

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

Immaculada Barral Viñas *

ABSTRACT

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

INTRODUCCIÓN

La regulación de las ADR en materia de consumo deriva de que la potenciación de las ADR ha sido consecuencia de la preocupación por la eficacia de los mecanismos de resarcimiento de los consumidores que evitasen los problemas de la vía judicial –procesos lentos y caros-. En líneas generales, la UE ha validado los métodos de resolución hetero y autocompositivos, dándoles

ⁱ Cita recomendada: BARRAL VIÑAS, Immaculada, (2009). « La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», 2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea].

* Immaculada Barral es profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

una regulación paralela a la de la Directiva 52/2008/CE que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por su parte, España se anticipa a los instrumentos comunitarios con el RD 636/1993 de 3 de mayo, por el que regula el arbitraje de consumo, se ha decantado por un sistema arbitral que contempla mediación y arbitraje como fases diferenciadas. El análisis de estos textos produce interesantes resultados que pasamos a exponer.

I. Un marco legal específico en la UE

Los medios alternativos de resolución de conflictos –ADR– en las reclamaciones de consumo tienen un régimen legal específico y anterior a la regulación general de la mediación civil dentro de la UE; pero parten de los mismos principios. Efectivamente, la Directiva 2008/52/CEⁱⁱ indica en su Cdo. 11 que quedan excluidas de su ámbito de aplicación, junto con otras prácticas en los que hay acuerdo sobre el hecho que no son mediación. En cambio, en este caso, se limita a decir que quedan excluidos los “sistemas de reclamación de consumo”, es decir, cualquier mecanismo de resolución de conflictos, sea o no mediación, por razón de su alcance materialⁱⁱⁱ: reclamaciones de consumo^{iv}.

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

En primer lugar, la Recomendación de la Comisión, 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo^v, que sólo regulaba la resolución alternativa de conflictos que supone la intervención de un tercero que propone o impone una solución, mientras que dejaba de lado las actividades que define el art. 1 de la Recomendación, en las cuales se busca simplemente el acercamiento de las partes para tratar de buscar una solución de mutuo acuerdo que es la esencia de la mediación^{vi} o de la negociación. Este primer texto regula los métodos alternativos de resolución de conflictos de consumo tradicionalmente llamados heterocompositivos^{vii}.

Y, en segundo lugar, la Recomendación 2001/310/CE, de 4 abril, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que regula, precisamente, todos aquellos procesos en los que, con independencia de su denominación, se busca el acercamiento de las partes por tal de buscar una solución de mutuo acuerdo (art. 1). En el caso español, estos procedimientos se califican legalmente como “mediación” dentro del denominado “Sistema arbitral de consumo” diseñada por el RD

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

ⁱⁱⁱ La cita literal: “(11) La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, *los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo*, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

En la delimitación negativa del ámbito de aplicación aparecen exclusiones materiales como el caso de las reclamaciones de consumo, junto con prácticas de las que no puede aplicarse el concepto de ADR sobre el que la Directiva basa su ámbito como las negociaciones precontractuales o la conciliación judicial.

^{iv} Sobre este concepto de reclamaciones de consumo, puede consultarse BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia Y PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

^v DON L 115 de 14.4.1998, p. 31.

^{vi} Cfr. Cdo. 1 de la Recomendación.

^{vii} En el caso español, se ha optado por la creación del llamado “Sistema arbitral de consumo” diseñada por el RD 231/2008, que ha sustituido al RD 636/1993, y que regula este tipo especial de arbitraje.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

231/2008, y se prevé como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38); pero con suficiente independencia conceptual, como luego veremos.

