

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal»

ARTÍCULO

Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional

 Aura Esther Vilalta

Fecha de presentación: enero de 2010

Fecha de aceptación: abril de 2010

Fecha de publicación: junio de 2010

Resumen

Las modalidades electrónicas de gestión y resolución de controversias se hallan en un momento de inflexión, debido a ciertos obstáculos que impiden, *de facto*, su perfecta incardinación en el conjunto del sistema judicial. La falta de interoperabilidad técnica y jurídica, así como la incertidumbre acerca del valor de los resultados obtenidos a través de estos métodos, unido a la proliferación de prácticas, reglamentos y normativa muy heterogénea y en ocasiones hasta contradictoria no contribuyen a su consolidación. Por esa razón empieza a apreciarse la necesidad de sistematizar ciertos estándares y principios reconocidos en la práctica de los ODR y de identificar modelos, de modo que se propicie la armonización de procesos, con tratamiento particularizado de aquellos que afecten a consumidores. Las leyes modelo y las guías legislativas, por sus particulares características, pueden constituir instrumentos óptimos para la progresiva armonización de las prácticas y las legislaciones, una labor que podría llevarse a cabo bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), institución del máximo prestigio y gran tradición en el desarrollo de tales instrumentos.

Palabras clave

Justicia relacional, métodos alternativos de resolución, sistemas autocompositivos, sistemas adversariales, tercero neutral, mediación, ADR, ODR, resolución electrónica de disputas, interoperabilidad, sistema judicial

Tema

E-justicia

Online dispute resolution. Initial reflections on the need for an international norms framework

Abstract

Online methods of dispute management and resolution are at a turning point because certain obstacles impede, *de facto*, their full integration into the legal system. Lack of technical and legal interoperability, uncertainty about the value of the results obtained and the proliferation of methods, rules and heterogeneous, sometimes contradictory, regulations do not bring its consolidation any nearer. For this reason we are beginning to appreciate the need to systematize certain ODR recognised standards and principles and identify models, to further the compatibility of procedures, with particular emphasis on those that affect the consumer. By their nature, model laws and legislative guides can be powerful instruments for the progressive harmonisation of practices and legislation, something that can only be carried out under the auspices of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), an institution with great prestige and a long tradition in the development of such instruments.

Keywords

Relational justice, alternative resolution methods, self-constructed systems, adversarial systems, neutral third party, mediation, ADR, ODR, online dispute resolution, interoperability, legal system

Topic

E-justice

1. Introducción

Son muchas las ventajas cuantitativas y cualitativas que acompañan las modalidades electrónicas de gestión y resolución de las controversias. La tecnología y sus aplicaciones han logrado superar las barreras de tiempo, distancia y lenguajes, factores que hasta ahora habían devenido obstáculos insalvables para la universalización de la justicia en los ámbitos de las controversias transnacionales y de los consumidores.

Los mecanismos de comunicación y traducción instantánea, así como el acceso a la información, son factores que están provocando significativos cambios culturales y de las relaciones económicas y sociales. Las ventajas que ofrece la Red en el ámbito de la contratación, en términos de facilidad, tiempo y costes, ha propiciado un tráfico en masa de ciertos productos y servicios -basta con pensar en la contratación de billetes de vuelo y de paquetes turísticos- y en definitiva la eclosión del comercio electrónico en el que se ven envueltos consumidores y usuarios.

De modo que el uso de Internet en ciertos ámbitos empieza a ser percibido no como una cuestión anecdótica, sino como un auténtico derecho a un servicio rápido, económico y deslocalizado. Correlativamente, también aumenta la reivindicación para que se faciliten medios de solución de las diferencias de igual rapidez económica y sencillez que los ofrecidos para la misma contratación.

De modo que la necesidad de racionalizar los factores coste/tiempo se traslada paulatinamente al ámbito del derecho. Y en este contexto, no es extraño que la Administración de Justicia se resienta, habida cuenta que no ha procedido todavía a integrar en su estructura tradicional los mecanismos extrajudiciales de gestión y resolución de las diferencias, como tampoco ha introducido en sus oficinas judiciales muchos de los avances que ofrece hoy la tecnología de la información.

