos: rapidez, eficacia y flexibilidad, entre otras muchas.

Además, el desarrollo del procedimiento de mediación electrónica conforme a los principios inspiradores de toda mediación y a todas las garantías jurídicas básicas, se encuentra asegurado como resultado del desarrollo del procedimiento a través de un marco privado y seguro, y a la existencia de un conjunto de herramientas TICs diseñadas y creadas *ad hoc*, para poder hacer frente a esta nueva demanda social y jurídica.

³⁰ *Vid.* RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Ed. Universitat Pompeu Fabra, España, 2014, p.4.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín., y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio., y VEGA TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial -tercera edición-*. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016.
- FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación Electrónica”. *Acuerdo justo*. Ed. Acuerdo Justo, España, 2012.
- FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*. Ed. Acuerdo Justo, Alicante, 2013.
- FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación electrónica de conflictos en España”. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*. Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, Grupo de Pesquisa “Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento”, Brasil, 2014.
- FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación Electrónica (e-Mediación)”. *Diario La Ley*. Ed. Wolters Kluwer, España, 2015.
- FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Ed. Universitat Pompeu Fabra, 2015.
- GUARDIOLA SALMERON, Miriam. “La Mediación Electrónica, un acercamiento a la figura de la E-Mediación”. *Blog Jurídico Profesional de Mediación “A Mediar”*, España, 2016. -<http://www.amediar.info/proceso-mediacion-electronica/>-. -18/11/2017-.
- GAITENBY, Alan., KATSH, Ethan., y RIFKIN, Janet. “E-commerce, e-disputes, and e-disputes resolution: In the shadow of eBay Law”. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. Ed. Ohio University Press, Ohio, 2000.
- GARCÍA DEL POYO, Rafael. “La mediación electrónica”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Ed. Junta de Castilla y León, España, 2013.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- JIMÉNEZ CONDE, Fernando., GARCÍA-ROSTAN CALVÍN, Gemma., y TOMÁS TOMÁS, Salvador. *Manual de Derecho Procesal Civil I*. Ed. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2012.
- KATSH, Ethan., y RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. Ed. Jossey-Bass. San Francisco, 2001.
- LODDER, Arno., y ZELEZNIKOV, John. “Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology”. *Cambridge University Press*. Ed. Cambridge University Press, United States, 2010.
- MUNNÉ CATARINA, Frederic., y VIDAL TEIXIDÓ, Antoni. *La mediación. Resolución de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Ed. La Ley, Madrid, 2013.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al Derecho Procesal -quinta edición-*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- ORTELLS RAMOS, Manuel -Dir. y Coord.-. *Derecho Procesal Civil*. -duodécima edición-. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2013.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Ed. Universitat Pompeu Fabra, España, 2014.

- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio -Dir.-. *Conceptos básicos de derecho procesal civil* -quinta edición- Ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Estudios sobre la justicia online*. Ed. Comares, Granada, 2013.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Practicum Mediación*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2014.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. -duodécima edición-. Ed. Comares, Granada, 2008.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, Andrés. “Euromediación on-line: La mediación por medios electrónicos”. *Mediación es Justicia. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España*. Ed. Creative Commons Atribución-NoComercial 3.0, España, 2013.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, Andrés. “El futuro fue ayer”. *Mediación es Justicia. Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España*. Ed. Creative Commons Atribución-NoComercial 3.0, España, 2015.

LEGISLACIÓN

Libro Verde de la Unión Europea, de 19 de Abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

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.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley 1/2000. De 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2001, de 15 de Marzo, de Mediación en el ámbito del derecho privado.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI- sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de Junio de 2002

Ley 34/2002, de 11 de Junio, de Servicios de la sociedad de la información y del comercio.

Ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de firma electrónica.

Ley 15/2009, de 22 de Julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.

Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto 366/2007, de 19 de Marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

Real Decreto 5/2012, de 5 de Marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Reglamento (CE) n. °44/2001 del Consejo, de 22 de Diciembre del año 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 55-74

ESTUDIO DE LOS OBJETIVOS DE LA NORMATIVA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CONSUMO Y PROPUESTAS PARA LA MEJORA DEL SISTEMA ADR/ODR ESPAÑOL

PABLO CORTÉS

*Chair in Civil Justice, School of Law, University of Leicester y acreditado
a catedrático por la ANECA.*

RESUMEN

La Comunicación de la Comisión Europea que acompañó las propuestas legislativas de la Directiva sobre la resolución alternativa de conflictos (ADR) de consumo y el Reglamento de resolución de litigios en línea (ODR) de consumo identificó tres objetivos: asegurar la cobertura de entidades ADR, incrementar el conocimiento de estas entidades ADR entre los consumidores y las empresas, y elevar los estándares de calidad de dichas entidades ADR. Este artículo analiza hasta qué punto se han alcanzado estos objetivos e identifica buenas prácticas a raíz de las cuales se hacen recomendaciones para la implementación en España de un sistema ODR efectivo.

PALABRAS CLAVE

ODR, ADR, consumo, arbitraje y mediación.

INTRODUCCIÓN

La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante Directiva ADR) y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante Reglamento ODR) establecieron el régimen jurídico del sistema europeo de reclamaciones de consumo.¹ Los Estados miembros disponían hasta el pasado 9 de julio de 2015 para poner en vigor las medidas legislativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva RAL. Aunque pocos Estados tuvieron su transposición en el tiempo establecido, España ha sido uno de los Estados Miembros que ha tardado más en llevar a cabo la implementación de la Directiva RAL, la cual finalmente tuvo lugar con la aprobación de la Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE núm. 268, de 2 de Noviembre del 2017).

La normativa europea fue precedida de propuestas legislativas que fueron acompañadas de una Comunicación de la Comisión Europea que identificó tres objetivos para que justificaban la iniciativa legislativa del nuevo régimen jurídico.² Estas fueron: asegurar la cobertura de entidades ADR, incrementar el conocimiento de estas entidades ADR entre los consumidores y las empresas, y elevar los estándares de calidad de dichas entidades ADR. Este artículo analiza hasta qué punto se han alcanzado estos objetivos e identifica buenas prácticas a raíz de las cuales se hacen recomendaciones para la implementación en España de un sistema ODR efectivo.

1. OBJETIVOS DE LA NORMATIVA EUROPEA

1.1. La cobertura completa por entidades ADR

El primer objetivo declarado de la normativa ADR/ODR era incrementar la cobertura pues había varios sectores económicos donde todavía no existían entidades ADR de consumo. Por ello el primer cambio que hace la Directiva es exigir la existencia de entidades ADR que puedan resolver todo tipo de conflictos de consumo con excepción de las reclamaciones a servicios sanitarios y a proveedores de enseñanza pública superior. No obstante, como es una Directiva de mínimos, los Estados Miembros son libres de extender su aplicación a esos sectores, como el Reino Unido hizo incluyendo la enseñanza pública dentro de su ámbito de aplicación —ya que los estudiantes universitarios ingleses se consideran

¹ El 18 de junio de 2013 el DOUE publicó la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el 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.

² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único, Bruselas COM(2011) 791.

consumidores legalmente pues que se auto-financian sus estudios pagando una matrícula de £9.000 al año.³

Sin embargo debemos recalcar que la Directiva no hace la participación en los ADR obligatoria ni para las empresas, ni para los consumidores, pero sí reconoce que los Estados Miembros pueden requerir la participación. Volviendo al ejemplo del Reino Unido, allí existen varios sectores donde la participación es obligatoria. Los principales son los sectores bancario y financiero, el de las comunicaciones, los proveedores de energía (electricidad y gas), los servicios jurídicos, las inmobiliarias, el sector de las apuestas, y los proveedores de educación superior pública.⁴ En efecto existe normativa europea que exige que los Estados miembros dispongan de entidades ADR efectivas en los sectores financiero, de energía, y de las telecomunicaciones.⁵ No obstante esta exigencia ha sido objeto de interpretaciones nacionales diversas. Según la normativa de países como Bélgica, Italia o Francia las empresas que operan en estos sectores están obligadas a adherirse a una entidad ADR, mientras que en otros países como en España la adhesión es voluntaria y poco efectiva, especialmente cuando el ADR lo ofrece una entidad administrativa reguladora como es el caso la Oficina de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones.

Por lo tanto, el principal reto es que la participación de las empresas es opcional; lo que no es opcional es el deber de información. Sin embargo, en la actualidad se detecta un bajo nivel de cumplimiento de esta obligación, y hasta ahora no se ha visto una adhesión significativa de las empresas. Así pues, el deber de informar no es un incentivo suficiente para la adhesión de las empresas, y de hecho la posición del gobierno de España durante las negociaciones en el Consejo Europeo argumentó lo contrario; esto es, que la obligación de informar desincentivaría la adhesión de las empresas a las entidades ADR.⁶

Un incentivo mayor para la adhesión voluntaria de las empresas sería la existencia de una entidad de resolución de conflictos de carácter residual donde el consumidor pueda presentar las reclamaciones que no se puedan tramitar a través de una entidad ADR. Este puede ser a través de un acceso fácil y preferentemente en línea a los juzgados. Este es el modelo por el que se está apostando en Alemania donde la mayor parte de los consumidores tienen seguros jurídicos que cubren los gastos de representación legal, y en el Reino Unido con la propuesta de un juzgado online.

Otra posibilidad para este foro sería una entidad ADR residual que tramite reclamaciones y emitiese dictámenes aun cuando la empresa no se haya adherido. Esta segunda opción seguiría el modelo de las Oficinas de Reclamaciones sueco si las decisiones fuesen no legalmente vinculantes. Aunque debemos señalar que estas recomendaciones suelen ir acompañadas de incentivos que animan a las empresas a su cumplimiento. En el caso de Suecia, el nombre de las empresas que no cumplen con los dictámenes son publicados online y en una revista de consumo. Otro modelo a seguir sería el modelo ombudsman del Reino Unido, donde el consumidor es libre de aceptar o rechazar la recomendación hecha por el ombudsman, pero si la acepta ésta se convierte en vinculante para la empresa.⁷

³ The Alternative Dispute Resolution (ADR) for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015.

⁴ Department for Business Innovation & Skills, 'Alternative Dispute Resolution for Consumers: Government Response to the Consultation on implementing the Alternative Dispute Resolution Directive and the Online Dispute Resolution Regulation' (Noviembre 2014) y 'Guidance on Specific Points of Checklist for Attributes of ADR Entities' (Abril 2014).

⁵ Consejo de la UE, "Declaración de España acerca de la Directiva y Reglamento" (17 abril 2013). Véase el Anexo 1.

⁶ Ibid.

⁷ C. HODGES, 'Consumer Ombudsmen: Better Regulation and Dispute Resolution' (2014) 15(1) ERA Forum 593-608.

1.2. La Necesidad de incrementar la visibilidad y el conocimiento de las entidades ADR

El segundo objetivo de la normativa europea lo componían las obligaciones de información, que son clave para la visibilidad de las entidades ADR/ODR. Sin embargo, como ya se ha señalado, se detecta hoy en día un muy bajo nivel de cumplimiento. En efecto, este pilar es muy importante, y de hecho su redacción fue determinante de que España no votara a favor de la aprobación de la Directiva ADR en el Consejo Europeo (COREPER) aunque finalmente la Directiva se aprobó por mayoría cualificada.⁸

Recordemos entonces en qué consisten estos requisitos tan polémicos.⁹ Las obligaciones de información se desglosan en un deber que existe antes de la formalización del contrato, y el deber de informar una vez que la reclamación de consumo ha sido conocida y resuelta por el empresario. En primer lugar, las empresas adheridas a una entidad ADR están obligadas a informar de esta adhesión en los contratos que ofrecen a los consumidores. Además el Reglamento ODR establece que todas las empresas que operan en línea también tienen la obligación de facilitar el enlace a la plataforma europea ODR así como un correo electrónico en su páginas web; y si las empresas están adheridas a una entidad ADR, entonces deben de incluir el enlace en el contrato y en los correos que envíen con ofertas a los consumidores. Debemos recordar que los Reglamentos europeos son de aplicación directa sin la necesidad de transposición a la normativa nacional, por lo tanto todas las empresas españolas que operen online tienen que cumplir con este deber de información.

En segundo lugar, *todas las empresas*, una vez hayan tramitado una reclamación que no haya podido ser resuelta a favor del consumidor, tienen la obligación de informar sobre la entidad ADR competente en el sector en el que opera, y también ha de aclarar si participará o no en un procedimiento ante esa entidad ADR. Este es justamente el momento en el cual el consumidor que no esté satisfecho con la decisión final de la empresa estará verdaderamente interesado en conocer sobre la existencia de estas entidades.

La obligación de informar tiene un propósito múltiple. En primer lugar tiene el objetivo de garantizar que tanto las empresas como los consumidores conocen de la existencia de las entidades ADR certificadas. En segundo lugar, las empresas, al verse obligadas a informar sobre la existencia de procesos ante entidades ADR cada vez que ponen punto y final a una reclamación, se ven ante la necesidad de plantearse la utilidad de los procesos ADR, especialmente si no quieren confundir al consumidor informándole de la existencia de las entidades ADR, comunicándole a la vez su intención de no participar en dicho procedimiento. Y en tercer lugar, las empresas que quieran resaltar la calidad de sus productos y servicios estarán más dispuestas a adherirse a una entidad ADR. Así pues, cabe esperar que la adhesión ADR funcione como una marca de confianza, incrementando precisamente la confianza del consumidor sobre estas empresas en detrimento de las empresas que no estén adheridas. Dicho de otro modo, que las decisiones de los consumidores a la hora de elegir una empresa tuviese en cuenta la adhesión de la empresa a una entidad ADR. Sin embargo, para lograr esto haría falta una marca de confianza y una inversión importante a nivel europeo y nacional, como ha ocurrido por ejemplo en otros sectores como el alimenticio en donde la información nutricional que los productos deben aportar ha sido objeto de estandarización.

No obstante, el requisito de información no ha gustado naturalmente a muchas empresas, como Telefónica –y eso a pesar de que Telefónica está adherida al arbitraje de consumo, no siempre informa de su adhesión, y de hecho no está visible en la página web de la empresa. Por lo tanto, lo obvio sería que si una empresa está adherida a una entidad ADR, debería de hacerlo público en su página web, e informar al consumidor de ello al final del proceso de reclamación de su servicio de atención al cliente.

⁸ Ibid.

⁹ Art. 13 Directiva ADR.

La abstención de España en el voto de la Directiva ADR también se debe a la gratuidad del arbitraje, pues no le convenía a España que se disparase el número de casos, habida cuenta que solo en el sector de las telecomunicaciones hay 25 millones de reclamaciones de consumo al año.¹⁰ Claro que si este sector de las telecomunicaciones estuviese adherido a una entidad ADR efectiva no tendría un número tan elevado de reclamaciones pues la calidad de los servicios y la satisfacción de los consumidores sería mucho mayor (aun cuando el precio de dichos servicios podría ser también algo mayor). Esto explica porque los países con sistemas ADR/ODR más efectivos, como los escandinavos, los estándares de calidad de las empresas son superiores que en los países donde los usuarios no tienen métodos efectivos para elevar sus quejas.

Por lo tanto lo que necesita el arbitraje en España son mayores recursos económicos. De buen seguro que un arbitraje de consumo efectivo y bien financiado contribuiría a reducir el número de reclamaciones de consumo. En aras también de la reducción del número de las reclamaciones, habría que mejorar la relación entre las entidades ADR y la autoridad pública reguladora, a fin de facilitar la aplicación de sanciones por prácticas abusivas llevadas a cabo por una empresa que hayan dado lugar a reclamaciones masivas con el mismo objeto (ej. cobro indebido en la factura, servicios no contratados, etc.)

En cuanto al deber de información una pregunta que se plantea es si las empresas pueden cumplir con el requisito de información si comunican su adhesión a una entidad ADR que haya sido acreditada en otro Estado Miembro. Este aspecto es especialmente relevante en los sectores económicos que ofrecen servicios a nivel transfronterizo, como es el caso de las aerolíneas de transporte aéreo que operan en muchos países europeos. En un principio la libertad de establecimiento para las entidades ADR debería permitir que éstas ofrezcan sus servicios en otros Estados Miembros.

Sin embargo también es posible que quepa la restricción justificada a la libertad de servicios cuando existan motivos válidos, como un ADR público que tenga el monopolio en un Estado o sector para poder beneficiarse de una menor confusión para el consumidor, aportar economías de escala que las hagan más efectivas, el control y estudio de los problemas que surjan en el sector económico en el que operan. Un ejemplo claro es el sector financiero, en el que los bancos están obligados a someterse al proceso ADR que existe en el Estado miembro.

1.3. La elevación de los estándares de calidad

El tercer objetivo de la normativa europea es el de asegurar un mínimo de calidad de los servicios ADR y ODR. La Directiva ADR establece unos estándares que las entidades ADR tienen que cumplir para poder ser acreditadas. Estos incluyen los principios ya analizados de independencia, imparcialidad, conocimientos especializados, transparencia, justicia, eficacia, legalidad y libertad.¹¹ Estos principios se traducen *inter alia* en que las reclamaciones deben de ser resueltas en 90 días, estar disponible su tramitación en línea, admitirse que puedan ser presentadas dentro de un año desde el momento que fue desestimada por la empresa, ofrecer al consumidor la opción de obtener asesoramiento antes de aceptar un acuerdo, estar basadas en el derecho imperativo de protección del consumidor, etcétera.¹²

En primer lugar cabe notar que el proceso de acreditación ha iniciado en la UE un proceso de institucionalización de entidades ADR que eran totalmente privadas y que se basaban exclusivamente

¹⁰ Consejo de la UE, “Declaración de España acerca de la Directiva y Reglamento” (17 abril 2013). Véase el Anexo 1.

¹¹ Arts. 5-11 Directiva ADR. Véase también P. CORTÉS “Un Análisis Comparativo de los Mecanismos de Resolución Alternativa de Litigios de Consumo” (2015) 15(4) *InDret* 1-30.

¹² M. STÜRNER, F. GASCÓN INCHAUSTI, R. CAPONI, *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice – New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11* (Selp, 2015).

en la autorregulación. Por lo que este cambio debería de garantizar que todas las entidades certificadas ofrecen un mínimo de calidad en sus procesos. Así pues en cuanto a los criterios de calidad, se han elevado la accesibilidad y la calidad de las entidades ADR acreditados, pues la mayor parte de las entidades ADR no cumplían con todos los criterios de calidad.

Sin embargo, poco valor tiene tales garantías si las entidades ADR no son adecuadamente supervisadas. Además, un elemento perverso del nuevo sistema es que puede facilitar una especie de *forum shopping*, pues las empresas con frecuencia eligen y pagan los servicios de las entidades ADR. Así pues las empresas tienen incentivos económicos para elegir a entidades ADR más económicas y aquellas que resuelvan con más frecuencia a favor de la empresa. Los sistemas ODR para los nombres de dominio en este sentido nos ofrecen lecciones importantes de cómo un sistema de acreditación ADR donde los proveedores publican los resultados, fomenta el *forum shopping*.¹³ Este tipo de *forum shopping* podría incluso evitar las restricciones de las leyes nacionales. Por ejemplo, la ley alemana no permite la acreditación de las entidades ADR que ofrezcan arbitraje, pero nada impedirá a una empresa alemana formalizar su adhesión a una entidad ADR que ofrezca arbitraje y haya sido acreditada en el Reino Unido o en España.¹⁴

2. IDENTIFICACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES PARA EL SISTEMA ESPAÑOL

2.1. La acreditación de entidades ADR en España

2.1.1. Autoridades competentes

En lo que afecta a la regulación de la acreditación de entidades ADR, la legislación española debería reparar en el hecho de que el sistema de arbitraje de consumo depende en buena medida de AECOSAN, entidad que se ocupa de financiar, impulsar y supervisar el conjunto del sistema de arbitraje de consumo en España. En caso de que AECOSAN sea finalmente designada como autoridad competente en España para conocer y tramitar las solicitudes de evaluación como entidades ADR, se debería establecer alguna clase de separación orgánica entre la gestión y la tramitación de las solicitudes de acreditación, por una parte, y la organización del sistema de arbitraje de consumo, por otra, a fin de que la autoridad competente no sea, al mismo tiempo, responsable de la acreditación y gestión del arbitraje de consumo, distinguiéndose así de las entidades que serán controladas.

Esta mayor autonomía entre las autoridades competentes y las entidades ADR cobra mayor sentido dentro de un sistema de autofinanciación de las entidades ADR. Para lo cual también es importante aclarar si el legislador español someterá la obtención de la certificación como entidad ADR a alguna clase de tasa. En cualquier caso el monto de las tasas, como hace el Reino Unido, debería ir destinado al control de las entidades ADR acreditadas. Dicho cobro también serviría para evitar su proliferación excesiva algo de entidades ADR, lo cual convendría evitar pues de lo contrario se incrementaría la confusión del consumidor y el *forum shopping*. Y además se dificultaría el control de cumplimiento de los requisitos para la acreditación.

2.1.2. Acceso a la condición de entidad ADR europea

La normativa española ADR deberá establecer qué entidades podrán acceder a la acreditación. Debería permitir acceder a entidades públicas y privadas, siempre y cuando estas últimas no se traten de entidades con ánimo de lucro. En cuanto a la acreditación del arbitraje de consumo debemos atender

¹³ M. GEIST, 'Fair.com? An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP' (2002) 27(3) Brooklyn J. Int'l L 922 y P. CORTÉS "An Analysis of the UDRP Experience: Is It Time for Reform?" (2008) 24(4) *Computers Law and Security Report* 349-359.

¹⁴ P. CORTÉS "The Impact of EU Law in the ADR Landscape in Italy, Spain and the UK: Time for Change or Missed Opportunity?" (2015) 16(2) *ERA Forum* 125-147.

a su carácter descentralizado de las 71 juntas. La creación se debe a acuerdos bilaterales entre el gobierno español a través de AECOSAN y las autoridades regionales y locales. Además, mientras algunas juntas arbitrales cumplen correctamente, por ejemplo, con los plazos establecidos para dictar los laudos, en otras la falta de recursos materiales y personales hace que se incurra en incumplimiento. Así pues sería necesario que cada una de las juntas pidiese de manera individual la acreditación. Para evitar que surjan lagunas en la provisión del arbitraje, la normativa nacional también debe de prever la existencia de una junta residual cuya función incluiría suplantar a las entidades territoriales que no logren, o pierdan la acreditación. En la práctica podría ser la función de la junta nacional o de las juntas autonómicas. Un elemento adicional sería determinar si los defensores del cliente de empresa deberían tener el derecho a solicitar la acreditación. En este momento creemos que no resulta conveniente apostar por la acreditación de estas figuras, a no ser que éstas se aglutinen en un sector y no dependan de una sola empresa.

2.1.3. Recomendaciones para el sistema de arbitraje de consumo

a) Propuesta de cambio en el modelo de financiación

Para que los sistemas de reclamación de consumo ADR y ODR funcionen bien necesitan de una financiación adecuada que en la actualidad no tienen la mayor parte de las juntas de arbitraje en España. La solución es por lo tanto obvia. Hay que dotar de fondos al sistema de arbitraje, ya sea a través de fondos públicos, o privados (tanto por parte de la empresa como del consumidor). Para facilitar el acceso sería preferible que los consumidores no tuviesen que pagar. Otra opción sería exigir una pequeña cuota, la cual según la Directiva ADR debe ser nominal, la cual debe de ser inferior a la exigida por los tribunales de primera instancia para presentar una demanda. En cualquier caso, al igual que en los procesos judiciales se recomienda que dicho pago por el uso del ADR se configure como un depósito, de manera que se permita su devolución al consumidor cuando éste lograse un acuerdo o cuando se le reconozca la reclamación.

Además si el consumidor pagase por el uso del arbitraje (o de cualquier otro proceso ADR) entraría en una transacción de consumo, y por lo tanto el ADR estaría sujeto al deber de información sobre otra entidad ADR acreditada. Esto implica que las entidades ADR tendrían también la obligación de informar a un consumidor que tenga una reclamación sobre los servicios de dicho ADR si están adheridos a otra entidad ADR que tramite este tipo de reclamaciones. En el caso de que el consumidor realizase la reclamación cuestionando exclusivamente la decisión sobre la reclamación original que el consumidor tuvo con la empresa, el ADR podrá rechazar dicha reclamación, pues la Directiva otorga discreción a los ADR de inadmitir reclamaciones que ya hayan sido tramitadas por un ADR acreditado.¹⁵

La financiación principal debe de venir de la empresa o del sector en el que opera la empresa. Esto es lo habitual en países como Holanda y el Reino Unido donde los ADR están más desarrollados y reciben el mayor número de reclamaciones, y a donde la financiación principal viene de la cuota que pagan las empresas por cada caso. La estructura presupuestaria de una entidad ADR que es autofinanciada por los usuarios consiste en una cuota anual teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y el número aproximado de reclamaciones que se espera –esta cantidad se suele ajustar a final de año o se pagan por cada caso adicional que recibe la entidad ADR una vez se supera a dicho cupo.