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

1.2 El “acceso de los consumidores a la justicia”: las causas del marco normativo de las ADR en consumo

Este enfoque legislativo anterior y específico de las ADR en las reclamaciones de consumo deriva de las actuaciones iniciadas con el Libro Verde del “acceso de los consumidores a la justicia en el mercado interior de 1993”^{viii}, que pretendía diseñar un marco normativo en el que pudiesen generar mecanismos que asegurasen la eficacia del marco normativo de la protección de los consumidores. En este documento sobre el “estado de la cuestión”, se observa la proliferación de ADR en los países miembros para las reclamaciones de consumo que, con diseños muy distintos, responden a la demanda de procesos ágiles y más baratos que los órganos judiciales; pero el planteamiento es global, ya que al lado de las conclusiones que afectan al desarrollo de las ADR y, en especial, del arbitraje de consumo, se hallan propuestas acerca de las llamadas acciones colectivas, o el beneficio de la justicia gratuita. Sin embargo, el valor de este primer texto es destacar la existencia de sistemas alternativos de resolución de conflictos –ADRs– en algunos países, entre ellos España, bajo la fórmula del arbitraje^{ix}.

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

^{viii} Libro Verde de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único, COM(93) 576 final, pág. 76

^{ix} Las conclusiones que afectan a las ADR es básicamente la 5: Intensificación de los contactos entre los diferentes organismos de arbitraje de consumo con el fin de llevar a cabo un intercambio mutuo sobre el tema; en este marco, se recomienda investigar más a fondo el papel de determinados organismos (por ejemplo, las Cámaras de Comercio y de Industria) en la creación de regímenes de arbitraje voluntarios, de carácter sectorial o de carácter regional (véanse los capítulos referentes a los procedimientos extrajudiciales en Alemania, España y Portugal). Sobre el arbitraje de consumo en España, véase el epígrafe 1.3.

^x De forma similar la Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo COM(1998) 198 final pretenderá hallar un estándar entre los diferentes tipos de ADR que los estados-miembros han ido creando. La mayor diferencia se señala entre los métodos escandinavos de ombudsmen, que suele tener carácter privado y del que puede discutirse la imparcialidad; del arbitraje de consumo español con carácter claramente heterocompositivo. Finalmente, se optó, como ya se ha visto en el epígrafe anterior, por la regulación en dos instrumentos distintos de los métodos hetero y auto compositivos.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

prioriza y impulsa el desarrollo de ADR en el ámbito de las reclamaciones de consumo^{xi} que se hace evidente en la Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios COM(2001) 161 final, donde se afirma que las ADR en el ámbito de consumo aparecen como la mejor alternativa para las peticiones individuales de los consumidores y el elemento necesario para garantizar la efectividad de sus derechos^{xii}.

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

1.3 El llamado “Sistema arbitral de consumo” en España.

El arbitraje de consumo en España, como ya se ha visto en la Comunicación 2001/161, es anterior al impulso de las ADR por el legislador comunitario. Es la Ley 22/1984 de 19 de julio, general para la protección de los consumidores y usuarios la que se refiere a la creación de un sistema de resolución de controversias con “carácter vinculante y ejecutivo para las dos partes”. Como señala Maluquer de Motes^{xiii}, este mandato, a su vez, se incardina en el art. 51 CE que, insta a la protección de los consumidores por “procedimientos eficaces” que salvaguarden su salud, seguridad y la defensa de sus derechos. Finalmente, el RD 636/1993, materializa esta cuestión optando por un sistema de arbitraje institucional en un proceso que reúne fases consecutivas de mediación y arbitraje y que, por tanto, aúna los llamados procesos heterocompositivos y autocompositivos^{xiv}. Esta cuestión es todavía más evidente en el texto que rige la materia en la actualidad, el RD 231/2008, que regula el llamado “sistema arbitral de consumo”, donde la mediación se prevé como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38); pero con suficiente independencia conceptual, y capaz de imponer el acuerdo de las partes en cualquier momento del proceso antes de la emisión del laudo.

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

La opción en el ámbito de las ADR de consumo es, pues, clara. Queda ver las características de las reclamaciones de consumo que configuran la posibilidad de esta elección. En efecto, debemos detenernos en dos aspectos fácticos que explican el encaje de las ADR en las

^{xi}

^{xii} Cfr. Com 161/2001, pág. 2 del texto: “Varios instrumentos comunitarios confieren a los consumidores una serie de derechos básicos. Ahora bien, para que estos derechos tengan valor práctico, deben existir mecanismos que permitan garantizar su ejercicio efectivo.”

^{xiii} MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., comentario al art. 1 en GUILARTE GUTIÉRREZ, dir., *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*, Valladolid, 224, pág. 56.