Tras un lustro de experimentación, implementación y expansión de los métodos ODR, éstos se hallan en un momento de inflexión debido a ciertos aspectos que impiden, *de facto*, su perfecta incardinación en el conjunto del

sistema. La falta de interoperabilidad técnica y jurídica, así como la incertidumbre acerca del valor de los resultados obtenidos a través de estos métodos, unido a la proliferación de prácticas, reglamentos y normativa muy heterogénea -en ocasiones hasta contradictoria- y su fragmentación, no contribuyen a su consolidación.

Por ello empieza a apreciarse en algunos ámbitos la necesidad de sistematizar ciertos estándares y principios reconocidos en la práctica de los ODR y de identificar modelos, de modo que se propicie la armonización de procesos, en particular cuando sirvan a la resolución de controversias transnacionales. El reconocimiento de sus resultados,¹ y la interoperabilidad legal son objetivos que se añaden, porque estos métodos y la administración de justicia no son contrapuestos, sino complementarios, y precisan poder interaccionar.²

Las iniciativas de armonización de procesos y de estandarización generan, en ocasiones, una idea errónea de trabajo teórico e intelectual de escasa trascendencia práctica. Pero lo cierto es, sin embargo, que estos procesos de conocimiento, comprensión y ordenación ayudan precisamente a la eliminación de muchos obstáculos legales y formales al comercio, así como a la remoción de normativa contradictoria e inoperante, algo que hoy resulta deseable en el ámbito de las modalidades alternativas de resolución de conflictos.³

2. Proceso de conformación de un instrumento adecuado para la armonización de estándares y principios de los ODR

Una posible forma de abordar el proceso de conformación de un instrumento internacional adecuado para la armonización de los ADR y ODR sería la consistente en cierta cum-

plimentación de una serie sucesiva y articulada de pasos o fases. De modo muy esquemático y sin ánimo exhaustivo:

- Una fase de conocimiento (recogida de datos, estado del arte, identificación de intereses).
- Una fase de comprensión (análisis, contraste de datos).
- Una fase de ordenación (dogmática, estudio teórico, sistematización, taxonomía, diseño de la disciplina).
- Y una fase de concreción y confección de un instrumento legal adecuado (fijación de los elementos clave para la consecución de los objetivos, elección del instrumento y redacción).

2.1. Fase de conocimiento

De modo sintético, comprende la exploración de los institutos que constituyen objeto de estudio (negociación, transacción, mediación, conciliación, arbitraje...), la observación de contenidos, estructura, función y efectos.

Toda iniciativa que pretenda acometer una labor de ordenación y sistematización exige, de manera liminar, llevar a cabo estudios de campo que permitan conocer el estado del arte de los institutos que se quieren abordar, así como del ámbito socioeconómico en el que se desenvuelven y la identificación de las necesidades que pretende cubrir. Una exploración que demanda necesariamente la participación activa de sus agentes, tanto del sector público como del privado, del mundo profesional y académico, con objeto de conocer sus intereses y sus preocupaciones. Para ello, resultan instrumentos de gran utilidad los sondeos, las encuestas de carácter cualitativo y cuantitativo, los encuentros con los profesionales del sector, los foros de discusión, las mesas de trabajo, los estudios de campo, la investigación académica desde las más diversas perspectivas y disciplinas, los estudios estadísticos de investigación y el análisis estadístico de los distintos modelos que operan en el mercado, así como los estudios económicos (econometría).

1. La interoperabilidad jurídica, esto es, la colaboración entre instituciones y organismos profesionales puede realizarse solo si se encuentran presentes como subraya Guido ALPA, en *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Giuffrè editore, Consiglio Nazionale Forense, quaderni 14, pág. 60, entidades fiables, el respeto de ciertos principios (cita los principios de independencia e imparcialidad) y la observancia de los principios fundamentales que rigen la administración de las controversias.
2. Abogando por esta interoperabilidad, véase también, en Guido ALPA (op. cit., pág. 60).
3. En este sentido, véase Angelo ESTRELLA FARIA, en «Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas of Prosperous Voyage? *Uniform Law Review*, vol. XIV, año 2009-1/2, pág.2-34.

