

Los avances en las propuestas de Resolución de Conflictos en Línea en materia de Derecho Comercial Internacional

José María Lezcano¹⁻², Rolando Joaquín Ortega Hernández¹⁻³

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales –UNLP, GECSI (Grupo para el Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información) gecsi@jursoc.unlp.edu.ar <http://www.gecsi.unlp.edu.ar/>

² Docente-Investigador, Maestrando en Sociología Jurídica. Becario Tipo B UNLP. Docente de Postgrado en Mediación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – UNLP
josemlezcano@jursoc.unlp.edu.ar

³ Abogado, Doctorando en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca rolandortega@usal.es

Resumen. En este trabajo se realizará un primer análisis reflexivo -en los límites de este paper- sobre algunas propuestas de mecanismos de resolución de conflictos a partir de las TIC. Deteniéndonos puntualmente en la propuestas de los medios de Resolución de Conflictos en Línea, comúnmente reconocidos por su vocablo inglés como Online Disputes Resolution (ODR), se expondrán avances en el terreno de organizaciones internacionales en esta materia, considerando en particular la serie de documentos del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Palabras Clave: comercio electrónico – resolución de disputas – consumidor – transacciones transfronterizas.

Introducción

Las acciones de colaboración y de conflictos o disputas entre dos o más partes o actores constituyen un elemento natural de todo tipo de interacción social [1]. Todo tipo de organización social requiere encontrar formas de resolución de conflictos que permitan superar la situación conflictiva puntual y mantener así la estructura de poder en dicha organización. Así, el Derecho ha sido una de las principales formas de prevención, gestión y resolución de conflictos que se ha dado la humanidad, adecuando sus institutos a épocas y civilizaciones diversas.

Las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC) marcan sin duda una sociedad con una interacción global que vincula realidades y culturas diferentes. Determinadas acciones que provocan un conflicto tienen, al menos, una posible solución establecida por el cuerpo de leyes del lugar donde se produce. Incluso cuando las acciones superan las fronteras, llegando a involucrar sistemas normativos de varios países, recurrir al Derecho Internacional Privado era la fórmula que la

organización social de los Estados había determinado. Hoy, a raíz de las interacciones por Internet, esas respuestas parecen no ser suficientes. “...Los supuestos litigiosos que genera Internet son casos de alcance planetario, conectados con infinidad de países. Los criterios tradicionales del DIPr. se vuelven inoperantes en la realidad mundial de Internet, porque son incapaces de precisar una vinculación del supuesto concreto con un país” [2]

En este trabajo se realizará un primer análisis reflexivo -en los límites de este paper- sobre algunas propuestas de mecanismos de resolución de conflictos a partir de las TIC. Deteniéndonos puntualmente en la propuestas de los medios de Resolución de Conflictos en Línea, comunmente reconocidos por su vocablo ingles como Online Disputes Resolution (ODR), se expondrán avances en el terreno de organizaciones internacionales en esta materia, considerando en particular la serie de documentos del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Buscando una manera de superar los límite de una interpretación exégitá de estos documentos -método desde el cual se partirá-, se recurre al método sociológico atienda a los requerimientos de la realidad social actual, a partir de datos de la misma, así cómo a los criterios y principios propios de los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC).

En trabajos anteriores hemos visto la necesidad de pensar y trabajar en pos de métodos de resolución de disputas que atiendan a las necesidades y dinámicas de esta sociedad¹ bajo las características de nuestra región [3]. Particularmente en una realidad social que viene dando pasos importantes -aunque desparejos o dispares- en la convergencia de las TIC en las prácticas cotidianas.

En este sentido, también deben destacarse instructivas acciones y creativas propuestas que, desde distintos horizontes disciplinares e institucionales trabajan en el desarrollo de los sistemas de ODR, como ODR Latinoamérica² y la actividad en esta materia que realiza el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (ILCE)³.

-
- 1 Lezcano, José María – Olivera, Noemí L., “Elementos para el desarrollo de un Mapa del conflicto en la Sociedad de la Información” (39° JAIIO, SID 2008) disponible en: http://www.gecsi.unlp.edu.ar/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1:ponencias-de-miembros-del-gecsi&Itemid=57, “Estrategias para la Resolución de Conflictos en la Sociedad de la Información” Paper presentado en AUGM, 2009, entre otros, Ortega Hernandez, Rolando Joaquín: “Online Dispute Resolutions (ODR), Resolución Electrónica De Disputas. Perspectiva del Derecho Español” (<https://www.colouriuris.net/panel-wwww/aceptacion.jsp?hash=556dabbdc0a4be5490d9a785aad815ea>) y trabajos en conjunto Ortega – Lezcano: “Los ODR como nuevos paradigmas en la resolución de conflictos” (2 Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas del Colegio del Abogados de La Plata), y particularmente en “El camino hacia nuevos paradigmas en la resolución de conflictos”, disponible en <http://www.bdigital.ces.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/1271/805>
 - 2 Espacio académico y de investigación en la articulación de las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos que dirige el prof. Elizavesky, más información en <http://odrlatinoamerica.ning.com/>

1. Del Derecho Comercial a las formas de resolución de conflictos

1.1 Los usos y costumbres de los comerciantes

Desde los inicios del Derecho Comercial, la práctica e instrumentación de costumbres comerciales ha marcado una maleabilidad en las cuestiones formales que le permite ajustarse a la dinámica que demanda la actividad comercial. En las épocas de los señores feudales y reinos de la Edad Media, los usos y costumbres comerciales de los mercaderes, les permitían desarrollar sus propios mecanismos normativos para vincularse entre sí (comerciantes con comerciantes), establecer compromisos, acuerdos y organizar los propios medios de resolución de conflictos.