¹⁵ Artículo 5(4).

b) Propuesta de condicionar la admisión de la solicitud de arbitraje a la presentación previa de una reclamación directa a la empresa

Con el fin de reducir el coste para las empresas, y lograr un acuerdo amistoso con la mayor celeridad posible, es común que las entidades ADR exijan al consumidor elevar la queja primero a la empresa a través de su servicio de atención al cliente si lo hubiese. Esta es una buena práctica que debe de fomentarse en la medida de lo posible. La clave está en encontrar un plazo adecuado y proporcional a la reclamación para evitar que las empresas alarguen la tramitación a fin de disuadir al consumidor a la hora de elevar la reclamación a la entidad ADR.

Por ejemplo, en el sistema italiano y en el sector de las telecomunicaciones, se concede a las empresas el período de un mes. En el Reino Unido, aunque no exista una norma legal que así lo establezca, por regla general las empresas tienen hasta ocho semanas para resolver internamente las reclamaciones de consumo. Si resuelven antes, o no responden en el periodo de ocho semanas, entonces el consumidor puede elevar la queja. Los expertos que resuelven este tipo de conflictos en el Reino Unido sugieren que un periodo de hasta cuatro semanas sería, en la mayor parte de los casos, tiempo suficiente para que las empresas resolviesen internamente la mayor parte de las reclamaciones.

c) Propuesta para la reducción de costes en las reclamaciones de consumo

En un proceso arbitral, así como el de cualquier proceso ADR, el mayor coste del proceso recae en el uso de los árbitros. Aunque el arbitraje colegiado puede aportar la ventaja de árbitros con conocimientos de una temática sectorial, en muchos casos la presencia de tres árbitros no es esencial. Así pues, debería haber árbitros especializados (v. gr. sobre reclamaciones contra entidades telefónicas o energéticas),¹⁶ pero no es recomendable tener paneles de tres árbitros para todas las reclamaciones superiores a 300 Euros. El arbitraje con tres panelistas podría estar justificado en casos de gran importancia, cuando sean casos que necesiten de expertos técnicos, y también en reclamaciones colectivas, o incluso en casos novedosos que puedan establecer algún tipo de precedente, aunque como bien es sabido los laudos arbitrales no vinculan a otros casos, y de hecho son confidenciales. La confidencialidad sin embargo debería estar limitada.

Otra medida importante para reducir los gastos del proceso es la acumulación de casos. De hecho el Real Decreto 231/2008 sobre el arbitraje de consumo permite la posibilidad de acumulación de procedimientos, pero esto no es una obligación y en la práctica no ocurre, incluso cuando hay sectores, como el financiero o el de las telecomunicaciones que se podrían beneficiar del tratamiento colectivo de casos. En la acumulación de casos por parte de entidades ADR puede ocurrir en sectores que tengan un alto número de casos. Un ejemplo de este tipo de procesos se ha llevado a cabo en el Reino Unido por el Financial Ombudsman Service para resolver en grupo las reclamaciones sobre los seguros de protección personal. El proceso consiste en llevar un caso modelo a los tribunales de justicia mientras se interrumpe temporalmente la tramitación de todos los casos relacionados. Una vez hay sentencia, se deciden los casos pendientes en grupo.

d) Propuesta de dotar a los laudos arbitrales de consumo de una publicidad adecuada

Existen varios argumentos que justifican la publicación de los laudos. En primer lugar la publicación de los laudos da mayor transparencia al sistema arbitral que al fin y al cabo tramita reclamaciones

¹⁶ De hecho en la práctica las juntas arbitrales tramitan la mayoría de sus casos sobre determinados temas sectoriales. Véase I. BARRAL VIÑALS, “La mediación de consumo: determinación del marco normativo y diseño de la mediación institucional” in F. Esteban de la Rosa (editor), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 839-846.

entre partes asimétricas como son los consumidores y las empresas. En segundo lugar, la publicación facilita una mayor consistencia en las decisiones de los árbitros, los cuales, al igual que los consumidores y empresas podrían consultarlos. En tercer lugar, la publicación de las decisiones fomenta que las partes lleguen a acuerdos pactados, ya sea a través de los servicios de atención al cliente de las empresas, como a través de la mediación pre-arbitral. En cuarto lugar, la publicación de las decisiones también ayuda a informar a las entidades administrativas y reguladoras, así como a las asociaciones de consumidores y empresas, a conocer mejor los problemas que surgen en los distintos sectores, y por lo tanto a tomar medidas que eviten el surgimiento de los mismos conflictos en el futuro.

e) Propuesta de eliminar las ofertas limitadas de arbitraje

La posibilidad que tienen las empresas de adherirse al arbitraje restringiendo la cuantía de la satisfacción suele ser confuso para el consumidor, que no entiende este tipo de restricciones que varían entre unas empresas y otras. Por esta razón, el establecimiento de manera general de esta clase de límites debe ser excluido. Sin embargo, en sectores específicos, a fin de que las empresas puedan también entender el riesgo económico al que se enfrentan, puede resultar justificado el establecimiento de esta clase de restricciones, que podrían consistir en limitar la compensación máxima a ser concedida al valor de la transacción o bien a un importe económico determinado.

2.2. Recomendaciones generales para la estructura ADR y ODR en España

2.2.1. Propuesta de creación de una plataforma ODR a nivel nacional

En aras a lograr beneficios de escala en la inversión tecnológica, y una mejor visualización, sería necesario la creación de una plataforma nacional que facilite la búsqueda de entidades ADR acreditadas y que faciliten la resolución de litigios en línea. Dicho de otro modo, sería beneficioso tener una plataforma nacional que replique y mejore las funciones que tiene la plataforma ODR de la UE.

A diferencia de lo que establece la normativa del arbitraje de consumo, la plataforma no debe de exigir condiciones técnicas onerosas como el uso de una firma electrónica o el de un correo seguro; sencillamente debe permitir a los consumidores conectarse a través de un nombre de usuario y contraseña. Naturalmente, la plataforma nacional debería por lo tanto ser interoperable con la plataforma europea, y además debería de incluir información sobre los siguientes aspectos.

En primer lugar la plataforma debería ofrecer información sobre la normativa básica de consumo, tanto en derecho sustantivo, informando a los consumidores sobre sus derechos y obligaciones, como en derecho procesal, informando acerca de los de los distintos modelos ADR. Esta información se debería de aportar a través de un sistema interactivo de preguntas frecuentes y también debería incluir casos prácticos como ejemplos. Por ejemplo, en el sector minorista la mitad de las reclamaciones son sobre productos defectuosos (v.gr. un móvil o un ordenador que no funciona correctamente quince meses después de su compra), así que información sobre las garantías legales sería de gran utilidad, sobre todo para el consumidor (v.gr. información sobre la garantía legal según la cual todos los productos eléctricos nuevos tienen una garantía legal de dos años, pero la carga de la prueba sobre el defecto de fábrica –y no por un empleo incorrecto del usuario— pasa del empresario al consumidor al cabo de los seis primeros meses de la compra del producto eléctrico). En segundo lugar debería publicar una lista de las empresas adheridas y los datos para contactar a estas empresas, incluyendo un número de teléfono y el correo electrónico. Dicha lista se deben de actualizar periódicamente por las entidades ADR y el administrador de la plataforma. En tercer lugar debería informar a los consumidores sobre los mecanismos judiciales, especialmente sobre el juicio verbal, y los puntos de contacto de la policía y las entidades administrativas como AECOSAN donde puedan denunciar casos

de fraude. Además debería ofrecer una base de datos con todas las resoluciones hechas públicas por las entidades ADR, incluyendo los dictámenes en los que las empresas no hayan cumplido con la resolución. Los datos personales de los consumidores deben de estar excluidos.

2.2.2. Propuesta de someter a las empresas que ofrecen servicios universales a la adhesión a entidades ADR y a la obligación de informar de manera visible sobre esta adhesión

La normativa española debería establecer claramente los sectores en los que las empresas estén obligadas a participar (y de informar sobre su adhesión) en entidades ADR acreditadas. Esta obligación debería extenderse a todos los sectores regulados donde las empresas operan en una situación de oligopolios, como son los sectores de las telecomunicaciones, energía, agua y bancos. De hecho, muchos países de nuestro entorno han expresado esta obligación en la normativa nacional. E incluso la han extendido como es el caso del Reino Unido a los sectores de educación superior, servicios jurídicos, agencias inmobiliarias, servicios de apuestas, transporte, etc.

Más aún, existe normativa Europea que claramente establece obligaciones a los Estados miembros para que se aseguren el cumplimiento de normativas de consumo a través del establecimiento de entidades ADR que sean accesibles y eficientes para los consumidores.¹⁷ Si bien es cierto que estas Directivas han estado sujetas a distintas interpretaciones nacionales, el mero cumplimiento de la normativa es insuficiente, pues también hay que garantizar una eficacia mínima del sistema ADR cuyo procedimiento varía de un estado a otro. Por ejemplo en el sector financiero, el FOS emite decisiones que son vinculantes para los bancos del Reino Unido, mientras que el sistema de reclamación del Banco de España solo emite recomendaciones que no son vinculantes y que en la mayor parte de los casos no son cumplidas por las entidades bancarias. Más aún, existen entidades ADR en otros países, como en Bélgica, que también emiten recomendaciones no vinculantes, pero que sin embargo sí las cumplen las entidades bancarias. Por lo tanto, para el caso de España, el sector bancario (y posiblemente en los demás sectores donde existe un oligopolio) sería necesario establecer una entidad ADR acreditada que emita decisiones vinculantes para las empresas.

2.2.3. Propuesta de establecer mayores incentivos para la adhesión de las empresas a entidades ADR

a) Entidad residual

La cobertura total solo se logrará cuando las empresas tengan la obligación o estén incentivadas para participar en los procesos ADR. Como ya se ha señalado debería de ser obligatorio en los sectores regulados donde existan oligopolios, como es el caso de los servicios universales, y en el resto debería haber incentivos importantes a nivel nacional. Los incentivos pueden ser amplios y variados, pero en última instancia debería de existir un foro adecuado donde el consumidor pueda elevar una reclamación y ésta pueda ser atendida de manera proporcional y efectiva. De hecho la mera existencia de tal foro solucionaría muchas reclamaciones, pues las empresas están más dispuestas a solucionar las reclamaciones para evitar que el consumidor las escale fuera del departamento de satisfacción del consumidor de la propia empresa.

Dicho foro puede ser por lo tanto un juzgado accesible online y que incorpore procesos ADR o un ADR residual obligatorio. Como ya hemos señalado, el primer modelo, es el que se está desarrollando en el Reino Unido. El segundo modelo puede seguir al sistema en los países escandinavos como es el modelo sueco que operan a través de entidades ADR que emiten recomendaciones o resoluciones. La ventaja de este modelo es que las entidades ADR tramitan las reclamaciones incluso cuando las

¹⁷ Véase el Anexo 2.

empresas no han optado por participar en el proceso ADR. Aunque estas decisiones no tienen valor vinculante, sí se siguen en la mayor parte de los casos. El uso de listas negras y marcas o sellos de confianza facilitan que las empresas cumplan con estas decisiones.

Este objetivo también se puede lograr de manera exitosa a través de la creación de una entidad ADR residual con competencia sectorial. Un ejemplo de este modelo existe en el sector de la aviación en el Reino Unido. Allí la autoridad competente es el *Civil Aviation Authority* la cual tiene un proceso ADR (PACT) que sin embargo no está acreditado ya que de estarlo estaríamos ante un caso de auto-acreditación. La peculiaridad de este proceso ADR es que a raíz de la implementación de la Directiva decidió cambiar su modelo de financiación, y pasar de estar financiado por una tasa anual que tenían que pagar todas las aerolíneas en función de su tamaño, a empezar a cobrar a las aerolíneas £150 por cada reclamación que admitan a su tramitación (aunque expertos reconocen que el coste real parece rondar los £100) sobre casos de problemas con el equipaje, retrasos y cancelaciones (y en general aquellas que entran dentro del Reglamento (CE) 261/2004). Sin embargo PACT no admite reclamaciones contra aerolíneas que estén adheridas a una de las tres entidades ADR acreditadas. Un último apunte a señalar es que mientras que PACT solo emite dictámenes no vinculantes (aunque tiene un valor disuasivo ya que viene de una autoridad administrativa que puede iniciar un proceso administrativo por infracción de la normativa de consumo), las decisiones de las entidades ADR son vinculantes para las aerolíneas.

Lo importante es que la entidad residual pueda tramitar las reclamaciones de consumo (aún cuando no haya el consentimiento expreso de la empresa) y asegurarse de que existen vías efectivas para asegurarse el cumplimiento de las decisiones emitidas por la entidad ADR: o bien porque éstas son de carácter vinculante, como es el caso del arbitraje sectorial en Portugal¹⁸ o los ombudsmen sectoriales en el Reino Unido; o bien porque las decisiones van acompañadas de incentivos que aseguran el cumplimiento *de facto* de la mayor parte de los dictámenes, como hace la entidad ADR residual de Suecia a través del uso de listas negras. Una tercera vía empleada por algunos ombudsmen sectoriales en el Reino Unido y ombudsmen financiero de Irlanda, sería permitir que la entidad ADR residual emita decisiones vinculantes (cuando el consumidor haya aceptado dicha resolución), pero permitir a la empresa la apelación en los tribunales –es decir, la decisión no tiene el carácter de *res judicata* asociado a un laudo arbitral. En cualquier caso el sistema residual debería asegurar el cumplimiento de (todas o de la inmensa mayoría de) las reclamaciones de consumo, especialmente aquellas que no excedan de una determinada cantidad, salvo pacto expreso en contrario.

Por lo tanto este sistema presenta un modelo valioso para dar cauce a las reclamaciones de los sectores con alto nivel de conflictividad incentivando que las empresas se adhieran a un grupo reducido de entidades ADR independientes que están monitorizados por la autoridad competente. Así pues entendemos que este modelo presenta a los consumidores con una mayor protección ofreciéndoles acceso a un ADR independiente, opción que es preferible a la propuesta que hacía el Anteproyecto en España de permitir que las empresas financiaran sus propias entidades ADR principalmente a través de defensores del cliente.

b) Requisito para la pertenencia a una asociación profesional o la participación en un mercado

Las asociaciones profesionales y las cámaras de comercio lo deberían exigir a todos sus miembros que pertenezcan a una entidad ADR acreditada. De hecho las asociaciones profesionales pueden financiar y apoyar la creación de una entidad ADR acreditada que tenga los conocimientos sectoriales

¹⁸ Debemos señalar que el Tribunal Constitucional en España ha señalado que el arbitraje obligatorio es contrario de transporte era contrario a la tutela judicial efectiva. Véase la sentencia 174/1995, del 23 de noviembre del 1995, resolviendo la cuestión constitucional 2.112/1991 y 2.368/1995 sobre el párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987. BOE 310, 28/12/1995.

necesarios para operar con eficacia, credibilidad e independencia. Éste es el enfoque utilizado entre otros en los Países Bajos.¹⁹ También los mercados online pueden exigir a las empresas participantes la adhesión a un sistema ADR. Esto de hecho es lo que ocurre a los vendedores que operan en los mercados de eBay y Amazon donde tienen dicha adhesión como condición de su participación.

c) Beneficios en el acceso a concursos públicos

Las empresas que estén adheridas también deben de tener un mayor acceso a determinados beneficios económicos. Así pues, como ya ha señalado informes anteriores de ADICAE y otros proponentes de los sistemas ADR, todas las empresas públicas y privadas que se beneficien de concursos públicos o financiación pública, deberán también tener la obligación de estar adheridas a una entidad ADR.²⁰ Una opción menos exigente, aunque de menor eficacia, sería que en vez de ser obligatorio dichas empresas se beneficiasen de una puntuación más alta en los concursos públicos. Además podría también haber algún tipo de desgravación fiscal para aliviar el gasto que deban incurrir las empresas por la adhesión.

d) Marca de confianza

Finalmente, un incentivo importante, tanto a nivel europeo como nacional, sería el desarrollo y la promoción de una marca de confianza que estuviese ligada a la plataforma nacional y europea de ODR. Pero para que dicha marca de confianza tenga éxito debe de lograr una masa crítica de usuarios, y las empresas deben de tener la obligación de usar dicha marca en la página principal (o a pocos clicks de la página principal). Esto ayudaría a conseguir mayor competitividad pues facilitaría que el consumidor pudiese saber con cierta facilidad antes de entrar en una transacción si la empresa está o no adherida a una entidad ADR. Además, para asegurarse de que la certeza de dicha adhesión, el enlace de la marca de confianza debería llevar al consumidor a la plataforma ODR, donde se pueda verificar si la empresa está o no adherida.

2.2.4. Propuestas a favor de la especialización y el monopolio de las entidades ADR a nivel sectorial para evitar el *forum shopping*

La calidad de los ADR debe de ser supervisada, especialmente si hay indicios de *forum shopping* que ocurrirá inevitablemente si las empresas pueden elegir (y más aún si deben pagar) a una entidad ADR. La tendencia, como ya se ha observado en el Reino Unido en el sector bancario (antes de la creación del ombudsman financiero por ley) y en otros países y sectores donde las empresas pueden elegir entre varias entidades acreditadas, es que se decantan por aquellas que son más económicas y en los que las empresas tienen más posibilidades de ganar las reclamaciones. Además, un mercado libre y abierto de entidades ADR facilitará que una vez las empresas empiecen a recibir decisiones o resoluciones con las que no está de acuerdo, éstas amenazarán con cambiar a entidad ADR si las decisiones siguen llegando en su contra. Por lo tanto un mercado totalmente libre de entidades ADR inevitablemente cuestionará la independencia de estas entidades ADR. Naturalmente el mismo efecto pernicioso ocurre cuando la normativa permite el uso de defensores del cliente u otras entidades ADR que están controladas o directamente financiadas por una sola empresa. Con el fin de evitar estos riesgos Estados Miembros como Holanda y Portugal han limitado el número de acreditaciones de entidades ADR, para así asegurar de que sólo un ADR opera por sector y lo hace con eficacia, beneficiándose de las economías de escala, y reduciendo el riesgo de confusión para el consumidor así como la oportunidad para el *forum shopping*.

¹⁹ P. CORTÉS ed, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution* (Oxford University Press, 2017).

²⁰ ADICAE, *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos con los Consumidores* (ADICAE, 2014). Disponible en <<http://tinyurl.com/jket8r6>>.

2.2.5. Propuestas con miras a favorecer el cumplimiento de los deberes de información por parte de las empresas

Un elemento clave para asegurar la eficacia de todo el sistema ADR de consumo es asegurarse de que el consumidor sabe a dónde acudir en el evento de que tenga una reclamación que no haya sido resuelta por la empresa. Para eso está, como ya hemos visto, el deber de información que establece la Directiva ADR y el Reglamento ODR. El problema radica en que las empresas, especialmente aunque no exclusivamente, que no están adheridas no informan sobre estas entidades ADR. El deber de informar debe de ser por lo tanto adecuadamente supervisado asegurándose así que los profesionales lo ponen en un lugar prominente en la web. Cuando las empresas no participen en un ADR, la plataforma nacional deberá informar sobre otras vías de solución tales como los tribunales, las OMIC, y las asociaciones de consumo que faciliten este tipo de casos, incluyendo los Centros Europeos de Consumo.

Este tipo de control no solo se puede llevar a cabo a través de barridos, examinando una por una las páginas web y solicitando a las empresas pruebas sobre la información que dan a los consumidores reclamantes, sino que también es esencial asegurar una mayor publicidad y apoyo por parte de los gobiernos y cámaras de comercio.

Una manera práctica de asegurar el cumplimiento con el derecho de consumo, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de información, es obteniendo la colaboración privada. Un sistema efectivo y novedoso es el utilizado en Alemania que permite a particulares vigilar el cumplimiento de determinadas leyes, como las prácticas comerciales abusivas y las infracciones contra la propiedad intelectual. Así pues si una empresa no cumple con el deber de información sobre los ADR o aportando el enlace a la plataforma ODR, un abogado puede realizar un *abmahnung*. Esto consiste en enviar una carta o un correo electrónico a la empresa infractora con tres documentos: prueba del incumplimiento (v. gr. screen shots), un contrato que establece el pago si hay más infracciones, y la factura del abogado. Este sistema tiene mucho éxito en Alemania (aunque también se utilizan contra empresas radicadas en Austria). Esta figura jurídica alemana se asemeja al *cease and desist* en los EEUU, pero con la característica de que la carta va acompañada de una factura que el infractor debe de pagar si quiere evitar ir a juicio. Naturalmente para que funcione este sistema es necesario tener acceso a un sistema jurisdiccional que sea muy eficaz.

CONCLUSIÓN

La nueva normativa europea sobre los ADR y ODR podría representar un catalizador para un cambio real en el auge de estos procesos para la resolución de reclamaciones de consumo. Pero su éxito depende en gran medida de cómo los Estados miembros implementen la Directiva y de que las empresas, o tengan la obligación de adherirse a una entidad ADR certificada, o decidan hacerlo voluntariamente.

Este artículo ha analizado los objetivos del régimen ADR/ODR y ha puesto de manifiesto que aunque la normativa mejora los principios procesales de las entidades ADR/ODR de consumo, todavía no ha logrado los objetivos de asegurar la cobertura real para los consumidores y que las empresas cumplan con su deber de información. Estos objetivos solo se pueden lograr si los Estados miembros, ya sea a través de obligaciones legales o incentivos, aseguran que las empresas se adhieran a entidades ADR y ODR certificadas. Además las autoridades administrativas competentes, tanto AECOSAN como el resto de los reguladores sectoriales, deberán asegurar que las empresas cumplan con sus deberes de información sobre la plataforma ODR y las entidades acreditadas ADR.

Este artículo ha recomendado varias propuestas para mejorar el régimen de reclamaciones de consumo en España analizando las claves para la acreditación de las entidades ADR y haciendo recomendaciones específicas para el sistema de arbitraje de consumo, el cual necesita ser más eficiente y dotado de una mejor financiación, debe rechazar reclamaciones cuando éstas no hayan sido previamente tramitadas por las empresas, y restringir, o al menos regular, la oferta limitada. Este artículo también ha propuesto la creación de una plataforma ODR nacional eficiente y accesible, la obligación de la adhesión a una entidad ADR para las empresas que ofrecen servicios universales, la creación de sistemas ADR/ODR especializados, y el diseño de incentivos y controles públicos para garantizar el cumplimiento con las obligaciones de información.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADICAE, *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos con los Consumidores* (ADICAE, 2014). Disponible en <<http://tinyurl.com/jket8r6>>

BARRAL VIÑALS, I. “La mediación de consumo: determinación del marco normativo y diseño de la mediación institucional” in F. Esteban de la Rosa (editor), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, (Tirant lo Blanch, 2015), pp. 839-846.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único, Bruselas COM(2011) 791.

Consejo de la UE, “Declaración de España acerca de la Directiva y Reglamento” (17 abril 2013)

CORTÉS, P. ed, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution* (Oxford University Press, 2016)

— “The Impact of EU Law in the ADR Landscape in Italy, Spain and the UK: Time for Change or Missed Opportunity?” (2015) 16(2) *ERA Forum* 125–147

— “Un Análisis Comparativo de los Mecanismos de Resolución Alternativa de Litigios de Consumo” (2015) 15(4) *InDret* 1-30

— “An Analysis of the UDRP Experience: Is It Time for Reform?” (2008) 24(4) *Computers Law and Security Report* 349-359.

Department for Business Innovation & Skills, ‘Alternative Dispute Resolution for Consumers: Government Response to the Consultation on implementing the Alternative Dispute Resolution Directive and the Online Dispute Resolution Regulation’ (Noviembre 2014) y ‘Guidance on Specific Points of Checklist for Attributes of ADR Entities’ (Abril 2014).

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

GEIST, M. ‘Fair.com? An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP’ (2002) 27(3) *Brooklyn J. Int’l L* 922

HODGES, C. ‘Consumer Ombudsmen: Better Regulation and Dispute Resolution’ (2014) 15(1) *ERA Forum* 593-608

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

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, del 23 de noviembre del 1995, resolviendo la cuestión constitucional 2.112/1991 y 2.368/1995 sobre el parágrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987. BOE 310, 28/12/1995.

