

<http://idp.uoc.edu>

ARTICLE

# La mediació i l'arbitratge de consum: explorar sistemes d'ODR

**Immaculada Barral Viñals**

Data de presentació: gener de 2010

Data d'acceptació: abril de 2010

Data de publicació: desembre de 2010

**Resum**

La utilització dels mitjans alternatius de resolució de conflictes (ADR) en l'àmbit de les reclamacions de consum té un marc legal específic a Espanya -i també a la UE- des del 1993, que deriva de les seves característiques especials. Algunes són d'encuny exclusivament jurídic: es tracta de reclamacions en què el marc legal aplicable és el denominat *dret de consum*; d'altres tenen un suport bàsicament fàctic: solen tenir poca entitat econòmica, és a dir, entren en la categoria del que denominem *small claims*, i el fet que les reclamacions -en alguns casos que van en augment- siguin transfrontereres condiciona l'opció entre jurisdicció tradicional i ADR, com també tindrem ocasió d'analitzar. Cal afegir a aquests elements jurídics i fàctics un element important de política legislativa en un àmbit de la UE: els ADR s'entenen com un instrument bàsic per a garantir l'accés dels consumidors a la justícia, però alhora, en l'àmbit del comerç electrònic, són un element de gran transcendència en la creació de la denominada *confiança electrònica* o *e-confidence*. Per aquest motiu, s'exploren contínuament processos de resolució en línia de conflictes (*on-line dispute resolution*, ODR). Els ODR pretenen la màxima eficàcia oferint un suport tècnic capaç de solucionar una controvèrsia amb la intervenció d'un tercer o sense, i dins o fora de l'organització de l'empresari. D'aquesta manera, s'usa un mateix expedient tècnic per a posar en marxa successivament més d'un ADR, o es potencien els mecanismes automàtics que prescindeixen dels conceptes jurídics i, en mig de l'exploració constant, Espanya aposta per l'arbitratge electrònic de consum en el RD 236/2008. A aquests temes ens referirem a continuació.

**Paraules clau**

consumidors, ADR, ODR, mediació, arbitratge

**Tema**

E-justícia

## *Consumer mediation and arbitration: exploring ODR systems*

**Abstract**

Since 1993, Spain and the rest of the EU have had a legal framework for alternative dispute resolution (ADR) in the field of consumer complaints, which derives from the specific characteristics of these complaints. Some are exclusively legal, the corresponding framework being the Sale of Goods Act, others are mainly factual and are usually of minor economic significance, falling into the category of small claims. The fact that complaints, which are increasing in some areas, are cross-border, conditions the choice between traditional jurisdiction

and ADR, another subject dealt with in this article. A major element of legislative policy in the EU must be added to these considerations: ADR is a basic instrument to guarantee consumer access to the legal system, while it is also of great importance in establishing "e-confidence" in the sphere of online commerce. For this reason, new forms of online dispute resolution (ODR) are continuously being explored. ODR aims to reach maximum efficiency by offering technical support capable of settling a dispute with or without the intervention of a third party, and not necessarily within the company organisation. This way, a single technical report can be used to initiate several ADR processes, and automated procedures, which do not need to take legal concepts into consideration, are boosted. While exploration continues, in the Royal Decree 236/2008, Spain has made a commitment to electronic arbitration in consumer complaints. This article deals with these topics.

### Keywords

consumers, ADR, ODR, mediation, arbitration

### Topic

E-justice

## Introducció

La regulació dels ADR en matèria de consum deriva del fet que la potenciació dels ADR ha estat conseqüència de la preocupació per l'eficàcia dels mecanismes de rescabament dels consumidors que evitessin els problemes de la via judicial (processos lents i cars). En línies generals, la UE ha validat els mètodes de resolució heterocompositius i autocompositius, i els ha donat una regulació paral·lela a la de la Directiva 52/2008/CE, que regula la mediació en assumptes civils i mercantils. Per la seva banda, Espanya s'anticipa als instruments comunitaris amb el RD 636/1993, de 3 de maig, pel qual regula l'arbitratge de consum, i s'ha decantat per un sistema arbitral que preveu mediació i arbitratge com a fases diferenciades. L'anàlisi d'aquests textos produeix resultats interessants que passem a exposar.

## 1. Un marc legal específic a la UE

Els mitjans alternatius de resolució de conflictes (ADR) en les reclamacions de consum tenen un règim legal específic i anterior a la regulació general de la mediació civil dins de la UE, però parteixen dels mateixos principis. Efectivament, la Directiva 2008/52/CE<sup>1</sup> indica en el considerant 11 que queden exclosos del seu àmbit d'aplicació, junt amb altres pràctiques en què hi ha acord sobre el fet que no són mediació. En canvi, en aquest cas es limita a dir que queden exclosos els «sistemes de reclamació de consum», és a dir, qualsevol mecanisme de resolució de conflictes, sigui mediació o no, per raó del seu abast material:<sup>2</sup> reclamacions de consum.<sup>3</sup>

Segons aquesta idea és el bloc de les reclamacions de consum el que queda exclòs, ja que aquestes reclamacions tenen el seu propi sistema general de resolució alter-

1. El títol complet és Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2008 (LCEur 2008, 803), sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils.
2. La citació literal és la següent: «(11) Aquesta Directiva no s'ha d'aplicar a les negociacions precontractuals ni als procediments de caràcter quasi jurisdiccional com determinats mecanismes de conciliació judicial, **els sistemes aplicables a les reclamacions de consum**, l'arbitratge, i la determinació per expert, i tampoc als processos administrats per persones o òrgans que formulen reclamacions formals, ja siguin jurídicament vinculants o no, sobre la solució del conflicte». En la delimitació negativa de l'àmbit d'aplicació apareixen exclusions materials com el cas de les reclamacions de consum, junt amb pràctiques en què no pot aplicar-se el concepte d'ADR sobre el qual la Directiva basa el seu àmbit, com les negociacions precontractuals o la conciliació judicial.
3. Sobre aquest concepte de *reclamacions de consum*, consulteu l'obra següent: J. M. BUSTO LAGO; N. ÁLVAREZ LATA; F. PEÑA LÓPEZ (2008). *Reclamaciones de consumo*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

nativa de conflictes, inclòs en un àmbit comunitari en dos textos.