Una característica particular de estas prácticas fue que se generó antes de la organización de los Estados modernos⁴ y por encima de la jurisdicción de los señores feudales, monarcas y la propia Iglesia que imperaban en los territorios en los que estos realizaban la actividad.

La evolución de estos usos y costumbres comerciales pronto devinieron en un cuerpo uniforme, fundamentalmente de prácticas, que fue la “lex mercatoria”, que establece las bases del ius mercatorum, hasta llegar al derecho comercial de nuestros días, codificado desde el siglo XIX hacia el interior de los Estados-Nación. Sin embargo, ante las necesidades de facilitar la actividad comercial, se continuó con una profunda cantidad de convenios transnacionales sobre distintos aspectos de la actividad comercial. Estos acuerdos y convenios, en general bilaterales en principio, fueron integrando la comunidad jurídica internacional⁵.

Deteniéndonos sólo un momento en estas consideraciones histórico-epocales, podemos reconocer “el espacio” y “el tiempo” como factores que las costumbres comerciales fueron superando tales barreras críticas que imponían al desarrollo de la actividad. Puntualmente el espacio en consideración a “la soberanía legal” reinante en esos diferentes territorios, se componía (y lo continúa haciendo) de particularidades, necesidades y prácticas locales de los sujetos, que se enmarcan en una norma local. Por su parte, los sujetos aplicaban estas normas con aquellos que realizan la actividad comercial.

La codificación y leyes nacionales fueron ampliando y complejizando el campo, agregando nuevos elementos necesarios a las nuevas exigencias que las sociedades planteaban, por ejemplo organización de empresas y sociedades comerciales, leyes sobre publicidad, competencia desleal, defensa del consumidor, entre otras.

En este sentido, por múltiples factores históricos y económicos (industrialización, organización de la producción, entre otros), se presenta “el consumidor” como un

³ El Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico cuenta con un Programa Regional de Resolución Electrónica de Disputas que dirige Gabriela Szlak, más información en <http://www.einstituto.org/nuestras-iniciativas/programa-regional-redodr/>

⁴ Mas allá de los tradicionales reinos europeos que desde la Modernidad devinieron en Estados actuales europeos.

⁵ Para profundizar sobre este punto y reconocer diferentes posiciones teóricas al respecto puede consultarse Iuale, Corina y Olivera, Noemí: “El concepto de 'internacionalidad' en la Sociedad de la Información” en 39JAIIO/SID 2009.

agente en este sistema, bajo la protección de los Estados. Esta es una de las razones por lo que los principios del Derecho del Consumidor forma parte de una celosa custodia del derecho interno de los países, sólo siendo comunitario internacionalmente en aquellas propuestas de organización de comunicades regionales de Estados, como por ejemplo encontramos en el Mercosur, el Protocolo de Santa María Sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo [4].

1.2 Las formas “alternativas” de resolución de conflictos

Una característica compartida por aquellas organizaciones sociales que buscan defender su autonomía y pertenencia ha sido organizar una forma propia de resolver disputas. “La necesidad de resolver conflictos sin la imposición de una autoridad externa ha sido un interés compartido por grupos de mercaderes, gremios comerciales, gitanos, comunidades religiosas e incluso por el crimen organizado. La resolución de conflictos entre miembros de un subgrupo con la asistencia de terceras partes, respetadas del mismo grupo, era una manera de conservar la independencia y establecer normas. De todas maneras la organización social elaboró una noción superior, la idea de confianza es desplazada hacia una autoridad incuestionable que concentra en sí la representación de la justicia” [5].

Las necesidades del comercio internacional fueron los grandes y potentes motores en el desarrollo de sistemas de resolución de conflictos, en los que la autonomía de la voluntad de las partes prevalecía sobre las facultades de control del Estado. El arbitraje es un claro ejemplo de esto, en cuyo caso, los Estados acompañaba este desarrollo, reservándose para sí algunos poderes y formas de control (V.G. el Orden Público).

1.2.1 Clasificación básica

Podemos ubicar distintas clasificaciones de los medios o sistemas de resolución de conflictos. En este trabajo nos interesa mencionar dos tipos de clasificación. El primero distingue aquellos en los que son las mismas partes quienes establecen la solución entre sí –métodos autocompositivos- de aquellos en los que la solución está determinada por un tercero distinto de las partes o participantes del conflicto – métodos heterocompositivos-. Entre los primeros podemos encontrar la negociación, la mediación, la facilitación, la conciliación, el ombudman, entre otros. Mientras que en los segundos se ubican el juicio, el arbitraje, y demás. En esta clasificación donde se pone el acento es en la facultad y capacidad del tercero para imponer una solución, o si la solución sólo la alcanzan las propias partes, aún siendo ayudadas por un tercero.