STÜRNER, M, GASCÓN, F. INCHAUSTI, CAPONI, R. *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice – New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11* (Selp, 2015).

The Alternative Dispute Resolution (ADR) for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015.

IX. ANEXOS

1. Declaración de España acerca de la Directiva y Reglamento

España ha apoyado, desde la aprobación de las Recomendaciones de 1998 y 2001, cualquier iniciativa referente a la resolución alternativa de conflictos de consumo, y continuará fomentando la creación y desarrollo de este tipo de órganos, en los términos previstos en el texto que hoy se adopte.

Sin embargo, no puede aceptar el contenido de su Artículo 13, en lo que se refiere a la doble información que deben proporcionar aquellos empresarios que estén obligados a aceptar o hayan aceptado la intervención de las entidades de resolución alternativa de litigios.

En primer lugar, deberán informar de su compromiso o aceptación o en su web y en todos sus contratos o condiciones generales. En segundo lugar, deberán volver a hacerlo cada vez que rechacen una reclamación presentada directamente ante ellos. Además, en estos casos, deberán repetir de nuevo si van a utilizarlas, cuando al haber aceptado previamente o estar obligados a ello, la respuesta sólo puede ser afirmativa.

Por el contrario, aquellos empresarios no comprometidos, ni obligados a aceptar la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios, sólo tendrán que informar de aquéllas entidades por las que están cubiertos cuando rechacen una reclamación presentada directamente por el consumidor, indicando en ese momento si las van a utilizar o no, algo para lo que son plenamente libres.

Para evitar esta doble obligación, que grava a los empresarios ya comprometidos a aceptar las entidades de resolución alternativa de litigios sobre los no comprometidos, los primeros encontrarán más atractivo dejar de aceptar la intervención de dichas entidades con carácter previo a la reclamación. De esta manera, evitarán tener que informar en su web y en cada uno de sus contratos. Eso también provocará la no incorporación de nuevos empresarios al compromiso previo con las entidades de resolución alternativa de litigios, simplificando así la obligación de información a la que vienen obligados por la Directiva.

La finalidad de la Directiva de mejorar el comercio minorista interior y la reparación de los derechos de los consumidores a través de la creación, incremento de la cobertura y difusión de las entidades de resolución alternativa de litigios, podrá ver disminuida su eficacia e incidir negativamente en el fortalecimiento de la protección del consumidor en el acceso a la justicia

El sistema de mediación y arbitraje español, tras 20 años de desarrollo, gestionado y financiado públicamente, cubre todo el territorio y todos los sectores económicos. Más del 80% de las reclamaciones recibidas por nuestras entidades de resolución alternativa de litigios proceden de empresas comprometidas a aceptarlas y ahora obligadas con el nuevo texto a dar una doble información. Entre ellas están las grandes empresas de telecomunicaciones, que reciben unos 25 millones de reclamaciones al año y suman más de 60 millones de usuarios que reciben facturas todos los meses.

España mostró su apoyo al texto de la orientación general del Consejo. Hubiera aceptado también, sin dudar, la propuesta que recogía el texto inicial de la Comisión, que contribuía a mejorar el conocimiento de las entidades de resolución alternativa de litigios, puesto que todas las empresas debían difundirlo. Sin embargo, por lo arriba expuesto, se abstendrá en la votación para la adopción de la Directiva al no poder aceptar el texto final de su artículo 13.

2. Normativa sectorial europea exigiendo a las empresas la provisión de servicios ADR efectivos

2.1. SECTOR FINANCIERO

Artículo 83(1) de la Directiva 2007/64/CE

“Los Estados miembros velarán por que se establezcan procedimientos adecuados y eficaces de reclamación y recurso extrajudiciales con vistas a la resolución extrajudicial de litigios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de la presente Directiva entre los usuarios de servicios de pago y sus proveedores de servicios de pago, utilizando en su caso organismos existentes”

Artículo 11(1) del Reglamento (CE) 924/2009

“Estados miembros establecerán procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso adecuados y eficaces con vistas a la resolución de litigios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de lo dispuesto en el presente Reglamento entre los usuarios de servicios de pago y sus proveedores de dichos servicios. A tal efecto, los Estados miembros designarán a organismos existentes, si procede, o establecerán nuevos organismos”

Artículo 100(1) Directiva 2009/65/CE

“Los Estados miembros velarán por que se establezcan procedimientos eficientes y eficaces de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de litigios con los consumidores en relación con la actividad de los OICVM, sirviéndose, en su caso, de los organismos existentes”

2.2. SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Artículo 34 (1) Directiva 2002/22/CE

“Los Estados miembros garantizan la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva.”

Artículo 26(c)(1) Directiva 98/10/CE

“Los Estados miembros velarán por que, en caso de litigio no resuelto relativo a una presunta infracción de las disposiciones de la presente Directiva con un organismo suministrador de redes públicas de telefonía fija y/o servicios públicos de telefonía fija, cualquiera de las partes, incluidos, por ejemplo, los usuarios, proveedores de servicios, consumidores u otros organismos, tenga derecho a someter asuntos a la autoridad nacional de reglamentación u otro órgano independiente. Se crearán a nivel nacional procedimientos fácilmente accesibles y, en principio, poco onerosos para resolver tales litigios de manera equitativa, transparente y rápida. Dichos procedimientos se aplicarán, en particular, en caso de litigio entre un usuario y un organismo a propósito de sus facturas de teléfono, o a propósito de las condiciones de prestación del servicio telefónico.

Los organismos que representen los intereses de los usuarios y/o de los consumidores podrán someter el asunto a la autoridad nacional de reglamentación u otro órgano independiente cuando consideren que los términos y condiciones en que se presta el servicio telefónico son poco satisfactorios para los usuarios.”

2.3. SECTOR DE LA ELECTRICIDAD

Artículo 3(13) de la Directiva 2009/72/CE

“Los Estados miembros garantizarán la existencia de un mecanismo independiente, como un defensor del pueblo para la energía o un órgano de los consumidores, encargado de tramitar eficazmente las reclamaciones y la solución extrajudicial de conflictos”

2.4. SECTOR DEL GAS

Artículo 3(9) de la Directiva 2009/73/CE

“Los Estados miembros garantizarán la existencia de un mecanismo independiente, como un defensor del pueblo para la energía o un órgano de los consumidores, encargado de tramitar eficazmente las reclamaciones y la solución extrajudicial de conflictos.”

2.5. TRANSPORTE MARÍTIMO

Artículo 25(3) del Reglamento 1177/2010

“Cualquier pasajero podrá presentar una reclamación con arreglo al Derecho nacional, ante el organismo competente designado en virtud del apartado 1, o ante cualquier otro organismo competente designado por el Estado miembro correspondiente, por presunta infracción del presente Reglamento. El organismo competente dará a los pasajeros, dentro de un plazo razonable, una respuesta motivada a su reclamación.

2.6. SECTOR AÉREO

Artículo 16 Propuesta de enmienda del Reglamento 261/2004/CE

“Todo pasajero podrá reclamar ante cualquier organismo nacional designado de conformidad con el apartado 3 por un supuesto incumplimiento del presente Reglamento en cualquier aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro o con respecto a cualquier vuelo desde un tercer país hasta un aeropuerto situado en ese territorio. Tales reclamaciones podrán presentarse, como muy pronto, dos meses después de la presentación de una reclamación al transportista en cuestión, a menos que este ya haya proporcionado una respuesta final a dicha reclamación.”

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 75-96

LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS
EN LÍNEA (ODR):
SU FUNCIONAMIENTO Y RETOS DE FUTURO

CATIA MARQUES CEBOLA

Directora del Centro de Investigación en Estudios Jurídicos (CIEJ) y Profesora en el Instituto Politécnico de Leiria, Portugal

Grados académicos:

Lic. en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra

Maestre por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra

*Doctora en Derecho Privado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
(Premio Extraordinario de Doctorado)*

Correo electrónico: catia.cebola@ipleiria.pt

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. II. LA PLATAFORMA EUROPEA ODR: SU FUNCIONAMIENTO. 1. La tramitación de la resolución del litigio a través de la Plataforma Europea ODR. 1.1. Presentación de la reclamación. 1.2. Elección de la entidad RAL. 1.3. Tramitación de la reclamación por la entidad RAL. 1.4. Resultado y cierre de la reclamación. III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA EUROPEA ODR Y RETOS DE FUTURO. ¿INTEGRACIÓN CON LA ECC-NET? IV. IMPACTO DEL RRLY Y DE LA DRAL EN PORTUGAL Y ESPAÑA. 1. Caracterización de los modelos de resolución de conflictos de consumo existentes. 2. La incorporación de la resolución de conflictos de consumo en línea en Portugal y España. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VII. LEGISLACIÓN. VIII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN

El Reglamento (UE) 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, creó la Plataforma Europea ODR, pretendiendo facilitar la resolución alternativa de litigios de consumo derivados de transacciones en línea en la UE. En este trabajo se analiza el funcionamiento de esta Plataforma, así como los resultados conocidos respecto a su utilización, desde que quedó disponible en febrero de 2016. Se analiza asimismo si la utilización de la Plataforma Europea ODR no quedaría potenciada con su integración a la ECC-net. Terminamos comparando el sistema de ADR de consumo en Portugal y España y los cambios incorporados en virtud de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, publicada en simultaneo con el Reglamento (UE) 524/2013.

PALABRAS CLAVE

Plataforma Europea ODR, Conflictos de consumo, Sistemas de ADR.

ABSTRACT

The Regulation (EU) 524/2013, of the European Parliament and of the Council, of 21 May 2013, created the European ODR Platform, aiming to facilitate the alternative resolution of consumer disputes arising from online transactions in the EU. This paper analyzes the stages of the procedure of this European ODR Platform, as well as the known results regarding its use, since it became available in February 2016. It also analyzes if the use of the ODR Platform could be enhanced with its integration to the ECC-net. It is also compared the ADR system for consumer conflicts in Portugal and Spain and the changes incorporated by the Directive 2013/11/EU, of the European Parliament and of the Council, of 21 May 2013.

KEYWORDS

European ODR Platform, Consumer Conflicts, ADR Systems

INTRODUCCIÓN

El incremento del comercio electrónico es una evidencia actual indiscutible. En efecto, el *Consumer Conditions Scoreboard*¹ de 2017 (que monitoriza los comportamientos de consumo en toda Europa) da cuenta de que un creciente número de consumidores está comprando en línea y que la proporción de compradores electrónicos casi se ha duplicado en una década, aumentando desde, aproximadamente, el 30% al 55%. Asimismo, el nivel de confianza de los consumidores en el comercio online aumentó en 12.4 puntos porcentuales para compras en empresas ubicadas en el mismo país del consumidor. En las compras online en otros Estados miembros de la UE, los niveles de confianza aumentaron en 21.1 puntos porcentuales.

En términos de litigiosidad, el Informe de la ECC-net,² respecto a sus 10 años de actividad, revelaba que los Centros Europeos de Consumo (CEC) habían gestionado, desde 2005 hasta 2015, alrededor de 50.000 casos relacionados con el comercio electrónico. Además, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 6 de mayo de 2015, concerniente a “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”,³ indicaba que el 74% de las reclamaciones recibidas por la Red de Centros Europeos del Consumidor en relación con las diferencias de precios u otra discriminación geográfica a las que se enfrentan los consumidores se refieren a las compras transfronterizas en línea.

La litigiosidad inherente al comercio electrónico, conjuntamente con el objetivo de promover los ADR de consumo, ha justificado la publicación del Reglamento (UE) 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 (RRL),⁴ que creó en la UE la Plataforma de resolución de litigios en línea (en adelante Plataforma Europea ODR). A través de un sitio de Internet interactivo se ofrece una ventanilla única a los consumidores y a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios de consumo en línea.⁵ A la Plataforma Europea ODR se encuentran conectadas las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo⁶ notificadas por los Estados miembros a la Comisión Europea.⁷ Dichas entidades deben estar autorizadas por las autoridades competentes en cada país y cumplir los requisitos establecidos por la legislación del Estado miembro de su establecimiento, que como mínimo serán los establecidos por la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo (adelante DRAL).⁸ La DRAL tuvo, así, como objetivo principal establecer e imponer criterios de calidad para las entidades RAL y sus procedimientos en cada Estado miembro, que deberán ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos.⁹

¹ La edición de 2017 del *Consumer Conditions Scoreboard* está disponible en ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=45983 [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017].

² Informe de la ECC-net disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ecc_net_-_anniversary_report_2015_en.pdf [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017].

³ COM (2015) 192 final.

⁴ JO L 165, de 18 de junio de 2013.

⁵ Artículo 5, apartado 2 RRL. Respecto a la resolución de conflictos de consumo en línea y analizando la DRAL y la Plataforma Europea ODR, véase, *inter alia*, VILALTA NICUESA, A. E. (2014). *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, 1ª ed., Aranzadi; CORTÉS, P. (2015). “A New Regulatory Framework For Extra-Judicial Consumer Redress: Where We Are And How To Move Forward”, *Legal Studies*, Vol. 35, N.º 1, pp. 114-141; ESTEBAN DE LA ROSA, F. y CORTÉS, P. (2015). “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Fernando Esteban de la Rosa (ed.), Tirant lo Blanch, pp. 514-565; VILALTA NICUESA, A. E. (2014). *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, 1ª ed., Aranzadi; PASSINHAS, S. (2015). “Alterações Recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, A. Pinto Monteiro (ed.), Instituto Jurídico, pp. 357-388.

⁶ En adelante entidades RAL.

⁷ Artículo 19 DRAL. Las entidades notificadas de cada Estado miembro se pueden consultar en <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.adr.show> [Fecha de consulta: 13 de marzo de 2017].

⁸ JO L 165, de 18 de junio de 2013.

⁹ Los principios a respetar por los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de

Como la Plataforma Europea ODR, implementada por el RRL, no resuelve directamente los litigios de consumo, sino los remite a la entidad RAL elegida por las partes, habría que uniformizar las exigencias de calidad de estas entidades en todos los Estados miembros, lo que se ha verificado a través de la DRAL y, por eso, su papel complementario con relación al RRL. No obstante, el ámbito de aplicación de los dos textos no coincide por completo. En efecto, la DRAL se aplica a todos los procedimientos extrajudiciales en línea y fuera de línea. Al contrario, y de acuerdo con el artículo 2, apartado 1 del RRL, no es posible presentar a través de la Plataforma Europea ODR los litigios de consumo que hayan surgido al margen del comercio en línea. Se percibe esta restricción si el legislador europeo ha querido primeramente experimentar el funcionamiento de la Plataforma en un número menor de casos para observar posibles disfuncionalidades y corregirlas¹⁰. No obstante, a medida que se vaya ganando experiencia en el funcionamiento de la plataforma, y se vayan corrigiendo sus disfuncionalidades, todo apunta a que la Plataforma Europea ODR podrá convertirse en un elemento dinamizador de la solución de litigios originados fuera de línea.

Además, el RRL permite que la Plataforma Europea ODR reciba reclamaciones en ambas direcciones, a saber, de consumidores frente a comerciantes y de comerciantes frente a consumidores (en este último caso, solo cuando así sea permitido por la ley del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor - artículo 2, apartado 2 RRL). Por oposición, la DRAL sólo se aplica a procedimientos de resolución extrajudicial de reclamaciones de consumidores contra comerciantes [artículo 2, apartado 2, párrafo g), DRAL]. Como señala Fernando Esteban de la Rosa, la restricción de la DRAL “tiene por finalidad aclarar que una entidad RAL podrá acceder a la acreditación a pesar de que solo permita la presentación de reclamaciones por parte de los consumidores. Ello no obsta a la posibilidad de conceder la acreditación a entidades que permitan las reclamaciones en ambos sentidos”.¹¹

Reforzando la restricción del ámbito de aplicación de la DRAL, el Abogado General que se ocupó de elaborar las conclusiones respecto del asunto que dio lugar a la sentencia del TJUE¹² de 14 de junio de 2017, afirmaba que:¹³

“35. A tenor del artículo 2, apartado 2, letra g), de la Directiva 2013/11, ésta no se aplicará «a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor». El considerando 16 de dicha Directiva precisa, sobre este particular, que no debería aplicarse «a las reclamaciones presentadas por comerciantes contra consumidores».

36. Esta exclusión refleja el objetivo de dicha Directiva, que, como resulta de su artículo 1, consiste en contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de los consumidores, asegurando a éstos el acceso, en el conjunto de la Unión, a procedimientos de resolución alternativa que se ajusten a ciertos requisitos de calidad dirigidos a presentar reclamaciones contra comerciantes. En cambio, la Directiva 2013/11 no pretende garantizar la dispo-

consumo ya estaban establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998 (JO L 115, de 17 de abril de 1998) para los procedimientos adjudicativos y, para los procedimientos consensuales o facilitativos, en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001 (JO L 109, de 19 de abril de 2001). Sin embargo, y atendiendo a la naturaleza de *soft law* de las Recomendaciones, la UE consideró fundamental introducir carácter vinculante a dichos principios en la DRAL.

¹⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, Madrid, pp. 109-137.

¹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, Madrid, p. 119.

¹² Asunto C-75/16: “Livio Menini, María Antonia Rampanelli y Banco Popolare Società Cooperativa”.

¹³ Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard, presentadas el 16 de febrero de 2017 y disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d681035112d4d3451ea17aa924ba5c9e4d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3b0?text=&docid=187924&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3063687> [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2017].

nibilidad de dichos procedimientos para los comerciantes con el fin de que puedan formular quejas contra los consumidores.”

Cabe afirmar, por tanto, que el objetivo de la DRAL se restringe a establecer requisitos de calidad para procedimientos iniciados por un consumidor contra un comerciante, incluso porque muchas entidades RAL son financiadas públicamente, y, por lo tanto, se estaría apoyando con capital público las reclamaciones de empresas contra consumidores.¹⁴ Sin embargo, la DRAL, como directiva de mínimos, no impide que los Estados miembros contemplen que las entidades RAL acreditadas puedan conocer de las reclamaciones de un comerciante contra a un consumidor, algo que es posible en entidades RAL de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia.¹⁵ Siendo así, es oportuno que la Plataforma Europea ODR pueda también admitir reclamaciones de empresas no obstante la restricción de la DRAL.

De una manera general, los Estados miembros han transpuesto la DRAL sin cambios de fondo en relación a los sistemas ya existentes.¹⁶ Portugal ha transpuesto la DRAL a través de la Ley 144/2015, de 8 de setiembre,¹⁷ y España a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.¹⁸ En este trabajo analizamos las diferencias entre los dos sistemas y el impacto de las leyes de transposición. Empezaremos todavía por analizar el funcionamiento de la Plataforma Europea ODR y los datos referentes a su utilización^{19/20}.

II. LA PLATAFORMA EUROPEA ODR: SU FUNCIONAMIENTO

La Plataforma Europea ODR es un sitio de internet interactivo al que se puede acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea.²¹ Las entidades RAL notificadas pueden llevar a cabo toda la tramitación del procedimiento de resolución extrajudicial del conflicto en línea en la Plataforma, a través de la herramienta especial de gestión de casos que se habilita, o utilizarla sólo como un canal para recibir y dirigir la queja a la entidad elegida por las par-

¹⁴ Portugal en la Ley 144/2015 de transposición de la DRAL solamente acredita entidades que tramiten reclamaciones de consumidores [artículo 2, apartado 2, párrafo d) conjuntamente con el artículo 3, párrafo b)]. La misma previsión se establece en España de acuerdo con la Ley 7/2017 que incorpora la DRAL al ordenamiento jurídico español [artículo 3, apartado 2, párrafo b)].

¹⁵ Como señala Fernando Esteban de la Rosa “[e]n el sistema español nos encontraríamos en un caso parecido si las juntas arbitrales de transporte accedieran a la acreditación como entidades RAL europeas, pues las controversias de las que pueden conocer no quedan definidas a través de la posición de empresario y de consumidor”. ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, Madrid. Sobre esta cuestión véase también CORTÉS, P. (2015). “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, Barcelona, p. 14 y ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. X, N.º 2, pp. 387-424.

¹⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, enero-junio, Madrid, p. 118. Respecto a la transposición de la DRAL en diferentes Estados miembros, véase, *inter alia*, AA.VV. (2016). *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (ed.), Oxford University Press.

¹⁷ *Diário da República*, 1.ª série, N.º 175.

¹⁸ BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

¹⁹ La información respecto al funcionamiento de la Plataforma Europea ODR desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 15 de febrero de 2017, consta del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 13 de diciembre de 2017 [COM (2017) 744 final].

²⁰ Las ideas planteadas en este texto corresponden en buena parte a las presentadas en el capítulo “La resolución en línea de litigios de consumo en la nueva Plataforma ODR Europea: perspectiva desde los sistemas español y portugués”, *La resolución de conflictos de consumo*, Fernando Esteban de la Rosa (coord.), Aranzadi, 2018.

²¹ Artículo 5, apartado 2 RRL.

tes.²² En este último caso, la tramitación del procedimiento tendrá lugar a través de los medios habilitados por la entidad RAL que haya sido seleccionada por las partes.²³ De esta manera la Plataforma Europea ODR solamente gestiona un sistema europeo en línea de reclamaciones de consumo y, como señala Fernando Esteban de la Rosa, “no incorpora herramientas de negociación en línea, como la negociación asistida o la negociación automatizada”.²⁴

Además de la notificación de las entidades RAL,²⁵ los Estados miembros tienen la obligación de designar a un punto de contacto cuya principal función consiste en proporcionar asistencia en la resolución de conflictos a través de la Plataforma Europea ODR. A este punto de contacto le corresponderá, por ejemplo, ayudar al reclamante en la presentación de la reclamación; facilitar a las partes y a las entidades RAL información general sobre los derechos de los consumidores y respecto al funcionamiento de la Plataforma. La DRAL exige que cada punto de contacto incorpore al menos a dos asesores para llevar a cabo estas funciones.²⁶

1. La tramitación de la resolución del litigio a través de la Plataforma Europea ODR

En el procedimiento de resolución de un conflicto de consumo en línea a través de la Plataforma Europea ODR cabe distinguir cuatro etapas fundamentales:

Presentación de la reclamación

La presentación de la reclamación da comienzo cuando el consumidor, o el comerciante (si así sea permitido), cumplimenta el formulario electrónico²⁷ que se encuentra disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea en el sitio web de la Plataforma.²⁸ El formulario está preparado para requerir del reclamante la facilitación de la información imprescindible para que la reclamación pueda ser tramitada. De este modo, el reclamante deberá proporcionar información, entre otros extremos, de la descripción del producto o servicio que ha comprado, y el motivo por el cual presenta la reclamación.²⁹ Una vez cumplimentado por completo este formulario, la reclamación es enviada a la otra parte añadiendo la información relativa a las entidades RAL que podrán ser competentes para resolver el li-

²² Artículo 10, párrafo d) RRL.

²³ De acuerdo con el artículo 8, párrafo 8 DRAL, parece claro que los procedimientos de las entidades RAL deben estar disponibles tanto en línea como no. Sin embargo, el artículo 20, apartado 2, párrafo f) DRAL posibilita que las entidades RAL puedan exigir la presencia física de las partes o de sus representantes. Habida cuenta que muchos de los conflictos de consumo son transfronterizos se debería exigir que todas las entidades RAL posibilitasen la resolución en línea de las reclamaciones presentadas por el consumidor, como veremos adelante.

²⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, Madrid, pp. 109-137. Al contrario, la CNUDMI ha creado el Grupo de Trabajo III (WGIII) que, desde 2010, ha intentado implementar un sistema *multi-step* de resolución de conflictos, empezando por una etapa de negociación, continuando para una fase de facilitación y terminando con la recomendación de un experto neutral. Sin embargo, este Grupo de Trabajo ha finalizado en 2016 su labor y solamente ha alcanzado la aprobación de unas notas técnicas con carácter de *soft law*. CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2013). “Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, N.º 2, pp. 407-440.

²⁵ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Plataforma Europea ODR (referenciado en la nota a pie 19) señala que más de 300 entidades RAL de 26 Estados miembros estaban accesibles en la Plataforma. Las entidades notificadas de cada Estado miembro se pueden consultar en <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2> [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017].

²⁶ Artículo 7 RRL. El Centro Europeo del Consumidor es la entidad en España (artículo 43 de la Ley 7/2017) y en Portugal (artículo 20, apartado 2 de la Ley 144/2015) que en cada país tendrá las funciones de punto de contacto de resolución de litigios en línea a que se refiere el artículo 7 del RRL.