^{xiv} Sobre el hecho y las consecuencias de un sistema de arbitraje de consumo organizado por la Administración, véase Maluquer de Motes, C. J., “El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario”, *El arbitraje de consumo* (ed. Carles E. Florensa Tomás), Tirant Monografías, Valencia, 2004.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

reclamaciones de consumo: son los conceptos de small claim y de conflicto transfronterizo. A ellas dedicaremos el siguiente epígrafe.

2.- Los estándares de las “reclamaciones de consumo”: small claims y conflictos transfronterizos

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

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

Centradas, pues, en este elemento, las reclamaciones de consumo canalizadas mediante ADR suelen ser de carácter netamente patrimonial y, en su mayor parte, la reclamación económica no suele ser elevada. Por ello, podemos afirmar que la mayoría de reclamaciones de consumo entran en el concepto de lo que llamamos “**small claims**”; es decir, el valor económico de la reclamación del consumidor no es elevado. De ahí se derivan dos consecuencias: por un lado, si no existe un mecanismo rápido y barato de resolución, son reclamaciones que difícilmente se van a llevar a los Tribunales^{xvi}. En la Encuesta del Eurobarómetro de 2004 sobre acceso de los ciudadanos a la justicia se indica que sólo un 18% acudiría a los tribunales por reclamaciones entre 500 y 100 €, mientras que el 11% lo haría por reclamaciones de menos de 200 € o de 100€. Incluso entre estos grupos, el 54 % de estos afirmaba que no lo harían por cantidades inferiores por ser una inversión demasiado costosa en relación al valor de la adquisición^{xvii}. La desproporción entre el valor de lo adquirido y el coste de una reclamación evidencia lo afirmado sobre las small claims y el hecho de que las ADR o las ODR pueden ser la única vía de resolución efectiva del conflicto^{xviii}.

^{xv} Sobre este tema hemos tenido ocasión de tratar en trabajos anteriores, cfr. Barral Viñals, I. “Del consumidor destinatario final al consumidor- no experto en la contratación en masa, Revista Catalana de Dret Privat 2007, 7.

^{xvi} Cdo. 2 R 98/257/CE: “la mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución judicial; que, en particular en el caso de los conflictos transfronterizos, las posibles dificultades ligadas a los procedimientos judiciales pueden disuadir al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos”.

^{xvii} Otras razones eran lo largo, costoso y complicado que podía ser el proceso judicial. Cfr. Encuesta del Eurobarómetro, Informe de octubre de 2004, El acceso de los ciudadanos de la Unión europea a la justicia, versión en inglés en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#coop

^{xviii} Sobre este tema: LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 571, 2003, que da algunos datos: El 49% de las compras realizadas en España por medio de la red Internet lo han sido para la adquisición de libros y discos. Esta desproporción entre el valor del bien adquirido y del coste de la reclamación se acentúa cuando la adquisición se ha realizado de un prestador de servicios que se encuentra en otro Estado de la Unión Europea. Son los dos elementos que venimos destacando en este epígrafe.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

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

Otro elemento que, en principio es fáctico, pero que dirige muchos de los planteamientos de la UE, es que las reclamaciones de consumo la sena en virtud de relaciones jurídicas que tengan la calidad de **transfronterizos**, pues es una plasmación clara del mercado interior que se ha convertido en el máximo objetivo de la legislación de consumo de la UE^{xx}. Este carácter puede considerarse sobredimensionado: que los conflictos sean transfronterizos exigiría la creación de ADR a nivel comunitario, mientras que las iniciativas reales se listan a elementos de apoyo como la Red EJE y la FIN-NET^{xxi}. Más recientemente, la red de centros Europeos del Consumidor permiten tramitar reclamaciones de consumo transfronterizas. Precisamente por este elemento, se priorizan exclusivamente los métodos autocompositivos, con especial mención de la mediación, ya que el recurso al arbitraje tropezaría aquí con problemas importantes de competencia.