A partir de estos datos debe poderse estar en situación de llevar a cabo un diagnóstico que permita conocer el estado de los ODR, qué es lo que existe, cómo opera, cuáles son los intereses y objetivos y cuáles son los resultados que se obtienen. A través de ese diagnóstico se conoce qué se está haciendo, cómo se está llevando a cabo y cuáles son los resultados.

Muchas de las labores descritas ya han sido acometidas en sectores concretos o en ámbitos territoriales delimitados. De los estudios realizados puede avanzarse, a modo indicativo, que constituye una constante en la práctica de los métodos ODR el esfuerzo por generar y mantener un adecuado nivel de «confianza» en los mecanismos, procesos y resultados. La confianza, la fiabilidad, se erige así en factor articulador de gran parte de las decisiones que adoptan los proveedores de servicios ODR. Un factor,⁴ además, clave para su crecimiento.⁵ Como apuntan algunos teóricos, en la lucha contra el hecho sociológico de la natural desconfianza hacia todo lo que nos resulta nuevo, se aboga por la certeza de las reglas -su «previsibilidad»- así como por la profesionalidad de los expertos y la transparencia de las instituciones.

2.2. Fase de comprensión

En este segundo estadio, de comprensión, resulta necesario examinar los institutos en el contexto de la cultura jurídica al que vienen adscritos y del entorno social en el que se desarrollan. Así, por poner un ejemplo, se ha constatado que los países con sistemas jurídicos que mantienen una fuerte rai-gambre moral o consuetudinaria, con ordenamientos donde las esferas jurídica y social se hallan íntimamente imbricadas, la resolución por la vía adversarial no constituye en rea-

lidad una opción sino un último recurso. Los medios extrajudiciales se hallan muy extendidos, hay un uso difundido de los mismos y cuentan habitualmente con engranaje institucional. En la tradición jurídica de derecho civil o continental, los tribunales se muestran más recelosos de aceptar otros canales de resolución al margen de la jurisdicción, porque se erigen en garantes exclusivos del respeto del orden público y de las normas imperativas en la aplicación del derecho. Finalmente, en la tradición jurídica de derecho común o anglosajona, los tribunales estimulan la mediación y otras modalidades de resolución alternativa por considerarlo un paso previo necesario antes de acudir a la jurisdicción.⁶

Desde esta perspectiva de las distintas tradiciones jurídicas a las que clásicamente se han adscrito los ordenamientos jurídicos, debe decirse, sin embargo, que el fenómeno de los ADR y ODR ha sido abordado de manera similar por constituir una respuesta efectiva a un mismo problema de fondo, con el resultado de provocar una importante aproximación de prácticas y regulaciones.

2.3. Fase de ordenación

Esta fase comporta una labor de carácter intelectual consistente en el estudio teórico, de sistematización, taxonomía, y diseño de la disciplina; la construcción, en definitiva, de su «dogmática». En materia de ADR y ODR, queda hoy pendiente de desarrollo, de modo muy particular, esta tercera fase; requisito previo para la posterior confección de un instrumento internacional.

Es en este contexto donde ha sido desarrollado recientemente el Workshop Internacional sobre ADR/ODR, cele-

4. Como expresa la prof. Isabel Viola, de hecho, confidencialidad y confianza comparten un mismo origen etimológico, como se desprende del *Diccionario etimológico* de Joan Coromines.
5. Graham Ross, fundador de la plataforma The MediationRoom.com, hace énfasis en la necesidad de establecer un determinado nivel de confianza en materia de mediación *on-line*, dada la carencia de un proceso de interacción presencial, un factor en ocasiones esencial, único medio de poner fin a determinados litigios, como sucede por ejemplo en conflictos entre sujetos que se hallan en distintos Estados y el problema exige una solución inmediata y económica, o cuando precisamente la presencialidad y las emociones devienen un obstáculo para la comunicación o, simplemente, cuando la cantidad discutida no justifica el coste de una mediación presencial, siempre mucho más costosa. En este contexto virtual, el factor «confianza» es el elemento clave de toda mediación y depende, en gran medida, de la cualidad y cantidad de información que sobre el mediador, su profesionalidad, su experiencia y pericia se ofrece a las partes.
6. Véase mayor desarrollo de esta cuestión en A. E. VILALTA (2009). «Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación». *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Cap. II. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Colección Justícia i Societat, n.º 32 (ISBN 978-84-393-8036-8).