²⁷ Respecto al formulario electrónico se deberá atender también al Reglamento de Ejecución 2015/1051, de la Comisión, de 1 de julio de 2015 (JO L 171, de 2 de julio de 2015).

²⁸ El formulario puede verse en la página web <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.show> [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2017].

²⁹ La información que deberá suministrarse al presentar una reclamación está descrita en el Anexo del RRL.

tigio y con la indicación de que ambas partes deberán ponerse de acuerdo sobre la entidad RAL que tramitará el proceso.³⁰

En caso de que la parte reclamada sea un comerciante, este tiene diez días naturales, tras recibir la reclamación, para declarar si se compromete, si se ha adherido o está obligado a recurrir a una entidad RAL y, no habiéndose adherido o no estando obligado, si está dispuesto a recurrir a cualesquiera de las entidades RAL indicadas por la Plataforma Europea ODR.³¹

Cuando la parte reclamada sea un consumidor,³² la Plataforma Europea ODR lo notifica para que seleccione una o más entidades RAL o, si el comerciante está obligado a recurrir a una entidad RAL, el consumidor tiene diez días naturales (a contar de la notificación de la reclamación) para indicar si acepta dicha entidad.³³

El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo³⁴, de 13 de diciembre de 2017, que analiza el primero año de funcionamiento de la Plataforma Europea ODR, señala que el 85% de las reclamaciones presentadas en este periodo cerraron automáticamente dentro de los 30 días posteriores a su presentación en la Plataforma. Para comprender estos datos y evaluar el interés de los comerciantes en los procedimientos de ADR, la Comisión llevó a cabo una encuesta específica para obtener comentarios de los consumidores cuyas reclamaciones fueron archivadas automáticamente. La encuesta reveló que, aunque un gran número de comerciantes no siguió el uso de la Plataforma Europea ODR, el comerciante contactó directamente al 40% de los consumidores que presentaron una queja en la Plataforma y que fue archivada automáticamente³⁵. De este modo, concluye el Informe, se debe reconocer que la Plataforma Europea ODR ayuda a los consumidores y comerciantes a resolver sus disputas, ya que el mero recurso de los consumidores a la Plataforma tiene un efecto preventivo en los comerciantes que están más dispuestos a resolver el conflicto rápidamente sin acudir a una entidad de resolución alternativa de litigios.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, sería de gran interés que la Plataforma Europea ODR incorporase una funcionalidad que tuviese en cuenta si el comerciante o empresa están adheridos legalmente o por adhesión general a una entidad RAL. En estos casos la Plataforma podría enviar la reclamación directamente a la entidad RAL a la que la empresa ha quedado adherida legalmente o por adhesión general, sin exigir acuerdo de las partes. En verdad, si existe una entidad RAL que puede conocer el litigio porque existe una cláusula de adhesión o una obligación legal, no hay por qué exigir acuerdo de las partes en esta materia.

Se podrá también pensar si los sistemas obligatorios de resolución extrajudicial de conflictos de consumo deben ser implementados. En Portugal desde 2011, con la publicación de la Ley 6/2011, de 10 de marzo,³⁶ los comerciantes están obligados a acudir a un centro de arbitraje de conflictos de consumo cuando la reclamación respecte a la prestación de servicios esenciales como agua, energía eléctrica, gas natural y gas canalizado o comunicaciones electrónicas, etc.³⁷ De esta manera, el consumidor

³⁰ Artículo 9, apartado 3 RRL.

³¹ Artículo 9, apartado 3 RRL.

³² Como hemos señalado, países como Bélgica, Alemania, Italia, o Luxemburgo permiten reclamaciones de comerciantes frente a consumidores. CORTÉS, P. (2016). "The New Landscape of Consumer Redress: The European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution", *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (ed.), Oxford University Press, p. 21.

³³ Artículo 9, apartado 3 RRL.

³⁴ Informe referenciado en la nota a pie número 19.

³⁵ El Informe da cuenta de otros problemas que podrán justificar la ausencia de respuesta del comerciante como cuando el mensaje es considerado como spam.

³⁶ La Ley 6/2011, de 10 de marzo, que llevó a cabo la tercera modificación de la Ley 23/96, de 26 de julio, de los servicios esenciales en Portugal, introdujo en el artículo 15 el arbitraje obligatorio para el prestador del servicio.

³⁷ De acuerdo con el artículo 1, apartado 2, de la Ley 23/96, de 26 de julio, en Portugal están abarcados los siguientes servicios esenciales: a) agua; b) energía eléctrica; c) gas natural y gas canalizado; d) comunicaciones electrónicas; e)

podrá, si así lo prefiere, hacer una reclamación respecto a la prestación del servicio público esencial en un Centro de arbitraje de consumo competente, sin que el proveedor pueda oponerse. Existe, por lo tanto, una obligación unilateral que sólo obliga al empresario, manteniendo al consumidor la posibilidad de elegir *ab initio* los tribunales judiciales o el arbitraje de los Centros de consumo.³⁸

En consecuencia, el número de procesos en los Centros de arbitraje de consumo en Portugal respecto a los servicios públicos esenciales aumentaron alrededor del 200% desde 2011. Si tuviéramos en cuenta sólo los sectores del agua, la electricidad y el gas, el número de casos presentados en los Centros de arbitraje fue, en 2011, de 763 casos y, en 2016, este número en los mismos sectores se elevó a 1.494 casos.³⁹ Este aumento pone de relieve la importancia de la disposición legal del arbitraje obligatorio en el ámbito de los servicios públicos esenciales y se puede deducir que, sin esta previsión, la aceptabilidad de los empresarios en Portugal para resolver el conflicto en los Centros de arbitraje sería menor.

En España la Ley RAL establece de forma expresa en el artículo 9 que “[n]inguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca”. Sin embargo, si el procedimiento en el que la empresa se encuentra obligada a participar finaliza con una decisión vinculante, la misma norma establece la necesidad de que no sea excluido el acceso a la vía judicial. En la actualidad, en España la participación obligatoria en procedimientos ante entidades RAL ha sido establecida sólo en sectores específicos. Por ejemplo, las compañías telefónicas están obligadas a participar en los procedimientos por reclamaciones de consumidores ante la Oficina del Usuario de Telecomunicaciones, siendo la decisión vinculante para las empresas.⁴⁰ La Ley RAL contiene también previsiones, en las

servicios postales; f) tratamiento de aguas residuales y residuos; g) gestión de residuos sólidos municipales.

³⁸ Fernando Esteban de la Rosa plantea algunas dudas respecto a la compatibilidad del arbitraje obligatorio contemplado en el sistema portugués con los métodos admitidos por la DRAL, toda vez que, según el autor en referencia, la DRAL “parece excluir los métodos de solución en los que convergen dos circunstancias, a saber, el carácter obligatorio de la participación en el procedimiento ante una entidad RAL y el carácter vinculante de la decisión o, más exactamente, el hecho de que la decisión cierre la vía judicial”. ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, Madrid, p. 119 y nota a pie número 30. El Tribunal Constitucional portugués no fue llamado a pronunciarse sobre la norma que establece el arbitraje obligatorio en los servicios esenciales, lo que demuestra que esta previsión es comúnmente aceptada. En España, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 174/95, de 23 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995, pp. 38 a 44) consideró inconstitucional el artículo 38, apartado 2 de la Ley 16/1987, de transporte terrestre, que prescribía el arbitraje para todas las controversias que no fuesen superiores a 500.000 pesetas, excepto si las partes acordasen lo contrario. De acuerdo con el dictamen del Tribunal Constitucional español esta disposición violaba el artículo 24 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que creaba una presunción *ope legis* de la existencia del acuerdo de arbitraje, independiente de la voluntad de las partes. En nuestra opinión, esta interpretación del Tribunal Constitucional español demuestra una concepción demasiado restrictiva del derecho de acceso a los tribunales. De hecho, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto o incondicional y sólo debe ser considerado involucrado si el legislador crea barreras legales para acceder a los tribunales judiciales que sean innecesarias o excesivas, ya que carecen de razonabilidad y proporcionalidad en relación al fin que intentan llevar a cabo. Por otra parte, la propia Constitución Española, en los artículos 51 y 54, requiere el establecimiento de procedimientos que satisfagan los intereses legítimos de los consumidores, pudiendo ofrecer al ciudadano equivalentes procesales. Por consiguiente, consideramos que la previsión del arbitraje obligatorio en el ámbito de los conflictos de consumo debe ser constitucionalmente admisible, ya que se presenta como la forma adecuada de obtener su resolución y, por lo tanto, garantizar la protección efectiva de los derechos de los consumidores que, de otro modo, podrían renunciar a su defensa. Respecto al arbitraje obligatorio o necesario en Portugal, véase, *inter alia*, MEDEIROS, R. (2015). “Arbitragem Necessária e Constituição”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, pp. 1301-1330; CARDOSO, A. M. y NAZARÉ, S. (2015). “A arbitragem necessária - natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mario Raposo*, Agostinho Pereira De Miranda; Miguel Cancellia de Abreu; Paula Costa e Silva, Rui Pena e Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, pp. 33-55.

³⁹ Estadísticas disponibles en <http://www.siej.dgpj.mj.pt>.

⁴⁰ Dando otros ejemplos véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2016). “Challenges for the implementation of the Consumer ADR Directive in Spain”, *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, P. Cortés (ed). Oxford

Disposiciones Adicionales primera y segunda, que se orientan hacia la creación de obligaciones de este tipo respecto de las reclamaciones derivadas del transporte aéreo y del sector de los servicios financieros.

El estímulo del legislador europeo hacia la participación de las empresas en procedimientos ante entidades RAL se queda un escalón por debajo, si bien de forma indirecta se alienta a los comerciantes a participar en dichos procedimientos al quedar señalados quienes se muestren reacios a la adhesión. En este sentido, la DRAL impone a todos los comerciantes el deber de informar acerca de las entidades RAL (artículo 13 DRAL) y establece obligaciones específicas para los empresarios que operen en línea, quienes deberán ofrecer en sus sitios de Internet un enlace electrónico a la Plataforma Europea ODR.⁴¹ Con estas previsiones se persigue no solo familiarizar a los consumidores con la existencia de entidades RAL sino también animar a los empresarios a participar en esos procedimientos.⁴²

1.2. Elección de la entidad RAL

El RRLC contempla que las partes tienen treinta días naturales para llegar a acuerdo respecto a la entidad RAL que tramitará el procedimiento de resolución del conflicto desde la presentación del formulario de reclamación.⁴³

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de Ejecución 2015/1051, de la Comisión cuando *el impreso electrónico de reclamación no indique una entidad RAL competente, la plataforma ODR deberá ofrecer a la parte reclamada una lista indicativa de entidades RAL, a fin de facilitar la determinación de la entidad RAL competente*, basándose o en las direcciones geográficas de las partes en el litigio o dependiendo del sector a que el litigio se refiere. Además, está disponible en la Plataforma Europea ODR el listado de todas las entidades RAL acreditadas por los Estados miembros a que las partes podrán acceder en todo momento.⁴⁴

Si hay acuerdo respecto al organismo RAL elegido por las partes, la Plataforma enviará automáticamente a ese organismo los datos de la reclamación⁴⁵ para que esta entidad pueda informar a las partes si acepta o no tramitar el conflicto. En efecto, la entidad RAL no queda obligada a llevar a cabo esa tramitación pues puede negarse a gestionar la reclamación por cualquiera de los motivos indicados en el artículo 5, apartado 4 de la DRAL. Asimismo, la entidad RAL comunicará a las partes sus normas de procedimiento y, en su caso, las costas del procedimiento de resolución de litigios de que se trate.⁴⁶

Si no hay acuerdo transcurridos los treinta días naturales desde la presentación de la reclamación o si

University Press, p. 285.

⁴¹ En este sentido la Ley RAL española establece en su artículo 40, apartado 3 que “[c]uando una reclamación presentada directamente por el consumidor al empresario no haya podido ser resuelta, éste deberá facilitar al consumidor la información relativa a si se encuentra adherido a una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo o si está obligado por una norma o código de conducta a participar en el procedimiento ante una concreta entidad. De no ser así, deberá facilitarle la información relativa, al menos, a una entidad que sea competente para conocer de la reclamación, haciendo la indicación de si participará en el procedimiento ante la entidad o entidades indicadas”. El estudio de la Comisión Europea “*Online Dispute Resolution: Web-Scraping of EU Traders’ Websites*”, de noviembre de 2017, que analizó las páginas web de más de 19.000 comerciantes online, indica que solamente el 28% de los comerciantes analizados ofrece el enlace electrónico de la Plataforma Europea ODR. Estudio disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study-executive-summary_nov2017_en.pdf [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017].

⁴² CORTÉS, P. (2017). “The Online Court: Filling the Gaps of the Civil Justice System?”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 36, N.º 1, pp. 109-126.

⁴³ Artículo 9, apartado 8 RRLC. En la práctica este plazo se verá reducido como consecuencia del plazo de diez días naturales que también se concede a la parte reclamada, desde la recepción de la reclamación, para comunicar su respuesta haciendo saber que está obligada o dispuesta a recurrir a una entidad RAL.

⁴⁴ <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show>.

⁴⁵ Artículo 9, apartado 6 RRLC.

⁴⁶ Artículo 9, apartado 7 RRLC.

la entidad de resolución alternativa rechaza conocer el litigio, se pondrá fin a la tramitación de la reclamación y la parte reclamante será informada de la posibilidad de ponerse en contacto con un asesor ODR para obtener información de carácter general sobre otras vías de recurso.⁴⁷

De acuerdo con el Informe de la Comisión respecto al funcionamiento de la Plataforma Europea ODR,⁴⁸ solamente el 2% de las reclamaciones presentadas fueron enviadas a una entidad RAL elegida por las partes. El Informe no indica en cambio cuál es el porcentaje de casos en los que no se alcanzó acuerdo entre reclamante y reclamado respecto a la entidad RAL. Sin embargo, y cómo fue señalado anteriormente, en los casos en que el comerciante está obligado a participar en un procedimiento RAL o haya adherido voluntariamente, no existen razones para exigir el acuerdo de las partes en esta materia y la Plataforma debería enviar directamente la reclamación a la entidad RAL a la que la empresa ha quedado adherida legalmente o por adhesión general. En los casos en que no haya determinación legal o contractual de una entidad RAL competente para el conflicto, pensamos que el RRLL podría haber consagrado un criterio subsidiario de determinación del organismo RAL competente,⁴⁹ como, por ejemplo, hacer prevalecer la opción del consumidor o del reclamante.

1.3. Tramitación de la reclamación por la entidad RAL

La entidad RAL elegida por las partes recibe la reclamación y dispone de tres semanas para decidir si es competente o no para conocer del litigio, pudiendo rechazar tramitar la reclamación, por ejemplo, cuando sea frívola o vejatoria, o cuando el consumidor se niegue a ponerse en contacto en primer lugar con el empresario, o aun cuando la reclamación haya sido presentada más de un año después de haber surgido la controversia,⁵⁰ circunstancias que los Estados, según un juicio de oportunidad, podrán haber habilitado como motivos de rechazo de las reclamaciones para las entidades RAL sometidas a su Derecho.

Si indica aceptar la reclamación, la entidad RAL tiene el plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que recibe el expediente completo para resolver el conflicto. Este plazo puede ser ampliado por la entidad RAL en caso de litigios de índole particularmente compleja, y tendrá en este caso que informar a las partes del tiempo que estime necesario para la resolución del litigio.⁵¹

1.4. Resultado y cierre de la reclamación

La DRAL y el RRLL no restringen los procedimientos extrajudiciales abarcados por su ámbito, incluyendo desde mecanismos que proponen o imponen una solución o que solamente reúnen a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa.⁵² Fundamental es que los procedimientos extrajudiciales actúen bajo los principios de calidad, transparencia, eficacia, equidad, reglamentados en la DRAL. De esta manera las entidades RAL podrán promover la resolución de conflictos de consumo externamente a los tribunales judiciales por negociación, mediación, conciliación, arbitraje u otro.⁵³

⁴⁷ Artículo 9, apartado 8 RRLL

⁴⁸ Informe referenciado en la nota a pie número 19.

⁴⁹ Como lo hace el artículo 18 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, respecto a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (JO L 351, de 20 de diciembre de 2012).

⁵⁰ Artículo 5, apartado 4 DRAL. El Informe de la Comisión respecto al funcionamiento de la Plataforma Europea ODR (referenciado en la nota a pie número 19) indica que del 2% de las reclamaciones enviadas a una entidad RAL, la mitad son rechazadas porque la entidad no es competente o porque el consumidor no ha tratado de ponerse en contacto con el comerciante previamente para intentar resolver el asunto directamente.

⁵¹ Artículo 8, párrafo e) DRAL.

⁵² Artículo 2, apartado 1 DRAL.

⁵³ Respecto a la aplicación horizontal de la DRAL, véase, entre otros, VILALTA NICUESA, A. E. (2014). “La paradoja de la Mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 33, p. 10.

O también a través de procedimientos mixtos o combinados de mediación y arbitraje, como se verifica en Portugal y España.

Para tramitar la reclamación, la entidad RAL elegida por las partes no debería requerir la comparecencia de las partes o de sus representantes, toda vez que se está promoviendo la resolución en línea del conflicto y los litigios podrán tener carácter transfronterizo.⁵⁴ Sin embargo, la participación presencial de las partes no ha sido del todo descartada cuando las normas de procedimiento contemplen esta posibilidad y las partes lo consientan.⁵⁵ Atendiendo al artículo 8, párrafo a) de la DRAL, los procedimientos RAL deberían estar disponibles tanto *online* como *offline* para las dos partes. De hecho, exigir la presencia física de una parte en conflictos transfronterizos podrá resultar en el desistimiento del procedimiento o incluso dificultar la elección de esta entidad para la resolución del conflicto. De esta manera, todas las entidades RAL acreditadas deberían integrar procedimientos online o, si no los tienen, utilizar las herramientas de la Plataforma Europea ODR que están disponibles para conducir el procedimiento *online* siempre que alguna de las partes lo solicite. El RRL y la DRAL deben en una futura reformulación eliminar la posibilidad de que las entidades RAL puedan exigir la presencia obligatoria de las partes, pues que la Plataforma ODR podrá ser utilizada como procedimiento *online*.

Terminado el procedimiento, la entidad RAL ha de comunicar de inmediato el resultado a las partes.⁵⁶ Si el procedimiento tuviere naturaleza auto-compositiva, como la mediación, y no fuere posible el acuerdo entre las partes, pensamos que la mejor solución sería enviar el resultado también al punto de contacto ODR del país del reclamante para que facilite información sobre otras vías de recurso. Si la decisión es vinculante, en concreto cuando resulta de un procedimiento de arbitraje, existirá un laudo con fuerza ejecutiva. De este modo, si una parte condenada no cumple con la decisión, la parte interesada podrá exigir el cumplimiento del laudo en un proceso ejecutivo. Tomando como ejemplo la experiencia portuguesa, regla general casi la totalidad de los laudos de los centros de arbitraje son cumplidos voluntariamente, no siendo necesario el proceso ejecutivo.⁵⁷ De todo modo, existiendo una decisión arbitral no cumplida, su ejecución debe observar el Convenio de Nueva York de 1958, respecto al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales.⁵⁸

Queda así explicitado de manera general las etapas de resolución de un conflicto de consumo a través de la Plataforma ODR.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA EUROPEA ODR Y RETOS DE FUTURO. ¿INTEGRACIÓN CON LA ECC-NET?

En el modo en que ha sido concebida, la Plataforma Europea ODR es una herramienta que ya está contribuyendo de forma muy positiva a la mejora de la accesibilidad en la resolución alternativa de litigios de consumo, toda vez que constituye un punto único de acceso a los consumidores y comer-

⁵⁴ Los datos estadísticos de la Plataforma Europea ODR demuestran que desde el inicio de su funcionamiento hasta 27 de diciembre de 2017 (fecha en que revisamos este texto) 38,48% de las reclamaciones eran transfronterizas. <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show> [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017].

⁵⁵ Artículo 10, párrafo b) RRL. En el listado disponible en la Plataforma Europea ODR, algunas entidades RAL señalan la exigencia de presencia obligatoria por las partes, como, por ejemplo, la *Comisión Conciliación Automoto* y la *Comisión de Litigios Viajes* en Bélgica o, en general, los Centros de arbitraje de conflictos de consumo en Portugal.

⁵⁶ Artículo 10, párrafo c), iv) RRL.

⁵⁷ F. Alleweldt *et al.* (2009). *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*. CPEC – DG SANCO, disponible en http://www.civic-consulting.de/reports/adr_study.pdf [Fecha de consulta: 9 de noviembre de 2017].

⁵⁸ En este sentido, en el Asunto C-536/13: Gazprom OAO y Lituania, el abogado general ha concluido que “el artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento Bruselas I excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación. Ello implica que (...) el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, como el controvertido en el asunto principal, deberían estar sujetos únicamente al Convenio de Nueva York de 1958”. Conclusiones del Abogado General, Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 4 de diciembre de 2014 y disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CC0536&from=PT> [Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017].

ciantes cuya máxima divulgación en el espacio europeo, a la vista de la regulación existente, se encuentra más que asegurada.⁵⁹ Sin embargo, la Plataforma ODR creemos que corre el peligro de llegar a convertirse en una herramienta deshumanizada, al estar enfocada, casi en exclusiva, hacia la resolución de conflictos de consumo planteados, y donde muy escasamente se contemplan elementos de apoyo como, por ejemplo, relativos a la provisión de información sobre los derechos de las partes. Al contrario, los Centros Europeos del Consumidor (CEC) de la ECC-Net⁶⁰ en cada Estado miembro promueven importantes funciones previas a la resolución del conflicto. En la actualidad, en la ECC-Net se hace posible la provisión de información respecto a los derechos de los consumidores, cuya averiguación podrá incluso evitar una reclamación o resolverla de inmediato. Además, en la práctica los CEC promueven la aproximación entre consumidores y comerciantes e intentan solucionar, mediante acuerdo, las reclamaciones de consumo, evitando convocar la participación de una entidad RAL.⁶¹

Ante esta situación, creemos que resulta del mayor interés hacer una propuesta para que, en el futuro, y de *lege ferenda*, sea posible llevar a cabo una mayor y mejor integración entre las funciones de la Plataforma Europea ODR y de la Red ECC-net, que formarían parte de un mismo procedimiento.

De esta manera, proponemos como posible y preferible la integración de la Plataforma Europea ODR y de la Red ECC-net del siguiente modo:

El reclamante presentaba su reclamación o pedido de información a través de la Plataforma Europea ODR en el formulario disponible en el idioma de cada Estado miembro;

La Plataforma Europea ODR enviaba primeramente el formulario al CEC del Estado miembro del reclamante que analizaba o el pedido de información (prestando los esclarecimientos solicitados) o la reclamación (intentando percibir si la solicitud del reclamante tendría fundamento y, en este caso, la remitía al CEC del Estado miembro del reclamado) como ya ocurre en el funcionamiento usual de la ECC-net;

El CEC del Estado miembro del reclamado esclarecía los derechos del reclamante e intentaba solucionar por acuerdo el problema colocado;

Si el reclamado aceptase la solución propuesta por el CEC, este comunicaría el resultado al CEC del Estado miembro del reclamante para que le notificase de la resolución y todo el procedimiento terminaba en este momento;

Si el reclamado no aceptase la solución propuesta, los CEC respectivos enviarían a cada parte información respecto a las entidades RAL competentes para solucionar el conflicto o indicaban si el comerciante había adherido o estaba obligado a recurrir a una entidad RAL, caso en que la reclamación debería ser automáticamente enviada a este organismo, notificándose las partes de esta remisión;

Después de esta etapa se podría seguir el procedimiento consagrado en el RRLI respecto a la Plataforma Europea ODR, es decir, las partes deberían llegar a acuerdo respecto a la entidad RAL competente para solucionar su conflicto (o, como planteamos, la reclamación debería automáticamente ser remitida a la entidad RAL que el comerciante hubiese adherido o estuviese obligado a recurrir);

Existiendo acuerdo respecto a la entidad RAL (o competente sea por adhesión sea por imposición legal), la Plataforma enviaría a ese organismo los datos de la reclamación y la entidad RAL comunicaría a las partes sus normas de procedimiento, con respecto a las cuales se tramitaría la resolución

⁵⁹ El Informe de la Comisión respecto al funcionamiento de la Plataforma Europea ODR (referenciado en la nota a pie número 19) indica que en el primer año de actividad se han presentado más de 24.000 reclamaciones a la Plataforma.