En primer lloc, la Recomanació de la Comissió 98/257/CE, de 30 de març de 1998, relativa als principis aplicables als òrgans responsables de la solució extrajudicial dels litigis en matèria de consum,<sup>4</sup> que només regulava la resolució alternativa de conflictes que suposa la intervenció d'un tercer que proposa o imposa una solució, mentre que deixava de costat les activitats que defineix l'article 1 de la Recomanació, en les quals es busca simplement l'acostament de les parts per tractar de buscar una solució de mutu acord, que és l'essència de la mediació<sup>5</sup> o de la negociació. Aquest primer text regula els mètodes alternatius de resolució de conflictes de consum, denominats tradicionalment *heterocompositius*.<sup>6</sup>

I en segon lloc, la Recomanació 2001/310/CE, de 4 abril, sobre principis aplicables als òrgans extrajudicials de resolució consensual de litigis en matèria de consum, que regula, precisament, tots aquells processos en què, amb independència de la denominació que tenen, es busca l'acostament de les parts per buscar una solució de mutu acord (art. 1). En el cas espanyol, aquests procediments es qualifiquen legalment com a *mediació* dins del denominat *sistema arbitral de consum* dissenyat pel RD 231/2008, i es preveu com una primera fase del procés (art. 37 i 38), però amb prou independència conceptual, com després veurem.

L'exclusió dels sistemes de reclamació de consum de l'àmbit de la D 52/2008 ha jugat de vegades en contra de la consideració que certs sistemes de resolució de conflictes en consum entrin dins de les categories tradicionals d'ADR: és possible que la manera de conduir una mediació sigui radicalment diferent en cas d'un conflicte familiar o comunitari amb notes d'interculturalitat, en relació amb

una reclamació de consum, però el mecanisme és perfectament adaptable a l'esquema que dibuixa la D 52/2008/CE per a la mediació en general, tant pel que es refereix a la qualitat de la mediació (art. 4) com al principi de confidencialitat (art. 5), així com en la necessària previsió d'una via d'executorietat (art. 6), que s'haurà d'abordar en el futur. La qüestió sembla que és per què en l'àmbit del consum el legislador ha optat de manera clara pels ADR, fins i tot abans que en els assumptes de dret privat en general, i això ens porta a parlar del denominat *accés dels consumidors a la justícia*.

### 1.1. L'accés dels consumidors a la justícia: les causes del marc normatiu dels ADR en consum

Aquest enfocament legislatiu anterior i específic dels ADR en les reclamacions de consum deriva de les actuacions iniciades amb el Llibre verd de l'accés dels consumidors a la justícia en el mercat interior del 1993,<sup>7</sup> que pretenia dissenyar un marc normatiu en què poguessin generar mecanismes que asseguressin l'eficàcia del marc normatiu de la protecció dels consumidors. En aquest document sobre l'estat de la qüestió, s'observa la proliferació d'ADR als països membres per a les reclamacions de consum que, amb dissenys molt diferents, responen a la demanda de processos àgils i més barats que els òrgans judicials; però el plantejament és global, ja que al costat de les conclusions que afecten el desenvolupament dels ADR i, en especial, de l'arbitratge de consum, hi ha propostes sobre les denominades *accions col·lectives*, o el benefici de la justícia gratuïta. Tanmateix, el valor d'aquest primer text consisteix a destacar l'existència de sistemes alternatius de resolució de conflictes en alguns països, entre els quals hi ha Espanya, amb la fórmula de l'arbitratge.<sup>8</sup>

4. DO L 115 del 14.4.1998, pàg. 31.

5. Vegeu el considerant 1 de la Recomanació.

6. En el cas espanyol, s'ha optat per la creació del denominat *sistema arbitral de consum* dissenyat pel RD 231/2008, que ha substituït el RD 636/1993, i que regula aquest tipus especial d'arbitratge.

7. Llibre verd de la Comissió del 16 de novembre de 1993, sobre l'accés dels consumidors a la justícia i la solució de litigis relacionats amb el consum en el mercat únic [COM(93) 576 final, pàg. 76].

8. La conclusió que afecta els ADR és bàsicament la 5: «Intensificació dels contactes entre els diferents organismes d'arbitratge de consum a fi de dur a terme un intercanvi mutu sobre el tema; en aquest marc, es recomana investigar més a fons el paper de determinats organismes (per exemple, les cambres de Comerç i d'Indústria) en la creació de règims d'arbitratge voluntaris, de caràcter sectorial o de caràcter regional (vegeu els capítols referents als procediments extrajudicials a Alemanya, Espanya i Portugal). Sobre l'arbitratge de consum a Espanya, vegeu l'epígraf 1.3».

D'aquesta manera, el desenvolupament dels ADR de consum es vincula amb l'accés dels consumidors a la justícia i al paquet d'accions que tenen com a objectiu reforçar les seves possibilitats de reclamació en cas de conflicte, que acaba desembocant en la Comunicació de la Comissió del 14 de febrer de 1996, relativa a un pla d'acció sobre l'accés dels consumidors a la justícia i la solució de litigis de consum en el mercat interior -COM(96) 13 final-, que aposta clarament per la via dels ADR.<sup>9</sup> Per això s'afirma que l'accés dels consumidors a la justícia presenta una varietat d'instruments, però s'indica amb contundència que aquest accés no significa sempre accés als tribunals i que és possible que es produeixi per mitjans extrajudicials. Encara més, això es considera desitjable, de manera que es prioritza i s'impulsa el desenvolupament d'ADR en l'àmbit de les reclamacions de consum, cosa que es fa evident en la Comunicació de la Comissió de 4 d'abril de 2001, relativa a l'extensió de l'accés dels consumidors als altres sistemes de solució de litigis -COM(2001) 161 final-, en què s'afirma que els ADR en l'àmbit de consum són la millor alternativa per a les peticions individuals dels consumidors i l'element necessari per a garantir l'efectivitat dels seus drets.<sup>10</sup>