brado en Barcelona en fecha 15 de septiembre del 2009.⁷ Con esta jornada se quiso dar un impulso al estudio teórico, un proceso hermenéutico que permitirá la concreción y sistematización de los principios y estándares que rigen las modalidades alternativas de resolución;⁸ una labor, por lo demás, conducente al diseño de un marco normativo claro, simplificado y coherente, que favorezca a la creación de un clima de confianza, y a la remoción de los obstáculos que impiden la interoperabilidad de estos métodos con la Administración de Justicia.⁹ Dicho encuentro internacional, que se inauguró con la presentación del estado de la justicia,

tanto en el ámbito internacional como en clave nacional, contó con la brillante intervención inaugural de dos eminentes y reconocidos profesionales en el ámbito de los ODR: en el plano académico, su máximo e indiscutido referente, el profesor Ethan Katsh;¹⁰ y desde la vertiente práctica, el con probabilidad más relevante emprendedor, el director de la plataforma internacional eBay¹¹ y Pay Pal, Colin Rule.

El citado encuentro propició en nuestro país el inicio de un estudio teórico abierto y de largo alcance, por parte de una nutrida representación de la comunidad académica.¹² La

7. 2009 International Workshop on ADR/ODRs: Construyendo puentes: marco jurídico y principios Jornada internacional celebrada el 15 de septiembre de 2009.
8. Toma el testigo de otros encuentros internacionales previos que han abordado la temática de los ODR. A título meramente enunciativo: The ICAIL 2003 ODR Workshop (June 28, 2003) on technical aspects of ODRs; The 2005 workshop in conjunction with Jurix, Brussels, December 10, 2005 to deepen understanding of what is required to develop advanced ODR tools; The 2005 Workshop of Bologna, on June 10, 2005, in conjunction with ICAIL, for the exchange of ideas on success and failure factors of ODR and experiences; The Workshop of Palo Alto, on Jun 8, 2007, hosted by Ebay, in conjunction with ICAIL, on computer intelligent support for conflict understanding and other applications; El Workshop de Florencia de 13 de diciembre de 2008, con la presentación de los principales conceptos, la terminología y la semántica de los ODR en términos económicos y técnicos; El CEN-workshop sobre estándares ODR celebrado en Bruselas, el 20 de marzo de 2009, que presentó los resultados de un análisis de datos para la confección de una taxonomía de «ODR», con descripción de modelos; Y el Forum Internacional de Haifa, celebrado el 2 de junio del 2009, en cuyo seno se pudo constatar la importante expansión de los ODR en ámbitos nuevos y con funciones informativas y preventivas de los conflictos.
9. Jornada organizada desde los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC bajo la dirección de la profesora de Derecho civil Aura Esther Vilalta. Una actividad que se desarrolló con el patrocinio de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y la colaboración de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, el Libro Blanco de la Mediación de Cataluña y el Centro de Estudios Jurídicos sobre Derecho de los Consumidores (Terni, It), tuvo lugar en la Sede Central de la UOC el pasado día 15 de septiembre del 2009. El workshop contó con la participación de importantes referentes internacionales en materia de ODRs, tanto en la vertiente académica (Profs. Ethan Katsh; John Zelewnikow, Orna Rabinovich-Einy, Pablo Cortés, Lucia Ruggeri, Vito Rizzo, Lorenzo Mezzasoma, Francesco Rizzo, Irene Sigismondi) como práctica (Chittu Nagarajan, Zbynek Loeb, Alberto Elisavetsky, Andrea Buti, Graham Ross) y con la presencia e implicación de conocidas plataformas internacionales (NCTDR, Ebay - Paypal, ODRworld, ODR India, The mediation room, Cybersettle, Family Winner System, ADR Center, ODR Latinoamérica, el Centro de Estudios Jurídicos sobre Derecho de los Consumidores (Terni, It), el Singapore Mediation Centre (SMC), y el Tribunal Arbitral Checo (CAC), por citar algunas).
En el plano nacional, el debate y discurso se desarrolló gracias a la nutrida participación de reconocidos académicos: los profs., Agustín Luna Serrano, Ramón Herrera Campos, Josep M.ª Tamarit Sumalla, Domingo Bello Janeiro, Carles Maluquer de Motes, Isabel Viola, M.ª José Cazorla, Ramon Mullerat, Marta Poblet, Pablo Noriega, Ramón Herrera de las Heras, Rosa M.ª Pérez Martell, Inmaculada Barral y Felisa María Corvo. Cabe destacar, finalmente, la activa participación institucional de la Escuela de Administración Pública de Cataluña, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, el Libro Blanco de la Mediación de Cataluña, El Tribunal Arbitral de Barcelona, la Junta Arbitral de Cataluña, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el Instituto de Investigación en Inteligencia Artificial (IIIA) del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Instituto de Derecho y Tecnología (IDT) y la Fundación Campus para la paz y la solidaridad.
10. Ethan Katsh, catedrático de Derecho de la Universidad de Massachusetts (Amherst) y co-fundador, junto con el profesor Rifkin, del prestigioso Centro de Tecnología de la Información y de Resolución de Controversias de la Universidad de Massachusetts (NCTDR) fue uno de los primeros y más egregios juristas en dar a conocer el impacto que las nuevas tecnologías de la información en el derecho a través de su obra KATSH & J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace* (Jossey-Bass, San Francisco 2001).
11. V. RULE, Colin, *Online Dispute Resolution for Business* (Jossey-Bass, San Francisco 2002). Ebay es un sitio web, una plataforma automatizada destinada a la subasta de productos a través de Internet, pionera en este tipo de transacciones.
12. Como se sabe y nos recuerda Orna Rabinovich-Einy, hace ya más de 15 años que se iniciaron las primeras experiencias piloto con ODR. Estas experiencias permitieron en un primer momento identificar y estudiar áreas asociadas con los nuevos tipos de controversias que resultaban de la proliferación de las comunicaciones a través de Internet y el e-commerce. Pero pronto han obligado, con la implementación de nuevas plataformas ODR para la resolución de conflictos *off-line* (v. gr. Cybersettle), al estudio y observación de nuevas realidades porque este fenómeno se extiende de manera creativa a las redes sociales y otros nuevos ámbitos.