En este sentido, los conflictos transfronterizos se erigen en vértice de las ADR cuando se analiza el espacio sin fronteras por naturaleza que es Internet, donde la preocupación máxima sea dotar de elementos de reclamación alternativos a las prácticas nuevas de comercio electrónico. Así, la preocupación por los conflictos transfronterizos crece con la intersección con el comercio electrónico que preconizará el paso de las ADR a las ODR *-On-line dispute resolution-* que supondrán el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación –TIC- en el marco de las ADR y la potenciación de un nuevo marco normativo para las relaciones de consumo nacidas en Internet. A ellas nos referiremos a continuación

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

La intersección entre el desarrollo de las ADR en materia de consumo y el comercio electrónico, así como la gran oportunidad de usar las TIC en las ADR de consumo se ve muy claro en textos como la Comunicación 2001/161. Sin embargo, y a pesar de que estos buenos deseos se repiten en la mayoría de documentos de la UE que desarrollan este tema, el impulso real de la ODR dependerá del desarrollo efectivo del comercio electrónico. En efecto, hace ya tiempo que la UE está especialmente interesada en crear un clima de confianza en la Red cara al consumidor y a la pequeña y mediana empresa, porque es consciente de ambos son los pilares sobre los que debe asentarse el desarrollo real del comercio electrónico en el mercado interior,

^{xix} Cfr. la página web de DG SANCO: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/index_en.htm.

^{xx} Informe de la Comisión relativo al plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001 y el marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores 1999-2002 (LCEur 2001, 2906). pg. 11.

^{xxi} Así, en la Comunicación 2001/161 final se define la Red EJE como un instrumento de colaboración y de asesoramiento al consumidor con un conflicto de consumo transfronterizo: “La Red EJE será una estructura de comunicación y apoyo compuesta de puntos de contacto nacionales (o «centros de intercambio de información») creados por cada Estado miembro. Si un consumidor tiene un litigio con una empresa, puede ponerse en contacto con su centro nacional de intercambio de información. Éste le facilitará asesoramiento y asistencia para presentar una reclamación ante un órgano extrajudicial notificado del lugar en que esté situada la empresa. En los litigios transfronterizos, los centros de intercambio de información intentarán salvar los obstáculos que impiden buscar una compensación sin recurrir al procedimiento judicial, como las diferencias lingüísticas y la falta de información, y a continuación transmitirán la reclamación al órgano extrajudicial apropiado a través de la red” Por su parte la FIN-NET es la red especializada en reclamaciones de consumo sobre servicios financieros.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

que, de momento, se mantiene en un estado de desarrollo inicial^{xxii}. La confianza en las operaciones en el entorno digital es la clave para conseguir la total inmersión del consumidor europeo en el mercado interior. Tras la introducción del euro, este puede ser el segundo gran factor que cohesione definitivamente el espacio económico de la UE en unas cifras de negocio suficientemente importantes como para justificar el empeño en este propósito.

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

En definitiva, en la actualidad, el desarrollo de las ODR ya no prima el acceso de los consumidores a la justicia, sino la generación de la confianza en el nuevo medio, que resulta menos permeable de lo que se desearía. Llegados a este punto, la cuestión es como las ADR de consumo se metamorfosean al transformarse en ODR, y como responde el marco normativo.

4.- Las ODR en las reclamaciones de consumo: tipología

La e-confianza, convertida en eje del impulso de las ODR en la UE, parte de la realidad que este tipo de conflictos presentan^{xxvii}. Por esta razón, el tratamiento legal de las ODR es distinto del de la mediación nacida de conflictos cuyo valor económico puede ser una incógnita –conflictos

^{xxii} Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores (2002-2006), de 7 de mayo de 2002 (LCEur 2002, 1282). pg. 12. La confianza de los consumidores es una apuesta básica ya que se considera un elemento esencial del desarrollo del comercio electrónico y, por extensión, del real mercado único.

^{xxiii} Cdo. 1, R 98/257/CE : uno de los intereses de la DG SANCO es "...aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos comparables"

^{xxiv} En el mismo sentido, QUINTANA CARLO, *El sistema arbitral de consumo*, Pamplona, 1997, pg. 21.