És interessant destacar que la Comunicació 161/2001, a més de l'opció pels ADR a causa de les característiques del procés, ja s'inclina per vincular el desenvolupament d'aquests instruments amb dues de les grans bases de la seva expansió: la generació de confiança i la seva vinculació amb les noves tecnologies. Sobre aquests dos eixos es vertebrarà a partir d'ara el desenvolupament dels ADR en el marc comunitari. Tanmateix, abans d'analitzar aquest aspecte convé observar com s'organitzen els ADR de consum a Espanya, o el que és el mateix, l'organització del sistema arbitral de consum.

## 1.2. El denominat *sistema arbitral de consum* a Espanya

L'arbitratge de consum a Espanya, com ja s'ha vist en la Comunicació 2001/161, és anterior a l'impuls dels ADR pel legislador comunitari. És la Llei 22/1984, de 19 de juliol, general per a la protecció dels consumidors i usuaris, la qual es refereix a la creació d'un sistema de resolució de controvèrsies amb «caràcter vinculant i executiu per a les dues parts». Com assenyala Maluquer de Motes,<sup>11</sup> aquest mandat, al seu torn, s'incardina en l'article 51 CE, que insta a la protecció dels consumidors per «procediments eficaços» que salvaguardin la seva salut, la seva seguretat i la defensa dels seus drets. Finalment, el RD 636/1993 materialitza aquesta qüestió optant per un sistema d'arbitratge institucional en un procés que reuneix fases consecutives de mediació i arbitratge i que, per tant, uneix els denominats *processos heterocompositius* i *autocompositius*.<sup>12</sup> Aquesta qüestió és encara més evident en el text que regeix la matèria en l'actualitat, el RD 231/2008, que regula el denominat *sistema arbitral de consum*, en el qual la mediació es preveu com una primera fase del procés (art. 37 i 38), però amb prou independència conceptual i capacitat d'imposar l'acord de les parts en qualsevol moment del procés abans de l'emissió del laude.

D'aquesta manera, els ADR de consum a Espanya es concreten en la mediació i l'arbitratge, que, a més, tenen una sèrie de característiques que hi donen un perfil especial. D'una banda, ja s'ha apuntat que és un sistema organitzat en l'Administració, de manera que pot qualificar-se d'institucional. D'altra banda, convé advertir que l'arbitratge de consum és unidireccional -en efecte, només resol les controvèrsies del consumidor davant d'un empresari- i, a

9. De manera similar, la Comunicació de la Comissió del 30 de març de 1998, sobre la solució extrajudicial de conflictes de consum -COM(1998) 198 final-, pretendrà trobar un estàndard entre els diferents tipus d'ADR que els estats membres han anat creant. La diferència més important s'assenyala entre els mètodes escandinaus d'*ombudsmen*, que sol tenir caràcter privat i la imparcialitat del qual es pot discutir, i l'arbitratge de consum espanyol, amb caràcter clarament heterocompositiu. Finalment es va optar, com ja s'ha vist en l'apartat anterior, per la regulació en dos instruments diferents dels mètodes heterocompositius i autocompositius.

10. Consulteu la Comunicació 161/2001 (pàg. 2) del text: «Hi ha diversos instruments comunitaris que confereixen als consumidors una sèrie de drets bàsics. Ara bé, perquè aquests drets tinguin valor pràctic, han d'existir mecanismes que permetin garantir-ne l'exercici efectiu».

11. C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET (2004a). «Comentario al art. 1». A: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova.

12. Sobre el fet i les conseqüències d'un sistema d'arbitratge de consum organitzat per l'Administració, vegeu l'obra següent: C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET (2004b). «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario». A: C. E. FLORENSA (ed.). *El arbitraje de consumo*. València: Tirant lo Blanch.

més, només el consumidor pot iniciar un procés d'arbitratge de consum (art. 33.1 i 34.1).

L'opció en l'àmbit dels ADR de consum és, doncs, clara. Queden per veure les característiques de les reclamacions de consum que configuren la possibilitat d'aquesta elecció. En efecte, ens hem de detenir en dos aspectes fàctics que expliquen l'encaix dels ADR en les reclamacions de consum: són els conceptes de *small claim* i de *conflicte transfronterer*. A aquests conceptes dedicarem l'epígraf següent.

## 2. Els estàndards de les reclamacions de consum: *small claims* i conflictes transfronterers

A més d'un marc normatiu propi, els ADR propis de les reclamacions de consum descansen sobre una realitat fàctica concreta. Dit d'una altra manera, les reclamacions de consum són un sector amb característiques pròpies marcades que apunten cap a un apogeu dels ADR.

En efecte, les reclamacions de consum s'individualitzen perquè pertanyen a un conjunt normatiu determinat que convencionalment denominem *dret de consum*. Es basa en la noció de *consumidor*, que és d'entrada una noció jurídica, ja que determina l'aplicació d'un conjunt de normes, però que també es mou sovint en un àmbit poc jurídic, especialment premsada entre els estudis econòmics entorn del mercat i els estudis sociològics que només tenen en compte el comportament de les masses en

aquest àmbit. Això fa que la noció de *consumidor* amb freqüència sigui des del punt de vista jurídic massa indeterminada, com també ho és segurament el mateix conjunt normatiu denominat *dret de consum*. No obstant això, sembla clar que la protecció dels consumidors és imposada per una nova manera de contractar provocada per importants canvis socioeconòmics que demanen noves eines jurídiques i que és definida per dos eixos: la contractació en massa i el desequilibri entre les parts en contra del consumidor.<sup>13</sup>