Por otro lado, la segunda clasificación que tendremos en cuenta es aquella que pone la observación en la conducta que busca que las partes desarrollen en el mismo, entonces hablamos de medios adversariales y no-adversariales. En los primeros las partes buscan neutralizar al otro, al menos en sus posibilidades de obtención del objeto de la disputa. Aquí la competencia es el factor determinante. Los medios no-

adversariales, en cambio, se caracterizan porque buscan que las partes se enfrenten de manera conjunta hacia el problema que tiene la forma de conflicto, resultando muchas veces necesario el aporte del otro para alcanzar la solución. En estos sistemas, el factor determinante es la colaboración.

1.2.2 Clasificación particular

Los medios “alternativos” de resolución de conflictos, también conocidos como métodos MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), RAD o ADR (Resolución Alternativa de Disputas), se componen en general de distintos procedimientos, siendo los más conocidos la negociación, la mediación y conciliación y el arbitraje.

Estos han tenido sus “espejos” en el entorno digital. Así, la negociación se ha representado en formas de negociación en línea con diversos matices, incluso plenamente automatizados como los sistemas de subasta a ciegas que permiten a las partes emitir ofertas a un ordenador, y si las ofertas que ofrecen las partes se encuentran dentro de un rango, generalmente del 30 por ciento de cada uno, las partes alcanzan un acuerdo y dividen la diferencia [6].

La mediación también ha encontrado sus expresiones online. La mediación por medios electrónicos puede ser confundida con la negociación asistida, sin embargo consideramos que en la mediación (on-line), el proceso está basado en la actividad de un tercero mediador y no en las herramientas tecnológicas como sí ocurre en la negociación asistida [7]. Es por esto que en la mediación la actividad del tercero neutral es la principal característica de la mediación: es el procedimiento mediante el cual un tercero ayuda a las partes en conflicto para llegar a un acuerdo.

Los métodos adjudicativos o hétero-compositivos, tienen como elemento principal que la solución o decisión del pleito recae en un tercero neutral⁶, el caso principal es el arbitraje [8]. Estos procesos, presentan muchas similitudes con un procedimiento judicial, ya que sus bases están muy arraigadas en un procedimiento civil ordinario⁷. Sin embargo, esta situación de contradicción entre las partes y dentro de la naturaleza misma del procedimiento arbitral, no implica que en determinadas circunstancias el árbitro no pueda actuar como amigable componedor –ex aequo et bono- o mediante la equidad. Estos sistemas han sido principalmente utilizados en la resolución de conflictos en cuestiones de comerciales clásicos, así como arbitraje de consumo, y en las formas que adopta el proceso online de resolución de conflictos que propone la UDRP de ICANN⁸

6 Vid. BARONA VILAR, Silvia. Solución Extrajudicial de Conflictos. «*Alternative Dispute Resolution*» (ADR) y Derecho Procesal. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. P.81. Sobre la Adjudicación Vid. FULLER, Lon L. “*The Forms and Limits of Adjudication*”. *Harvard Law Review*. Vol.92. 1978. Pp.353-409

7 .Vid. BARONA VILAR, Silvia. Solución Extrajudicial de Conflictos. «*Alternative Dispute Resolution*» (ADR) y Derecho Procesal.... *Op.Cit.* P.81

Se han desarrollado sistemas mixtos y complementarios de resolución de conflictos, que integran 2 etapas, primero una de mediación y, para el caso de no existir acuerdo entre las partes, o sólo existir un acuerdo parcial, se lleva automáticamente a un proceso posterior de arbitraje. Estos sistemas arbitrales mixtos o med-arb, tienen desde la teoría de la resolución de conflictos una discusión que marca una característica fundamental: si puede ser el mismo tercero el que guía la mediación, el árbitro que finalmente decida en el arbitraje. En este sentido, es importante considerar que un sistema tradicional de mediación el tercero debe mantener en todo momento su neutralidad e imparcialidad. Ponerlo en posición potencial de transformarse luego decisor pone en cuestión su capacidad de neutralidad en relación al conflicto.

2. Concepto y Teoría de los ODR

El concepto de los Online Disputes Resolution (ODR) nació a principios del presente siglo, particularmente en Estados Unidos en la Universidad de Massachusetts. Este concepto fue introducido por primera vez en el mundo académico mediante un artículo publicado en el año 2000 en la revista *Ohio State Journal of Dispute Resolution* titulado “E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law»” por los académicos, Ethan Katsh, Janet Rifkin y Allan Gatenby [9]. Más tarde en el año 2001 este concepto concluyó y se desarrolló en la obra de los autores Ethan Katsh y Janet Rifkin titulado - *Online Dispute Resolution*⁹.