necesidad de proceder a un profundo análisis de las múltiples variantes y a la confección de una taxonomía de las modalidades extrajudiciales de resolución de conflictos, con identificación de sus rasgos distintivos, es una de las cuestiones que obtuvo mayor consenso. En este plano del debate, como pusieron de relieve los profesores Pablo Cortés y Lucia Ruggeri, no existen a nivel comunitario ni internacional clasificaciones o descripciones claras de las estructuras que pueden ser utilizadas para resolver una controversia. En opinión de Andrea Buti, los ODR presentan problemas significativos derivados de la falta de una clara taxonomía y de la carencia de una disciplina legal que tenga en cuenta las particularidades que presentan las modalidades alternativas de resolución a través de la red; a título ilustrativo, señala las dificultades en la identificación de los sujetos que ofrecen y prestan los servicios de composición electrónica de las controversias; o los problemas de imputabilidad de los actos jurídicos llevados a cabo por los mismos. Por lo que hace al primero de los problemas apuntados, resulta útil poder identificar al sujeto que ofrece el servicio y comprobar la veracidad de la información suministrada; aspectos que devienen necesarios en el contexto comunitario cuando el usuario es un consumidor, a tenor de la Directiva 2000/31/CE. En cuanto al segundo, el relativo a la responsabilidad de los actos, la falta de previa identificación del sujeto impide imputarle los hechos y, en consecuencia, responsabilidad.¹³

Se constata en general, no solo la utilidad y oportunidad de llevar a cabo una extensa exposición de las diversas tipologías clasificatorias,¹⁴ sino también, como subraya Pablo Cortés, su necesidad por ser una valiosa herramienta alternativa que debe estar disponible y ser ofrecida en su conjunto al público, en conjunción con los métodos heterocompositivos.¹⁵