Centrades, doncs, en aquest element, les reclamacions de consum canalitzades mitjançant ADR solen ser de caràcter netament patrimonial i, majoritàriament, la reclamació econòmica habitualment no és elevada. Per aquest motiu, podem afirmar que la majoria de les reclamacions de consum entren en el concepte del que denominem ***small claims***; és a dir, el valor econòmic de la reclamació del consumidor no és elevat. D'aquí es deriven dues conseqüències: d'una banda, si no existeix un mecanisme ràpid i barat de resolució, es tracta de reclamacions que difícilment es portaran als tribunals.<sup>14</sup> En l'Enquesta de l'Eurobaròmetre del 2004 sobre accés dels ciutadans a la justícia s'indica que només un 18% acudirien als tribunals per reclamacions entre 500 € i 100 €, mentre que l'11% ho faria per reclamacions de menys de 200 € o de 100 €. Fins i tot entre aquests grups, el 54% afirmava que no ho farien per quantitats inferiors, perquè és una inversió massa costosa en relació amb el valor de l'adquisició.<sup>15</sup> La desproporció entre el valor del que s'ha adquirit i el cost d'una reclamació evidencia el que hem afirmat sobre les *small claims* i el fet que els ADR o els ODR poden ser l'única via de resolució efectiva del conflicte.<sup>16</sup>

13. D'aquest tema hem tingut ocasió de tractar-ne en treballs anteriors; consulteu l'obra següent: I. BARRAL VIÑALS (2007). «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa». *Revista Catalana de Dret Privat* (vol. 7, pàg. 69-97).
14. Considerant 2 R 98/257/CE: «La majoria dels litigis en matèria de consum es caracteritzen per una desproporció entre el valor econòmic de l'assumpte i el cost de la seva solució judicial; que, en particular en el cas dels conflictes transfronterers, les possibles dificultats lligades als procediments judicials poden dissuadir el consumidor de fer valer efectivament els seus drets».
15. Algunes altres raons eren com podia ser de llarg, costós i complicat el procés judicial. Consulteu la referència següent: Enquesta de l'Eurobaròmetre (octubre del 2004). *L'accés dels ciutadans de la Unió Europea a la justícia* (informe). Versió en anglès disponible a: [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_en.htm#coop](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#coop).
16. Sobre aquest tema, vegeu l'obra següent: J. LÓPEZ SÁNCHEZ (2003). «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia». *Actualidad Jurídica Aranzadi* (núm. 571, pàg. 5-8). Aquest article dona algunes dades: el 49% de les compres a Espanya per mitjà de la xarxa Internet s'han efectuat per a l'adquisició de llibres i discos. Aquesta desproporció entre el valor del bé adquirit i el cost de la reclamació s'accentua quan l'adquisició s'ha dut a terme mitjançant un prestador de serveis que és en un altre Estat de la Unió Europea. Són els dos elements que venim destacant en aquest apartat.



D'altra banda, encara que el perjudici de cada consumidor en concret tingui poc valor, la suma de l'actuació davant tots els consumidors pot tenir grans proporcions. Pensem, per exemple, i per concentrar-nos en l'àmbit comunitari, en l'estudi de pràctiques comercials en relació amb la venda de bitllets d'avió dut a terme per Internet SANCO, i que va donar com a resultat una llista de pràctiques bones i dolentes.<sup>17</sup> Per tot això, es tracta d'un sector de conflictes que, a la pràctica, només tindran una solució si s'opta per aquests mitjans de resolució.

Un altre element que en principi és fàctic, però que dirigeix molts dels plantejaments de la UE, és que les reclamacions de consum ho siguin en virtut de relacions jurídiques que tinguin la qualitat de transfrontereres, ja que és una plasmació clara del mercat interior que s'ha convertit en el màxim objectiu de la legislació de consum de la UE.<sup>18</sup> Aquest caràcter pot considerar-se sobredimensionat: que els conflictes siguin **transfronterers** exigiria la creació d'ADR en un àmbit comunitari, mentre que les iniciatives reals es llisten en elements de suport com la Red EJE i la FIN-NET.<sup>19</sup> De manera més recent, la xarxa de centres europeus del consumidor permet tramitar reclamacions de consum transfrontereres. Precisament per aquest element, es prioritzen exclusivament els mètodes autocompositius, amb especial menció a la mediació, ja que el recurs a l'arbitratge ensopegaria aquí amb problemes importants de competència.

En aquest sentit, els conflictes transfronterers s'erigeixen en vèrtex dels ADR quan s'analitza l'espai sense fronteres per naturalesa que és Internet, on la preocupació màxima

és dotar d'elements de reclamació alternatius a les pràctiques noves de comerç electrònic. Així, la preocupació pels conflictes transfronterers creix amb la intersecció amb el comerç electrònic que preconitzarà el pas dels ADR als ODR, la qual cosa suposarà el desenvolupament de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) en el marc dels ADR i la potenciació d'un nou marc normatiu per a les relacions de consum nascudes a Internet. A aquestes relacions ens referirem a continuació.

### 3. Construir la confiança electrònica: confiança i desenvolupament del comerç electrònic

La intersecció entre el desenvolupament dels ADR en matèria de consum i el comerç electrònic, així com la gran oportunitat d'usar les TIC en els ADR de consum, es veu molt clara en textos com la Comunicació 2001/161. Tanmateix, i malgrat que aquests bons desitjos es repeteixen en la majoria dels documents de la UE que desenvolupen aquest tema, l'impuls real de l'ODR depèn del desenvolupament efectiu del comerç electrònic. En efecte, ja fa temps que la UE està especialment interessada a crear un clima de confiança en la Xarxa de cara al consumidor i a la petita i mitjana empresa, perquè és conscient que tots dos són els pilars sobre els quals s'ha d'assentar el desenvolupament real del comerç electrònic en el mercat interior, que, de moment, es manté en un estat de desenvolupament inicial.<sup>20</sup> La confiança en les operacions en l'entorn digital és la clau per a aconseguir la immersió

17. Consulteu la pàgina web de la DG SANCO: [http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/index_en.htm).

18. Informe de la Comissió relatiu al Pla d'acció sobre política dels consumidors 1999-2001 i el marc general per a les activitats comunitàries en favor dels consumidors 1999-2002 (LCEur 2001, 2906, pàg. 11).