⁶⁰ Respecto a la ECC-net véase su *website* http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/index_en.htm. Desarrollando su funcionamiento véase, entre otros, CEBOLA, C. M. (2012). “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Vol. II, nº 6, junio, pp. 11-46.

⁶¹ Hay que tener en cuenta que el Informe de la Comisión respecto al funcionamiento de la Plataforma Europea ODR (referenciado en la nota a pie número 19) señala que el 44% de las reclamaciones presentadas han sido resueltas por acuerdo al margen de la actuación de una entidad RAL.

del conflicto;

El procedimiento se podría llevar a cabo a través de la Plataforma Europea ODR o cada entidad RAL utilizaría sus propias herramientas electrónicas de gestión de casos;

Terminado el procedimiento, la entidad RAL comunicaría de inmediato el resultado a las partes.

Esta es una propuesta que reúne las ventajas de los dos mecanismos y, de nuestro punto de vista, potenciaría la resolución de conflictos de consumo en la Europa, eliminando las fallas de la Plataforma Europea ODR y potenciando sus ventajas, en concreto al constituir un punto único de acceso a consumidores y comerciantes podrá facilitar la difusión de los ADR de consumo y entidades competentes en esta materia. La integración y participación de los CEC en la Plataforma Europea ODR podrá facilitar la gestión de la reclamación y ayudar las partes en el procedimiento de resolución de conflictos, efectivando los derechos de los consumidores en la UE.

Habrà que esperar por resultados más detallados de la Plataforma Europea ODR y de todos los Estados miembros para percibir el impacto de las políticas introducidas por el RRLI y por la DRAL e incluso percibir si en el futuro debe integrarse un sistema propio de resolución de los conflictos de consumo, dejando de existir meramente un modelo de gestión de reclamaciones y pasando la Plataforma Europea ODR a constituirse como una auténtica cuarta parte en la solución del litigio.

IV. IMPACTO DEL RRLI Y DE LA DRAL EN PORTUGAL Y ESPAÑA

1. Caracterización de los modelos de resolución de conflictos de consumo existentes

Para percibir el impacto del RRLI y de la DRAL en Portugal y España es necesario tener un diseño de la realidad respecto a la resolución de conflictos de consumo en los dos países.⁶² En este ámbito Portugal y España han adoptado un modelo combinado basado en el arbitraje pero también en la solución amistosa por las propias partes en litigio a través de la mediación o la conciliación.⁶³ Así, con la reclamación del consumidor se intenta que las partes en conflicto resuelvan por acuerdo el litigio. Si las partes no aceptan la tentativa de solución amigable del conflicto o si no se obtiene el acuerdo, el árbitro decidirá el conflicto, poniendo fin al procedimiento. No obstante las semejanzas del modelo de arbitraje de consumo en Portugal y España, hay diferencias importantes.

La naturaleza privada del sistema portugués ante el sistema público español

En Portugal, el sistema de arbitraje de consumo es llevado a cabo por entidades privadas autorizadas por el Ministerio de la Justicia portugués en conformidad con los requisitos del Decreto-Ley 425/86, de 27 de diciembre.⁶⁴ Actualmente el Ministerio de la Justicia portugués apoya siete Centros de arbitraje de conflictos de consumo con competencia restringida a determinado territorio regional⁶⁵ y el

⁶² Para más desarrollos, véase CEBOLA, C. M. (2017). “Mediación y arbitraje de consumo: una visión comparada de los modelos portugués y español”, *Revista de Internet, Derecho y Política - Mediación sectorial y digitalización*, VILALTA NICUESA, A. E. (coord.), N.º 25, págs. 6-16.

⁶³ El marco legal del sistema arbitral de consumo establecido en España, por el Real Decreto 231/2008, es de elogiar toda vez que promueve la uniformización de la resolución de conflictos de consumo y la aplicación de los mismos procedimientos por todas las Juntas Arbitrales. Al contrario, en Portugal no existe una ley de arbitraje de consumo y cada Centro tiene su propio reglamento y procedimientos específicos. Después de la Ley 144/2015, que ha transpuesto la DRAL en Portugal, los Centros han intentado aprobar un reglamento uniforme para todos. Sin embargo, y no obstante existir hoy una mayor uniformización de procedimientos, se mantienen diferencias respecto a la competencia de valor (algunos Centros se consideran competentes para conflictos hasta 30.000 euros y otros hasta 5.000 euros, como Lisboa o Coimbra) o concernientes a los costos (cada Centro tiene sus propias tablas de costos para los procedimientos).

⁶⁴ Que reglamenta la creación de cualquier centro de arbitraje institucionalizado, sea de consumo o no.

⁶⁵ Integran este grupo los Centros de arbitraje de conflictos de consumo de Lisboa, Coimbra, Porto, Vale do Ave, Braga, Algarve e Madeira. Otros Centros de arbitraje en Portugal tienen competencia para resolver conflictos de consumo, sin

Centro Nacional de Información y Arbitraje de Consumo (CNIACC),⁶⁶ con jurisdicción subsidiaria toda vez que recibe quejas con respecto a los conflictos de consumo que se producen en cualquier parte del país y que no pueden ser analizados por otro centro.⁶⁷ Además, existen también dos centros con competencia material especializada en reclamaciones del sector del automóvil (el CASA)⁶⁸ y del sector de los seguros (CIMPAS).⁶⁹

Estos Centros, aunque cuentan con alguna financiación pública que proviene del Ministerio de la Justicia portugués, funcionan sobre todo como consecuencia de las subvenciones de las entidades asociadas de cada Centro.⁷⁰ Al contrario, en España el sistema de arbitraje de consumo español “se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales”⁷¹ a quien cabe la decisión de los conflictos de consumo⁷² y “se trata de un sistema organizado en la Administración”,⁷³ con financiación pública.⁷⁴

La composición de tribunal arbitral

En España, exceptuadas las situaciones del artículo 19 del Real Decreto 231/2008, por regla general el órgano arbitral es colegiado.⁷⁵ Al contrario, en Portugal el tribunal de arbitraje de conflictos de consumo de los Centros existentes es formado por un único árbitro designado por el Consejo Superior de la Magistratura o nombrado por el director ejecutivo del Centro, de acuerdo con un listado de árbitros preexistente, que es integrado por jueces, profesores de derecho o juristas.

embargo los indicados son los apoyados por el Ministerio de la Justicia portugués.

⁶⁶ <http://www.arbitragemdeconsumo.org/>.

⁶⁷ Respecto a la caracterización y evolución del sistema de arbitraje de consumo portugués, véase, entre otros, CEBOLA, C. M. (2012). “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Vol. II, N.º 6, junio, pp. 11-46.

⁶⁸ Después de haber entrado en funcionamiento el 4 de abril de 1994, con competencia para resolver los conflictos derivados de la prestación de servicios de reparación de automóviles, el CASA amplía su ámbito de aplicación a los litigios derivados de la oferta de combustibles y la compra y venta de vehículos nuevos o usados. Ver su *website* www.centroarbitragemsectorauto.pt.

⁶⁹ El CIMASA además de su competencia originalmente limitada al sector de los seguros automóviles, hoy abarca también los seguros de responsabilidad civil familiar, mercantil, de caza y uso de arma (para reclamaciones hasta 50.000 euros) y multi-riesgo mercantil y residencial (hasta 50.000 euros por siniestro). Ver su *website* <http://www.cimpas.pt>.

⁷⁰ Respecto a las características generales del sistema portugués, véase, entre otros, FROTA, M. (2016). “O acesso à justiça: os meios alternativos de resolução de litígios de consumo”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 9-14.

⁷¹ Artículo 4 Real Decreto 231/2008.

⁷² Artículo 18 Real Decreto 231/2008.

⁷³ BARRAL VIÑALS, I. (2012). “La mediación en consumo: ¿tiene sentido una doble regulación de la mediación civil y mercantil?”, *Libro Digital de la VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación: Tiempo de Mediación, Liderazgo y Acción para el cambio*, Foro Mundial de Mediación, Vol. II, p. 125.

⁷⁴ En este punto importa aclarar que, no obstante en los dos países en análisis se utilizar el término “institucionalizado” para referenciar el sistema de resolución de conflictos de consumo, lo mismo tiene diferentes significados en Portugal y España. Con efecto, en España el sistema de arbitraje de consumo es institucionalizado porque es organizado en la Administración con financiación pública. En Portugal, el término “institucionalizado” se utiliza en oposición a los tribunales de arbitraje *ad hoc* y la institucionalización de los centros de arbitraje de consumo significa que se han creado estructuras privadas que gestionan la resolución de los conflictos de los consumidores, a través de mediación y arbitraje, respectándose un reglamento y procedimiento específicos en cada entidad.

⁷⁵ Solamente en los casos excepcionales previstos en el artículo 19, apartado 1 del Real Decreto 231/2008 se designará un árbitro único e, incluso en estos casos excepcionales, las partes podrán oponerse a la designación de un árbitro único, debiendo ser designado un colegio arbitral.

Competencia material

Otro aspecto que distingue los modelos portugués y español de arbitraje de consumo se refiere al objeto de decisión de los tribunales arbitrales. En España sólo puede ser sometida a arbitraje conflictos de los consumidores que versen sobre una materia en la que las partes tengan poder de disposición y, por lo tanto, se establece la disponibilidad de derechos como criterio de aplicación del arbitraje.⁷⁶ En Portugal, en general, los Centros de arbitraje de consumo son competentes para decidir conflictos derivados de la adquisición de bienes, servicios o derechos de transmisión para uso no profesional. Sólo están excluidos delitos de naturaleza criminal.⁷⁷ En consecuencia, se establece un criterio amplio de competencia material de los Centros de arbitraje de conflictos de consumo, sin restricciones similares al sistema español con relación a la disponibilidad de derechos.

2. La incorporación de la resolución de conflictos de consumo en línea en Portugal y España

España incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.⁷⁸ Portugal traspuso la DRAL a través de la Ley 144/2015, de 8 setiembre.⁷⁹ Analizando los intentos del legislador portugués y español se percibe que el sistema de arbitraje de consumo existente en los dos países no va a experimentar cambios significativos, manteniéndose en funcionamiento los Centros de arbitraje de consumo en Portugal y las Juntas Arbitrales en España. Sin embargo, la transposición de la DRAL en los dos ordenamientos jurídicos tuvo objetivos distintos.

En verdad, de acuerdo con el artículo 3, apartado 1 de la Ley RAL española, son las propias entidades las que, voluntariamente, podrán solicitar su acreditación “para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas que elabore la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición”, y, por lo tanto, no se pretende afectar todos los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. La finalidad que se persigue es imponer requisitos de calidad armonizados solamente respecto a las entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo que intenten figurar en el listado de la Comisión Europea para constar en la Plataforma ODR. Las demás entidades pueden mantener su funcionamiento sin que deban obedecer a nuevos requisitos legales.

Por el contrario, la Ley 144/2015 parte de un enfoque diferente, que tiene por finalidad que en Portugal solo puedan resolver litigios de consumo las entidades que cumplan con los estándares de la DRAL y, por tanto, hayan accedido a la acreditación. En efecto, después de la transposición de la DRAL las entidades RAL que quieran seguir ofreciendo servicios de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, a través de la mediación, conciliación o del arbitraje, deben haber obtenido la autorización de la Dirección General de Consumo tras haber sido evaluado el cumplimiento de los requisitos de calidad de la Ley 144/2015. Estas entidades pasarán a integrar el listado de entidades RAL de Portugal.⁸⁰ En caso de que la autorización no sea solicitada, la entidad RAL dejará de poder resolver conflictos de consumo extrajudicialmente.⁸¹ A fin de garantizar esto, la Ley portuguesa establece sanciones

⁷⁶ Artículo 2 Real Decreto 231/2008.

⁷⁷ Véase, como ejemplo, el artículo 4, apartado 4 del Reglamento del Centro de Arbitraje de Porto (CICAP), disponible en <http://www.cicap.pt/cicap/estatutos-e-regulamentos/> [Fecha de consulta: 30 de junio de 2017].

⁷⁸ BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

⁷⁹ Respecto a la transposición de la DRAL al ordenamiento portugués, véase, entre otros, FROTA, M. (2016). “O acesso à justiça: os meios alternativos de resolução de litígios de consumo”. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 9-14 y CEBOLA, C. M. (2016). “ADR 3.0 @ resolução online de conflitos de consumo em Portugal”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 65-92.

⁸⁰ Artículo 6, apartado 2 y artículo 16 Ley 144/2015.

⁸¹ Respecto a los centros de arbitraje y de acuerdo con el artículo 24, apartado 2 de la Ley 144/2015, la no inscripción en la lista de entidades RAL impide a los centros de arbitraje de conflictos de consumo ejercer su actividad en la resolución de litigios de consumo. En este ámbito se puede constatar que la Ley RAL española distingue «entidades de resolución alternativa» de «entidades de resolución alternativa acreditadas» [artículo 2, párrafo h) y i) respectivamente].

monetarias para el incumplimiento de los requisitos legales o para las entidades que, sin autorización, se ocupen de resolver de manera alternativa conflictos de consumo.⁸²

Nos parece que la opción del legislador español es más oportuna habida cuenta que no impide que las entidades existentes mantengan sus servicios. En Portugal hay entidades que, en virtud de las nuevas exigencias legales, han eliminado sus servicios de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, como por ejemplo los CIACs – *Centros de Informação Autárquica ao Consumidor*, que funcionan en distintos ayuntamientos y que intentaban resolver las reclamaciones de consumo a través de mediación, lo que ha reducido las opciones de los consumidores portugueses. Además, respecto a los *Juzgados de Paz* hay muchas dudas acerca de si pueden o no mantener la resolución de conflictos de consumo en Portugal, pero no siendo entidades RAL no tienen que solicitar acreditación. Tampoco queda claro ahora si los mediadores privados pueden resolver conflictos de consumo o si tienen que solicitar autorización a la Dirección General de Consumo.⁸³ Los inconvenientes que el legislador portugués ha creado justifican nuestro elogio a la opción española que permite que entidades que no pretendan constar en el listado de la Plataforma ODR mantengan su funcionamiento sin cambios.⁸⁴

V. CONCLUSIONES

El análisis llevado a cabo en este trabajo nos hace concluir que la Plataforma Europea ODR en la práctica favorece el acceso de los consumidores a una justicia efectiva y rápida de sus litigios. Siendo un sitio de Internet interactivo al que se puede acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea, la Plataforma Europea ODR reúne las condiciones para promover y transformar la resolución en línea de litigios de consumo.

Sin embargo, en algunos puntos todavía existe margen para la mejora. Tras el análisis del funcionamiento de la Plataforma Europea ODR deberá decidirse si resulta conveniente que se amplíe el ámbito de aplicación a conflictos surgidos de la contratación fuera de línea. Además, se debe pensar en la oportunidad de incorporar la participación obligatoria de los comerciantes en procedimientos de resolución alternativa, al menos en sectores esenciales, como energía eléctrica, agua o transportes. Es algo, sin embargo, que el sistema europeo deja en manos de los Estados miembros, y desde aquí alentamos a que se produzcan tales cambios legislativos. En el funcionamiento de la Plataforma, sí creemos que debería cambiarse el RRL a fin de que sea posible la transmisión de la reclamación directamente a la entidad RAL cuando la empresa ha quedado adherida legalmente o por adhesión general, sin que en estos casos se exija un nuevo acuerdo entre las partes.

Portugal y España han decidido incorporar la normativa europea en los respectivos ordenamientos jurídicos de forma muy distinta. De hecho, en Portugal después de la Ley 144/2015, de transposición de la DRAL, todas las entidades que promuevan la resolución de conflictos de consumo deben solicitar su acreditación para que puedan tramitar reclamaciones nacionales o transfronterizas, en territorio

Al contrario, la Ley portuguesa solamente se refiere a las «Entidades RAL» [artículo 3, párrafo b)] y por lo tanto todas las entidades RAL tienen que estar acreditadas.

⁸² De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 144/2015 la multa para personas naturales puede variar entre 500 euros hasta 5.000 euros y, para personas colectivas, la multa varía entre 5.000 euros y 25.000 euros.

⁸³ Se debe señalar que en Portugal la Ley general de mediación (Ley 29/2013, de 19 de abril) no excluye la mediación de consumo como lo hace el artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en España.

⁸⁴ Fernando Esteban de la Rosa plantea tres sistemas de transposición de la DRAL: absoluto (como ocurre en Portugal donde se niega la posibilidad de existencia de entidades RAL no acreditadas), coexistencia (de que el sistema español es ejemplo toda vez que permite que existan entidades RAL acreditadas y no) e implementación de una marca de confianza (existente en Alemania que solo permite la utilización de la marca de confianza por las entidades acreditadas). ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N.º 25, setiembre, pp. 17-31.

portugués o en la Plataforma Europea ODR. Al contrario, el legislador español en la LDRAL prescribe que los requisitos de calidad establecidos solo se aplicarán a entidades que deseen ser notificadas a la Comisión Europea para constar de la Plataforma Europea ODR. Nos parece más acertada la opción del legislador español toda vez que la solución legal portuguesa traduce, en nuestra opinión, una reducción de las vías disponibles al consumidor para resolución de sus conflictos.

Los resultados del funcionamiento de la Plataforma Europea ODR en su primero año de actividad indican que más de 1.9 millones de personas han visitado su página web, lo que demuestra que la Plataforma se está haciendo conocida. Sin embargo, solamente el 2% de las reclamaciones son enviadas a una entidad RAL y únicamente el 1% de los procedimientos alcanza un resultado final. De esta manera habrá que averiguar porqué las partes prefieren llegar a un acuerdo al margen de una entidad RAL e incluso si en el futuro debe integrarse un sistema propio de resolución de los conflictos de consumo, dejando de existir meramente un modelo de gestión de reclamaciones y pasando la Plataforma Europea ODR a constituirse como una auténtica cuarta parte en la solución del litigio.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2016). *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (ed.), Oxford University Press.
- BARRAL VIÑALS, I. (2012). “La mediación en consumo: ¿tiene sentido una doble regulación de la mediación civil y mercantil?”, *Libro Digital de la VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación: Tiempo de Mediación, Liderazgo y Acción para el cambio*, Foro Mundial de Mediación, Vol. II, pp. 123-128.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. (1978). *Access to Justice – a World Survey*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milán.
- CARDOSO, A. M. y NAZARÉ, S. (2015). “A arbitragem necessária - natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mario Raposo*, Agostinho Pereira De Miranda; Miguel Cancellia de Abreu; Paula Costa e Silva, Rui Pena e Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, pp. 33-55.
- CEBOLA, C. M. (2012). “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. II, N.º 6, junio, pp. 11-46.
- CEBOLA, C. M. (2016). “ADR 3.0 @ resolução online de conflitos de consumo em Portugal”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 65-92.
- CEBOLA, C. M. (2017). “Mediación y arbitraje de consumo: una visión comparada de los modelos portugués y español”, *Revista de Internet, Derecho y Política - Mediación sectorial y digitalización*, Aura Esther Vilalta Nicuesa (coord.), N.º 25, págs. 6-16.
- CORTÉS, P. (2017). “The Online Court: Filling the Gaps of the Civil Justice System?”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 36, N.º 1, pp. 109-126.
- CORTÉS, P. (2016). “The New Landscape of Consumer Redress: The European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution”, *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (ed.). Oxford University Press, pp. 17-40.
- CORTÉS, P. (2015). “A New Regulatory Framework For Extra-Judicial Consumer Redress: Where We Are And How To Move Forward”, *Legal Studies*, Vol. 35, N.º 1, pp. 114-141.
- CORTÉS, P. (2015). “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, Barcelona, pp. 1-34.
- CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2013). “Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, N.º 2, pp. 407-440.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N.º 25, setiembre, pp. 17-31.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2017). “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, N.º 1, enero-junio, Madrid, pp. 109-137.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2016). “Challenges for the implementation of the Consumer ADR Directive in Spain”, *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (ed.), Oxford University Press, pp. 275-296.

- ESTEBAN DE LA ROSA, F. y CORTÉS, P. (2015). “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Fernando Esteban de la Rosa (ed.), Tirant lo Blanch, pp. 514-565.
- FROTA, M. (2016). “O acesso à justiça: os meios alternativos de resolução de litígios de consumo”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 9-14.
- HODGES, C., et al. (2012). “Consumer-to-business dispute resolution: the power of CADR”, *ERA Forum*, Vol.13, N.º 2, pp. 199–225.
- HODGES, C., et al. (2012). *ADR en Europa*, Hart Publishing, Oxford.
- MARTIN DIZ, F. (2006). “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, VELARDE ARAMAYO, M. S. (coord.), Salamanca: Ratio Legis, pp. 71-97.
- MEDEIROS, R. (2015). “Arbitragem Necessária e Constituição”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, pp. 1301-1330.
- MINOR, J. – Head of Representation, European Commission in the UK – (2016). “European Priorities for Consumer Protection”, *Westminster Business Forum Keynote Seminar: The Future of Consumer Law and ADR in the UK*, London, 14/09/2016, Conference Proceedings, pp. 55-57.
- OROZCO PARDO, G. (2011). “La Mediación en los Conflictos de Consumo”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. I, N.º 1, marzo, pp. 211-229.
- PASSINHAS, S. (2015). “Alterações Recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, A. Pinto Monteiro (ed.), Instituto Jurídico, pp. 357-388.
- PEGADO LIZ, J. (2004). “Justiças alternativas”, *Anuário Janus*, OBSERVARE/Jornal Público, disponible en http://janusonline.pt/2004/2004_3_4_5.html [Fecha de consulta: 10 de febrero de 2012].
- PEGADO LIZ, J. P. (2016). “A resolução alternativa de litígios no direito da União Europeia”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, N.º 22, junio, pp. 15-48.
- ROSS, G. y POBLET, M. (2011). “ODR in Europe”, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (ed.), Eleven International Publishing, pp. 465-481.
- VILALTA NICUESA, A. E. (2014). “La paradoja de la Mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 33, pp. 1-35.
- VILALTA NICUESA, A. E. (2014). *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, 1ª ed., Aranzadi.

VII. LEGISLACIÓN

Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (DO C 92, de 25/04/1975).

Comunicación al Consejo sobre el acceso de los consumidores a la justicia [COM(84) 692 final, de 12/12/1984].

Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló por primera vez el sistema arbitral de consumo en España.

Comunicación de la Comisión relativa a «la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios» [COM(2001) 161 final, de 04/04/2001].

Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115, de 17/04/1998).

Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109, de 19/04/2001).

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DO L 201, de 26/07/2013).

Reglamento (UE) N.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DO L 165, de 18/06/2013).

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051, de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) no 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DO L 171, de 02/07/2015).

Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial L 351, de 20 de diciembre de 2012).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» [COM (2015) 192 final, de 06/05/2015].

Ley 144/2015, de 8 de septiembre, de transposición al ordenamiento jurídico portugués de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y que establece el cuadro jurídico de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos de consumo en Portugal (DR N.º 175 - 1.ª Série, de 08/09/2015).

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE núm. 268, de 04/11/2017).

VIII. JURISPRUDENCIA

Sentencia de 14 de junio de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto C-75/16 “Livio Menini, María Antonia Rampanelli y Banco Popolare Società Cooperativa”).

Sentencia de 13 de mayo de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto C-536/13 “Gazprom” OAO contra Lietuvos Respublika).

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 97-114

MEDIACIÓN ELECTRÓNICA Y ADULTOS MAYORES:
ACCIONES ESTATALES PARA LA INTEGRACIÓN DIGITAL

DRA. HILDA ELEONORA VALLET

*Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires Argentina.
Mediadora Prejudicial Registrada Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
Argentina. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.*

RESUMEN

El presente artículo, tiene el propósito de tratar complejos aspectos de la problemática del manejo y organización de la mediación electrónica y las herramientas digitales, y su aplicación en las problemáticas que afectan a las personas mayores de sesenta años, indagando sobre los diferentes medios de acceso a la información para este grupo, y el uso de las herramientas disponibles para el acercamiento a los recursos digitales y mitigación de la brecha digital. La metodología de este trabajo, está basada en los datos del trabajo de investigación: “Derecho de los adultos mayores”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Octubre/noviembre 2017.