⁸ La *Uniform Dispute Resolution Policy* de ICANN, presenta similitudes con el arbitraje, sin embargo, a pesar de distintas calificaciones por parte de algunos sectores doctrinarios, no estamos hablando de un arbitraje en el sentido estricto de la palabra y de la institución. Ya que, este procedimiento, si bien adjudicativo y contradictorio está basado en un contrato de registro por el cual los contratantes se comprometen a aceptar un procedimiento administrativo obligatorio de resolución de disputas, si un tercero titular de derechos de una marca de productos y servicios que se creyere con intereses legítimos sobre el nombre de dominio interpusiere una reclamación ante un proveedor de servicios acreditado por ICANN (Ej. OMPI). Por otra parte, la decisión del panel de expertos sobre la cancelación o transferencia del nombre de dominio, no impide ni antes ni después de iniciado el procedimiento ante un organismo acreditado por ICANN para resolver a través de la UDRP, el intentar acciones ante los tribunales de justicia ordinarios, cosa que si ocurre en el arbitraje. Para un estudio pormenorizado sobre el fenómeno de la ciberocupación y el registro abusivo de nombres de dominio en internet, Vid. CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Conflictos entre Nombres de Dominio y Signos Distintivos en Internet*. 2da.Ed: Aranzadi. Navarra, 2002.

⁹ Vid. KATSH Ethan, RIFKIN Janet. *Online Dispute Resolution*. Ed: Jossey-Bass. San Francisco, E.U.A., 2001. Podemos citar otras obras importantes sobre ODR: RULE, Collin. *Online Dispute Resolution for Business*. Ed: Jossey-Bass. San Francisco, 2002. PONTE, Lucille M. CAVENAGH, Thomas D. Cyberjustice, *Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce*. Ed: Pearson, Prentice Hall. Nueva Jersey, 2005. CORTES, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Ed: Routledge. Nueva York, 2011. SCHULTS, Thomas. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, BONNET, Vincent. *Online Dispute*

Como se dijo, el concepto de los ODR surgió debido a la necesidad de atender la conflictividad del entorno del comercio electrónico e Internet. Estos espacios se configuran, en sus inicios y hoy día como espacios en los cuales existe una gran interacción y dinamismo como para que no existan conflictos¹⁰. Sin embargo, esta conflictividad se genera en un entorno distinto del espacio físico, donde las normas, el derecho y la aplicación de las mismas requieren una adaptación.

Los ODR, han sido definidos de distintas maneras, particularmente, concordamos con la definición realizada por Cortés, el autor señala que los ODR han emergido de la sinergia entre los ADR tradicionales como método de resolución de disputas que surgen en línea y por los cuales los métodos tradicionales de conflictos resultaban ineficientes o no estaban disponibles [10]. Para lo cual, debíamos adaptar los conocimientos de los ADR tradicionales como negociación, conciliación, mediación y arbitraje y adaptarlos al entorno del ciberespacio, cuestión que requería de alguna manera matizar o suavizar paradigmas legales, de enorme raigambre histórica como por ejemplo el principio de inmediación del derecho procesal, o la adaptación de un sistema basado en la autorregulación y reglas vinculantes no legales como la UDRP de ICANN¹¹.

Dentro de la teoría de los ODR la tecnología juega un papel fundamental en la resolución del conflicto. Al punto que se le ha señalado como la cuarta parte de la relación¹², cuestión que debemos matizar de cara a nuestra tradición jurídico-procesal. Consideramos que señalar a la tecnología como la cuarta parte está referido más bien a los sujetos intervinientes en la relación procesal. Sin embargo, nuestro disenso a esta referencia simplemente a la palabra “parte” que preferimos sea un “sujeto”, cuestión que probablemente tenga que ver con razones de traducción del idioma inglés al castellano. En este orden de ideas, consideramos que la tecnología juega un papel fundamental dentro de la resolución del conflicto, tanto desde el punto de vista

Resolution: The State of the Art and the Issues. Proyecto de Investigación de la Universidad de Ginebra. Ginebra, 2001. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899079 (12-03-2012). SUQUET CAPDEVILA, Josep. “Online Dispute Resolution (ODR): Una visión Jurídica del Estado del Arte Tecnológico. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Vol.22. N° 1. 2010. Pp.57-80.

¹⁰ En este sentido, KATSH, Ethan y RIFKIN Janet, señalan: “...(...) *Our belief that cyberspace would not be a harmonious place was based on a very simple observation. Cyberspace seemed to us to be too active, too entrepreneurial, too competitive, and too lucrative a place for it not have many conflicts ...*” en: *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*. ... Op.Cit. P.3

¹¹ Información Disponible en: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp> ,(26-04-2012)

¹² Vid. KATSH, Ethan. RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution....Op.Cit.* Pp.93-134. Sobre la cuarta parte en los ODR, también podemos ver: RIFKIN, Janet. “*Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party*”. *Conflict Resolution Quarterly*. Vol.19. No.1. Otoño, 2001. Pp.117-124. LODDER, Arno. “*The Third Party and Beyond . An Analysis of the Different Parties, in Particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution. Information & Communication Technology Law*. Vol.15. No.2. Junio, 2006. Pp. 143-155.

del entorno en que se desenvuelve la controversia y desde el punto de vista de las herramientas técnicas utilizados para ello. Tomemos el ejemplo de la subasta a ciegas, blind bidding, en el cual la tecnología sustituye prácticamente el elemento humano.