19. D'aquesta manera, en la Comunicació 2001/161 final es defineix la Red EJE com un instrument de col·laboració i d'assessorament al consumidor amb un conflicte de consum transfronterer: «La Red EJE és una estructura de comunicació i suport composta de punts de contacte nacionals (o "centres d'intercanvi d'informació") creats per cada Estat membre. Si un consumidor té un litigi amb una empresa, pot posar-se en contacte amb el seu centre nacional d'intercanvi d'informació. Aquest li facilitarà assessorament i assistència per presentar una reclamació davant d'un òrgan extrajudicial notificat del lloc en què hi hagi l'empresa. En els litigis transfronterers, els centres d'intercanvi d'informació han d'intentar salvar els obstacles que impedeixen buscar una compensació sense recórrer al procediment judicial, com les diferències lingüístiques i la falta d'informació, i a continuació han de transmetre la reclamació a l'òrgan extrajudicial apropiat a través de la xarxa». Per la seva banda, la FIN-NET és la xarxa especialitzada en reclamacions de consum sobre serveis financers.

20. Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic Social i al Comitè de les Regions sobre l'Estratègia en matèria de política dels consumidors (2002-2006), de 7 de maig de 2002 (LCEur 2002, 1282, pàg. 12). La confiança dels consumidors és una aposta bàsica, ja que es considera un element essencial del desenvolupament del comerç electrònic i, per extensió, del real mercat únic.

total del consumidor europeu en el mercat interior. Després de la introducció de l'euro, aquest pot ser el segon gran factor que cohesioni de manera definitiva l'espai econòmic de la UE en unes xifres de negoci prou importants per a justificar l'obstinació en aquest propòsit.

La confiança en la Xarxa es mesura en termes de seguretat: només si el consumidor coneix el mitjà i com funciona podrà valorar els avantatges que li aporta el comerç electrònic davant el tradicional. Tanmateix, a més d'un marc normatiu adequat -des de l'LSSICE fins a la regulació de la signatura electrònica, passant per la protecció de les dades personals en les comunicacions electròniques-, la confiança electrònica també es basa en un sistema àgil de resolució de conflictes, potser amb més intensitat que en les relacions fora de línia. En efecte, com a element de seguretat que és capaç de generar confiança, adquireix gran importància la possibilitat d'oferir al consumidor eines per a evitar o per a solucionar els eventuais conflictes que puguin sorgir en les transaccions electròniques, especialment si són transfrontereres.<sup>21</sup> Per aquest motiu s'han de potenciar les eines que puguin usar els consumidors en cas d'una reclamació, ja que només mètodes senzills, ràpids i sense cost elevat seran capaços de fer que el consumidor assumeixi el risc de l'incompliment o el compliment defectuós per part de l'empresari.<sup>22</sup> Malgrat que la DG SANCO va llançar el Pla *e-Europe 2002* per augmentar la confiança, en el recent estudi sobre el comportament dels consumidors en transaccions transfrontereres s'arriba a resultats molt semblants<sup>23</sup> en els baixos percentatges de percepció de confiança en el mitjà. Per això, l'actual estratègia en matèria de protecció dels consumidors 2009-2014 torna a insistir en com s'ha d'incrementar la confiança dels consumi-

dors davant dels nous reptes tecnològics com a manera d'augmentar l'eficàcia de la seva protecció.<sup>24</sup>

En definitiva, en l'actualitat el desenvolupament dels ODR ja no dona prioritat a l'accés dels consumidors a la justícia, sinó a la generació de la confiança en el nou mitjà, que resulta menys permeable del que es voldria. Arribats a aquest punt, la qüestió consisteix a saber com es metamorfosen els ADR de consum en transformar-se en ODR, i com respon el marc normatiu.

#### 4. Els ODR en les reclamacions de consum: tipologia

La confiança electrònica, convertida en eix de l'impuls dels ODR a la UE, parteix de la realitat que presenten aquest tipus de conflictes.<sup>25</sup> Per aquesta raó, el tractament legal dels ODR és diferent del de la mediació nascuda de conflictes el valor econòmic dels quals pot ser una incògnita -conflictes familiars, interculturals-, i en els quals l'essència del procés és la presencialitat de les dues parts en conflicte i, freqüentment, el fet que es reconeixin com a interlocutors. En els ODR de consum el valor és l'eficàcia del sistema. D'aquesta manera, la recerca de l'eficàcia junt amb la rebaixa de costos ha fet que els ADR clàssics s'adaptin a l'entorn en línia, en el qual les experiències són nombroses.

L'expressió ODR posa l'accent en el fet que són processos de resolució de conflictes en línia, en contraposició amb els ADR, que es caracteritzen perquè no ho són. Tanmateix, a partir d'aquesta afirmació gairebé tautològica, existeix una gran gamma d'experiències. Malgrat tot, la

21. Vegem quin és un dels interessos de la DG SANCO en el fragment següent: «Augmentar la confiança dels consumidors en el funcionament del mercat interior i la seva capacitat per beneficiar-se de les possibilitats que aquest els ofereix inclou la possibilitat que els consumidors puguin resoldre els litigis de forma eficaç i adequada per la via de procediments extrajudicials o altres procediments comparables» (considerant 1, R 98/257/CE).
22. En el mateix sentit, vegeu l'obra següent: J. QUINTANA CARLO (1997). *El sistema arbitral de consumo* (pàg. 21). Pamplona: Aranzadi.
23. Aquesta qüestió es repeteix en els documents sobre el comerç electrònic des del Pla *e-Europe 2002*. El més recent és *Report on cross-border e-commerce in the EU*, SEC (2009) 283 final, de març del 2009, elaborat pel grup de treball de la Comissió. En aquest document, s'indica que el 21% dels ciutadans no utilitzen Internet per a comprar ja que temen els problemes relacionats amb la gestió de les reclamacions o l'incompliment de les empreses.
24. Vegeu la Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu i al Comitè Econòmic i Social: Estratègia comunitària en matèria de política dels consumidors 2007-2013: «Capacitar els consumidors, millorar el seu benestar i protegir-los de manera eficaç», COM (2007) 99 final.
25. Consulteu l'apartat 2.