PALABRAS CLAVE

Mediación-Adultos- Mayores-Brecha-Digital

ABSTRACT

The present article has the aim of dealing with complex aspects of the problematic of the management and organization of the electronic mediation, and digital tools, and its application in the problems that affect people over the age of sixty, inquiring about the different means of access to information for this group and the digital tools available for the mitigation of digital gap. The methodology of this work is based on the data from the research work: “Derecho de los Adultos Mayores”, Faculty of Law, Buenos Aires University, Argentina. October/november 2017.

KEY WORDS

Mediation-Elderly-Adult-Digital-Gap

SUMARIO

1. Introducción.
2. Grupo en “estado” de vulnerabilidad: los adultos mayores.
3. La construcción de un “Derecho del adulto mayor”.
 - 3.1. Mediación como herramienta para el ejercicio de los derechos de los adultos mayores.
4. Incidencia de las TICs como herramientas para la información, acceso a los derechos, y el abordaje de los conflictos.
 - 4.1. Primeros resultados del trabajo de campo realizado.
 - 4.2. De los temas que les interesarían estudiar a los entrevistados.
 - 4.3. De los medios que los encuestados utilizan para informarse.
5. El acercamiento a las herramientas electrónicas y la autonomía del adulto mayor.
 - 5.1. La “tablet” gratuita + simple”¹.
 - 5.2. La réplica a nivel nacional de esta experiencia: “Programa Nacional de Acceso a Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para Adultos Mayores”.
 - 5.3. Mediación especializada en adultos mayores y herramientas electrónicas.
 - 5.3.1. Principales temas que afectan los derechos de los adultos mayores.
 - 5.3.2. Inclusión digital en pos del abordaje de conflictos a través de la mediación
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

¹ Agosto 2016. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que la población mundial envejece. Al mismo tiempo, millones de ancianos en el mundo, sobre todo en los países en desarrollo, ven conculcados sus derechos. Es de este modo que, en muchos de esos ambientes, el acceso a la salud, la educación y la protección legal suele ser un camino árido para ser transitado por este colectivo. A su vez, las magras o inexistentes entradas económicas regulares, ubican al adulto mayor en un estado de precariedad y riesgo económico que lo obliga a prolongar en el tiempo su permanencia en el mercado laboral, muchas veces en situaciones irregulares, en tareas mal remuneradas, y/o o en actividades poco reconocidas.

Al compás de cambios socioeconómicos que ponen en estado de vulnerabilidad a gran parte de este grupo, se va construyendo un cuadro de maltrato general, el cual no comporta sólo violencia física o psíquica, sino que se consolida a través de inconductas de la vida diaria que atentan contra la dignidad de los mayores².

Visto el aumento de la expectativa de vida, cada década tendremos una mayor población de ancianos que requerirán respuestas a sus reclamos implementadas de manera eficaz, económica, y en tiempo útil. (HUENCHUAN, 2012). Entendemos que la inclusión digital de los adultos mayores a través de medidas de fomento estatal y de herramientas electrónicas de fácil acceso, podrá brindar algunas de estas repuestas que, necesariamente, mejorarán la atención de los reclamos de esta población.

Es por lo anterior que hemos encarado un primer trabajo de campo, preguntándonos por la manera de acceder a la información por parte de este colectivo en los temas de la información legal, y de derecho a estudiar. Esta experiencia nos ha indicado que hay una proporción importante de este colectivo que se informa a través de medios digitales, utilizando diversas herramientas -tablet, computadora-.

Ante esta realidad, seguimos insistiendo desde la cátedra universitaria³ sobre la importancia del estudio del abordaje de conflictos a través de la Mediación, en conjunción con el uso de dispositivos electrónicos facilitados por la acción estatal, dos acciones en beneficio de la población anciana en condiciones de vulnerabilidad.

En la problemática de la ancianidad, la Mediación ha suplido las falencias de un sistema judicial que dilata en el tiempo sus decisiones, tornándolas abstractas y/o ineficaces para los mayores. Ahora bien, la facilitación del acceso a los procedimientos de mediación mediante herramientas electrónicas simples, potenciará la eficacia de ese procedimiento de Mediación. Entendemos que la mediación a través de herramientas electrónicas de fácil acceso, construye algunas de las repuestas que necesariamente, mejorarán la atención de los reclamos de la ancianidad.

Analizaremos aquí los primeros resultados de una indagación exploratoria⁴, que ha recogido datos

² Algunas de estas inconductas son: indiferencia y displicencia general, ejemplos negativos en los medios de comunicación, maltrato físico, moral, y psicológico, el despojo de los bienes, y el aislamiento en lo social y familiar.

³ Departamento de Práctica Profesional, Centro de Formación Profesional, Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En este "Centro...", funcionan: el Servicio Jurídico y Patrocinio Gratuito, el centro de Mediación, el Servicio Social -cuerpo asistencial integrado por Trabajadores Sociales y Psicólogos-, y se imparte la materia de Práctica Profesional. Esta materia comporta una llave de acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos, a la vez que es fuente de conocimiento para el aprendizaje práctico de la abogacía de los alumnos del último año de la carrera de Derecho. Durante el desarrollo de la materia (de una duración de once meses: hay clases mientras haya actividad judicial), los alumnos, "aprenden el ejercicio de la abogacía" dirigidos por sus profesores. A su vez, y desde los cursos del Ciclo Profesional Orientado -CPO- impartimos la materia orientada a la investigación intitulada: "Derecho de los Adultos Mayores", en la que promovemos la investigación y el acercamiento al trabajo de campo del alumno de grado, para el estudio de la problemática del adulto mayor.

⁴ Trabajo exploratorio realizado en el marco del Curso del CPO orientado a la Investigación que dictamos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, intitulado: "Derecho de los adultos mayores". Octubre y noviembre de

desde dos fuentes: la encuesta -fuente primaria- y el análisis de actuaciones judiciales relativas a este colectivo, -fuente secundaria-. Surge de este trabajo de campo que existe un impacto positivo de las tecnologías de la información y la comunicación con respecto a los adultos mayores, por lo que estimamos que, medidas de difusión y fomento del abordaje de los conflictos mediante ambientes digitales, amplificarán los beneficios que el sistema podría aportar a esta población.

2. GRUPO EN “ESTADO” DE VULNERABILIDAD: LOS ADULTOS MAYORES

Se han estudiado como grupos vulnerables, en estado de vulnerabilidad, o grupos desaventajados (GARGARELLA, 1999), a los que, por diversos factores -edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, o de discapacidad-, ven potenciado el riesgo de violación de sus derechos, desde la precariedad u omisión política, de plexo legislativo, o por insuficiencia e ineficacia de las políticas públicas que supuestamente atienden el ejercicio de los derechos de este grupo.

Es dable recordar que, las “**Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**”⁵, en su CAPÍTULO I: PRELIMINAR, SECCIÓN 2ª.- BENEFICIARIOS DE LAS REGLAS, establecen que dentro del concepto de “vulnerabilidad”: “...*(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: ...la edad...*” y en el apartado **2.- Edad**, se enuncia que: “...*(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia...*”

Así concebida, la vulnerabilidad es un impedimento que hace que determinados grupos no puedan acceder a sus derechos en el plexo de justicia de un Estado. Una persona es vulnerable en relación a un daño o riesgo, o en situaciones en las que, todos de una manera u otra, podemos ser vulnerables. Fuera de este riesgo natural que presupone la vida misma, y en determinados ambientes y circunstancias, las personas vulnerables están “en situación de vulnerabilidad”, debido a ciertas condiciones sociales que vuelven vulnerables a estos grupos. Creemos que este sería el caso de los adultos mayores, quienes son vulnerables dada su condición natural de edad, pero que pueden sufrir mayores daños y vulneraciones de sus derechos en razón de las contingencias derivadas del tratamiento que cada sociedad de a este grupo. Las malas condiciones sociales en las que debe vivir este grupo, la falta de reconocimiento de sus derechos previsionales, la falta de apoyo familiar, el aislamiento, la situación de pobreza económica, o la falta de acceso a derechos básicos, amplifican la situación de vulnerabilidad propia de la edad avanzada. Por lo anterior, podríamos considerar que, más allá del paso del tiempo sobre su persona y la edad, el anciano “está” en condiciones de vulnerabilidad que

2017. Trabajo colaborativo que hemos realizado entre estudiantes y docente. El procesamiento de los datos corresponde a la valiosa colaboración de la Lic. Graciela Duret (Integrante del proyecto DeCyT 1438, Facultad de Derecho UBA).

⁵ Han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008. Las “Reglas...” están siendo sometidas a la aprobación de los respectivos órganos de gobierno de las restantes Redes iberoamericanas del sistema judicial. Esta iniciativa ha sido apoyada por el “Proyecto EUROSOCIAL Justicia”, prestando su soporte al funcionamiento del Grupo de Trabajo, y asumiendo la financiación de la participación de los Expertos y de los representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema de justicia. En cuanto a la **aplicación** y **posible carácter vinculante** de las Reglas de Brasilia, en Argentina las mismas han sido adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 5/2009, del 24 de febrero; en tanto que el Ministerio Público de la Defensa de la Nación ha adherido a ellas por Resolución PGN Nro. 58/09, del 2 de junio, instruyendo a los fiscales, funcionarios y empleados de las distintas dependencias fiscales de todo el país, para que incorporen estas directivas como reglas prácticas en la atención de personas en condición de vulnerabilidad. El Ministerio Público de la Defensa de la Nación también ha adherido a las reglas, disponiendo la realización de publicaciones y actividades relacionadas con aquéllas.

comportan agravantes a su situación, porque es allí donde lo ha puesto la sociedad.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE UN “DERECHO DEL ADULTO MAYOR”

Ya desde 1991, a Asamblea General de las Naciones Unidas⁶, estableció los “Principios” en favor de las personas de edad. En tal Resolución, se enunciaron los derechos a: la independencia⁷, la participación⁸, los cuidados⁹, la autorrealización¹⁰, y a la dignidad.¹¹

A partir de este reconocimiento, realizamos una primera aproximación a la materia, considerando que existen tres tipos principales de derechos fundamentales de los adultos mayores, a saber: a la AUTONOMÍA, a la PARTICIPACIÓN, y el derecho a la PRESTACIÓN social durante la vejez.

No faltan instrumentos internacionales que traten la protección jurídica y social de este grupo¹². En Latinoamérica, muchos países han incluido a la ancianidad en sus constituciones¹³. En el caso de la

⁶ Resolución 46/91 del 16 de diciembre de 1991. disponible en: <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html>. Última entrada: 17/07/2017.

⁷ “...Las personas de edad deberán: tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras posibilidades de obtener ingresos; poder participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales; tener acceso a programas educativos y de formación adecuados; tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio; poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

⁸ “...Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes; poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades; poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

⁹ “...Las personas de edad deberán: poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad; tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de la enfermedad; tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado; tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro; poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida...”

¹⁰ “...Las personas de edad deberán: poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial; tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad...”

¹¹ “... Las personas de edad deberán: poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales; recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica...”

¹² Entre otros: Plan de Acción Internacional sobre Envejecimiento Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982 (Resolución 37/51, Asamblea Mundial sobre el envejecimiento, Viena, Austria) .Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Madrid 2002.

Disponibles en <http://www.un.org/es/development/devagenda/ageing.shtml>. Última Entrada 17-07-2017.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”-Entrada en vigencia: 1999-, art 17, Protección de los ancianos. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>. Última entrada: 17-07-2017.

El 15 de junio de 2015, los estados miembros de la OEA aprobaron la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, siendo así el continente Americano el primero en contar con un instrumento para la protección de los derechos de los ancianos. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A70_derechos_humanos_personas_mayores.asp. Última entrada: 17-07-2017. Esta convención fue ratificada por la República Argentina, el 31 de mayo de 2017.

¹³ Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, y Venezuela.

República Argentina, es profusa legislación internacional en materia de Derechos Humanos a la que adhiere el país.

Sabido es que todos los hombres y mujeres, sin importar su edad, nacionalidad, ni origen, gozan en la República Argentina de las garantías devenidas tanto del texto de la Constitución Nacional, como de los tratados internacionales con igual jerarquía –artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional¹⁴; asimismo, el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Argentina, -facultades del Congreso- incorpora una nueva cláusula de progreso económico con justicia social, afianzando la llamada igualdad jurídica material, llegando en el inciso 23 a proveer la facultad del congreso de legislar y promover “...medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato ...en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”. Este recepto construye un reconocimiento de “desigualdades fácticas de partida”, que necesitan de las acciones positivas del Estado para arribar a la igualdad real. Es así como la igualdad contenida en el texto podría clasificarse como de “constitucionalismo aspiracional” o en términos emancipatorios, interpelable -no en términos de “restauración” sino de no dominación o no sometimiento (FRASER, 1997)-. El plexo legal se integra con instrumentos constitucionales, y las leyes dictadas en materia de derechos humanos y ancianidad, que proveen un amplio andamiaje jurídico para la defensa y asistencia de este grupo.¹⁵

¹⁴ Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 25. 1. reza: “... Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de... vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad...” -Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Última entrada: 17-07-2017.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 16 propugna el “*DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL*” ...*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia...*”.(Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Última entrada: 17-07-2017).

El “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA”, Convención Americana de Derechos Humanos en su Capítulo II – “Derechos civiles y políticos Derecho a la salud y a la vida”, consagra también este derecho fundamental: “...*Artículo 4. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...*”

(Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Última entrada: 17-07-2017).

¹⁵ La reforma constitucional de la República Argentina del año 1994, ya refería a los Derechos de la ancianidad. Actualmente, los artículos 14 y 14 bis, garantizan a todos habitantes los derechos a la salud, a la vida, al trabajo y a la seguridad social. Más modernamente, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires trata la problemática de las personas mayores en el “Libro Primero - Derechos, Garantías y Políticas Especiales; Título Segundo - Políticas Especiales, Capítulo Segundo – Salud. En su artículo 21 consagra que :”... *La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud...*” y luego “...*Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada...*”. A su vez, en el Capítulo Duodécimo - Personas mayores”. Artículo 41º se dice que: “... *La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y socio-cultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización...*”.

En el ámbito de la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, se han sancionado numerosas leyes de reconocimiento y asistencia a las personas mayores. (Ley 368: Convenio celebrado entre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Directora de las Naciones Unidas para el Desarrollo; ley 1.878: Programa Ciudadanía Porteña. Con todo derecho; ley 661: Registro Único y Obligatorio de Establecimientos Residenciales para Personas Mayores; ley nro. 864: Residencias de Adultos Mayores –Patologías.-; ley 1.688 de prevención de la violencia familiar y doméstica).

En cuanto a legislación nacional argentina, la Ley 24.417 - Protección contra la violencia familiar, artículo 2º: establece un régimen especial “...*Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a*

En este punto, solicitaremos la indulgencia del lector, pues seremos reiterativos en traer una vez más aquellas palabras de MORELLO (2003), quien nos recordaba que los derechos consagrados en los grandes tratados internacionales sólo “...resplandecen, nada más que en las solemnes declaraciones internacionales, en los congresos mundiales que los celebran, y en las exposiciones científicas que doctamente los comentan...”. Llamamos la atención sobre que, a pesar de contarse con numerosas herramientas legales en materia de derechos humanos y derechos de la ancianidad, hemos podido observar -desde la experiencia universitaria-, que aún falta mucho por estudiar y lograr en el campo específico de la **consagración integral** del Derecho del Adulto Mayor.

La práctica jurídica nos ha brindado una invaluable experiencia que nos ha permitido detectar y estudiar los obstáculos que se presentan a la hora de hacer valer los derechos de estas personas, siendo el mayor de ellos la frágil preparación de la sociedad en el abordaje del tema. (VALLET y CIANCIA, 2013). La incidencia de las TICs para la llegada de la información en esta materia, y para el abordaje y tratamiento de los conflictos, adquiere relevancia, frente al fenómeno del aumento de la expectativa de vida que visibiliza aún más las situaciones de vulnerabilidad de los ancianos.

El trabajo de campo realizado sobre las situaciones y casos reales que los adultos mayores traen a la consulta en nuestro Departamento de Práctica Profesional, -Ciudad Autónoma de Buenos Aires-¹⁶, y sobre ancianos que viven en la Provincia de Buenos Aires, nos muestra que la titularidad de los derechos de este colectivo se encuentra plenamente vigente, aunque no siempre es conocida ni por los destinatarios de tal sistema, ni - al decir de los encuestados- por el resto de la sociedad que debe respetarlos. Frente a esta realidad, el problema del “ejercicio” de los derechos de los adultos mayores, y el de la “actuación autónoma de los derechos y libertades”, es el que debe ser estudiado y resuelto. El anciano deberá defender su autonomía estableciendo límites al poder del Estado y de terceros sobre su persona, sus bienes, y sus derechos.

La autonomía, -acción de toma de decisiones autónomas- o la autonomía “asistida”, no deberá comportar una autonomía **sustituida**, en perjuicio de la voluntad del adulto mayor. Lo contrario comportaría una usurpación de voluntad del anciano, en detrimento de sus derechos y garantías inaceptable en un Estado de Derecho.

3.1. MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES

La República Argentina ha transitado una vasta experiencia en la exploración e implementación de mecanismos alternativos de abordaje de conflictos. En 1991, el Ministerio de Justicia de la Nación, por Resolución N° 297, creó una Comisión de Mediación. En el año 1995, se sancionó la primera ley de Mediación y Conciliación Prejudicial obligatoria¹⁷. Finalmente, se sancionó la Ley 26.589 (2010), estableciendo definitivamente la mediación prejudicial obligatoria¹⁸ que rige a nivel de la Justicia Nacional ordinaria en lo civil, comercial y de asuntos de familia.¹⁹

efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor...”. También en el ámbito nacional, la Ley 25.724 - Programa de Nutrición y Alimentación Nacional, dispone en su artículo 2° que: “...Dicho Programa en la emergencia, está destinado a cubrir los requisitos nutricionales de ...ancianos desde los 70 años en situación de pobreza...”.

¹⁶ Ver nota nro 3.

¹⁷ Ley 24.573 de Mediación y conciliación, sancionada el 4 de octubre de 1995, y promulgada el 25 de octubre de 1995

¹⁸ El hecho de la obligatoriedad de la mediación prejudicial, que impresiona contradictorio al principio de voluntariedad, rige al momento de acudir a la primera audiencia o convocatoria dentro del procedimiento de mediación. Luego de ese primer encuentro, las partes son libres de continuar o no con el proceso.

¹⁹ También la mediación se ha aplicado exitosamente en determinadas cuestiones penales como: daño, usurpaciones,

Esta experiencia ha instalado la mediación como herramienta eficaz para atender los derechos de grupos en estado de vulnerabilidad y, en particular, de adultos mayores. Y es aquí donde los métodos no adversariales de resolución de conflictos, potencian su efecto: estos métodos proporcionan abodajes y soluciones más breves en el tiempo que, en el caso de los asuntos relacionados con los derechos de los ancianos, agregan valores fundamentales como:

- a) Celeridad.
- b) Escucha.
- c) Tranquilidad.
- d) Economía.
- e) Confidencialidad.

4. INCIDENCIA DE LAS TICS COMO HERRAMIENTAS PARA LA INFORMACIÓN, ACCESO A LOS DERECHOS, Y EL ABORDAJE DE LOS CONFLICTOS

4.1. PRIMEROS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO REALIZADO

Indagando sobre la relación entre tecnología y ancianidad, abordamos un universo de personas de 60 años o más, -adultos mayores- que acuden al Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También se encuestó a ancianos que viven en el denominado “Gran Buenos Aires”, y que no acudieron al ámbito universitario.

Entre otros aspectos, se preguntó acerca de los temas de interés de este grupo -si les interesaría estudiar algún tema o temas en particular- y sobre los medios que los encuestados utilizan para informarse. Se estudiaron 25 casos, 23 devenidos de la encuesta (fuente primaria), y 2 extraídos del análisis de actuaciones judiciales. Del total de casos analizados 15 corresponden a mujeres, y los 10 restantes a varones.

La edad promedio de los encuestados es de 73,88. El grupo etario de mayor frecuencia es el comprendido entre los 67 y 74 años, representando el 36% de los casos analizados. La mitad de las personas tiene menos de 74 años. La edad mínima es de 60 años y la máxima de 93 años.

La edad promedio de las mujeres es de 74,07 años con un desvío estándar de 9,92 años, siendo la variabilidad relativa con respecto al promedio del 13,4% indicando que la edad de las mujeres no es homogénea. La edad mínima es de 60 años y la máxima de 93 años.

La edad promedio de los varones es de 73,6 años con un desvío estándar de 8,63 años, siendo la variabilidad relativa con respecto al promedio del 11,7%, indicando que la edad de los hombres no es homogénea. La edad mínima es de 62 años y la máxima de 86 años.

El 79% de los encuestados reside en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto a la nacionalidad, el 76% de los encuestados es de nacionalidad argentina, un 4% paraguaya, un 4% peruana, y el 16% restante pertenece a otras nacionalidades -incluidas: uruguaya, española, y desconocidas-.

amenazas, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, impedimento de contacto de hijos, y delitos menores en distintas jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con diversas modalidades, el sistema ha sido adoptado en la Provincia de Buenos Aires, y en el resto de las provincias del país.

4.2. DE LOS TEMAS QUE LES INTERESARÍAN ESTUDIAR A LOS ENTREVISTADOS

CUADRO 7

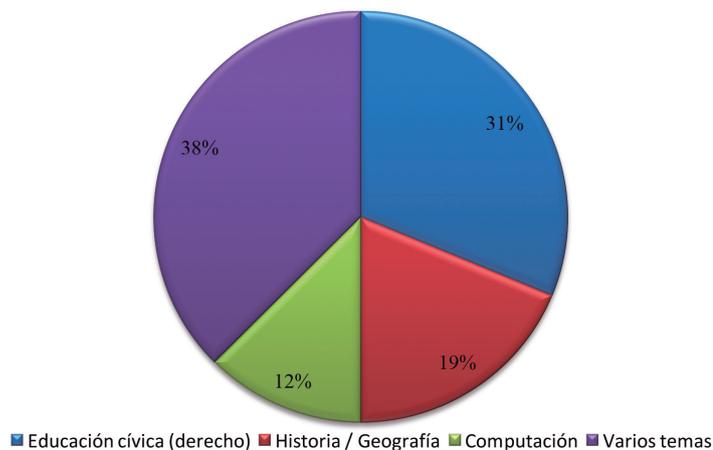
DISTRIBUCIÓN DE LOS TEMAS DE INTERÉS

TEMAS DE INTERÉS	Frecuencia	Porcentaje
Educación cívica (derecho)	5	31
Historia / Geografía	3	19
Computación	2	12
Varios temas(*)	6	38
Total	16	100

Nota(*): Lengua y Literatura, Arte, secundario, idiomas, oficios. Fuente: Elaboración Propia. Curso CPO: Derecho de los adultos mayores. Facultad de Derecho UBA

GRÁFICO 4

DISTRIBUCIÓN TEMAS DE INTERÉS



FUENTE: Cuadro 7

Del total de interesados (16) en algún tema de estudio, sólo 6 personas (38%) realiza o ha realizado cursos. El 48% no conoce sobre los centros de educación a distancia ni sobre los centros para terminar sus estudios.

“Computación” aparece como tema de interés, lo que nos muestra un primer indicio de la necesidad de acercamiento a estas herramientas por parte de los adultos mayores.

4.3. De los medios que los encuestados utilizan para informarse.

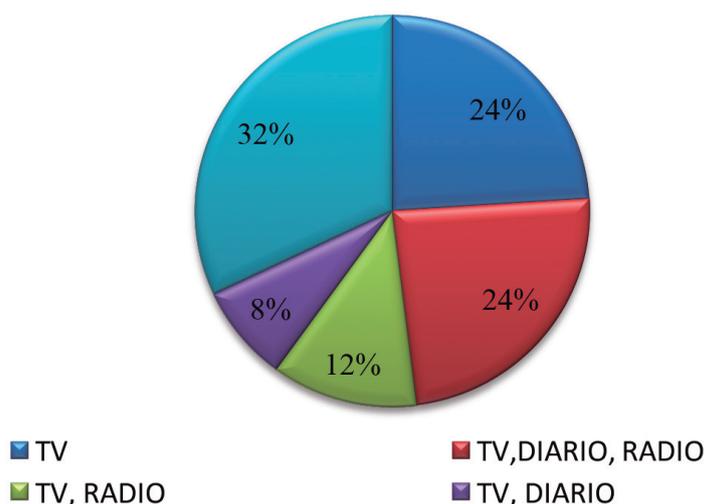
El total de los encuestados se informa mediante la televisión, sin embargo se muestra en el siguiente cuadro la distribución con otros medios.