^{xxv} Esta cuestión se repite en los documentos sobre el comercio electrónico desde el plano europeo 2002. El más reciente es el Report on cross-border e-commerce in the EU, SEC(2009) 283 final, de marzo de 2009, hecho por el Grupo de trabajo de la Comisión. En él se indica que el 21% de los ciudadanos no utiliza internet para sus compras ya que teme los problemas relacionados con la gestión de las reclamaciones o el incumplimiento de las empresas.

^{xxvi} Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007–2013 *capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz*, COM (2007) 99 final.

^{xxvii} Cfr. Epígrafe 2.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

familiares, interculturales... , y en los que la esencia del proceso está en la presencialidad de las dos partes en conflicto y, a menudo, en el hecho de que se reconozcan como interlocutores. En las ODR de consumo el valor está en la eficacia del sistema. Así, la búsqueda de la eficacia junto con la rebaja de costes ha hecho que las ADR clásicas se adapten al entorno on-line donde las experiencias son numerosas.

La expresión ODR pone el acento en el hecho de procesos de resolución de conflictos on-line, en contraposición a las ADR que se caracterizan por no serlo. Pero, partir de esta afirmación casi tautológica, existe una gran gama de experiencias. Con todo, la mayoría de ellas pueden reconducirse a la bipartición que anuncia la Comunicación 2001/161 cuando afirma:

“Para que los consumidores tengan más opciones y se beneficien de una mayor flexibilidad, especialmente ante el desarrollo del comercio electrónico y de las tecnologías de las comunicaciones...”^{xxviii}.

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

Así, podemos distinguir dos niveles en las ODR:

4.1 Uso de las TIC en las ADR

Este primer nivel supone la adaptación de las ADR clásicas al nuevo entorno: destacan en este grupo las fórmulas de e-arbitraje. Supone el tipo más formal de ADR en la que las partes se someten a la decisión de un tercero -árbitro-. La posibilidad de realizar arbitrajes electrónicos existe, así existen iniciativas como E-Global ADR Tribunal o e-arbitration-t donde el desarrollo del software es capaz de diseñar un arbitraje on-line mediante técnicas como el correo electrónico y la videoconferencia. Los mismos instrumentos sirven para procesos no presenciales mediación o de negociación^{xxx}.

Por este motivo, la LSSICE, en su art. 32 admite la posibilidad de resolver los conflictos entre consumidores y prestadores de la sociedad de la información por “medios electrónicos” y, en concreto mediante el arbitraje como opción más favorable en el contexto español^{xxxi}. A nivel jurídico, este marco exige una doble consideración legal:

- la aplicación de las normas directamente derivadas de los procesos tecnológicos aplicados: seguridad, rastreabilidad, confidencialidad de los datos, etc... En este caso, el recurso al expediente de la firma electrónica permite resultados satisfactorios en las cuestiones de la identidad de las partes y la integridad de los mensajes cruzados en la web^{xxxii}. Por su parte, la aplicación de la normativa de protección de datos en las comunicaciones electrónicas resuelve los problemas más evidentes en torno a la confidencialidad.

^{xxviii} Cfr. Comunicación 161/2001, pág. 2, 31 párrafo.

^{xxix} Véase las posibilidades del futuro inmediato en la Comunicación sobre Internet de los objetos

^{xxx} Sobre la experiencia de resolución de conflictos por videoconferencia cfr. ABELLAN TOLOSA, L., (2006), “El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana”, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, pág. 367 y ss.

^{xxxi} MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan. “La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico” en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 200, pág. 113 y 114, donde afirma que el arbitraje, por su naturaleza de equivalente jurisdiccional y su efecto de cosa juzgada da mayores garantías al reclamante.