majoria d'aquestes experiències poden reconduir-se a la bipartició que anuncia la Comunicació 2001/161 quan afirma:

«Que els consumidors tinguin més opcions i es beneficiïn d'una major flexibilitat, especialment davant del desenvolupament del comerç electrònic i de les tecnologies de les comunicacions.»<sup>26</sup>

En efecte, s'han de distingir conceptualment dues idees: usar TIC en l'entorn de resolució de conflicte i la generació de noves plataformes d'ODR propiciades pels avenços tècnics d'Internet, especialment del W2, que afavoreix la interoperativitat.<sup>27</sup>

D'aquesta manera, podem distingir dos nivells en els ODR:

#### 4.1. Ús de les TIC en els ADR

Aquest primer nivell suposa l'adaptació dels ADR clàssics al nou entorn: destaquen en aquest grup les fórmules d'arbitratge electrònic. Suposa el tipus més formal d'ADR, en què les parts se sotmeten a la decisió d'un tercer (àrbitre). La possibilitat de dur a terme arbitratges electrònics existeix, i d'aquesta manera trobem iniciatives com E-Global ADR Tribunal o e-arbitration-t, en què el desenvolupament de programari és capaç de dissenyar un arbitratge en línia mitjançant tècniques com el correu electrònic o la videoconferència. Els mateixos instruments serveixen per a processos no presencials de remediació o de negociació.<sup>28</sup>

Per aquest motiu, la LSSICE en l'article 32 admet la possibilitat de resoldre els conflictes entre consumidors i prescriptors de la societat de la informació per «mitjans electrònics» i, en concret, mitjançant l'arbitratge com a

opció més favorable en el context espanyol.<sup>29</sup> En un àmbit jurídic, aquest marc exigeix la doble consideració legal següent:

- L'aplicació de les normes directament derivades dels processos tecnològics aplicats: seguretat, rastrejabilitat, confidencialitat de les dades, etc. En aquest cas, el recurs a l'expedient de la signatura electrònica permet resultats satisfactoris en les qüestions de la identitat de les parts i la integritat dels missatges creuats en el Web.<sup>30</sup> Per la seva banda, l'aplicació de la normativa de protecció de dades en les comunicacions electròniques resol els problemes més evidents entorn de la confidencialitat.
- L'aplicació de les normes vinculades a la tècnica concreta de solució de conflictes utilitzada. No pel fet de tractar-se d'ODR s'escapen de l'àmbit d'aplicació de la tècnica concreta de resolució de conflictes de què es tracti.

Aquest àmbit normatiu, encara que no pensat estrictament per a aquestes pràctiques, és capaç d'oferir solucions vàlides. En l'apartat 5 analitzarem alguns aspectes de la regulació de l'arbitratge electrònic de consum, que ja té una previsió legal concreta a Espanya.

#### 4.2. Noves formes d'ADR

La versatilitat de les noves tecnologies fa que s'ofereixin de manera conjunta processos de mediació i de negociació en línia. D'aquesta manera, es posa l'accent més en l'expedient tècnic que desenvolupa el diàleg entre les parts que en la intervenció del tercer. Normalment s'inicia un procés de negociació i, si no s'obté un resultat, es passa a assignar un intermediari. Aquest és el disseny de The Mediation Room, ECODIR.<sup>31</sup> Fins i tot es dona en siste-

26. Consulteu la Comunicació 161/2001 (pàg. 2, paràgraf 31).

27. Vegeu les possibilitats del futur immediat en la Comunicació sobre Internet dels objectes.

28. Sobre l'experiència de resolució de conflictes per videoconferència, vegeu l'obra següent: L. ABELLÁN TOLOSA (2006). «El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidoras de la Comunidad Valenciana». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (núm. 10, pàg. 65-81).

29. C. J. MALUQUER DE MOTES (2003). «La solución extrajudicial de conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». A: I. BARRAL VIÑALS (coord.). *La regulación del comercio electrónico* (pàg. 113-114). Madrid: Dykinson. Aquí afirma que l'arbitratge, per la seva naturalesa d'equivalent jurisdiccional i el seu efecte de cosa jutjada, ofereix més garanties al reclamant.

30. D'aquest tema hem tingut ocasió de pronunciar-nos-en en l'obra següent: I. BARRAL VIÑALS (2003). «La seguridad en Internet: la firma electrónica». A: *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson.

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



mes automàtics d'empresa com E-bay Squaretrade o Smartsettle.<sup>32</sup>

Per aquest motiu, en aquest àmbit els ODR tendeixen a oferir plataformes tecnològiques de diàleg entre les parts amb la intervenció de tercer o sense, com a processos successius que generen una certa confusió, ja que acumulen fases successives de mètodes diferents de resolució de conflictes que en l'entorn presencial es jutgen clarament contradictòries: per exemple, processos de negociació, mediació i arbitratge en un únic expedient tècnic, en el que de vegades es denomina *formes híbrides d'ADR/ODR*.<sup>33</sup>

En aquests casos, es manté el que s'ha dit en el tipus anterior: s'han d'aplicar les normes pròpies de l'ús de noves tecnologies, més aquelles pròpies de cada ADR usat. En efecte, en aquest cas adquireix importància saber si som davant d'un procés de mediació o d'arbitratge per a identificar amb claredat, per exemple, l'actuació del tercer independent imposant una solució o simplement facilitant la recerca d'un acord. Malgrat tot en aquest cas es planteja un problema afegit, i és que s'ha de tenir present que, si l'entorn en línia facilita que els diferents ADR convergeixin en mecanismes tècnics únics, aquesta realitat ha de ser analitzada per a dotar-la d'un marc legal adequat o, almenys, per a interpretar el marc legal vigent d'acord amb el context i la finalitat d'aquestes pràctiques. Un quadre legal massa rígid és garantia de la proliferació d'un conjunt desregularitzat de pràctiques en l'entorn dels ODR.