CUADRO 8
DISTRIBUCIÓN DE LOS MEDIOS PARA INFORMARSE

MEDIO INFORMACIÓN	Cantidad de personas	Porcentaje
TV	6	24
TV,DIARIO, RADIO	6	24
TV, RADIO	3	12
TV, DIARIO	2	8
VARIOS	8	32
Total	25	100

Fuente: Elaboración Propia. Curso CPO: Derecho de los adultos mayores. Facultad de Derecho UBA

GRÁFICO 5
DISTRIBUCIÓN MEDIO PARA INFORMARSE



FUENTE: Cuadro 8

Este resultado nos ha mostrado que existe un acercamiento de este grupo etario al uso de la tecnología. El 32 % de los entrevistados que manifiesta el uso de computadoras y tablets para informarse; este dato nos alienta a pensar que es posible avanzar sobre la llamada “brecha digital” que estaría excluyendo a los adultos mayores de las tecnologías de la información. La difusión de herramientas y equipamientos de bajo costo y uso simple, así como las medidas de fomento estatal para promover el uso de estas tecnologías, serían factores que podrían servir para derribar esta “brecha” u obstáculo que afecta la calidad de vida de los ancianos. En este sentido, las últimas medidas de fomento -Tablet gratuitas para jubilados y pensionados en estado de vulnerabilidad-, resultan aquellas medidas positivas estatales que acercarán cada vez más al adulto mayor al mundo digital.

5. EL ACERCAMIENTO A LAS HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS Y LA AUTONOMÍA DEL ADULTO MAYOR

5.1. LA “TABLET” GRATUITA + SIMPLE”²⁰

Como acción positiva del Estado en pos de la autonomía real de este grupo frente a la sociedad, se ha observado, a nivel de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el establecimiento del programa de entrega de la *tablet gratuita +simple* a los adultos mayores.

Esta acción es implementada en el marco del Programa de Inclusión Tecnológica (INTEC), de la Secretaría de Tercera Edad. Puede solicitar la inclusión en este programa toda persona mayor de 60 (sesenta) años que acredite una residencia mínima, inmediata e ininterrumpida de un 1 (un) año en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e ingresos mínimos previsionales. El programa consiste en recibir de manera gratuita una Tablet con el software “+Simple” pre instalado. La tablet se entrega contra la firma de un contrato de cesión precaria del equipo, por el lapso de tres meses, tiempo durante el cual el beneficiario deberá realizar una capacitación de cuatro encuentros de una hora y media cada uno-aula digital-. Cumplida la capacitación, el beneficiario contará con el dominio del equipo.

Los que no califiquen para recibir el dispositivo de manera gratuita, podrán adquirirlo con créditos de fomento -de hasta 50 cuotas- y podrán descargar el software y capacitarse de manera gratuita.

5.2. LA RÉPLICA A NIVEL NACIONAL DE ESTA EXPERIENCIA: “PROGRAMA NACIONAL DE ACCESO A TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES PARA ADULTOS MAYORES”

El “Programa Nacional de Acceso a Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para Adultos Mayores” fue aprobado mediante la Resolución 3248E/2017 del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)²¹, del 4 de mayo de 2017; el programa contempla la **inclusión digital** a través de la cual se **entregarán tablets gratis a jubilados y pensionados de todo el país que cobren el haber mínimo**. La acción se inspira en la experiencia del **plan “+Simple” del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**²².

Se han enunciado como objetivos de este programa nacional los siguientes:

- * Promover la participación e integración social de los adultos mayores.
- * Ampliar y potenciar su campo de prácticas y sus formas de vinculación en lo social.
- * Facilitar su inclusión en las redes sociales.
- * Democratizar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

El programa se ha ido implementando por etapas en distintas localidades de todo el país durante el año 2017. Los jubilados y pensionados que cobren el haber mínimo, tendrán que anotarse en un registro para recibir el equipo.

La gran cantidad de interesados en obtener el recurso, y las trabas burocráticas y demoras propias del sistema estatal, han traído dificultades a los adultos mayores que solicitaron la herramienta. No obstante, consideramos que estos programas, -los cuales se encuentran en etapas iniciales de implementación- comportarán ventajas para el colectivo estudiado, dado que estas acciones directas del Estado

²⁰ Agosto 2016. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²¹ Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/163181/20170505>. Última entrada: 17-07-2017.

²² La Resolución ENACOM N° 1.564 del 8 de marzo de 2017, ratificó la suscripción del Convenio Marco de Cooperación entre este organismo y el GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, con el objetivo de brindar colaboración mutua y asistencia técnica operativa entre las partes a los efectos de realizarse acciones conjuntas tendientes al desarrollo de políticas de facilitación del acceso a la conectividad.

pueden ser potenciadas en pos del acceso a diversos recursos por parte de los adultos mayores. Así, estimamos que, además de los usos sociales del recurso, la “tablet” puede proporcionar soluciones jurídicas a los adultos mayores.

5.3. MEDIACIÓN ESPECIALIZADA EN ADULTOS MAYORES Y HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS

5.3.1. PRINCIPALES TEMAS QUE AFECTAN LOS DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES

Desde la consulta que realizan los adultos mayores que acuden al Departamento de Práctica Profesional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, se han observado los problemas que plantean dos diferentes grupos de adultos mayores, a saber:

a) Adultos mayores de escasos recursos económicos.

Los casos mediables más frecuentes de consulta jurídica por parte de los adultos mayores de escasos recursos económicos, son:

- * Revocación de donaciones. Las consultas refieren donaciones que comportan desprenderse de bienes en vida, con reserva de usufructo para el adulto mayor, y/o con obligación de abonar una renta vitalicia al adulto mayor; se registran incumplimientos por parte del donatario. También situaciones de engaño hacia el anciano, a los efectos de que realice la donación
- * Violencia Familiar: cuestiones de violencia entre cónyuges, o por parte de hijos mayores de edad, u otros parientes, convivientes o no con los ancianos²³.
- * Reclamos de alimentos: por parte de los adultos mayores a sus hijos; también reclamos de alimentos a los abuelos para los nietos.
- * Derecho de comunicación -de los abuelos con los nietos, o con otros parientes-
- * La presión a la internación compulsiva en establecimientos geriátricos, ejercida por parientes directos o no.
- * Amenazas simples
- * Daños
- * Desalojos.
- * Restitución al hogar: en caso de ocupación de inmueble por parte de parientes, restitución al domicilio.
- * Control del cobro del haber jubilatorio: depósito en cuenta bancaria con orden conjunta con persona de confianza del anciano, con la obligación de rendición de cuentas sobre el empleo de los fondos.
- * Adultos mayores con discapacidades físicas y/o mentales: acciones en pos de la protección de sus derechos.

B) En cuanto a los Adultos mayores con recursos económicos:

Las personas que poseen recursos económicos, no son patrocinadas por el sistema gratuito que provee nuestra Facultad. No obstante, también estas personas llegan a nuestro Patrocinio en busca de ayuda legal. En estos casos, se les indica que, al contar con recursos económicos, deben acudir a los servicios de un abogado particular. Estos ancianos presentan las mismas consultas que las descritas en el punto anterior, a las cuales se les suman:

- * Cuestiones sucesorias.

²³ Mediable, en el ámbito judicial, con las particularidades dispuestas por la Ley 24.417

- * Asuntos por control de sociedades comerciales (en particular sociedades familiares).
- * Control de las rentas devenidas de explotaciones industriales.
- * Control de las rentas devenidas de explotaciones agropecuarias.
- * Usurpaciones.

5.3.2. INCLUSIÓN DIGITAL EN POS DEL ABORDAJE DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN

Los dos programas informáticos descritos en este trabajo, -los cuales se encuentran en etapas iniciales de implementación- comportan acciones directas del Estado que pueden brindar soluciones en mediación electrónica y a distancia para los adultos mayores.

Los ancianos que accedan a la “*tablet*”, podrán utilizar la herramienta para comunicarse con un mediador comunitario, acceder a la conciliación en relaciones de consumo, agilizar la comunicación y el cumplimiento en los convenios arribados en asuntos iniciados por: a) el derecho de comunicación con menores de edad, con capacidad restringida, o enfermos o imposibilitados²⁴; b) el cumplimiento y monitoreo de acuerdos de mediación en materia de alimentos, tanto de los reclamados por el adulto mayor a sus descendientes, como los referidos a los reclamos que el adulto mayor reciba -en general, se observa el reclamo de alimentos para los nietos-; c) en todas las cuestiones de mediación en asuntos de familia; d) en la implementación de la restitución al hogar del adulto mayor para el caso de ocupación de su vivienda por parte de parientes o terceros; e) en la implementación de la revocación de donaciones -violencia económica, desapoderamiento de bienes, usurpación de voluntades-. A su vez, el adulto mayor podrá acceder al seguimiento de reclamos previsionales y diferentes programas y modalidades devenidos de la llamada “reparación histórica”²⁵

Dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, iniciado el mismo, antes de la fecha de la primera audiencia, y en cualquiera de las materias mediables, el adulto mayor podrá tomar contacto con el mediador designado a través del recurso electrónico, a los efectos de hacerle conocer el alcance de su pretensión²⁶. A su vez, el recurso comporta también vital herramienta para llevar adelante el diálogo y el acercamiento en el caso de mediaciones a distancia, en particular, en materia de mediación familiar. .

Por otro lado, debemos considerar que no sólo las grandes extensiones del país pueden aislar a la población anciana: también este grupo suele presentar problemas de movilidad, que hacen que una mediación deba necesariamente celebrarse por videoconferencia. La inclusión digital del anciano le facilitará realizar este procedimiento, y ahorrar tiempo y recursos, esté o no ceca del estudio de mediación.

²⁴ Artículos 555, 556 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

²⁵ La llamada “Reparación histórica” -Ley 27.260-, que propone actualizar los haberes en función de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las Cámaras de la Seguridad Social y de las Cámaras Federales, mediante la firma de un acuerdo, requirió el ingreso y navegación por una plataforma web.

²⁶ “...Contacto de las partes con el mediador antes de la fecha de audiencia. Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones...” Artículo 21, ley 26.589.

6. CONCLUSIONES

Desde un primer acercamiento empírico mediante encuestas realizadas a adultos mayores, nos hemos asomado a los contactos y conocimientos de este grupo con relación a las herramientas digitales. Siendo que un 32% de los entrevistados ha manifestado que se informa por computadoras o tablets, somos optimistas en cuanto a que la inclusión digital de los adultos mayores es posible. Consideramos que, acciones positivas del Estado -como el programa de la “*tablet*”- comportan un canal de facilitación en pos de la entrada de este grupo a la era digital, y de la concreción de la autonomía del adulto mayor y del ejercicio de sus derechos.

Desde la actividad académica, hemos percibido el creciente fenómeno de la usurpación o sustitución de la voluntad del adulto mayor. Toda herramienta que preserve el ejercicio libre de los derechos, y la autonomía en las decisiones del anciano, traerá más y mejores soluciones a la problemática del adulto mayor y, en suma, proveerá a la mejora de su calidad de vida como ciudadano y actor social. Es que utilizar herramientas digitales para el abordaje de un conflicto a través de la mediación, construye una acción sinérgica multiplicadora de posibles soluciones reparadoras. A ello deberemos sumarle el efecto que tal sinergia produce en la población anciana, al brindar un espacio de autonomía en el ejercicio de los derechos, lejos de las exigencias de traslados y esfuerzo físicos.

Por otro lado, la mediación comporta un ágil procedimiento de reclamo del ejercicio de los derechos de los ancianos, procedimiento que sortea las falencias de un sistema judicial que no puede dar rápidas respuestas en el tiempo a los justiciables. Esta última circunstancia produce mayores daños cuando se trata de ancianos, quienes carecen justamente de ese recurso: el tiempo.

La autonomía en las decisiones y ejercicio de los derechos, comportan dos universos interrelacionados en la vida de los ancianos. Un recurso electrónico inclusivo - la *tablet* gratuita-, de la mano de métodos alternativos de abordaje de conflictos, construye un efecto multiplicador de posibles soluciones para los problemas de este colectivo. Y es que toda herramienta que mantenga y potencie las oportunidades del abordaje de conflictos mediante recursos digitales, contribuirá a la mejora de la calidad de vida de estos ciudadanos.

Consideramos que es preciso derribar las barreras de la llamada “brecha digital” entre las generaciones, integrando a todos los sectores, por lo que invitamos a nuestros lectores a trabajar en pos de la inclusión digital de todas las generaciones, y del abordaje de los conflictos con modernas herramientas. Ello para ser así actores de la construcción de una sociedad para todas las edades. En suma, y como nos dijera el Dr. Fayt²⁷, a la construcción de una sociedad más justa.

²⁷ En ocasión de agradecer la invitación a la presentación de nuestro libro “Adultos mayores: ciudadanos y actores sociales”, el Doctor Carlos Santiago Fayt -Ministro de la Corte Suprema de la Nación Argentina- nos hizo llegar a las autoras una muy generosa misiva relativa al contenido e importancia de nuestro trabajo. Valga esta pequeña nota como humildísimo homenaje a tan destacado y admirado maestro, ejemplo de sabiduría y civismo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., COURTIS, C.: “Los derechos sociales como derechos exigibles”, con prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta S.A., Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid, 2004.
- BIRGIN, H. y KOHEN, B. (comp), “Acceso a la Justicia como garantía de igualdad”. Editorial Biblos. Buenos Aires, 2006.
- CALCATERRA, R.A.: “Mediación Estratégica”. Primera edición, abril 2002, Ed. Gedisa, Barcelona, España.
- CAPPELLETTI, M.: “Proceso, Ideologías, Sociedad”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires 1974.
- COURTIS C. (Comp.) “Ni un paso atrás”. Ediciones del Puerto S.R.L.. Buenos Aires, 2006.
- COURTIS, C.: “Los Derechos Sociales como Derechos”, en “Los Derechos Fundamentales”, AA.VV. SELA 2001. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto S.R.L. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2003.
- DABOVE, M. I. , “Los Derechos de los Ancianos”. Editorial Ciudad Argentina, Madrid, 2004
- de HOYOS SANCHO, M. “Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables: algunas particularidades”, en “Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal”. JAVATO MARTÍN, M. y De HOYOS SANCHO, M. directores. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DURET, G., “Manual de Estadística (para principiantes)”. Nusantina Ediciones, Buenos
- DWORKIN, R.: “Los derechos en serio”, con traducción de Marta Guastavino. Editorial
- FISHER, R., URY, W. y PATTON, B.: “Sí... de acuerdo”. Segunda Edición, 1993, 3era. Reimpresión, 1995,-Colombia- Editorial Norma-impreslibros-Junio 1995.
- FISHER, R.: “Más allá de Maquiavelo” –Edición en español de acuerdo con Harvard University Press. 1996-Argentina- Ediciones Granica SA-Abril 1996.
- FRASER, N.: “Iustitia Interrupta”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, 1997.
- GALTUNG, J., LYNCH, J. , Mc.GOLDRICK, A.: “Reporteando Conflictos”. Primera Edición: junio de 2006. Montiel & Soriano Editores S.A. de C.V., Traducción y edición: Fernando Montiel. México.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. , ROGEL VIDE, C. -Directores- “Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012”. Colección de Mediación y Resolución de Conflictos. Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos. Universidad Complutense de Madrid.
- GARGARELLA, R.: (Comp.) “Derecho y grupos desaventajados”. Biblioteca Yale de Estudios jurídicos. Editorial Gedisa S.A. Barcelona, 1999.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. (coordinadora): “Arbitraje y mediación en materia de consumo”. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.) Madrid, 2012.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ-COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO,P., “Metodología de la investigación” . McGraw-Hill Interamericana Editores. Cuarta Edición, México, 2008.
- HIGHTON, E.E., ÁLVAREZ, G. S. . “Mediación para Resolver Conflictos”. Segunda edición, febrero de 1996, Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina.
- HUENCHUAN, S: Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y

desafíos” Sandra Huenchuan, Editora. Cepal. Naciones Unidas, 2012.

- KOLB, D. “Cuando hablar da resultado”. Editorial Paidós SAICF. Buenos Aires, 1996.
- MARTIN DIZ, F.: “La mediación en materia de familia y Derecho Penal”. Andavira Editora, 2012..
- MORELLO, A. M. :”El Estado de Justicia”, Librería Editorial Platense, La Plata, Argentina. 2003.
- PATRÓN BEDOYA, P.BUENO de MATA, F.: “Nuevas tecnologías y justicia 2.0. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Calentín Carrascosa López” (VOL. 2).Edición: Parlamento de Extremadura.
- PISARELLO, G.: “Los derechos Sociales y sus garantías”. Editorial Trotta S.A.. Madrid, 2007.
- PONIEMAN, A.: “Qué hacer con los conflictos”. Editorial Losada, 2da. Edición.Buenos Aires, 2005.
- RAFFIA, H.: “El arte y la ciencia de la negociación”. -Primera reimpresión, 1996-México-Fondo de Cultura Económica-septiembre 1996.
- RAWLS,J.”La justicia como equidad. Una reformulación”, Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- RODOTÁ, S.: “El derecho a tener derechos”, Editorial Trotta S.A., Madrid 2014.
- URY, W. “¡Supere el no!”. Editorial Norma S.A., Buenos Aires, 1993
- VALLET, H.E. y CIANCIA, O.E., “Adultos mayores: Ciudadanos y actores sociales” Ed. La Ley, Colección Facultad de Derecho, Serie Derecho Privado y Derecho de Familia, Buenos Aires, 2013.
- ZAGREBELSKY, G. Y MARTINI, C.M..”La exigencia de la justicia”,Editorial Trotta S.A.. Madrid, 2006.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 3, 2017, PÁGS. 115-126

CONFLICTOS EN LAS ORGANIZACIONES Y SU RESOLUCION ME-
DIANTE ADR/ODR Y SU SINERGIA CON LAS TECNOLOGIAS DE LA
INFORMACION Y COMUNICACIÓN (TIC)

MÓNICA FERNÁNDEZ ARHEX

*Abogada. Mediadora. Especialista en Mediaciones Empresarias. Universidad de Belgrano.
(UB) Buenos Aires. Argentina. Profesora de Negociación y Mediación en Universidad de
Belgrano. (UB) Universidad Argentina de la Empresa (UADE) Universidad de Buenos Aires
(UBA) Universidad Austral. Formadora de Mediadores Colegio Público Abogados Buenos
Aires. Coordinadora Académica. Consultora BID FOMIN.*

RESUMEN

En el presente trabajo se hace un análisis de los conflictos que existen en las organizaciones en la nueva era de la cuarta revolución industrial, digital y disruptiva. Dado que el impacto de dicha revolución es transversal al involucrar tanto el ámbito privado como al público, afectando los planos políticos, económicos, culturales, sociales, antropológicos y jurídicos se hace necesario la aplicación de avances tecnológicos y científicos como las neurociencias y la inteligencia artificial, que, entre otras, obligan a una reingeniería del marco institucional, debiendo asumir nuevas maneras de estructurarse y de funcionar. Para ello se necesitan nuevas y mejores formas de interacción y la clave venga dada por la reconfiguración a partir del concepto de gestión inteligente de los conflictos, la innovación inclusiva y el impulso del uso de tecnologías a partir de las personas y sus derechos. Siendo en ese caso los ADR Y ODR los mejores instrumentos para llevar a cabo esta transformación.

1.- AMBITOS DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ORGANIZACIONAL Y SU UTILIZACIÓN COMO ADR

En general se entiende que cuando se hace referencia a la mediación organizacional, la organización se emplea como sinónimo de empresa y se la define como la organización de los elementos de la producción: naturaleza, capital y trabajo con miras a un fin determinado, con el objeto de procurar una buena disposición material o funcional, tendiente a un ejercicio eficaz y eficiente en la actividad de la administración que lleva implícito el ánimo de lucro.

Hay también otra definición que me parece muy adecuada que le pertenece a Jeffrey PFEFFER dice que “la organización es una red conversacional que contiene un sistema de significado y creencias compartidos, en donde la actividad crucial es la continua construcción y mantenimiento del significado y sistema de creencias que aseguran el cumplimiento, el compromiso y el efecto positivo por parte de los participantes”. (1)

Encontramos dentro de esta línea a quienes fueron precursores de las conversaciones como recursos socioeconómicos: Ilya Prigogine, Barnet Pearce, Edgar Morin, David Böhn, Heinz von Foerster, Jerome Brunner, Evelyn Fox Keller y al aplicar la reflexión, el diálogo, la colaboración permite integrar la pluralidad, aceptación de la diversidad, mayor responsabilidad y mejores equipos de trabajo. Por ende hay una redefinición de las organizaciones, las relaciones sociales y los desarrollos económicos porque incluyen la diversidad y ayudan a afrontar mejor las crisis de contexto dado que dichas organizaciones se vuelven más flexibles (2)

Esta mediación se despliega en dos grandes ámbitos que comprende (3)

1) MEDIACIÓN INTRAORGANIZACIONAL O INTRAEMPRESARIA

2) MEDIACIÓN INTERORGANIZACIONAL O INTEREMPRESARIA

1) En la MEDIACIÓN INTRAORGANIZACIONAL O INTRAEMPRESARIA: la institución dispone de sus propios mediadores para que intervengan en los conflictos suscitados dentro de la empresa. Se cuenta también en algunas empresas con mediadores o facilitadores llamados Ombudsman Corporativo cuyas funciones desarrollaré más adelante, pero aquí basta con decir que su impacto no debe medirse en forma aislada sino como parte de iniciativas, como entrenamiento de liderazgo, diversidad y coaching.

La MEDIACIÓN INTRAEMPRESARIA comprende conflictos que surgen entre:

A) La Empresa con proveedores.

- B) Entre diferentes departamentos.
- C) Laborales.
- D) Societarios.
- E) La Empresa con sus contratados o dependientes.
- F) La Empresa con sus mandantes o clientes.
- G) Los contratados o dependientes con mandantes o clientes.
- H) Los contratados o dependientes entre sí por cuestiones personales o vinculadas a la empresa.
- I) Los mandantes o clientes entre sí por cuestiones personales o vinculadas a la Empresa.
- J) Las Empresas vinculadas a la organización y que de alguna manera afecta o interfiere con el buen desenvolvimiento de la misma.
- K) Otros problemas derivados de situaciones que pudieran plantearse en el ámbito de la mediación

2) MEDIACIÓN INTERORGANIZACIONAL O INTEREMPRESARIA

Comprende conflictos surgidos entre:

- A) La Empresa con otras empresas vinculadas por alguna relación contractual;
- B) El mandatario, representante, director o gerente de la empresa, con las empresas o contratistas que trabajan con ella;
- C) La Empresa con otras vinculadas por la misma actividad;
- D) La Empresa, por su actividad directa o de gestión indirecta relacionada con su actividad, con el Estado Nacional, Provincial o Municipal;
- E) La Empresa con otras entidades públicas o privadas.
- F) Los conflictos derivados de otras relaciones que pudieran surgir.

Cuando se elige la mediación se pueden fijar objetivos a corto y mediano plazo

- 1) Detección y prevención de los conflictos.
- 2) Busca atmósfera de entendimiento recíproco.
- 3) Restablecer diálogo y confianza.
- 4) Construir un puente de equilibrio entre las partes.
- 5) Cimentar y fortalecer las relaciones futuras.
- 6) Es un proceso educativo entre las partes.
- 7) Busca respeto y actitud solidaria.
- 8) Crea conciencia moral en el trato y los compromisos asumidos.
- 9) Fortalece a la organización por las tareas asumidas.

Se emplea la mediación como elemento de recomendación y competitividad.

En una crisis organizacional la tendencia es pensar en la organización y no tener en cuenta las crisis personales que provoca. En general, no hay métodos de contención para las personas y eso genera más crisis y un fuerte sentimiento de **vulnerabilidad**.

Esta vulnerabilidad representa la tendencia a angustiarse y mostrar extremos emocionales (disforia, ansiedad y depresión) mientras se intenta manejar situaciones complejas, reflejo de una dificultad cognitiva.

Predispone a reacciones neurovegetativas, autonómicas y a lesiones tisulares como el distres. Este aparece siempre como respuesta ante una amenaza, sea interna o externa. Se puede definir el distres como el estrés desagradable que ocasiona un exceso de esfuerzo en relación a la carga. Va acompañado siempre de un desorden fisiológico, las hormonas llamadas catecolaminas producen una aceleración de las funciones y estas actúan alejadas del punto de equilibrio, hiperactividad, somatizaciones, en suma envejecimiento prematuro, son los efectos secundarios del estrés negativo. Se revela en tiempos de crisis y los factores pueden ser múltiples: trabajo, familia, enfermedades, tabaco, alcohol, clima, frustraciones, incluso exceso de estrés positivo tiene consecuencias graves en el organismo, alteraciones físicas y psíquicas que pueden conducir a enfermedades graves. Vemos entonces que el estrés negativo actúa como un elemento que distorsiona la capacidad de respuesta impidiendo la resolución de los problemas incidiendo en magnificarlos.(4)

Los mediadores deben estar debidamente capacitados y entrenados en la especialidad, permitiendo con ello el dominio y conocimiento del tema en particular y a fin de procurar una buena y adecuada conducción del proceso.

En la práctica en los casos de mediaciones intraempresarias la empresa prefiere contar con sus propios mediadores y en algunos casos interviene un mediador por cada parte, esto asegura la paridad e igualdad en el marco de las negociaciones.

Los objetivos a corto y mediano plazo de aquellas instituciones que incorporaron dentro de su ámbito la aplicación de la mediación por la importancia del estrato social en el cual se desenvuelven, permite fundamentalmente encauzar la problemática suscitada hacia una detección y prevención de los conflictos.

Gracias a su flexibilidad la mediación se adapta a cualquier divergencia empresarial sea cual sea su complejidad.

Anteriormente mencioné la figura del Ombudsman Corporativo que es considerado una herramienta de control de riesgos, al prevenir potenciales conflictos y problemas legales.

El Ombudsman Corporativo es el encargado de escuchar al personal, resuelve conflictos internos y busca promover un sistema de administración más humano.

El propósito del Ombudsman es que cada voz sea oída en un marco de privacidad y que los problemas tengan una atención imparcial. Provee asistencia formal y confidencial a los empleados que tienen preocupaciones, conflictos, quejas o disputas que los afecten.

El objetivo es aumentar la habilidad de los trabajadores para manejar de manera efectiva una situación y buscar una solución oportuna y equitativa. Ej. : El Ombudsman corporativo de Coca Cola Enterprise Inc. es el ex Presidente de la Asociación Internacional de Ombudsman.

Las quejas más comunes que les hacen llegar a los Ombudsman son:

Por casos de discriminación, hostigamiento, inquietudes sobre prácticas de manejo de personal. Dudas sobre normas éticas. Denuncias por temas de seguridad.

El ombudsman de American Express para Latinoamérica informa al Presidente de la Junta Directiva y al Comité de Auditoria de la Empresa.

Es un canal neutral, independiente, confidencial (para empleados, contratistas o vendedores).

El rol del Ombudsman para algunas empresas como por ej. General Electric se inscribe en la política de integridad de la empresa. Se le realizan consultas de aplicación de una política, pero si hubiera una potencial violación de normas se inicia una investigación.

La figura del Ombudsman Corporativo facilita la comunicación y ayuda a la identificación de problemas dentro de la organización.

2.- ALIANZAS ESTRATEGICAS

Es importante resaltar que en el mundo corporativo (organizaciones) la realización de las tareas está hoy a cargo de equipos de trabajo y fuerzas de tareas. Los negocios se realizan a través de *joint ventures* (acuerdo formal hecho a través de una sociedad) son dos sociedades que forman una tercera sociedad. Esta última tiene una parte de las acciones de cada una que puede ser 50% y 50%; 60% y 40%, etc. La Sociedad se crea con determinado fin, cada una interviene con su punto fuerte. (Ej. Marketing, Producción), alianzas estratégicas y el crecimiento mediante fusiones y adquisiciones.

Cada una de estas formas de organización requiere continuas negociaciones y renegociaciones a medida que cambia el entorno de los negocios. Por ello digo con William L Ury que “la negociación se convirtió en una industria en crecimiento.”(5)

Las organizaciones (empresas o países) han comprendido que para sobrevivir y prosperar en la economía del conocimiento es necesario derribar todas las barreras, las que se interponen con la comunicación, las barreras arancelarias, las barreras de las jerarquías y el *status*, todo aquello que interfiera con el proceso de compartir la información a través del cual se genera nuevo conocimiento y riqueza. Mientras las organizaciones piramidales crean y fortalecen fronteras, las organizaciones basadas en redes apuntan a borrarlas creando conexiones que logren trascenderlas. A medida que las organizaciones piramidales se achatan hasta convertirse en redes, la forma esencial de la toma de decisiones pasa de un orden vertical, en el que los de arriba dan instrucciones, a un orden horizontal en el que todos negocian.(6)

Con la Revolución del Conocimiento se ha producido un cambio importante en la lógica misma del conflicto. Porque mientras el recurso básico y tradicional de la sociedad humana, la Tierra, es una torta de tamaño fijo que se presta a luchas destructivas para resolver su división, el nuevo recurso básico *el conocimiento* es una torta flexible que no tiene límites.

Para dar una definición entonces de Alianzas Estratégicas es que las mismas son: uniones voluntarias, duraderas y organizadas de personas y/o empresas, que aúnan parte de sus esfuerzos y objetivos para lograr ventajas competitivas.

La constitución de alianzas permite sumar las fortalezas de sus miembros y superar sus debilidades, a través de la articulación de actividades o funciones tales como producción, comercialización, logística, tecnología o financiamiento.. Concretar estas alianzas implica organizar una estructura complementaria destinada a mejorar las economías de cada una de las firmas integrantes, sin que estas pierdan su individualidad económica y jurídica. El beneficio, además del lucro para cada una de las partes intervinientes, incluye las ventajas resultantes de la coordinación y racionalización de tareas, equipo, personal, etc.(7).

3.- PROCESO

"La colaboración estratégica requiere establecer y definir un proceso a la vez ágil y sólido para lograr manejar negociaciones complejas que involucran partes internas y externas con temas tangibles e intangibles, tal proceso debe desarrollar y mantener la capacidad de producir buenas soluciones a diferencias internas de la alianza.

Las oportunidades para colaborar pueden reconocerse con facilidad.

Los realmente interesados tienen la oportunidad de comentar de manera constructiva, y es improbable que se sientan incómodamente sorprendidos.

Las discusiones son de bajo riesgo: las inquietudes pueden expresarse sin peligro.

La diversidad de intereses y percepciones enriquece la calidad de la discusión y la creatividad de las soluciones consideradas.

Nadie se siente coaccionado. Se minimiza el riesgo de compromisos vagos o ambiguos".

4.- LA SINCRONIZACION DE NEGOCIACIONES INTERNAS CON LAS EXTERNAS

Lo que se necesita es una negociación sincronizada, un proceso fluido que ate las decisiones internas con las externas y permita una transmisión de información eficaz a quienes negocian y a quienes deciden.

El desafío viene no en la forma de las instrucciones, sino en el proceso que los crea y en su aplicación dinámica.

El negociador se convierte en una extensión de la organización.

Una alianza externa no puede tener éxito sin pleno apoyo y participación desde el principio.

Si se intenta lograr consenso interno antes de negociar externamente, el resultado es una negociación por posiciones, alrededor de un mínimo denominador.

Intente uno actuar o no con consenso previo, siempre habrá quienes critiquen al acuerdo e intenten obstaculizarlo.

5.- PROCESO

¿A DONDE VAMOS? Detección clara entre fines y medios. Claridad en el planteo.

¿A QUIENES LES IMPORTA? Otro elemento del diseño de un buen proceso es establecer quienes son las partes que deben tenerse en cuenta en el proceso

¿CUALES SERIAN LOS PASOS NECESARIOS? Éste diseño ayuda a identificar los recursos, tiempo y toda la información necesaria después de haber hecho las consultas pertinentes.

CONTROLADOR DE TRAFICO: Papel que puede desempeñarlo una persona o grupo de personas que presentan las partes principales de la negociación y su rol es fijarse en el proceso. Su rol es de facilitador.

6.- UN BUEN PROCESO

Reconocer posibles obstáculos y diseñar estrategias para superarlos.

Asignar funciones y responsabilidades para su facilitación.

Desarrollar capacidades para implementar un buen proceso.

Los socios deben desarrollar las capacidades necesarias que establezcan las estructuras y los procedimientos que apoyen el proceso. Inculcar actitudes en su gente para evitar ciclos de acción y reacción. Darles a los actores en el proceso las herramientas y habilidades para ampliarlas.

Este modelo se mantiene abierto a una constante retroalimentación. En realidad el diseño de sistemas de abordaje de conflictos basados en los intereses es en realidad la mediación de todo un sistema.

Es el diseñador actuando como facilitador, aportando procedimientos y ayudando de otras maneras a la organización y a las partes interesadas a trabajar juntos para crear su propio sistema de abordaje de conflictos.

7.- RESOLUCION DE CONFLICTOS EMPRESARIALES

Durante las últimas treinta décadas los empresarios se han visto asediados por los crecientes costos de sus controversias. Se dieron cuenta que sus negocios tanto a gran como a pequeña escala se enfrentan a una auténtica avalancha de litigios.

La diversidad y complejidad de las demandas presentadas ante los tribunales también ha aumentado. Reclamaciones de los consumidores por supuestos daños causados por los productos fabricados o vendidos por una empresa; la de los empleados por los riesgos que se ven expuestos en sus puestos de trabajo; daños medio ambientales que han aumentado espectacularmente, conllevan complicadas re-

laciones causales y una incertidumbre científica. Algunos empresarios para controlar gastos en concepto de honorarios legales de sus empresas se han dedicado a vigilar la resolución de sus conflictos. Los abogados internos de empresas que se limitaban a tratar asuntos legales de la empresa con los estudios de abogados externos, empiezan a tener que ocuparse directamente de los juicios para mantener los gastos bajo control, estos asesores de empresas tienen que dedicarse a buscar alternativas a los conflictos que sean menos onerosas. Algunos modernos empresarios que son una importante y creciente minoría empiezan a reconocer que, en algunos casos, las alternativas de resolución de conflictos producen mejores resultados que el pleito.

Los mediadores privados además no están limitados como los jueces que se encuentran forzados a dictar sentencia sobre los puntos que los abogados de los litigantes someten a su consideración y a seguir los precedentes judiciales. Asimismo los empresarios al involucrarse en forma personal en el objetivo de encontrar una solución al problema, reconocen que pueden aplicar sus propios conocimientos y su creatividad para elaborar soluciones más ajustadas a sus necesidades que las propuestas por jueces o abogados. Además los jueces también utilizan las conciliaciones para que las empresas busquen soluciones innovadoras a sus conflictos con el fin de controlar el exceso de expedientes en los juzgados.

Y cada vez hay más empresas que recurren a una mediación privada. Ya he dicho que gracias a su flexibilidad la mediación se adapta a cualquier divergencia empresarial sea cual sea su complejidad. Los directores de empresa, con la mediación pueden controlar la resolución de sus problemas. Los abogados generalmente participan como asesores y el proceso persigue la solución del conflicto más que determinar quién hizo algo a otro en el pasado.

Gracias a un mediador hábil las empresas pueden centrarse en sus relaciones futuras. Esto es trascendental en el caso que la otra parte en conflicto sea un suministrador de materiales imprescindibles o que las relaciones sean sensibles al paso del tiempo.

También es importante donde se mezclan relaciones comerciales y personales. En mi experiencia, en casos de disolución de empresas o en acuerdos sobre retiro de un socio, se produce la misma mezcla de elementos financieros y emocionales que en un divorcio.

La mediación en el ámbito empresarial puede involucrar a los directores de las empresas con sus abogados o solo a sus abogados. Considero que la presencia de los representantes de las empresas es muy importante no solo porque las partes pueden idear soluciones sino porque pueden además expresar cuáles son sus prioridades comerciales,

La diferencia más destacable entre los mediadores de conflictos empresariales, especialmente los que son abogados, radica en si se centran o no exclusivamente en la cantidad de dinero que se reclama e intentan favorecer un acuerdo basado en lo que ellos estiman que sería la decisión de un juez.

Muchos mediadores prefieren no hacer ninguna de esas dos cosas. Prefieren centrarse en la resolución de los problemas comerciales que se ocultan detrás del conflicto y piensan que es mucho más importante destacar el papel de las partes en la resolución del conflicto y los efectos de un juicio sobre sus relaciones futuras que presionarlas a alcanzar un acuerdo pronosticando la sentencia de un juez.

Otros mediadores están dispuestos a comunicar sus pronósticos a las partes, estos mediadores están más familiarizados con la esencia del conflicto que con las técnicas de mediación y se preocupan más por lograr un acuerdo rápido que por fortalecer las relaciones futuras de las partes.

La mediación es un proceso que lleva a transformar el conflicto inicial (trabado, congelado, cerrado) en una nueva situación de apertura que promueva la posibilidad de algún acuerdo.

Pero en una buena mediación el proceso por el que se llega a un acuerdo es tan valioso como el acuerdo mismo. Por ello decimos que el mediador debe ser un buen piloto de tormentas, un hábil conductor y un celoso guardián del proceso de mediación.

8.- CASOS EN QUE LA MEDIACIÓN PROCEDE

Cuál es la relación de las empresas en conflicto o de sus directivos? Cuanto mayor es el potencial de la continuidad de las relaciones comerciales tanto más importante será encontrar una opción de acuerdo que la preserve.

Qué tipo de resultado se desea? A veces la necesidad de un precedente para casos futuros puede obstaculizar cualquier posibilidad de acuerdo. Lo que las empresas olvidan es que esos firmes principios que pretenden sentar en un precedente se deterioran a lo largo de un juicio y al final las partes aceptan finalmente cualquier acuerdo para resolver la controversia de forma menos eficaz que si los directivos de las empresas hubieran negociado desde el principio. Los procesos de negociación extrajudicial son especialmente recomendables en casos en que hay posibilidad de generar opciones creativas, ya que hay posibilidad de intercambiar propiedades, realizar acciones recíprocas o contratos de sociedades en participación.

Cuanto se alteraron los ánimos de las partes? aunque la rabia y el deseo de venganza puedan conducir a los litigantes ante un juez, la mediación cara a cara, que ofrece ampliar posibilidades de desahogo despeja en ocasiones el ambiente y permite que los litigantes se centren en resultados futuros.

Si los costos del juicio son proporcionalmente más altos que el resultado que se pretende obtener, en estos casos, cuando llegan los primeros gastos y facturas hay empresarios que pueden cambiar de opinión.

En principio todas las opciones de acuerdo son más rápidas que un juicio. Pero todavía hay muchos abogados que necesitan disponer de más información sobre los pormenores del conflicto para aconsejar a sus clientes que intenten un acuerdo en mediación. Sin embargo la necesidad de obtener resultados rápidos, es un importante argumento para buscar vías más creativas de obtención de información sin tener que esperar a la prueba.

Que información necesitan las partes antes de buscar un acuerdo? Utilización de herramientas habituales para obtener pruebas, previo al juicio pero controlado y realizado con cuidado. Ahora si las partes ya están en un proceso de mediación pueden acordar qué información es la que necesitan y como localizarla en caso que la información sea de carácter técnico el dictamen de uno o más expertos, si hay un experto imparcial el proceso se acelera bastante. Si los resultados dependen de la credibilidad de testigos que ofrecen distintas versiones, las partes pueden decidir que se interroguen a los testigos en presencia de los directivos, que luego podrán mediar un acuerdo en base a lo escuchado. Si ya están en un juicio, en la mediación se tendrá una información más completa de sus intereses y necesidades, en caso de falta de confianza entre ellos lo mejor es la mediación que puede trabajar en el reencuadre a través de la reformulación del conflicto en términos de intereses, legitimando a cada parte y logrando el reconocimiento recíproco entre ambas.

Es importante mantener la confidencialidad de ciertos aspectos del conflicto como por ejemplo: secretos comerciales. Cualquiera de las opciones de acuerdo proporcionan una mayor privacidad que un juicio público.

En consecuencia, es aconsejable la planificación que pueden hacer las empresas en caso de desacuerdo, introduciendo planes de resolución de conflictos al inicio de sus nuevas relaciones o contratos comerciales. Es indispensable que antes de firmar un contrato se pongan de acuerdo por anticipado en recurrir a la negociación, luego a una mediación, más tarde un arbitraje. De esta forma los procedimientos extrajudiciales ADR u ODR, pasan a formar parte del sistema habitual de resolución de conflictos. Por ello, si una de las partes quiere tantear la posibilidad de un acuerdo no tiene que preocuparse por el hecho que, al ser la primera en abordar la cuestión, pueda incurrir en un error estratégico que le perjudique. Por el contrario la parte que invoca un método extrajudicial de resolución de conflictos al amparo de un contrato, lo hace porque tiene derecho a ello.

Las técnicas de resolución de disputas van desde métodos donde las partes tienen control total del procedimiento hasta métodos en los que un tercero controla el proceso y el resultado. (10) Estos métodos principales para resolver disputas se pueden complementar con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). (11). Cuando el proceso se realiza principalmente en línea, se lo denomina ODR, es decir, llevar a cabo la mayor parte del procedimiento de resolución de disputas en línea, incluida la presentación inicial, el nombramiento neutral, procesos probatorios, audiencias orales, conversaciones en línea e incluso la prestación de acuerdos vinculantes. Por lo tanto, la ODR es un medio diferente para resolver disputas, de principio a fin, respetando los principios del debido proceso. (12) ODR nació de la sinergia entre ADR e ICT, como un método para resolver disputas que surgían en línea, y para el cual los medios tradicionales de resolución de disputas eran ineficaces o no estaban disponibles. (13)

9.- A MODO DE CONCLUSION

Es importante destacar que en la nueva era del conocimiento, las reglas del juego han cambiado. En nuestros días el consumidor, golpeado por los embates de la globalización poco a poco se ha hecho cosmopolita, y ahora, es el quien marca las reglas del juego; se tiene que producir lo que él quiere, no lo que la empresa piensa que desea, ahora él pone las condiciones y la empresa tiene que moverse al ritmo que le toque si quiere hacer negocios con él.

Los empresarios y líderes de las organizaciones del principio de este milenio tienen que conocer y poner en práctica las nuevas reglas del juego de los negocios rentables de nuestra época, si desean permanecer y desarrollarse en el cada vez más difícil arte de los negocios. Porque esto que estamos viviendo no es un simple cambio de modelo económico, es una verdadera revolución que recorre y transforma el mundo, pese a quienes hacen esfuerzos por tratar de ignorar sus efectos.

Esta es una revolución que va por todo, realiza una acción de barrido con los viejos esquemas y emerge con una gran fuerza soportada en los nuevos paradigmas para dar paso a un nuevo tipo de sociedad, Quien por su soberbia o miopía en la dirección de las organizaciones no entienda su significado, quedará totalmente marginado de las tendencias que dan forma a un nuevo orden mundial. El conocimiento pasa a ser la nueva fuente de generación de riqueza, En este nuevo esquema mundial la información, la tecnología y el capital humano serán los ejes básicos de la producción, el trabajo, la gestión directiva y la esencia misma del liderazgo.

Los clientes quieren valor agregado y este será mayor en la medida que las organizaciones incorporen innovación, conocimiento, rapidez y oportunidad.

Todo esto significa que tenemos que reaprender a hacer negocios y así la pregunta correcta debe ser si la empresa *piramidal* constituyo el prototipo de la era industrial que se fue, cual será entonces el prototipo de la nueva empresa en la era del conocimiento? La respuesta si queremos ser líderes del nuevo paradigma es la *empresa inteligente* y todos, los que trabajamos como especialistas en mediación y negociación debemos estar capacitados para trabajar en base a valores, proyectos, trabajar en equipo en base a resultados, generar estructuras y difundir conocimiento, inyectarle tecnología e inteligencia a los procesos, teniendo en cuenta la profunda transformación de las personas que integran la empresa (9)

Para terminar y continuando con lo expresado anteriormente quisiera citar un libro que receipta parte de las ideas antes esbozadas. Su autor es el periodista Borja VILASECA, director del Master en Desarrollo Personal y Liderazgo de la Universidad de Barcelona, quien el 6 de abril de 2010 publica “El Principito se pone la corbata” Es una declaración de principios que nos motiva a cuestionar nuestro estilo de vida materialista inspirándonos a redescubrir lo que realmente importa. Es una fábula sobre el mundo del trabajo, en su opinión “la paradoja es que tenemos más cosas que nunca, pero somos mucho más pobres” Como remedio para afrontar esta crisis de valores individual y colectiva propone “ volver a lo esencial recuperando la inocencia perdida para convertirla en sabiduría por medio del crecimiento personal ”. Se inspira en un alto ejecutivo de una consultora pionera en implementar cambios de cultura organizacional, alineando el legítimo afán de lucro de las empresas con el bienestar de los trabajadores y el respeto por el medio ambiente. Dice que “el objetivo de dicha consultora no era ganar dinero, sino crear riqueza, ofreciendo servicios que verdaderamente mejoraron el funcionamiento de sus empresas clientes”.

Según VILASECA “el viejo paradigma económico basado puramente en tener está en decadencia porque no es eficiente ni sostenible” “podemos ser testigos de un nuevo paradigma económico postmaterialista, centrado en el ser” No en vano el sistema y las empresas son un reflejo de cómo somos, pensamos y actuamos la mayoría de nosotros.

Concluyendo: Solo en la medida en que cambiemos de mentalidad, cambiará el funcionamiento de las estructuras sociales y económicas de las que formamos parte.

El mundo está inmerso en una lógica de transformaciones que es inédita en su historia tanto por la intensidad como por la velocidad y profundidad de los cambios que se producen constantemente. Se dice que vivimos en la cuarta revolución industrial. Digital. Disruptiva silenciosa. El impacto de esta revolución es intenso, profundo y transversal al involucrar tanto el ámbito privado como al público, afectando los planos políticos, económicos, culturales, sociales antropológicos y jurídicos. Los avances tecnológicos y científicos como las neurociencias y la inteligencia artificial, entre otras, imponen al Estado la necesidad de incorporar a la evaluación de sus políticas disciplinas complejas como la psicología, la economía del comportamiento, y una reingeniería del marco institucional, debiendo asumir nuevas maneras de estructurarse y de funcionar. Para ello se necesitan nuevas y mejores formas de interacción entre el Estado y los ciudadanos. Mecanismos más simples más llanos. Mas a “escala humana”. O sea que el Estado debe adaptarse a esta revolución industrial pero tal vez la clave venga dada por la reconfiguración a partir del concepto de gestión inteligente de los conflictos, la innovación inclusiva y el impulso del uso de tecnologías a partir de las personas y sus derechos. Siendo en ese caso los ODR y ADR los mejores instrumentos para llevar a cabo esta transformación. (14)

CITAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

PFEFFER, Jeffrey.” Organizaciones y Teoría de las Organizaciones.” Serie Economía. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1 de enero de 1992. 359 paginas

FERNANDEZ ARHEX,Monica. Curso Mediación Empresaria. Escuela de Mediación Colegio Público Abogados Capital Federal 2007/2008, Buenos Aires. Argentina.

BODNAR,P.”Mediación Institucional y Organizacional”2001.

FERNANDEZ ARHEX, Mónica. Citada en nota (2)

URY, William, .FISHER, Roger, PATTON, Bruce “Getting to yes. Negotiating agreement without giving in (Si, de acuerdo: Como negociar acuerdos sin ceder)” 1981 Grupo Editorial NORMA.228 paginas

URY,William,FISHER Roger,PATTON,Bruce. ob. Citada en nota (5)

ERTEL,Danny.” La Colaboración como Ventaja Competitiva “Revista de la Escuela de Negociación Harvard University. 1996.

FERNANDEZ ARHEX, Monica.Material Didáctico en Curso Mediación Empresaria Escuela de Mediación Colegio Público Abogados Capital Federal .2013.Buenos Aires. Argentina .

Ídem nota (8)

(10) BASS,Jossey.”Estado, la resolución de litigios en línea para las empresas B2B,comercio electrónico , consumo, empleo, seguros y otros conflictos comerciales”.San Francisco pag.37.2002.

(11) CORTES,P.” Una perspectiva jurídica europea sobre resolución de disputas en línea para consumidores”. Computer Law Offices Law Review. Pag.90-110.

(12) GARCIAALVARO,J.A. “Resolución de litigios en línea Uncharted Territory 7. El Vindobona. Revista de Derecho Comercial Internacional y Arbitraje.2003. pag.180.

(13) KATSH,E. y RIFKIN,J.”Resolución de Disputas en línea , resolución de conflictos en el ciberespacio.”San Francisco. 2001.

(14) Conclusiones extraídas del Congreso Internacional de Gobernanza Inteligente e Innovación Inclusiva.Desafíos y Oportunidades para promover la efectividad de los Derechos en la Cuarta Revolución Industrial. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.22,23 y 24 de noviembre de 2017. Buenos Aires. Argentina.