Así, en alguna ocasión hemos planteado a los ODR que los “sistemas de resolución de conflictos en línea, pueden ser definidos como sistemas de Tecnologías de Información y comunicaciones, cuyo diseño y arquitectura está orientada a la resolución de conflictos”. [11]

3. Los avances en materia de resolución de conflictos transfronterizos en materia de Comercio electrónico

3.1.1 La Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)

La serie de documentos que analizamos, reúne la tarea realizada por el Grupo de Trabajo y su tratamiento por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la ONU [12]. En su 33° período de sesiones realizado en Nueva York en Junio de 2000, se planteó preliminarmente el tema de la solución de controversias por vía informática [A/55/17, párr. 385]. En ese sentido hubo un acuerdo general en encaminar labores para determinar si se necesitaban reglas especiales para facilitar el creciente recurso a la vía informática para la solución de controversias. Asimismo, en tal documento se opinó en general que este mayor recurso al comercio electrónico tendría a difuminar la distinción entre consumidores y comerciantes. Debe tenerse en consideración que en aquella época aún no se había producido el crisis de las empresas punto.com, y las consideraciones y perspectivas sobre el comercio electrónico eran alentadoras, aunque ciertamente especulativas.

Es importante remarcar que la Comisión alertó que sería muy necesario tener en cuenta el orden público de derecho interno en relación a los consumidores, por lo que sería necesario trabajar en una armonización sobre estos temas en relación al recurso de los medios, en general alternativos, de solución de controversias con los consumidores.

Por su parte, en su período de sesiones 34° (Viena, 2001) y 35° (Nueva York, 2002), la Comisión decidió incluir en su futura labor el estudio y la investigación del empleo de la vía informática para la solución de controversias, con lo que pidió colaboración a los Grupos de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y IV (Comercio Electrónico).

Con distintos avances expresados en distintas sesiones (2006 y 2008), en el período de sesiones 42° (Viena, 2009) la Comisión expuso una serie de recomendaciones para avanzar sobre el estudio del tema que se orientaban a: 1) la solución de controversias surgidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico, con miras a abordar

los tipos de conflictos de esa índole que podrían resolverse por vía informática; 2) la procedencia de preparar un reglamento para la solución de controversias por esa vía; 3) la posibilidad o conveniencia de mantener una base de datos única de entidades acreditadas para prestar servicios informáticos destinados a la solución de controversias; 4) la cuestión de la ejecutoriedad de los laudos dictados en un procedimiento tramitado por la vía informática con arreglo a los convenios internacionales pertinentes.

En el período de sesiones 43° (Nueva York, 2010) se indicó que se estaban desarrollando sistemas regionales para la solución de controversias por vía informática, por lo que se consideraba el momento necesario de abordar ese asunto en el ámbito internacional desde el principio, a fin de evitar un desarrollo paralelo de sistemas incompatibles entre sí. Asimismo, se observó que la finalidad de toda tarea emprendida por la CNUDMI en esa materia debía ser la de formular un régimen genérico que fuera aplicable tanto a las relaciones entre empresas como a las relaciones entre empresas y consumidores.

No escapa a estos temas el problema general de una sociedad que demanda medios de resolución de conflictos más dinámicos y apropiados a los problemas que se plantean conforme las prácticas sociales actuales. Así, de los documentos esto nace explícito al considerar que “el sistema judicial tradicional no ofrecía una vía adecuada para la solución de controversias transfronterizas surgidas de operaciones de comercio electrónico, por lo que procedía establecer un sistema mundial para la solución rápida, por vía informática y con fuerza ejecutoria, de un gran número de controversias relativas a operaciones de escaso valor y alto volumen entre empresas, o entre empresas y consumidores”.

Asimismo, observó también que la labor en ese ámbito debía tomar en consideración la brecha digital, y se debían tener más en cuenta las opiniones de los países en desarrollo.

A partir de los documentos se traslucen las inquietudes sobre el alcance del sistema en el que se trabaje, en el sentido de considerar sólo el comercio electrónico entre empresas o entre empresas y consumidores. Ello dado que se entendían difíciles de armonizar las cuestiones relativas a la protección del consumidor, debiendo procederse con extrema cautela para no interferir indebidamente en las leyes de protección al consumidor. Sobre tales aspectos se estimó en general que sería factible elaborar un conjunto genérico de normas aplicables a ambos tipos de operaciones.

Por su parte, se le pidió específicamente al Grupo de trabajo que estudiara los efectos que tales temas podrían tener en la protección de los consumidores, reconociendo y remarcando en este punto la importancia de la cuestión en el análisis de estos temas.

3.1.2. Proyecto de Reglamento

Teniendo en consideración que se tratan de proyectos que se encuentran en plenos momentos de construcción y revisión, sólo se mencionan en este trabajo algunas cuestiones puntuales de los artículos como de las recomendaciones de la Comisión.