#### 4.3. Un cas en concret: els sistemes de negociació automàtica

L'automatització completa dels processos d'ADR és la mostra genuïna de les possibilitats de l'entorn de noves tecnologies aplicades a la gestió de conflictes en xarxa. En

aquest cas, s'adapta totalment l'entorn tecnològic per a dissenyar un procés equivalent a un ADR clàssic, la negociació que es converteix en una nova forma de solució de conflictes en processos automàtics d'intel·ligència artificial que minimitzen la intervenció humana. Així han sorgit els denominats *sistemes de negociació automàtica*. El seu àmbit és especialment el de les reclamacions monetàries, en el qual no es discuteix més que la quantitat de la compensació que ha de rebre el consumidor. Es tracta d'oferir el programari necessari perquè les parts duguin a terme ofertes d'acord sobre la quantitat sense que coneguin les de l'altra part en conflicte; quan les ofertes arriben a una determinada relació percentual, s'estableix l'acord de manera automàtica en la quantitat mitjana de totes dues. Com pot imaginar-se, aquest sistema és tremendament àgil i molt poc costós, encara que la falta d'intervenció humana pot perjudicar la bondat de certes decisions. Suposa el màxim exponent de connexió entre les noves tecnologies i la resolució de conflictes en xarxa.

El Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil exclou aquests sistemes de negociació automàtica no per aquest fet, sinó perquè són oferts per les empreses, de manera que falta la nota definitòria dels ODR en què participa un tercer, ja sigui com a facilitador (mediació) o imposant una solució (arbitratge), i que és la imparcialitat. De la mateixa manera, la Resolució del 2001 exclou «els mecanismes de reclamació en matèria de consum gestionats per una empresa i en els quals intervé directament el consumidor, o els mecanismes gestionats o aplicats per una tercera part en nom de l'empresa» (art. 1.2).

Tanmateix, aquesta manera d'enfocar l'àmbit normatiu no aprehèn l'estructura de molts dels ODR. En efecte, sovint és un tercer el qui posa aquest instrument a l'abast de les parts en conflicte i limita la seva actuació al desenvolupament de la tasca de negociació.<sup>34</sup> Els centres de reclamacions electrònics de les empreses són mecanis-

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

33. En aquest sentit, vegeu l'obra següent: Ministerio de Ciencia y Tecnología (2002, desembre). *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España* (pàg. 23 i següents). i+confianza.

34. Vegeu el Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, COM(2002) 196 final. Nota 1: No s'inclouen en l'àmbit d'aquest llibre els sistemes de processament de demandes, posats a la disposició dels consumidors pels professionals; en tals procediments no intervenen tercers, sinó que se n'encarrega una de les parts del conflicte. Tampoc els sistemes de negociació automàtica sense intervenció humana, proposats pels prestataris de serveis de la societat de la informació; aquests sistemes no són procediments de solució de conflictes amb intervenció d'un tercer imparcial, sinó instruments tècnics destinats a facilitar la negociació directa entre les parts del conflicte.

mes que pretenen ajudar el consumidor a formular una queixa concreta i a demanar la reparació consegüent, per la qual cosa, si s'efectuen per mitjans exclusivament electrònics, suposen l'existència d'un centre legal en línia. I aquesta idea és la que els confereix màxima virtualitat quan són oferts per la mateixa empresa en problemes de comerç electrònic de poca entitat econòmica. Així, doncs, en les empreses es tracta més d'oferir un bon servei postvenda al client que d'oferir-li mitjans de resolució de conflictes, ja que generalment l'entitat de la transacció fuig de mecanismes massa complexos.

Tant els sistemes de negociació automàtica organitzats per les empreses com els centres de reclamacions en línia manquen, evidentment, de la nota d'imparcialitat que sol predicar-se dels tercers que intervenen en un procés de solució de conflictes. Tanmateix, una gestió adequada d'un incompliment i una resposta satisfactòria en poden augmentar molt més la confiança electrònica que els processos de mediació: aquí hi ha la paradoxa. Els ODR obeeixen als paràmetres d'eficiència, rapidesa i baixos costos, i les fórmules que reuneixin aquestes característiques continuaran i augmentaran. I en aquest cas, s'ha de trobar el marc legal que els aculli, fins i tot si es resisteixen a entrar en les categories d'ADR presencials clàssics.

## 5. L'arbitratge electrònic en el sistema arbitral de consum

A Espanya, des del 2008 s'ha optat per regular un tipus concret d'ODR: l'arbitratge de consum entès com a sistema que enllaça procediments de mediació i arbitratge segons el que hem exposat abans. En efecte, la regulació de l'arbitratge electrònic de consum és presentat per l'exposició de motius del RD 231/2008 com una gran novetat.<sup>35</sup> Significa el desenvolupament d'un sistema a mig camí entre la possibilitat d'usar les TIC en l'arbitratge i la mediació de consum i la creació de plataformes en línia d'ODR en aquesta matèria, la finalitat bàsica del qual és agilitar el procés i eliminar costos.<sup>36</sup>

En efecte, aquest text regula en uns quants preceptes l'arbitratge de consum electrònic, en el qual es marca una clara distinció entre l'arbitratge electrònic i els «tràmits realitzats per via electrònica» dins d'un procés convencional (art. 3.3). Després d'aquesta distinció, en tots dos casos declara aplicable, en el que no disposa el RD 231/2008, la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics. Aquesta remissió es deu al fet que l'arbitratge de consum és de naturalesa institucional, per la qual cosa se sotmet als requisits de la legislació administrativa respecte a la utilització de mitjans electrònics per a notificacions i altres aspectes.