Las distintas modalidades de gestión y resolución de conflictos han desarrollado aplicaciones que superan en alcance y extensión a los procesos *off-line*. De modo que en esta empresa parece también necesario proceder a la distinción, no solo entre sistemas consensuales y adversariales, sino también, dentro de los primeros, entre:

- a) Plataformas ODR, que tienen por finalidad alojar servicios de ODR gestionados por terceros proveedores, prestando tan solo asistencia técnica y logística para el buen funcionamiento tecnológico de la aplicación.
- b) Y proveedores de servicios ODR, esto es, expertos profesionales o entidades que llevan a cabo la actividad ODR, a requerimiento de particulares en conflicto. Dentro de esta categoría, deberíamos distinguir, a su vez, entre:
 - Proveedores cuya actividad consiste en proporcionar información o poner al servicio de las partes medios automatizados de resolución de conflictos (negociación automática, por ejemplo). En estos supuestos, los requerimientos éticos, estándares y responsabilidad debieran limitarse a la información y al modo en que ésta es suministrada a los terceros, así como a las labores de custodia del servicio. No podría hablarse en estas modalidades de una exigencia de imparcialidad, que es atributo predicable de las personas, no de los mecanismos, pero sí, en su caso, de independencia, entendida como evitación de todo conflicto de intereses y de neutralidad, si la entendemos como la obligación de no imponer criterios.
 - Y proveedores cuyos servicios consisten en la prestación de la actividad de negociación asistida/mediación/conciliación. En tal caso, el proveedor debería

13. Como expresa Andrea Buti en «Identificazione delle parti ed imputabilità degli atti giuridici nei sistemi ODR», *IDP Review*, n.º 10, 2010, habida cuenta que la tecnología permite crear sujetos o identidades ficticias -como sucede con el fenómeno del *phishing* o *fishing*-, y no existe todavía un marco legal que impida estas prácticas, el mercado de las transacciones ha resuelto sólo en parte esta contingencia, mediante tests de fiabilidad; el usuario se arriesga en transacciones de escasa cuantía para valorar el grado de fiabilidad del sujeto proveedor, de modo que, una vez adquirida la confianza, se desarrollan operaciones de mayor calado. En el ámbito de las ODR, sin embargo, esta metodología no es plausible, porque una mala práctica pondría desencadenar una crisis de credibilidad del sistema entero. De modo que parece conveniente un estándar superior, cuya elección no siempre resulta sencilla.

14. Para Pablo Cortés es claro que ODR y ADR no son únicamente un paso previo al litigio, ni siquiera una valiosa herramienta alternativa, sino un sistema que debe estar disponible y ser ofrecido en su conjunto al público, y en conjunción con los métodos heterocompositivos.

15. Una cuestión que está siendo abordada por el Centro Nacional de Tecnología y Resolución de Disputas (NCTDR) de la Universidad de Massachusetts, Amherst, EE. UU. y cuya importancia ha sido puesta de manifiesto nuevamente en la muy reciente convención internacional Cyberweek de 26-30 octubre del 2009.

estar en condiciones de acreditar que su estructura es independiente -transparencia en este punto- y que los expertos que llevan a cabo labores facilitadoras o asesoras son profesionales que se han comprometido a actuar con imparcialidad en su actividad. En estos casos, la responsabilidad por incumplimiento de los profesionales debiera ser principal para ellos y sólo subsidiaria para el proveedor de servicios, aunque bien podría articularse un sistema de cobertura de la responsabilidad civil de modo que el afectado pudiera verse favorecido con una acción directa contra cualquiera de los dos agentes, incrementando significativamente el grado de confianza.