En el documento A/CN.9/WGIII/WP.12 se puede encontrar el proyecto de reglamento sobre “Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico”, el que además del texto propuesto trabajado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones, se encuentran las observaciones y recomendaciones de la Comisión sobre su texto.

Sobre los tipos de controversias que se tendría en cuenta en el Reglamento, se definió que se acudiría a esa vía serían operaciones electrónicas de gran volumen y escaso valor entre empresas (B2B) y entre empresas y consumidores (B2C), requiriendo el acuerdo de las partes (naturaleza contractual) y objeto de legislación vinculante. Sobre este punto se observó que en el proyecto no se incluían las definiciones de los términos “escaso valor” y “transfronterizo”. Por su parte, también se insistió por parte de la Comisión que en el preámbulo se indicara que el Reglamento tendría por objeto ser aplicable a las controversias relativas a la “compraventa de mercancías y a la prestación de servicios”.

Asimismo, también se pusieron en consideración los requisitos mínimos para los proveedores de servicios de ODR y terceros neutrales y los principios jurídicos sustantivos para decidir casos tramitados por la vía ODR.

En tal sentido, se propuso un procedimiento que prevee tres fases: una fase de negociación, en el caso de continuar la controversia le sigue una fase conciliatoria, que en el caso de no prosperar, se llega una última fase de la adopción de una decisión vinculante y definitiva adoptada por un tercero neutral.

En relación al ámbito de aplicación, las opciones propuestas (de la Comisión y del Grupo de Trabajo) ponen el acento en el consentimiento de las partes en someterse a una procedimiento de ODR, puntualmente en los posibles momentos en que se pueden alcanzar el acuerdo de someterse a tal procedimiento. Esta cuestión abre consideraciones muy importantes en relación a la fuerza vinculante del procedimiento para las partes.

El proyecto plantea definiciones tales como: “demandante”, “comunicación”, “comunicación electrónica”, “tercero neutral”, “demandado”, “ODR”, “plataforma ODR”, “proveedor de servicios ODR”. La Comisión marcó la necesidad seguir el principio de neutralidad tecnológica y realizó interesantes consideraciones respecto a que la definición del término “proveedor del servicios ODR” ha de ser suficientemente amplia para abarcar las diversas concepciones del proceso ODR y sus combinaciones.

En relación al procedimiento, sus etapas y formas, plantea una estructura similar a un proceso adversarial hetero-compositivo como un juicio o arbitraje. Cuestión particularmente poco apropiada para un procedimiento que plantea 3 momentos con sistemas diferentes de solución de conflictos (negociación, conciliación y arbitraje). Sin embargo sobre estas cuestiones la Comisión no se refirió, como sí lo hizo sobre aspectos formales, así como sobre cuestiones de medios y formas de identificación (firma digital y firma electrónica), protección de datos personales así como de la seguridad informática al comunicarse información relativa a las partes durante el procedimiento ODR.

3.1.3 Consideraciones necesarias sobre el tercero neutral

Es uno de los elementos claves de todo procedimiento de resolución de conflictos -que no sea la negociación directa- es la participación de uno (o más) tercero(s). Desde el juez de un juicio hasta el facilitador en las negociaciones asistidas, esta figura posee en sí misma y para las partes, una significación especial de acuerdo al tipo de proceso de resolución de conflictos que se analice.

Así, en los procedimientos auto-compositivos en el que participan terceros, como la mediación, conciliación, etc., estos no tienen capacidad decisional sobre el conflicto -si sobre el procedimiento-, y su autoridad nace fundamentalmente de la confianza que tienen las partes en su figura, las intervenciones que va desarrollando en el procedimiento, y la autonomía de la voluntad de las partes se cristaliza en la voluntariedad de mantenerse en ese proceso y llegar o no a un acuerdo. Las actividades de estos terceros es específicamente mediadora y facilitadora de la comunicación, así como orientadora para las partes en la generación de alternativas y opciones de solución del conflicto.

Es importante destacar que “la confianza” que legitima el proceso y está presente en estos terceros compondores (mediadores, conciliadores, facilitadores, etc.) debe construirse arduamente y de múltiples maneras, de acuerdo a determinados aspectos socio-culturales, los cuales a su vez, tienen distintas variables que intervienen (V.G. región, tipo de actividad, antecedentes de la figura, etc). Sin embargo, es una característica compartida casi universalmente, que la pérdida de la confianza es mucho más fácil de producir y es mucho más compartida entre regiones, tipos de actividades, etc.

Por su parte, en los procesos hetero-compositivos, el tercero “neutral” tiene capacidad decisional en el conflicto. Su poder ya no nace de la confianza dentro del proceso, sino de una confianza a priori, presente en el momento del compromiso o acuerdo entre las partes de someter la solución de una disputa a un procedimiento y determinado tercero. Aquí la confianza tiene también diferentes formas de generarse, pero su naturaleza es distinta, pues se apoya en un cuerpo normativo específico.

Estos aspectos han sido sólo parcialmente tenidos en cuenta en los promotores de sistemas ODR, a partir de la generación de estándares que buscan establecer parámetros exógenos para la existencia de tal virtud.