Malgrat tot, el RD 231/2008 té una visió restrictiva de l'arbitratge electrònic, ja que considera com a tal només aquell que es du a terme de manera íntegra per mitjans electrònics, encara que a continuació admet que hi ha algunes actuacions que poden ser presencials. Aquest plantejament fa sorgir un problema de delimitació: quantes actuacions presencials són necessàries per a entendre que ja no som en un arbitratge electrònic? El mateix article 45, quan parla de la pràctica de la prova en el procés arbitral electrònic, indica que «en l'arbitratge electrònic, quan s'acordi la pràctica presencial de la prova, aquesta s'ha de realitzar per videoconferència o per qualsevol mitjà tècnic que permeti la identificació i comunicació directa dels compareixents». La conclusió que llavors la videoconferència és un tràmit presencial sembla adequada, encara que en efecte es du a terme per mitjans electrònics i pròpiament no és presencial. Aquest article és un exemple del que exposàvem anteriorment: la utilització de la videoconferència s'inclou en el que podem denominar *aplicació de les TIC a la mediació o a l'arbitratge*, que aconsegueix un efecte equivalent a la presencialitat usant tècniques de comunicació a distància que permeten l'emissió d'imatges.

En canvi, la realitat que el RD 231/2008 identifica amb l'arbitratge electrònic és una aplicació informàtica centralitzada que el Ministeri de Sanitat i Consum rep el mandat de crear (art. 51.2), i que preveu un sistema equivalent al de l'arbitratge de consum tradicional per mitjans electrònics. És a dir, es converteix en un procés adaptat al procés previst en el RD efectuat virtualment, en què els problemes

35. La importància d'aquesta via ja havia estat assenyalada pel Llibre blanc sobre mecanismes extrajudicials de solució de conflictes a Espanya (op. cit., pàg. 97).

36. En aquest sentit, vegeu l'obra següent: A. MONTESINOS GARCÍA (2008). «El arbitraje de consumo virtual». A: L. COTINO HUESO (coord.). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (pàg. 264). València: Tirant lo Blanch.

que cal resoldre són la Junta Arbitral competent (art. 52), la pràctica de les notificacions (art. 54), el lloc de l'arbitratge (art. 55) i l'aplicació dels mecanismes de signatura electrònica respecte als mecanismes per a garantir la identitat de les parts i la integritat del missatge (art. 53).

D'aquesta manera, la regulació del RD es mou entre les dues categories exposades abans, ja que en la seva regulació hi caben múltiples situacions. Només com a exemples:

- El mer ús de les TIC (mitjans electrònics) en un procés d'arbitratge: com a videoconferència en les vistes o el procés previ de mediació.

- El procés d'arbitratge electrònic exclusivament virtual, mitjançant una aplicació que canalitzi la formalització del conveni arbitral (art. 24), la sol·licitud d'arbitratge, les comunicacions entre les parts i amb l'òrgan arbitral i l'emissió del laude.
- Un procés mixt amb una fase prèvia de mediació també electrònica, a imatge de l'opció descrita anteriorment, que pugui seguir un procés arbitral en casos de falta d'acord.

En definitiva, l'aposta pels ODR en l'àmbit de les reclamacions de consum apareix dotada d'un enorme potencial, que s'haurà d'expandir en un futur pròxim.

## Bibliografia

- ABELLÁN TOLOSA, L. (2006). «El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 10, pàg. 65-81.
- BARRAL VIÑALS, I. (2003). «La seguridad en Internet: la firma electrónica». A: *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson. Pàg. 50.
- BARRAL VIÑALS, I. (2007). «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa». *Revista Catalana de Dret Privat*. Vol. 7, pàg. 69-97.
- BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F. (2008). *Reclamaciones de consumo*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- GIL NIEVAS, R. (2008). «La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 768.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2003). «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 571, pàg. 5-8.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2003). «La solución extrajudicial de conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». A: I. BARRAL VIÑALS (coord.). *La regulación del comercio electrónico*. Madrid: Dykinson. Pàg. 113 i següents.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2004a). «Comentario al art. 1». A: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2004b). «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario». A: C. E. FLORENSA (ed.). *El arbitraje de consumo*. València: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN GALICIA, F. (gener del 2005). «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor». *Estudios sobre consumo*. Núm. 72, pàg. 89-96.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2008). «El arbitraje de consumo virtual». A: L. COTINO HUESO (coord.). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. València: Tirant lo Blanch. Pàg. 264.
- QUINTANA CARLO, J. (1997). *El sistema arbitral de consumo*. Pamplona: Aranzadi.

### Citació recomanada

BARRAL VIÑALS, Immaculada (2010). «La mediació i l'arbitratge de consum: explorar sistemes d'ODR» [article en línia]. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*. Núm. 11. UOC. [Data de consulta: dd/mm/aa]

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

ISSN 1699-8154



Aquesta obra està subjecta a la llicència Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons. Així doncs, se'n permet la còpia, distribució i comunicació pública sempre que se'n citi l'autor i la font (*IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*), i l'ús concret no tingui finalitat comercial. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>>

### Sobre l'autora

Immaculada Barral Viñals  
 ibarral@ub.edu

Doctorada en Dret i professora titular de Dret civil de la Universitat de Barcelona. Membre del Grup de Recerca en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies (Gredint). Presidenta dels col·legis arbitral de la Junta Arbitral de Consum de Catalunya. Participa en l'elaboració del Llibre blanc de la mediació a Catalunya, i és membre de l'Acadèmia Internacional de Dret Comercial i del Consumidor.

Facultat de Dret  
 Universitat de Barcelona  
 Av. Diagonal, 684  
 08034 Barcelona