^{xxxii} Sobre este tema hemos tenido ocasión de pronunciarnos en BARRAL VIÑALS, I., *La seguridad en Internet: la firma electrónica*, *La regulación del comercio electrónico*, Madrid, 2003

2009 International Workshop on ADR/ODRs

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

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

4.2 Nuevas formas de ADR

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

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

En estos casos, se mantiene lo dicho en el tipo anterior: deben aplicarse las normas propias del uso de nuevas tecnologías, más aquellas propias de cada ADR usada. En efecto, en este caso adquiere importancia saber si estamos ante un proceso de mediación o de arbitraje para, por ejemplo, identificar con claridad la actuación del tercero independiente imponiendo una solución o simplemente facilitando la búsqueda de un acuerdo. Con todo, en este caso se plantea un problema añadido y es que debe tenerse presente que si el entorno on-line facilita que las distintas ADR converjan en mecanismos técnicos únicos, esta realidad debe ser analizada para dotarla de un marco legal adecuado, o, al menos, para interpretar el marco legal vigente en consonancia con el contexto y la finalidad de estas prácticas. Un cuadro legal demasiado rígido es garantía de la proliferación de un conjunto desregularizado de prácticas en el entorno de las ODR.

4.3 En caso en concreto: los sistemas de negociación automática

La automatización completa de los procesos de ADR es la muestra genuina de las posibilidades del entorno de nuevas tecnologías aplicadas a la gestión de conflictos en red. En este caso, se adapta totalmente el entorno tecnológico para diseñar un proceso equivalente a una ADR clásica, en este caso, la negociación” que se convierte en una nueva forma de solución de conflictos en procesos automáticos de inteligencia artificial que minimizan la intervención humana. Han surgido así, los llamados “sistemas de negociación automática”. Su ámbito es especialmente el de las reclamaciones monetarias donde no se discute más que la cantidad de la compensación que el consumidor debe recibir. Se trata de ofrecer el software necesario para que

^{xxxiii} <http://www.ecodir.org/>

^{xxxiv} www.smartsettle.com

^{xxxv} En este sentido, el *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología; econfianza, diciembre 2002, p. 23 y ss.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

las partes realicen ofertas de acuerdo sobre la cantidad sin que conozcan las de la otra parte en conflicto; cuando las ofertas de ambas llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de forma automática en la cantidad media de ambas. Como puede imaginarse, este sistema es tremendamente ágil y muy poco costoso, aunque la falta de intervención humana puede perjudicar la bondad de ciertas decisiones. Supone el máximo exponente de conexión entre las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en red.

El libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil excluye estos sistemas de negociación automática no por este hecho sino porque son ofrecidos por las empresas, de forma que falta la nota definitoria de las ODR en las que participa un tercero ya sea como facilitador –mediación- o imponiendo una solución –arbitraje-, y que es la imparcialidad. De la misma manera la Resolución de 2001 excluye “...los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o los mecanismos en que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de la empresa” (art. 1.2).

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

Tanto los sistemas de negociación automática organizados por las empresas como los centros de reclamaciones on-line carecen evidentemente de la nota de imparcialidad que suele predicarse de los terceros que intervienen en un proceso de solución de conflictos; pero evidentemente, una gestión adecuada de un incumplimiento y una respuesta satisfactoria pueden aumentar tanto o más la e-confidence que los procesos de mediación. Ahí esta la paradoja. Las ODR obedecen a los parámetros de eficiencia, rapidez y bajos costes y las fórmulas que reúnan estas características permanecerán y aumentarán. Y en este caso, es preciso hallar el marco legal que las acoja, aún si se resisten a entrar en las categorías de ADR presenciales clásicas.

5.- El “arbitraje electrónico” en el sistema arbitral de consumo

En España, desde 2008, se ha optado por regular un tipo concreto de ODR: el arbitraje de consumo entendido como sistema de enlaza procesamientos de mediación y arbitraje según lo antes expuesto. En efecto, la regulación del arbitraje electrónico de consumo es presentado por la Exposición de Motivos del RD 231/2008 como un gran novedad^{xxxvii}. Significa el desarrollo

^{xxxvi} Cfr. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM(2002) 196 final: nota 1: no se incluyen en el ámbito de este libro los sistemas de procesamiento de demandas, puesto a la disposición de los consumidores por los profesionales. En tales procedimientos no intervienen terceros sino que se encarga de ellos una de las partes del conflicto. Y los "sistemas de negociación automática" sin intervención humana, propuestos por los prestatarios de servicios de la sociedad de la información. Tales sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto.

^{xxxvii} La importancia de esta vía ya había sido señalada por el Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España, op. Cit., p. 97.

2009 International Workshop on ADR/ODRs

de un sistema a medio camino entre la posibilidad de usar las TIC en el arbitraje y la mediación de consumo y la creación de plataformas on-line de ODR en esta materia cuya finalidad básica sería agilizar el proceso y eliminar costes^{xxxviii}.

En efecto, este texto regula en unos pocos preceptos el arbitraje de consumo electrónico donde se marca una clara distinción entre el arbitraje electrónico y los “trámites realizados por vía electrónica” dentro de un proceso convencional (art. 3,3). Tras esta distinción, en ambos casos declara aplicable, en lo no dispuesto por el RD 231/2008, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta remisión se debe al hecho de que el arbitraje de consumo es de naturaleza institucional por lo que se somete a los requisitos de la legislación administrativa en los que se refiere a la utilización de medios electrónicos para notificaciones y otros aspectos.

Con todo, el RD 231/2008 tiene una visión restrictiva del arbitraje electrónico ya que considera tal sólo a aquél que se realiza “íntegramente” por medios electrónicos, aunque a continuación admite que algunas actuaciones puedan ser presenciales. Este planteamiento hace surgir un problema de delimitación: ¿cuántas actuaciones presenciales son necesarias para entender que ya no estamos en un arbitraje electrónico?. El propio art. 45, cuando habla de la práctica de la prueba en el proceso arbitral electrónico, indica que “En el arbitraje electrónico cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, ésta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes”. La conclusión de que entonces, la videoconferencia es un trámite presencial parecería adecuada, aunque efectivamente se realiza por medios electrónicos y propiamente no es presencial. Este artículo es un ejemplo de lo que exponíamos anteriormente: la utilización de la videoconferencia se incluiría en lo que podríamos llamar aplicación de la TIC a la mediación o al arbitraje que consigue un efecto equivalente a la presencialidad usando técnicas de comunicación a distancia que permiten la emisión de imágenes.

En cambio, la realidad que el RD 231/2008 identifica con el arbitraje electrónico es una aplicación informática centralizada que el Ministerio de Sanidad y Consumo recibe el mandato de crear (art. 51.2) y que prevé un sistema equivalente al del arbitraje de consumo tradicional por medios electrónicos. Es decir, se convierte en un proceso adaptado al previsto en el RD realizado virtualmente en el que los problemas a resolver son la Junta arbitral competente (art. 52); la práctica de las notificaciones (art. 54); el lugar del arbitraje (art. 55) y la aplicación de los mecanismos de firma electrónica en lo que se refiere a los mecanismos para garantizar la identidad de las partes y la integridad del mensaje (art. 53).

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

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

^{xxxviii} En este sentido, MONTESINOS GARCIA, A., (2008), “El arbitraje de consumo virtual” en COTINO HUESO, L., coord., *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, p. 264

2009 International Workshop on ADR/ODRs

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

BIBLIOGRAFIA

ABELLAN TOLOSA, L., (2006), “El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, pág.. 367 y ss.

BARRAL VIÑALS, I., (2003), “La seguridad en Internet: la firma electrónica”, en *La regulación del comercio electrónico*, Madrid, p. 50.

BARRAL VIÑALS, I., (2007), “Del consumidor destinatari-final al consumidor- no expert en la contractació en massa, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 7.

BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., Y PEÑA LÓPEZ, F. (2008): *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

GIL NIEVAS, R., (2008) “La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 768/2008.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: (2003), “Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 571.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., (2004), comentario al art. 1 en GUILARTE GUTIÉRREZ, dir., *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*, Valladolid.

MALUQUER DE MOTES, C. J., (2004) "El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario", Forenza, C., ed., *El arbitraje de consumo*, Valencia .

MALUQUER DE MOTES, C.J., (2003), “La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico” en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, p. 113 ss.

MARTÍN GALICIA, F., (2005): "La regulación voluntaria y la defensa del consumidor", *Estudios sobre consumo*, núm. 72, Enero.

MONTESINOS GARCIA, A., (2008), “El arbitraje de consumo virtual” en COTINO HUESO, L., coord., *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, p. 264

QUINTANA CARLO, J., (1997), *El sistema arbitral de consumo*, Pamplona.