3.2. La Organización de Estados Americanos (OEA/OAS)

En febrero del 2010 el departamento de Estado de los EUA emitió una propuesta [13] a la OEA enfocada en construir una línea de trabajo para la protección al consumidor a través de un programa llamado OAS-ODR¹³. Este programa está ideado

¹³ Para obtener información sobre la propuesta de ODR de la OEA, Vid. Del DUFGA, Louis F., RULE, Colin and ROGERS, Vikki. “*Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value - High Volume Claims - OAS Developments (July 6, 2010)*”. *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol. 42, p. 221, 2010; *Penn State Legal Studies Research Paper* No. 24-2010; *Stanford Public Law Working*

para la solución de conflictos transfronterizos derivados del comercio electrónico con consumidores.

El funcionamiento del programa OAS-ODR utiliza una base central de almacenaje de información que funciona como punto de contacto y almacenaje de información. Esta base central, conjuntamente con las autoridades nacionales de consumo y administradores nacionales, contendría la información detallada de los proveedores de servicio de ODR certificados, administra el proceso de resolución de disputas y actúa como el centro focal de comunicación electrónica entre las partes.

Bajo la iniciativa OAS-ODR, un consumidor sería capaz de interponer una demanda transfronteriza en línea contra un vendedor registrado en otro estado participante. El proceso de demanda inicial contendría un formato en línea cumplimentado por el comprador que incluiría una lista de los tipos de reclamaciones disponibles como: No entrega de mercancía o no prestación de servicios, entrega retrasada de mercancía o prestación tardía de servicios, el vendedor envió la cantidad equivocada, las mercancías entregadas eran defectuosas, los servicios prestados o las mercancías entregadas eran incorrectas, el vendedor no hizo honor a la garantía o, el vendedor cargó indebidamente la cuanta del comprador.

Una vez interpuesta la reclamación, se procedería en las siguientes fases sucesivas: la fase de iniciación y negociación, la fase de arbitraje, y la fase del laudo. Durante la fase de iniciación y negociación, los compradores y vendedores tendrán la oportunidad de intercambiar información y propuestas y negociar a través de medios electrónicos un acuerdo vinculante. Si no se puede alcanzar un acuerdo amistoso en la fase inicial y de negociación, el caso sería traído a la fase de arbitraje, en la cual un árbitro on-line sería seleccionado por un proveedor de servicios de ODR cualificado donde se encuentre localizado el vendedor para evaluar el caso y bien conducir a un acuerdo facilitado (ej. Mediación) o si fuera necesario emitir un acuerdo final de arbitraje.

La iniciativa también busca simplificar temas de ejecución proveyendo de servicios ODR en el domicilio o lugar de residencia del vendedor. El vendedor tomaría contacto en el sistema con administradores nacionales en el área donde el vendedor realiza sus negocios y el lugar (asiento) del arbitraje es el estado del vendedor. En el caso de no cumplimiento, el laudo puede ser ejecutado por las autoridades nacionales de consumo o las autoridades nacionales administradoras en el domicilio o lugar de residencia del vendedor, tomando acción directa dentro de la acción de ejecución, solicitando asistencia de agencias de pago, o refiriendo el caso a agencias de cobranza.

3.3 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Resolución de Litigios en Línea en Materia de Consumo.

Recientemente, el parlamento europeo emitió una propuesta de reglamento sobre reclamaciones transfronterizas derivadas del comercio electrónico (2011/074) [14].

Paper No. 1635463. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635463 , (26-04-2012)

Esta propuesta, tiene como objetivo, implementar una plataforma en el ámbito europeo sobre resolución de conflictos en línea (plataforma ODR). Esta plataforma estaría formada por una página web, “interactiva” con un punto de contacto o entrada único para los consumidores y comerciantes que busquen resolver sus controversias sin acudir a la jurisdicción ordinaria, y que dicho conflicto surge de transacciones derivadas del comercio electrónico. Este reglamento, está destinado a resolver conflictos en los cuales intervengan empresarios con consumidores, es decir comercio electrónico B2C.

La plataforma ODR, tendrá carácter gratuito y estaría disponible en todos los idiomas oficiales de la UE. Esta plataforma, proporcionará una planilla electrónica, por la cual los usuarios de la misma –empresarios y consumidores- podrán interponer sus demandas o reclamaciones por medio de este impreso electrónico. Dentro de la plataforma, se evaluará la viabilidad de la reclamación y se solicitará el acuerdo de las partes para remitirla a un proveedor de servicios de ODR competente para resolver el conflicto.

El sistema proveedor de servicios de ODR intentará resolver el asunto de una manera rápida y eficiente. Para ello, llevará el procedimiento siguiendo su propio reglamento y deberá resolverlo en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se haya recibido la reclamación. El proveedor de servicios ODR, notificará a la plataforma de una serie de información relacionada con el litigio como: la fecha de notificación de la reclamación a las partes, la fecha en que se resolvió la controversia y el resultado de la controversia.