Ha sido abordado también el estudio del contenido de algunos de los principios y estándares que se predicen de estas modalidades ODR en la esfera del derecho privado; principios y estándares adoptados en aras a la creación y mantenimiento de esa deseada «confianza» de los usuarios: el principio de confidencialidad, el principio de libertad y autonomía de la voluntad, el principio de independencia, el principio de imparcialidad, de transparencia, o de equidad, entre otros. Del mismo modo, se ha procedido a la identificación de las particularidades o distinto alcance que estos principios y estándares manifiestan en el ámbito familiar y en el derecho penal; en este último caso, vinculadas a la voluntariedad e igualdad en el seno de la llamada justicia reparadora. Resta por delante importantes estudios conducentes a la fijación definitiva del alcance de estos principios y estándares, clave de los ODR en los distintos ámbitos -consumidores, familia, justicia penal-, así como a una ordenación de su disciplina que ofrezca un esquema coherente de funcionamiento y de soluciones a los supuestos patológicos.

2.4. Fase de concreción y confección de un instrumento legal adecuado

Como ha sido descrito, esta fase de concreción demandaría la fijación de los elementos clave para la consecución de los objetivos fijados, la elección del instrumento legal adecuado y su redacción.

Ya han sido formuladas, desde un plano teórico, interesantes propuestas de armonización para el ámbito europeo. Una de las más ambiciosas es la que formula Pablo Cortés, consistente en un reglamento comunitario que recoja ciertos estándares de calidad, medidas para garantizar la pro-

fesionalidad y el equilibrio de las partes, que sirva de contrapeso y asegure la igualdad de armas. La propuesta que efectúa, para el ámbito de los consumidores, abona la idea de que la regulación de ciertos estándares que garanticen el cumplimiento de las leyes de protección de los consumidores y la creación de una marca de confianza paneuropea facilitarían el camino de la admisión en la UE de los métodos privados de composición de los conflictos entre empresas y consumidores, y con ello el de crecimiento del mercado interno. Los acuerdos y decisiones alcanzados a través de proveedores de servicios ODRs podrían resultar directamente ejecutables por los tribunales, a través de procedimientos rápidos, incluso *on-line*.

Se propone, en consecuencia, estudiar los instrumentos internacionales que mejor se adecuan a la realidad y necesidades del sector socio-económico al que van dirigidos.

Partiendo de la taxonomía propuesta por el profesor José Angelo Estrella Faria, podemos distinguir tres grandes categorías:

- Las de naturaleza legislativa, que incluyen las convenciones, leyes modelo y tratados.
- Las de naturaleza hermenéutica o explicativa -guías legislativas, y guías legales para el uso en la práctica legal.
- Y, finalmente, las de naturaleza contractual (cláusulas contractuales estándar).

De entre los múltiples instrumentos existentes de *hard* y *soft law* descritos, en el contexto actual, la elección no resulta siempre sencilla y requiere en ocasiones contar con varios instrumentos que se complementen. En cualquiera de los casos, las convenciones internacionales y en general los instrumentos denominados de «*hard law*» han mostrado en los últimos años ciertos problemas que deben ser tenidos en consideración antes de su elección. Desde la experiencia de organismos internacionales e intergubernamentales tan relevantes como UNIDROIT y UNCITRAL se ha constatado que esta modalidad implica iniciar procesos largos, costosos y cargados de formalidades y rigideces, que dejan muy poco margen de maniobra a los Estados en su labor posterior de implementación en la normativa interna o doméstica. Son textos legales carentes de flexibilidad, cuya modificación o reforma resulta habitualmente tan compleja como la de su propia conformación, de modo que los hace extremadamente difíciles de modificar o reformar. Esta circunstancia debe ser convenientemente ponderada, en particular cuando el objeto de normación, por su naturaleza o dinámica en el tráfico

socioeconómico, es susceptible de padecer continuas adaptaciones, de modo que su disciplina deba ser actualizada, adecuada a la nueva realidad, siempre cambiante. Por otro lado, es claro también que para que un instrumento obtenga el máximo consenso, debe ser capaz de aglutinar el interés de sociedades muy dispares y resultar respetuoso con tradiciones jurídicas muy diversas también, de modo que cualquier sacrificio será un nuevo obstáculo a la armonización.¹⁶

3. Indicaciones conclusivas

Del análisis de los aspectos anteriormente apuntados, cabría adelantar a modo de primera aproximación, dos ideas conclusivas:

a) En primer lugar, que las leyes modelos y las guías legislativas, por sus particulares características pueden constituir instrumentos óptimos para la progresiva armonización de las prácticas y las legislaciones. La primera de las modalidades ofrece como ventaja su notable reputación en el tráfico internacional, son muy valoradas por los Estados y devienen el instrumento internacional de referencia ante cualquier iniciativa legislativa interna. El hecho de que no resulte vinculante constituye más un atributo que un verdadero obstáculo, porque los aparatos legislativos de los Estados conservan amplio margen de maniobra

en sus estrategias internas a nivel doméstico. Asimismo, como subraya Estrella Faria, las leyes modelo tienen el atractivo de permitir acomodar el contenido de tales instrumentos internacionales a los requerimientos propios de sus sistemas jurídicos, cada sistema es distinto y permite dejar al margen aquellos sectores donde la uniformización no resulta estrictamente necesaria en términos de oportunidad. La segunda de las opciones, las denominadas guías legislativas o recomendaciones tienen un carácter más exegético, más explicativo y tuitivo.

Para la efectiva consecución de este fin, la armonización de los principios y estándares de los ODR, me inclino por pensar, en consecuencia, que el instrumento más adecuado sería en la actualidad una Ley Modelo, dada la proliferación de numerosos -y tal vez excesivos- textos no vinculantes a modo de recomendaciones por iniciativa de las organizaciones,¹⁷ que resultan muy heterogéneos e incluso, en ocasiones, contradictorios.

b) Y en segundo lugar, no cabe duda de que una labor de tal incidencia en el mercado debería llevarse a cabo en el seno o bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), institución del máximo prestigio con gran tradición en el desarrollo de instrumentos legales internacionales de armonización.

16. V. ESTRELLA FARIA (op. cit., p. 9).

17. Por poner algunos ejemplos, a nivel europeo: la Recomendación del Consejo de Europa (98)1, en mediación familiar, la Recomendación del Consejo de Europa (2002)10, en mediation on civil, la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión Europea de 4 abril del 2001, sobre principios aplicables a los órganos de resolución extrajudicial en materia de consumo. A lo que se suma el Libro verde de las modalidades alternativas de resolución de conflictos en materia civil y mercantil, de 19 de abril del 2002, el Código de Conducta Europeo para mediadores, o la Directiva Comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo del 2008, sobre mediación civil y mercantil. En el ámbito internacional, contamos con la ley modelo CNUDMI de conciliación internacional (2002), a la que se suman otros instrumentos adoptados por iniciativa privada para cubrir las necesidades de los métodos alternativos de resolución en el ámbito *on-line*. A título de ejemplo, tan solo el CEN/ISSS Workshop Agreement on Standardisation of Online Dispute Resolution Tools de 20 octubre del 2009 o los Standards of Practice del National Center of Technology and Disputes Resolution (NCTDR) de julio del presente año. Issued by the Advisory Committee of the National Center of Technology and Disputes Resolution (NCTDR) on July, 2009. This advisory Committee by recognizing other standards issued by other bodies (like The US Federal Trade Commission, The Canadian Working Group on Electronic Commerce and Consumers, The Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, The Internet Bar association, The European Consumers's organization, the Global business Dialogue on Electronic Commerce, The Transatlantic Consumer Dialogue) recommend some Standards of Practice to be considered as principles and not necessarily individual operational frameworks.

Cita recomendada

VILALTA, Aura Esther (2010). «Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional». En: «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 10. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-vilalta/n10-vilalta>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es>>

Sobre la autora

Aura Esther Vilalta Nicuesa

avilalta@uoc.edu

Aura Esther Vilalta es doctora en Derecho, profesora agregada de la Universitat Oberta de Catalunya e investigadora del IN3. Centra su investigación en el impacto de las tecnologías de la información en el derecho, los mecanismos electrónicos de gestión y resolución de las controversias, las modalidades extrajudiciales y de autocomposición de los conflictos, su incardinación en el sistema judicial y la protección de los consumidores en el ámbito de la contratación electrónica.

Universitat Oberta de Catalunya

Estudios de Derecho y Ciencia Política

Av. Tibidabo, 39-43

08035 Barcelona, España