

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE DERECHO MERCANTIL**



TESIS DOCTORAL

**MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR MEDIOS
ELECTRÓNICOS**

Realizada por:

ROLANDO JOAQUÍN ORTEGA HERNÁNDEZ

Dirigida por:

Dr. D. FERNANDO CARBAJO CASCÓN

2015

	INDICE.....	
	ABREVIATURAS.....	
	INTRODUCCIÓN.....	
	CAPITULO PRIMERO.....	
	DIFERENTES MARC EXISTENTES. TRADICIONALES Y ONLINE	
I.	Justificación de los MARC o ADR en general. Antecedentes y definición de los MARC.....	
II.	Marco normativo europeo y español de los MARC.....	
III	Los MARC por medios electrónicos. “ <i>Online dispute resolutions</i> ” (ODR).....	
1.	Orígenes del concepto de los ODR.....	
2.	Concepto y teoría de los ODR.....	
3.	La tecnología como cuarto sujeto en la relación conflictiva.....	
IV	Ventajas de la implementación de los ODR.....	
1.	Rapidez y bajo coste.....	
2.	Control y flexibilidad de las partes en el proceso.....	
3.	Ausencia de formalismos innecesarios.....	
4.	Ausencia de conflictos de jurisdicción territorial, conflictos culturales y ausencia de prejuicios derivados de la ausencia de fronteras.....	
5.	Especialización.....	
6.	Reducción de las pasiones por la ausencia de encuentros cara a cara.....	
IV.	Diferentes formas de MARCs y ODR.....	
1.	Formas de autocomposición procesal.....	
a)	Negociación.....	
b)	Negociación por Medios Electrónicos.....	
1)	Negociación automatizada. Doble licitación a ciegas (<i>double blind bidding</i>).....	
2)	Negociación automatizada. Subasta a ciegas visual (<i>visual blind bidding</i>).....	
3)	Negociación asistida.....	
c)	La mediación.....	
d)	Mediación por medios electrónicos.....	
2.	Formas de hétérocomposición procesal.....	
	CAPITULO SEGUNDO.....	
	ARBITRAJE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	
I.	Concepto de arbitraje.....	
II.	Naturaleza jurídica.....	
1.	Teoría privatista pura o contractual.....	
2.	Teoría publicista pura o jurisdiccional.....	
3.	Teoría conciliadora o mixta.....	
4.	Teoría autónoma.....	
III.	Clasificación del arbitraje.....	
1.	Según la facultad de los árbitros. Arbitraje conforme a derecho. Arbitraje de equidad (<i>ex aequo et bono</i>) o como amigable componedor.....	
2.	Según la composición, arbitraje institucional, arbitraje <i>ad-hoc</i> o independiente.....	
IV.	El convenio arbitral por medios electrónicos.....	
1.	Efectos del convenio arbitral. Efecto positivo y negativo del convenio arbitral y sus matices en el comercio electrónico.....	

2.	Forma del convenio de arbitraje. Posibilidad de celebrar convenios arbitrales por medios electrónicos.....
3.	Sobre la posibilidad de celebrar convenios arbitrales por medios electrónicos.....
V.	Sobre la seguridad de los procedimientos arbitrales por medios electrónicos.....
VI	El laudo arbitral electrónico.....
VII.	Intervención judicial en los arbitrajes por medios electrónicos.....
1.	Nombramiento judicial de árbitros.....
2.	Práctica de pruebas.....
3.	Adopción de medidas cautelares.....
4.	Exequátur de laudos arbitrales extranjeros.....
5.	Ejecución del laudo arbitral nacional y extranjero.....
6.	Anulación del laudo.....
VIII	Sistemas arbitrales en línea.....
1.	<i>NetCase</i>
2.	Electronic case facility (ECAAF) del Centro De Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....
	CAPITULO TERCERO.....
	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS ENTRE EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES B2C.....
I.	Sobre la tutela jurídica de los consumidores en el comercio electrónico.....
1.	Tutela constitucional del derecho de los consumidores.....
2.	Tutela jurídica material de protección de los derechos económicos de los consumidores y usuarios en el comercio electrónico.....
3.	Perspectiva procesal y medios de articulación de los derechos de los consumidores y usuarios en la SI.....
II.	La Conflictividad en el Comercio Electrónico B2C.....
1.	Conflictos Derivados del Comercio Electrónico B2C.....
2.	El Problema de la confianza en el comercio electrónico B2C.....
3.	Los mecanismos de autorregulación como eslabón en la resolución de conflictos derivados de la contratación electrónica.....
	a) <i>Sobre los códigos de conducta como mecanismos de autorregulación en internet</i>
	b) <i>Sobre el incumplimiento de los códigos de conducta como acto de competencia desleal</i>
	c) <i>Incumplimiento de un código de conducta que promueva los odr dentro de un sello de confianza</i>
III.	MARCS Aplicables en el comercio electrónico B2C.....
1.	El arbitraje de consumo electrónico.....
	a) <i>Materias sometidas a arbitraje de consumo electrónico</i>
	b) <i>El convenio arbitral en el arbitraje de consumo electrónico y el distintivo de adhesión al arbitraje de consumo electrónico</i>
	c) <i>Junta arbitral de consumo competente y lugar del ACE</i>
	d) <i>Procedimiento, pruebas y reconvencción</i>
	e) <i>Laudo de consumo electrónico, requisitos de validez</i>
2.	La mediación en las relaciones de consumo en el comercio electrónico B2C y en el arbitraje de consumo.....
IV.	Experiencias de sistemas de ODR orientadas en el comercio electrónico B2C.....

1.	Confianza <i>On-Line</i> , una experiencia paradigmática para el comercio electrónico español.....
2.	<i>Electronic Consumer Dispute Resolution Platform</i> (ECODIR).....
3.	Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo (Red EJE).....
4.	Red europea de centros de consumo, <i>The European Consumer Centers Network</i> (ECC-Net).....
5.	El sello de Confianza E-Confianza del Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico eInstituto.....
	CAPITULO CUARTO.....
	LA MEDIACIÓN.....
I	La Mediación Civil y Mercantil en España, su evolución jurídica en el contexto Europeo hasta la trasposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles mediante la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....
II	Concepto de mediación.....
III.	Modelos y técnicas de mediación.....
1.	El modelo directivo de la escuela de Harvard.....
2.	El modelo circular normativo.....
3.	El modelo transformativo.....
IV.	Principios de la Mediación en la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y su implicación en la mediación online.....
1.	Voluntariedad y libre disposición.....
2.	Igualdad e imparcialidad. la tecnología como elemento equilibrante.....
3.	Neutralidad de los mediadores y neutralidad en la mediación online.....
4.	Confidencialidad en la mediación y en la mediación online.....
V.	La mediación electrónica en la legislación española.....
1.	Procedimiento simplificado de mediación y mediación electrónica.....
2.	Críticas a la exclusión de la mediación en materia de consumo.....
	CAPITULO QUINTO.....
	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE SIGNOS DISTINTIVOS Y NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET.....
I.	Localización e identificación en Internet. El sistema de nombres de dominio.....
II	Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio (ciberpiratería)..
III	La Política uniforme de resolución de disputas - <i>Uniform Dispute Resolution Policy</i> (UDRP) - de ICANN.....
1.	Orígenes y organización del sistema: ICANN, registradores, proveedores de servicios de solución de conflictos y panelistas.....
2.	Condiciones de aplicación.....
	<i>a) Identidad o similitud del nombre de dominio hasta el punto de crear confusión con una marca de productos o servicios que el demandante tenga derechos.....</i>
	<i>b) Ausencia de legitimidad de derechos e intereses sobre el nombre de dominio.....</i>
	<i>c) Registro y uso de mala fe del nombre de dominio.....</i>
3.	El Procedimiento en la UDRP.....
IV.	El reglamento de la UDRP y caracteres del procedimiento.....
1.	Procedimiento en línea.....
2.	Primacía de la jurisdicción y tutela judicial efectiva.....

3.	Especialización en decisión. Decisiones limitadas.....
4.	Procedimiento abreviado. Única instancia.....
5.	Ejecutoriedad condicionada de las decisiones.....
6.	Publicidad y transparencia de las decisiones.....
V.	El Sistema de Gestión y Resolución de Conflictos por el Registro Abusivo de Nombres de Dominio bajo la Modalidad «.es».....
2.	El procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos bajo el dominio «.es».....
VI.	Resolución de conflictos del dominio “.eu”.....
1.	Sistema de registro.....
	CAPITULO SEXTO.....
	OTROS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....
I.	Iniciativas reguladoras existentes.....
1.	El Jurado de Autocontrol de la Publicidad en España. Semejanzas y diferencias con el arbitraje.....
	<i>a) La publicidad comercial en España.....</i>
	<i>b) Constitución y funcionamiento del Jurado de Autocontrol de la Publicidad.....</i>
2.	La Organización de Estados Americanos (OEA/OAS).....
	<i>a) La propuesta de Estados Unidos de América.....</i>
	<i>b) La propuesta de Buenos Aires.....</i>
	<i>c) Comentarios a las Propuestas.....</i>
3.	La Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL).....
4.	Iniciativas reguladoras de la UE sobre sistemas de ADR/ODR para el comercio transfronterizo B2C.....
	<i>a) 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 por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo) (DRALC).....</i>
	<i>b) Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo.....</i>
	<i>c) El Reglamento (UE) Nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.....</i>
II.	Necesidad de implantación de un sistema global transfronterizo para el comercio electrónico B2C.....
1.	Necesidad de crear confianza en el comercio electrónico B2C mediante un código de conducta internacional.....
2.	Implantación de sistemas arbitrales transfronterizos en el comercio electrónico B2C.....
3.	La UDRP de ICANN como referente.....
	CONCLUSIONES.....
	BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....

INTRODUCCIÓN

Inicio esta tesis doctoral con la siguiente cita de PLATÓN: *“Que los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces; que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento”* (“De Legibus, Libros 6 y 12”).

El porqué de la elección de esta frase es simplemente su trascendencia en el tiempo. Esta trascendencia es tan importante que nos hace plantearnos que no importan los avances científicos y tecnológicos, y que el acceso a la Justicia y los medios para lograrlo siempre han sido una inquietud del hombre. Quizás estas inquietudes del hombre también podrán dar cabida a investigaciones jurídicas que incurran en el terreno antropológico o filosófico.

En los tiempos modernos, la tecnología parece condicionar nuestras vidas; o por lo menos nos vemos en la necesidad de convivir con ellas. Por poner un ejemplo de entre muchos posibles, Internet es un espacio de interacción para todos los gustos, pasatiempos, ocio y profesiones, donde las distancias se acortan. De hecho, hoy día se podría decir que no hay aspecto de la vida que no roce aunque sea tangencialmente los avances tecnológicos, por lo que, por lógica, asumimos que Internet y las TICs no son un hecho aislado y tienen una incidencia directa en la sociedad.

El derecho como ciencia social se ve afectado directamente por los avances de las TICs e Internet. En este sentido, las TICs han sido potenciadores de cambios de la norma jurídica, o por lo menos de una necesidad de adaptación de la norma jurídica al entorno de la SI. Internet y las TICs han estimulado cada vez más la ruptura de paradigmas jurídicos, por ejemplo, el fin ubicativo de los nombres de dominio el cual puede colisionar directamente con los derechos de legítimos propietarios de marcas de productos y servicios, lo cual -por su extensión global- generó la necesidad de crear un procedimiento “ad hoc” para resolver estas colisiones entre los legítimos propietarios de marcas de productos y servicios con los registrantes de nombres de dominio de mala fe, los ciberocupas. También podemos citar, los problemas que existen con las descargas ilegales, el ciberterrorismo y la pornografía infantil.

Volviendo al acceso a la Justicia, las TICs pueden jugar un papel fundamental. En primer lugar, si enfocamos este problema desde el punto de vista de la modernización del sistema judicial, son muchas las ventajas de aplicar la tecnología a la Administración de Justicia. Por otra parte, la digitalización de documentos puede ser una ventaja en cuanto al manejo de expedientes e información sobre procedimientos, y puede resultar un soporte efectivo en caso de pérdidas, incendios u otras catástrofes. Asimismo, la acumulación en papel supone un peso burocrático considerable que bien puede reducirse mediante la digitalización de documentos judiciales. Sin embargo, el acceso a la Justicia no está relacionado solamente con la administración de Justicia.

El acceso a la Justicia que manejamos en esta investigación, es el acceso a la Justicia desde un punto de vista amplio. Es decir, no entendemos el acceso a la Justicia solamente relacionado con la actividad jurisdiccional, sino como parte integral de ella, dónde la Justicia de paz conjuntamente con los mecanismos alternativos de resolución de Justicia encuentra su espacio y cabida como un instrumento más para alcanzar la paz social. Es por esta razón que consideramos que el desarrollo de Internet y las TICs pueden jugar un papel fundamental en el acceso a la Justicia. De hecho, consideramos que la idea del acceso a la Justicia, como bien fue señalada en la frase inicial de esta investigación, no está circunscrita a un sistema gubernamental, sino que, entendida “*latu sensu*”, constituye un derecho de los ciudadanos; derecho que es en realidad de inmediata exigencia y no es susceptible de transacción.

En este sentido, debemos plantear algunos de los problemas que generan Internet y la Sociedad de la Información en relación con el acceso a la Justicia.

Internet, como espacio donde se desarrolla la Sociedad de la Información, es un territorio deslocalizado, ubicuo, donde la ausencia de fronteras plantea directamente problemas de atribución de competencia judicial. Como algún autor señaló, “*Internet esta aquí y está en todas partes*”¹. Por lo tanto, el hecho de plantear el acceso a la Justicia ordinaria, solamente desde el punto de vista de la competencia judicial internacional resulta a nuestro entender una aproximación poco efectiva. Claro está, y

¹ LESSIG, Lawrence. *CODE*. Version 2.0. Ed: Basic-Books. Nueva York, 2006. P.10.

hacemos la salvedad, que existen competencias que un Estado no debe delegar en pos de la efectividad, como son cuestiones de orden público; más específicamente nos estamos refiriendo a la aplicación del derecho penal, donde incluso el desarrollo de la Sociedad de la Información ha dado paso a la creación de otras figuras delictivas distintas a las que ya existían tradicionalmente, como es el *hacking*, *cracking*, ciberterrorismo, etc., y ha potenciado otros que ya existían como la pornografía infantil y el robo de identidades.

La sociedad contemporánea es una sociedad de una enorme conflictividad. La conflictividad contemporánea hace que los organismos encargados de aplicar el derecho, es decir los tribunales, no den abasto ante el número de conflictos, en los que las cuestiones discutidas son en su mayoría cuestiones fácticas y no jurídicas. Por lo que, para evitar la escalada de los conflictos y proporcionar el mantenimiento de un orden social, los estados y la propia administración de Justicia han abierto la puerta a la Justicia alternativa.

En este orden de ideas, Internet ha generado un espacio ideal para los negocios y también para los conflictos. Como es sabido Internet ha generado oportunidades para los negocios que traspasan las fronteras, por lo que esta herramienta tecnológica ha potenciado el intercambio comercial transfronterizo de distintas maneras, por medio de la publicidad, por medio de la prestación de servicios, o directamente mediante el ejercicio del comercio, bien sea entre empresarios, o entre empresarios y consumidores. Este grado de interacción ha generado una enorme conflictividad, aunada a la conflictividad existente, para lo cual el sistema de Justicia establecido no está preparado. Para ello, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pueden ayudar a superar los obstáculos que las TICs y la Sociedad de la Información interponen en el acceso a los sistemas tradicionales de administración de Justicia.

El concepto de los *Online Dispute Resolution* (ODR) surgió como respuesta a los paradigmas que planteaba la SI como nicho de conflictos. Este concepto ha dado lugar a muchas acepciones y discusiones dogmáticas las cuales convergen en la utilización de la tecnología en la resolución de conflictos. Por esta razón, si bien en esta investigación utilizamos con asiduidad la terminología ODR, consideramos dicho

acrónimo poco exacto, por lo cual el nombre de nuestra investigación se refirió a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) por medios electrónicos.

Para la realización de esta tesis doctoral utilizamos la técnica documental bibliográfica. Nos hemos sustentado en fuentes bibliográficas relativas a los aspectos jurídicos de la sociedad de la información, otras fuentes referidas a la teoría de los MARCs en general y por supuesto de los ODR. Asimismo, por tratarse de una investigación jurídica, la ley, en sus distintas modalidades, ha formado parte integral de nuestra investigación. A tal efecto hemos elegido como punto de partida y referencia el ordenamiento jurídico español en su conjunto, sin embargo, comprendemos que el ordenamiento jurídico español está imbricado dentro del marco comunitario e internacional, por lo que la perspectiva tiende a ser más amplia. Asimismo, la jurisprudencia es una fuente importante de nuestra investigación por constituir la interpretación de la ley al caso concreto.

Hemos analizado los distintos cuerpos legales y estudios doctrinales referidos a los MARCs y ADR en general, así como, en particular, la teoría y estudios sobre los ODR. Para ello hemos analizado bibliografía referida a los MARCs o ADR en general, a las distintas formas de MARCs, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, y a los distintos mecanismos de solución de conflictos por medios electrónicos (ODR). Asimismo, hemos analizado los distintos cuerpos legales que establecen una regulación en referencia a los MARCs, como son la CNY, la Ley 60/2003 de Arbitraje, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de CNUDMI, el libro verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos de la UE, el RD 231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consumo entre otros documentos, La Directiva 52/2008 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles o el RD 980/2013 de desarrollo de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles entre otros instrumentos.

Debido a la escasa información con la que fue iniciado el proyecto de investigación de esta tesis doctoral, la realización del esquema de esta investigación constituyó un desafío en sí. Para esto, realizamos un esquema que recogiera aspectos generales hasta acotar el tema de investigación lo más posible, dejar la puerta abierta a

otras investigaciones y así soportar la posible aprobación de textos legales que afectaran directamente el curso de la investigación en una materia tan influyente en el mercado como son las posibles decisiones legislativas relativas a la sociedad de la información y al comercio electrónico, cuestión que en efecto ocurrió.

Para abordar el tema de los MARCs consideramos necesario una aproximación al escenario donde se desenvuelve. Este escenario es en su mayoría la SI por ayuda de las TICs e Internet, por lo cual recurrimos a un capítulo en el cual justificábamos el tema de la investigación conjugado con el concepto de los ODR. En efecto, en el **capítulo primero**, nos paseamos por diversos temas tratando de acotar el objeto de la investigación desde un escenario global, que aunque puede pensarse en el como un territorio común, sirve al lector para ponerlo en una justa perspectiva. Ya que como bien señala el padre de los ODR, Ethan KATSH, “*los ODR no aparecen por generación espontánea*”², son el fruto del desarrollo del propio espacio ubicuo y descontextualizado del territorio virtual.

Igualmente, en el primer capítulo, abordamos el tema de los MARC en general para estudiar directamente el estado del arte de los ODR. Este capítulo, si bien es bastante general, sienta las bases teóricas de los MARC en general para así abordar la conceptualización de los ODR, pasando por los orígenes del concepto y el concepto propiamente dicho de los ODR. En particular, desarrollamos la tesis de la tecnología como cuarto sujeto o elemento en la relación conflictiva. Siguiendo esta misma tónica, hemos señalado las ventajas de la implantación de los ODR en sus distintas modalidades, pasando por la negociación automatizada, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y otros medios adversariales alternativos de resolución de conflictos, como el revolucionario UDRP de la ICANN para resolver conflictos provocados por el registro y uso de nombres de dominio de Internet.

² En vez de generación espontánea, el primer artículo que presentó el concepto de ODR utilizó la palabra “vacuum” referido a una aspiradora ya que en el contexto se decía que las disputas no ocurrían en una aspiradora, por lo cual nos hemos querido referir a esta aspiradora adecuándola al contexto como generación espontánea, en tal sentido los autores, KATSH, Ethan., RIFKIN, Janet, GATTENBY, Allan, Señalaban “... *Disputes and dispute resolution do not occur in a vacuum. Every dispute arises in a setting or context, and the setting from which it arises may shape the expectations of the parties, the timing of settlement, the perceived urgency of resolution, the consequences of and available alternatives to failure, the role of the third party, and even the form of dispute resolution(...)* P.706. En: “*E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law»*”. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. Vol.15. No.3.2000. Pp.705-734

El **segundo capítulo** de esta investigación está referido al arbitraje comercial realizado por medios electrónicos. En este sentido, consideramos preciso aclarar el porqué de la importancia que le damos a esta institución en esta investigación en detrimento de la mediación y otros MARCs autocompositivos pese a la recién aprobada ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y que de hecho sí tienen importancia en el desarrollo de los ODR. El motivo de esta preferencia tiene que ver con la problemática que revierte la aplicación del arbitraje por medios electrónicos, la problemática del consentimiento al otorgar el convenio arbitral, la posibilidad de suscribir el convenio electrónico en un marco internacional cuando la CNY fue redactada sin tener en cuenta las TICs de hoy en día. Asimismo, el arbitraje, catalogado por la jurisprudencia española acertadamente como un equivalente jurisdiccional, tiene importantes influencias en la confección de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos de importante influencia arbitral, pero que no pueden ser reconducidos al arbitraje como es el Procedimiento Administrativo Obligatorio de la UDRP de ICANN.

A tal efecto, consideramos crucial para el desarrollo de esta tesis doctoral elaborar un capítulo dedicado al arbitraje de derecho privado y su realización por medios electrónicos. Para ello hemos conceptualizado el arbitraje y hemos estudiado las distintas posturas referidas a la naturaleza jurídica del arbitraje, por lo que hemos descrito las cuatro teorías conocidas, a saber, la teoría privatista pura o contractual, la teoría publicista pura o jurisdiccional, la teoría conciliadora o mixta y la teoría autónoma, por lo que hemos asumido posición efectivamente sobre la naturaleza jurídica del arbitraje decantándonos por una de estas posturas. Asimismo, no menos importante es el convenio arbitral, el cual da nacimiento a la relación arbitral, y tales fines se estudiaron sus efectos y los matices que presenta cuando es llevado a cabo por medios electrónicos. Asimismo, en este capítulo se estudió el laudo arbitral, su validez por medios electrónicos y las condiciones para ser ejecutado. Igualmente, se citaron algunos ejemplos de Arbitrajes en línea.

Seguidamente, en el **capítulo tercero** nos adentramos en un tema espinoso y controvertido, la resolución de conflictos entre empresarios y consumidores. En este capítulo se exponen temas diversos relacionados con los conflictos y la conflictividad

surgida dentro del contexto del comercio electrónico entre empresarios y consumidores, o el comercio electrónico B2C, sector que es igualmente el que presenta mayor volumen de transacciones y por ende podríamos decir que el más conflictivo, pero el que más nos interesa al mismo tiempo. En tal sentido, se señaló la falta de confianza que tiene el consumidor al realizar transacciones electrónicas y la necesidad de crear mecanismos que brinden confianza al consumidor, donde los ODR, particularmente el arbitraje, pueden tener una utilidad importante. Asimismo, se planteó la idea de la implicación directa de los ODR dentro de los mecanismos de autorregulación como códigos de conducta o sellos de confianza, por lo cual concebimos este epígrafe como un “eslabón” que sirve de unión o punto de encuentro entre la ley y la autorregulación o *soft law*.

Una parte importante del capítulo tercero está referido al arbitraje de consumo y su aplicación por medios electrónicos. En tal sentido, y partiendo de la legislación española, estudiamos a fondo el RD 231/2008 que regula el sistema arbitral de consumo llevado a cabo por las juntas arbitrales de consumo de cada provincia, las cuales están adscritas al ministerio de sanidad y consumo del gobierno de España. El RD 231/2008, si bien es una norma supletoria de la Ley 60/2003 de Arbitraje, presenta importantes particularidades que resultaban preciso analizar. Estas peculiaridades, a nuestro punto de vista y orientados al comercio electrónico, pasan por puntualizar las materias sometidas al arbitraje de consumo, físico o electrónico; pero más importante aún sería el sometimiento al sistema arbitral de consumo, ya que es a grandes rasgos voluntario para el consumidor si el conflicto no ha surgido, y tiene que ser ratificada esta voluntad, mientras que posee un carácter obligatorio para las empresas adheridas al sistema arbitral de consumo mediante los distintivos de adhesión al sistema arbitral de consumo. De tal manera, es peculiar que el arbitraje de consumo, por lo menos en España, va a caballo entre el derecho público y el derecho privado. Para culminar este capítulo, a modo enunciativo se mencionaron las distintas experiencias en cuanto a la resolución de conflictos derivados del comercio electrónico B2C.

La mediación fue tratada también en el **capítulo cuarto** de esta tesis doctoral, pasando desde la conceptualización y principios de la mediación tradicional hasta llegar a la mediación por medios electrónicos. En la realización de esta tesis doctoral tuvimos que partir desde un concepto más flexible de mediación del que se viene manejando últimamente en la doctrina española, la cual admite con carácter general que en la

mediación el mediador nunca debe proponer una solución, cuestión de la que discrepamos parcialmente. Dentro de este capítulo analizamos los principios rectores de la mediación y analizamos su aplicación cuando se trata de mediación online. Para culminar, en este capítulo hemos analizado la mediación online desde la perspectiva de la legislación española y hacemos una fuerte crítica a la exclusión de la mediación en materia de consumo de la legislación española.

El **quinto capítulo** está referido a los conflictos a la resolución de conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet. En primer lugar, decidimos señalar la conflictividad entre los nombres de dominio y los propietarios de signos distintivos, como pueden ser las marcas de productos y servicios, entre otros muchos signos distintivos, para lo cual fue necesario explicar la naturaleza del sistema de nombres de dominio determinando su naturaleza ubicativa o localizadora de sitios en línea a la que se suman posibles funciones distintivas, con consecuencias en el mercado como parte del fenómeno de la ciberocupación. En tal sentido, dentro de los textos referidos a los ODR, consideramos que el referente principal es el sistema administrativo de resolución de conflictos de ICANN, en tal sentido, decidimos dedicar gran parte de este capítulo para describir y analizar algunas de las peculiaridades de este sistema, puntualizando su diferencia con el arbitraje. En esta misma tónica y tomando como referente la UDRP de ICANN, que sirvió para la implantación de otros muchos procedimientos sobre conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio de segundo nivel regionales o de país, estudiaremos el sistema de resolución de conflictos del dominio «.es» perteneciente a España y, el sistema de resolución de conflictos sobre el dominio supranacional «.eu», perteneciente a la Unión Europea y sus instituciones.

El **sexto y último capítulo** se refiere a otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos y que no fueron catalogados ni tratados anteriormente de forma específica durante la investigación, dejando abierta la puerta a la ampliación de los ODRs a nuevos campos de conflictividad. Este capítulo, casi conclusivo, presta especial atención a las iniciativas reguladoras existentes, ya establecidas o en proyecto. Por ejemplo, comenzamos por analizar el paradigmático sistema bicéfalo de resolución de conflictos del jurado de autocontrol de la publicidad, el cual, debido al crecimiento de Internet, ha tenido una importante actividad, y a día de

hoy sirve de referente inclusive a las decisiones judiciales, siendo otro ejemplo claro de los mecanismos de autorregulación. Por otra parte, dentro de la tónica de las iniciativas reguladoras, no podíamos dejar pasar por alto las propuestas realizadas en el seno de la CIDIP VII en el año 2010, relativa a las relaciones con los consumidores; en tal sentido, analizamos la propuesta de ley modelo sobre ODR realizada por los Estados Unidos de América, que consiste en una ley modelo de arbitraje obligatorio y la propuesta de Buenos Aires consistente en una convención sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo. Asimismo, estudiamos la propuesta de las Naciones Unidas en el seno de UNCITRAL/CNUDMI, del grupo de trabajo III, referido a la redacción de unas reglas de procedimientos sobre resolución de litigios en línea ODR para transacciones derivadas del comercio electrónico B2B y B2C de alto volumen y de escaso valor, documentos que serán de voluntaria aplicación para los distintos países pero que todavía no ha llegado a alcanzar el consenso necesario. En el ámbito europeo comunitario, estudiaremos sendos documentos ya aprobados relacionados con la resolución de litigios para los consumidores, de manera presencial o física y la implantación de una plataforma de ODR para todo el territorio de la Unión Europea. Estos documentos, ya aprobados son: la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. En este contexto y con miras de transposición de la Directiva 2013/11/UE se encuentra en fase de incorporación al ordenamiento jurídico Español el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, anteproyecto que según el artículo 25 de la Directiva 2013/11/UE deberá estar incorporado al derecho español en forma de ley a más tardar el 9 de julio de 2015.

El último capítulo desarrolla asimismo un epígrafe en el que planteamos, de “lege ferenda”, la necesidad de implantar un sistema global transfronterizo de ODR para el comercio electrónico B2C. Sin embargo, antes de realizar el diseño de un sistema legal destinado a resolver los conflictos transfronterizos derivados del comercio electrónico entre empresarios y consumidores, resulta necesario deshacernos de ciertas barreras que impiden la construcción o diseño de tal sistema. La primera de las barreras constituye el hecho de brindar confianza al mercado, para que el consumidor desarrolle

su máximo potencial, para lo cual la creación de un sistema de resolución de conflictos es una pieza fundamental, aunque no bien la única en la construcción esta confianza. Por otra parte resulta cada vez más necesario que a nivel internacional se llegue a un consenso para brindar al consumidor de la protección jurídica necesaria para evitar abusos contractuales, para lo cual es imperativo el estudio de la aceptación de convenios arbitrales en cláusulas de adhesión previos al conflicto por parte del consumidor; cuestión que, como se verá, presenta opiniones doctrinales a favor y en contra. En tal sentido, se deberá ver si los ADR tradicionales existentes, como la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje, resultan una herramienta idónea para resolver los conflictos derivados del comercio electrónico B2C o si, más bien, es necesario la creación de un mecanismo “ad hoc” adaptado a la realidad del comercio electrónico, tomando como referencia al respecto la exitosa UDRP de la ICANN para la resolución de conflictos de ciberocupación de nombres de dominio.

CONCLUSIONES.

I

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) son los mecanismos que no forman parte de la jurisdicción ordinaria, permitidos por la Ley, dentro de un marco de acción determinado claramente establecido, a los que las partes pueden acudir para resolver un conflicto. Existen distintos tipos de MARC, 1) de autocomposición procesal: negociación, conciliación y mediación; 2) de heterocomposición procesal: arbitraje y otros métodos donde un tercero tiene la responsabilidad de emitir la decisión.

Los ODR o Resolución de Disputas en Línea, son fruto de la “*sinergia*” entre los criterios de los MARC o ADR y las herramientas de las TICs. Los ODR son los mismos MARC que pretenden hacer llegar a las partes a una solución de sus controversias utilizando las TICs para ello, más concretamente “Internet”. De tal manera, los MARCs por medios electrónicos se presentan como los MARCs tradicionales, con el aditivo tecnológico que juega un papel protagónico en la resolución del conflicto. Los MARCs tradicionales, sus prácticas y sus principios, constituyen los cimientos en los cuales se construyen los sistemas de ODR.

La doctrina formada sobre los ODR afirma que la tecnología constituye una cuarta parte en la relación conflictiva; nosotros consideramos la tecnología como un cuarto sujeto y no parte. Consideramos que la tecnología es sujeto y no parte por el simple hecho de que no forma parte de la contienda, sino que contribuye a solucionarla. En los procedimientos de ODR la tecnología asiste al árbitro o mediador como una especie de aliado pero no forma parte del conflicto.

Los ODR poseen las mismas ventajas que los MARC tradicionales, por esta razón deben estar adaptados al contexto por el cual fueron creados (Internet). Los ODR deben estar adaptados al espacio virtual y cursar con la tecnología y los MARCs tradicionales adaptados a los criterios de los espacios virtuales. Entre las ventajas de la implantación y utilización de los ODR tenemos: 1) rapidez y bajo coste, 2) control y flexibilidad de las partes en el proceso, 3) ausencia de formalismos innecesarios 4)

ausencia de conflictos de jurisdicción territorial, 5) ausencia conflictos culturales, 6) ausencia de prejuicios derivados de la ausencia de fronteras, 7) especialización, 8) reducción de las pasiones por la ausencia de encuentros cara a cara.

II

El Arbitraje por medios electrónicos no tiene otra matización que la utilización de las TICs en el nacimiento, formación y desarrollo del proceso. En el Arbitraje por medios electrónicos el elemento de la distancia entre los contratantes conforma un elemento determinante a favor de la deslocalización de las relaciones en el ciberespacio. Cuando se pacta un convenio arbitral por medios electrónicos, se debe prestar especial atención a las circunstancias en que se presta dicho consentimiento, por lo cual, en el convenio arbitral se debe expresar la voluntad inequívoca y libre de someterse a Arbitraje. Se deben tener en cuenta los principios generales de la contratación cuando se presentan convenios arbitrales contenidos en cláusulas de adhesión. Los abusos del poder de negociación de los convenios arbitrables contenidos en cláusulas de adhesión, sin ser únicos, son mucho más frecuentes en los contratos de consumo.

La perspectiva sobre la forma del laudo arbitral cambia con respecto a la forma del convenio arbitral, ya que además de la forma escrita, presente en ambos casos, en el laudo se requiere la firma de los árbitros. De tal manera, el acto de administración de Justicia debe estar documentado en la firma de los árbitros, la cual, de tratarse de un laudo en soporte electrónico, puede ser firmado por los árbitros mediante firma electrónica. Otro aspecto que podría facilitar la ejecución del laudo es la protocolización del laudo por medios electrónicos, cuando esta sea solicitada por las partes para su efectiva notificación. De acuerdo con la disposición final 1ª.3 LA, cuando el laudo representa un título ejecutivo, es decir si el laudo es de ejecución, la falta de protocolización se traduce como falta de autenticidad cuestión que supone un freno a la institución del arbitraje por medios electrónicos.

III

Consideramos que los sellos de confianza pueden jugar un papel fundamental para generar garantías en la Red. Los sellos o distintivos de confianza representan en el comercio electrónico y en el comercio en general una especie de garantía de buenas

prácticas de las empresas que se encuentran adheridas. Los códigos de conducta y sellos de confianza funcionan como ‘eslabón’ en la resolución de conflictos derivados de la contratación electrónica. Los ODR/ADR y los mecanismos de autorregulación van a caballo cuando hablamos de legislación aplicable. Consecuentemente a la invocación del *soft law*, mediante los ADR/ODR en el comercio electrónico es posible crear una norma de conexión a partir de los códigos de conducta.

IV

El arbitraje de consumo *on-line* es un arbitraje llevado a cabo mediante aplicaciones tecnológicas y entre empresarios y consumidores mediante la suscripción previa o separadamente de un convenio arbitral, en el cual se utilizan los medios tecnológicos durante el procedimiento arbitral. En este aspecto, se destacaría la importancia en la formación de la voluntad a la hora de pactar un arbitraje, la cual se determina por el momento en que se suscribe el convenio arbitral que puede ser previo al conflicto o cuando ya haya surgido el conflicto. En España, en el arbitraje de consumo, el sometimiento previo a Arbitraje de Consumo se realiza mediante la adhesión al SAC por parte de la empresa pero que sigue siendo voluntario para el consumidor y además debe ser ratificado por el consumidor.

V

El ámbito de aplicación transfronterizo de un procedimiento de mediación va a conllevar indefectiblemente la utilización de las TICs. De esta manera, se puede llevar a cabo una mediación transfronteriza asincrónica, sin necesidad de la presencia de las partes con el intercambio de *e-mails* y documentación en soportes electrónicos, o bien llevar cabo sesiones sincrónicas con la utilización de distintas plataformas de videoconferencias. Por otra parte, sería posible la utilización de estos dos procedimientos combinando ambas técnicas. Debido a que la mediación en asuntos civiles y mercantiles, visto desde el ámbito de aplicación de la DMCM, versa sobre cuestiones disponibles por las partes y excluye del ámbito de aplicación otras materias donde los Estados deban intervenir, se crea un escenario propicio para los negocios transfronterizos debido a que los ciudadanos tendrán acceso a medios de solución de conflictos distintos a los medios jurisdiccionales y al arbitraje.

VI

La mediación es un método o mecanismo alternativo y extrajudicial de resolución de conflictos de carácter consensual y voluntario, donde interviene un tercero neutral llamado mediador, quien mediante la utilización de distintas técnicas y la conducción del lenguaje adecuado acerca y ayuda a las partes para que ellas mismas resuelvan sus diferencias, pudiendo el mediador eventualmente aportar ideas para una posible solución. La solución ideal en la mediación pasa por una solución equitativa y beneficiosa para ambas partes, para que los sujetos intervinientes puedan continuar con sus relaciones habituales de manera normal y se elimine el litigio mediante un acuerdo o transacción. En la mediación civil y mercantil, el objeto del litigio o puntos controvertidos deben ser susceptibles de renuncia y transacción.

Las escuelas de mediación, Harvard, circular narrativa y transformativa tratan sobre la utilización del lenguaje y la comunicación, por lo tanto estas técnicas podrían ser utilizadas en el entorno tecnológico, dependiendo del carácter del procedimiento y las herramientas utilizadas. Las tres escuelas requieren de una aproximación entre las partes, lo cual a nuestro entender solamente se podría reproducir en el entorno virtual con determinadas herramientas como son la videoconferencia, y, en la mayoría de las veces se daría en una mediación simultánea o sincrónica y no asincrónica. Por otra parte, cuando los resultados de la mediación sean más predecibles como es el caso de reclamaciones por cantidades de dinero o cuestiones relacionadas con la adquisición de bienes y servicios derivadas de contrataciones electrónicas, no parece haber cabida para estas técnicas. En estas situaciones las emociones y la dialéctica, no tienen la misma relevancia que en otros casos, como en la mediación familiar u otros conflictos de intereses, donde la relación humana es preceptiva al surgimiento del conflicto.

VII

La mediación, por ser una vía de acceso a la Justicia, se rige por principios comunes a los procesos judiciales y por otros que son propios de la mediación. Entre los principios que rigen la mediación (título II LMCM) tenemos los de voluntariedad y libre disposición (Art. 6 LMCM), por los cuales se establece la voluntariedad del proceso y la

no obligación a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir el mismo. Se establece, asimismo, el principio de igualdad de las partes en el procedimiento, por el cual las partes deben tener dentro del procedimiento igualdad de oportunidades y debe mantenerse un equilibrio entre las mismas (Art. 7 LMCM). El mediador debe actuar con neutralidad para ayudar a que las partes alcancen un acuerdo (Art. 8 LMCM). El procedimiento de mediación debe llevarse a cabo de manera confidencial, por lo que se debe guardar el secreto profesional y no se podrá revelar la información derivada del procedimiento.

VIII

La mediación en línea es la mediación llevada a cabo por medios electrónicos, donde la tecnología juega un papel fundamental, más o menos protagónico dependiendo del caso, a través de esta sinergia entre los ADR tradicionales con la tecnología. Sin embargo, lo realmente importante es la interacción de la tecnología como un medio y como una herramienta capaz de condicionar la forma del procedimiento y el resultado de la mediación. En general, la mediación llevada a cabo por medios electrónicos no difiere mucho de la mediación llevada a cabo por métodos tradicionales, excepto por el papel que juega la tecnología en la gestión y solución del conflicto. La mediación en línea se configura como el método de ODR que más potencial tiene. Este potencial tiene que ver con la flexibilidad que presenta la mediación como procedimiento destinado a la eliminación o gestión de los conflictos, ya que el avance de las TICs se centra mayormente en la interacción, en la comunicación de los individuos.

La mediación llevada a cabo por medios electrónicos propiamente dicha o por medio de *software* automatizados es el mejor ejemplo de la interacción de la tecnología aplicada a la resolución de conflictos. Cuando se utilizan estos *software* automatizados en la resolución de conflictos la tecnología se convierte en la cuarta parte, o en el cuarto sujeto de la relación conflictiva, ya que la propia tecnología sirve no solamente de medio sino también de solución. Sin embargo, la intervención humana es necesaria para aceptar las propuestas del *software* y para ingresar y gestionar el programa con las variables matemáticas. La mediación llevada a cabo por medios electrónicos, puede ser muchas veces catalogada como negociación. Ciertamente, la negociación es utilizada

siempre en la mediación, pero en el momento en que existe la supervisión y control de un tercero, sea una entidad de mediación o un proveedor de servicios de negociación en línea, ya no se trata de una negociación en toda regla, sino que, como mucho sería una negociación asistida.

IX

La utilización de los medios electrónicos automatizados en sistemas de mediación en línea presenta otro de los paradigmas a romper y vencer en la resolución de conflictos que es la generación de resultados. La adopción de la solución propuesta por el software es el punto de inflexión en la teoría de los MARCs tradicionales, ya que si el *software* propone una solución estaríamos en presencia de una negociación asistida o un procedimiento adjudicativo con caracteres arbitrales. Ahora bien, si la solución propuesta es emitida por un *software* basado en variables matemáticas no existe la posibilidad de falta de neutralidad ni de parcialidad ya que la tecnología no tiene una autonomía propia. En un procedimiento de mediación en línea la ausencia de la presencia humana en la solución propuesta no puede ser interpretada como una inducción a un acuerdo de mediación, porque simplemente este acuerdo no es propuesto por el mediador, sino por el *software* de mediación, el cual se basa en ecuaciones matemáticas, muchas de ellas muy avanzadas, con la utilización de teorías matemáticas aplicadas a la resolución de conflictos como la teoría de los juegos. Independientemente de la utilización de la tecnología el factor humano es indispensable. Podemos decir que la mediación es el modelo de ODR que más adaptabilidad tiene al entorno tecnológico y a la evolución de la conflictividad

X

El Procedimiento Simplificado de Mediación contenido en el RMCM tiene como ámbito de aplicación las reclamaciones de escasa cuantía, cuando el objeto del litigio verse sobre hechos o circunstancias fácticas. Se presenta como un procedimiento automatizado mediante un *software* de gestión de la mediación, el cual debe contar con procedimientos seguros de autenticación de usuario y contraseña así se podrá utilizar la firma electrónica en las distintas fases del procedimiento, en aras de garantizar la confidencialidad del procedimiento, la integridad de los datos e información

suministrada por las partes dentro del PSM y la identidad de las partes. Las discusiones doctrinales que hacen referencia a que este tipo de procedimientos no constituyen una mediación consideramos desacertadas, ya que si la causa de los procedimientos de mediación, conciliación o la propia transacción es la eliminación del conflicto y por otra parte facilitar a los ciudadanos de distintos mecanismos para acceder a la Justicia y si la mediación es un procedimiento suficientemente flexible y adaptable a la situación, el mediador mediante la utilización de la tecnología podría proponer algún resultado que basado en la simplicidad del conflicto podría ser el único posible resultado. Es decir, si vamos a reclamar una cantidad de dinero porque no estamos de acuerdo sobre el monto presentado, el único acuerdo posible sería una cantidad de dinero, por lo que no existe lugar para otro tipo de argumentación.

Es necesario destacar que el hecho de que el PSM esté destinado a litigios de escasa cuantía, no debe servir como cortapisa a la utilización de estas herramientas tecnológicas en procedimientos de cuantías superiores. De hecho, estas herramientas tecnológicas que utilizan algoritmos inteligentes para la resolución de conflictos, no deberían constreñirse a procedimientos sobre escasa cuantía, ya que muchas veces los conflictos cuantificables en cantidades de dinero, o que en un momento determinado del conflicto se refieran a cantidades de dinero o cualquier otra variable cuantificable, pueden perfectamente utilizar las herramientas de negociación automatizada a ciegas (puja a ciegas) o puja visual, o la negociación asistida

XI

Cuestionamos tajantemente la exclusión de la mediación de consumo estipulada en la LMCM dentro de un procedimiento de escasa cuantía. Disentimos de esta exclusión en vez de poner en su lugar la aplicación supletoria sobre el RD 231/2008 sobre Arbitraje de Consumo (RDSAC). Nuestros cuestionamientos sobre la exclusión de la mediación en materia de consumo se centran en materia legislativa y en la errónea exclusión siquiera en procedimientos de escasa cuantía inferior a 600 euros. Aunque estos conflictos no sean exclusivamente sobre transacciones de consumo, lo cierto es que usualmente debido al monto reducido de la cuantía, estarían involucrados

consumidores y si tienen la preferencia los medios electrónicos las causas de los conflictos tendrían su origen en el comercio electrónico B2C en la mayoría de los casos.

Por otra parte, la mediación en materia de consumo en la DMCM se encuentra incluida dentro del ámbito de la aplicación de la directiva, cuestión que no tiene aparejada la prohibición de exclusión en una determinada ley, siempre y cuando este procedimiento esté previsto en otras leyes. Sin lugar a dudas, el tiempo de vida de la exclusión de la mediación en materia de consumo es limitado, debido a los recientes instrumentos promulgados en el seno de la UE relacionados con los MARCs en relaciones de consumo. A tal efecto, consideramos que la Ley 5/2012 en asuntos Civiles y Mercantiles, en lo referente a la exclusión de la mediación en materia de consumo, debe ser revisada. Esta exclusión a nuestro entender, vulnera las posibles vías de acceso a la Justicia por medio de la mediación cuando se trate de reclamaciones de consumo, por constituir la mediación el medio de acceso a la Justicia más flexible y con mayor capacidad de adaptación a las nuevas realidades del comercio electrónico B2B y B2C transfronterizo.

XII

La UDRP constituye sin duda alguna un hito en la teoría consolidada de los ODR enmarcado en un entorno de consenso y autorregulación en Internet. Ya que este proceso si bien presenta proximidades aparentes con el arbitraje constituye un procedimiento sui generis, sin ningún referente previo y que ha sabido dar respuesta a los problemas de *cybersquatting* y de registros abusivos de nombres de dominio. De esta forma, el procedimiento de la UDRP de ICANN no debe estudiarse desde el prisma del derecho procesal con todas las garantías propias de un procedimiento judicial; ni siquiera se le debe encuadrar dentro de un procedimiento arbitral. Por el contrario, debe observársele, valga la redundancia, como lo que es, una clase de ODR sui generis y que constituye un *tertium genus* entre un procedimiento arbitral y un procedimiento administrativo contradictorio proveniente de una entidad privada basada en la autorregulación

XIII

El JAP es un órgano extrajudicial de resolución de conflictos creado a los efectos del ámbito de la publicidad interactiva. Para llevar a cabo tal fin, cuenta con un sistema de autorregulación publicitaria. Este sistema puede emitir dictámenes antes de que sea anunciada la publicidad mediante un sistema *copy advice*, o después de que la publicidad sea transmitida, el JAP puede emitir dictámenes, a instancia de parte, por la vulneración a un código de conducta.

Desde el punto de vista de los ADR/ODR es preciso destacar el carácter *sui generis* del JAP. Se trata de un sistema bicéfalo de resolución de conflictos dentro del código de conducta Confianza Online, integrado por el SAC con su aplicación de arbitraje electrónico, y el jurado de autocontrol de la publicidad, cuando de publicidad interactiva se trate. Podemos decir, que viendo la incidencia de las TICs en el procedimiento y verificando el carácter *sui generis* del procedimiento del JAP, estamos en presencia de un sistema de ODR.

XIV

La Organización de Estados Americanos OEA/OAS en el marco de la protección a los consumidores en el comercio electrónico ha emitido unos documentos de trabajo para ampliar tanto los derechos de protección al consumidor como los medios para hacerlos valer. La primera de las propuestas trata sobre una convención de ley aplicable, propuesta por Brasil, Argentina y Paraguay, (propuesta de Buenos Aires) y una propuesta para crear un marco de cooperación en la región sobre ODR realizada por EUA, conjuntamente con una propuesta de ley modelo para la protección de los pagos realizados con tarjeta de crédito débito, así como una ley modelo para fortalecer a las autoridades de protección al consumidor.

Ambas propuestas pueden coexistir con algunas modificaciones. La propuesta de Buenos Aires puede existir en el marco de las Américas tal cual está, ya que esta propuesta trata de temas generales referidos a la contratación a distancia y no trata específicamente temas procedimentales que afecten los derechos de los consumidores y usuarios, esta propuesta. Por otra parte, la propuesta de EUA, denota una necesidad del mercado, dicha propuesta contiene reglas de procedimiento para la implantación de un

sistema global de ODR, el cual con ciertas modificaciones puede ser muy beneficioso para el mercado del comercio electrónico y la economía digital.

Consideramos que la propuesta de EUA debe evolucionar hacia un sistema *cuasi* arbitral o adjudicativo, enmarcado en un código de conducta interamericano. Las razones por las cuales hacemos esta aseveración son diversas; en primer lugar el hecho de realizar un arbitraje vinculante, y que el lugar de ejecución del laudo sea la sede del comprador, de acuerdo a la mayoría de las legislaciones existentes de protección al consumidor, vulneraría los legítimos intereses de los consumidores y usuarios y estos quedarían desprotegidos de sus derechos locales. Por otra parte, la ejecución de un laudo arbitral, de acuerdo a los procedimientos establecidos a nivel internacional, resultaría demasiado engorroso y los costes de ejecución, si fuera una ejecución forzosa serían desproporcionados en relación con el coste del proceso.

XV

La organización UNCITRAL/CNUDMI está trabajando en la creación de reglas de procedimiento para la resolución en línea de controversias sobre conflictos transfronterizos derivados del comercio y transacciones electrónicas. El grupo encargado es el grupo número III y están diseñando las reglas de procedimiento. En 2010, UNCITRAL/CNUDMI -el Grupo de Trabajo III (GTIII) (*Online Dispute Resolutions Working Group III*). La finalidad de este grupo de trabajo es la creación de unas reglas de procedimiento globales y transfronterizas sobre ODR, derivadas de los conflictos de la actividad referentes al comercio electrónico B2C y B2C.

Se puede apreciar, de los documentos presentados por el grupo de trabajo III, que estaríamos en presencia de un procedimiento de ODR mixto. Dicho procedimiento debería constar de dos etapas, una etapa consensual o auto-compositiva y otra etapa heterocompositiva o adjudicativa. En la etapa consensual, formas de ADR como la negociación, la negociación automatizada, acuerdos facilitados y la mediación deben formar parte del procedimiento, si se llegare a una solución dentro de esta fase, se dará por concluido el procedimiento. Seguidamente tenemos la etapa adjudicativa o heterocompositiva, que estaría formada por un procedimiento adjudicativo como el arbitraje, u otro procedimiento similar en el cual un tercero neutral emite una decisión

vinculante. Bajo una primera perspectiva, las partes pueden tener la opción de empezar el proceso en una fase particular, por ejemplo, pueden ir directamente arbitraje y una decisión final y vinculante por un tercero neutral

Se percibe un amplio apoyo a la opción de la etapa consensual, sin embargo, la opción del arbitraje plantea la mayor parte de los debates. En tal sentido, luego de establecida esta división de criterios, se planteó la idea de redactar dos opciones con respecto a la fase heterocompositiva del procedimiento. Las opciones que el grupo de trabajo acordó consisten: 1) en relación al grupo I, los acuerdos de arbitraje previos a la controversia se deberían aplicar a todas las operaciones entre empresas y consumidores y operaciones entre empresas; y 2) con arreglo al grupo II, debido a que los convenios arbitrales pre-conflicto no se consideran vinculantes para los consumidores en base a determinados ordenamientos jurídicos, los conflictos de los consumidores pertenecientes a esos países no deberían solucionarse mediante arbitraje. En este contexto, ambas opciones coexistirían dentro del mismo reglamento, pudiendo los compradores optar entre el arbitraje *ex ante* o la recomendación de un tercero neutral.

Como podemos observar, la discrepancia y la variedad de criterios es el denominador común de los debates y propuestas del grupo III de UNCITRAL/CNUDMI. En tal sentido, todavía queda tiempo para llegar a un consenso en las propuestas realizadas siguiendo el espíritu conciliador de UNCITRAL/CNUDMI, cuestión que no resta importancia a los debates aquí planteados por lo variados que estos son. Motivo por el cual consideramos que este grupo de trabajo podría llegar a un acuerdo luego de que sea traspuesta la DRALC a la mayoría de los países de la UE, y que se vislumbre asimismo un acuerdo o consenso dentro de la OEA, para que estos documentos que son derecho vinculante puedan servir a UNCITRAL/CNUDMI como marco referencial y así armonizar los instrumentos del *soft law* con el derecho positivo internacional.

XVI

En el año 2013 el parlamento europeo aprobó sendos instrumentos legales relacionados con el comercio transfronterizo B2C y sobre plataformas de ODR para consumidores, la DRALC y el REODR. Estos documentos tienen como objetivo establecer el marco legal para que los países miembros tomen las medidas necesarias

con el propósito de brindar confianza a los ciudadanos de la UE, incluso cuando se desplacen de sus países, por lo que están destinados a satisfacer las necesidades de reclamación tanto de los consumidores activos y pasivos de la UE. El acceso a estos mecanismos debe hacerse, como de hecho se ha hecho incorporando al mercado digital, por lo que el acceso a estas vías de reclamación debe garantizarse para las transacciones en línea y las que se realizan por medios tradicionales. Tanto la DRALC como el REODR, constituyen un paso importante en la armonización y cohesión del marco legal regulatorio de los ADR/ODR.

XVII

Consideramos necesario el diseño de un sistema global de ODR que satisfaga las necesidades del comercio electrónico y de los consumidores como conjunto. Este sistema de ODR debe estar diseñado con el propósito principal de crear confianza en el comercio electrónico, ya que este sector conjuntamente con el sector de los consumidores paulatinamente ha demostrado tener un potencial económico con amplias proyecciones. El diseño de un sistema global de ODR debe estar basado en la eficiencia y el dinamismo propio del comercio electrónico. Esta eficiencia debe provenir de la simplificación de las variables en juego, por ejemplo: mercancía dañada o defectuosa, mercancía no despachada, mercancía equivocada, cargos equivocados.

En este orden de ideas, nos inclinamos por un sistema global de ODR que no menoscabe los derechos fundamentales de los consumidores. Un diseño global de ODR debe estar vinculado a iniciativas auto-reguladoras tuteladas por la comunidad internacional y los Estados. En este sentido, podríamos plantear un sistema global de ODR insertado en un distintivo global de calidad, el cual sea obligatorio para las empresas que operan en el comercio electrónico. Podemos tomar, como punto de partida la experiencia aportada el sistema administrativo obligatorio de resolución de controversias en materia de nombres de dominio –UDRP- implantado por ICANN.

Consideramos que la instauración de un sello de confianza transnacional cumplimentado por un sistema de ODR blindaría al derecho del comercio electrónico con una base jurídica necesaria. Este blindaje jurídico viene dado por la idea de que los que mecanismos de autorregulación son el eslabón entre el comercio electrónico y los

ODR ante la ubicuidad y escasa y desperdigada regulación del comercio electrónico transnacional.

XVIII

Para la solución de conflictos surgidos de relaciones del comercio internacional B2B el arbitraje llevado a cabo por medios electrónicos puede ser de gran utilidad y sumamente aconsejable, sin embargo, no consideramos que el arbitraje deba implantarse como la vía principal si hablamos de la construcción de un sistema de ODR para el comercio electrónico transfronterizo B2C. Para llevar a cabo esta tarea, debemos tener en cuenta las circunstancias que rodean el desarrollo de cualquier procedimiento de ADR, por lo tanto, no podemos extrapolar el arbitraje para un sistema global transfronterizo de ODR de manera aislada, como si estuviéramos hablando de realidades y contextos sociales de igual magnitud. Quizás la mayor dificultad de la implantación de un sistema global transfronterizo de Arbitraje son las posibles o potenciales afecciones a los derechos de los consumidores y usuarios en el comercio electrónico B2C.

XIX

El procedimiento de la UDRP de ICANN ha marcado un hito en la resolución de conflictos, por diversas razones. Por lo cual, debemos plantearnos la posibilidad de utilizar la UDRP de ICANN como un referente para resolver los conflictos derivados del comercio electrónico B2C. Tal planteamiento es producto de los resultados que brinda la UDRP como sistema diseñado principalmente para luchar contra la ciberocupación en detrimento de legítimos propietarios de signos distintivos, y ante la necesidad que diversos organismos internacionales han planteado de crear un sistema de reclamaciones para el comercio electrónico transfronterizo y así crear confianza en el comercio electrónico. La implantación de un sistema global transfronterizo de resolución de conflictos para el comercio electrónico B2C no debe excluir el acceso a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. De hecho, a pesar del marcado carácter arbitral de la UDRP de ICANN este sistema no impide a ninguna de las partes acudir a la jurisdicción ordinaria en caso de que deseen entablar una acción ante la jurisdicción ordinaria, como si ocurre en el arbitraje debido a su efecto negativo de exclusión del

conocimiento del asunto a los tribunales ordinarios. Esta situación es necesaria si se quiere implantar un sistema de ODR para el comercio electrónico B2C, para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva ni ningún otro derecho derivado de la suscripción de un convenio arbitral en una cláusula de adhesión, como la posibilidad de que los consumidores acudan en forma colectiva a hacer valer sus derechos mediante acciones de clase.