5. Conclusiones

Una vez más, las circunstancias actuales de la actividad económica -puntualmente el comercio electrónico- nos demuestra las razones históricas por las cuales el Derecho Comercial ha sido uno de los primeros en generar innovaciones en su dinámica para adaptar sus estructuras a las necesidades del desarrollo de su actividad. Así, el comercio electrónico en Internet apunta a seguir incrementando su crecimiento, para lo cual se ve necesario generar confianza en el mismo y en sus modos.

La búsqueda de mecanismos estandarizados a partir de actores supranacionales, se contraponen a los datos sobre la escasa aceptación de, por ejemplo, la ley modelo de comercio electrónico. Es decir, los usos y las prácticas de su desarrollo históricamente se han impuesto las dinámicas de su desarrollo y en los mecanismos de su aceptación.

A partir de las propuestas que se expusieron se pueden observar las tendencias que se estudian en materia de resolución de conflictos en línea. Las líneas de las discusiones y puntos de atención que se marcan, dan cuenta de aspectos coyunturales que generan tensión, ya sea con los sistemas normativos de los Estados, con las perspectivas que nacen de la resolución “alternativa” de conflictos, así como con las realidades regionales internacionales. Está claro que para lograr la confianza de los consumidores y usuarios de la SI es necesaria la implantación de sistemas eficaces de reclamación que satisfagan las necesidades del consumidor.

Existen además aspectos que no han tenido aún espacios de reflexión, como la financiación del sistema de ODR, hasta qué cantidad se podría interponer una reclamación en el sistema de ODR, llegado el arbitraje, ¿estaría basado en la equidad o el derecho? Por otra parte, existen cuestiones que influyen directamente con el orden público de los países, como la exclusión de la jurisdicción ordinaria. La posibilidad de ejecutar el laudo, llegado el incumplimiento voluntario. Como se ve, el trabajo en esta materia continúa en progreso.

Referencias y Bibliografía.

1. Elster, Jon “El cemento de la Sociedad”, Gedisa, Barcelona, 1997, y “Tuercas y Tornillos”, Gedisa, Barcelona, 1996. Conf. Entelman, Remo. “Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma”, Gedisa, Barcelona, 2002.
2. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. Conflicto de leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet, Ed. Colex, Madrid, p. 25 y ss. (2001)
3. Ortega Hernandez, Rolando J. - Lezcano, José M. en el 9no. “Foro Internacional sobre la articulación de las Nuevas Tecnologías con la Resolución de Conflictos” Construyendo la Paz en la Era Digital. “Nuevos Caminos en la Resolución de Conflictos”, Junio de 2010 – Buenos Aires. Argentina. <http://www.slideshare.net/tissem/rolando-ortega-jos-mara-lezcano> y en “El camino hacia nuevos paradigmas en la resolución de conflictos”- Revista CES Derecho, Vol. 1, Nro. 1 (2010) ISSN 2145-7719, Medellín, Colombia (Versión Digital: <http://bdigital.ces.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/1271/796>)
4. MERCOSUR/CMC/DEC No 10/96
- Protocolo De Santa Maria Sobre Jurisdiccion Internacional En Materia De Relaciones De Consumo
5. Folberg, Jay y Taylor, Alison “Mediación. Resolución de conflictos sin litigio”. Ed. Limusa Noriega Editores. Mexico. España. Venezuela. Colombia. (1997).
6. KATSH, Ethan, RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution. Resolving. Conflicts in Cyberspace*. Ed: Jossey-Bass. San Francisco, 2001.
7. SHULTZ, Thomas, KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, LANGER Dirk. BONNET, Vincent. *Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues*. E-Com Research Project of the University of Geneva. Ginebra, 2001. P.7. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899079#
8. BARONA VILAR, Silvia. Solución Extrajurisdiccional de Conflictos. «*Alternative Dispute Resolution* » (ADR) y Derecho Procesal. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

9. KATSH, Ethan. RIFKIN, Janet. GATTENBY, Allan. "E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law»". *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. Vol.15: 3 2000

10. Cortés, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union (Routledge Research in Information Technology and E-Commerce Law)*

11. Ortega Hernandez, Rolando J. Y Lezcano, Jose M.: " El camino hacia nuevos paradigmas en la resolución de conflictos" ob. Cit.

12. Toda la información de los documentos analizados en estos acápites se pueden encontrar en http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html

Documentos: A/CN.9/WG.III/WP.111; A/CN.9/WG.III/WP.112; A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1; A/CN.9/WG.III/WP.113; A/CN.9/WG.III/WP.114; A/CN.9/WG.III/WP.115; y A/CN.9/744

13. El texto del documento de la propuesta puede encontrarse en: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_trabajo_gt_proteccion_consumidor_anexo_A_Borrador_Ley_Marco_Cooperativo_Modelo_Solucion_Electro.pdf, (26-04-2012)

14. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0794:FIN:ES:PDF>

Otros sitios consultados:

- Sitio del la Red "ODR Latinoamericana" <http://odrlatinoamerica.ning.com/>
- Sitio web del Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico <http://www.einstituto.org/nuestras-iniciativas/programa-regional-redodr/>
- Sitio de la ICANN: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp>