

Soluciones alternativas de conflictos en la contratación electrónica: arbitraje y mediación en línea

Mariliana Rico Carrillo *****

1. El arbitraje y la mediación en línea como nuevos paradigmas del Derecho y la Justicia

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), en particular del comercio y la contratación electrónica en Internet, ha puesto de manifiesto la necesidad de implementar medios adecuados que permitan la eficaz resolución de conflictos en este ámbito. El arbitraje y la mediación en línea representan los mecanismos ideales para la solución de este tipo de controversias, gracias a la utilización de técnicas electrónicas en las distintas fases de proceso, lo cual aporta significativas ventajas a las partes, entre las que resaltan la celeridad y rapidez por una parte, y ahorro de los costos derivados de los procesos tradicionales, por la otra.

***** Doctora en Derecho mención Cum Laude por la Universidad Carlos III de Madrid. Catedrática de Derecho Mercantil y Nuevas Tecnologías de la Universidad Católica del Táchira. Árbitro especialista en Nuevas Tecnologías, certificado por la Corte Suprema de Florida de los Estados Unidos de América.

La utilización de técnicas electrónicas en los sistemas alternativos de resolución de conflictos forma parte del nuevo paradigma del Derecho y la Justicia, no solo en cuanto a la modernización de estos sistemas como mecanismos alternativos a la administración de justicia tradicional, sino en cuanto a la necesidad de adaptar y homogeneizar las reglas jurídicas aplicables, proceso en el que las instancias internacionales han venido trabajando en los últimos años, con la finalidad de unificar la diversidad de procedimientos de solución de controversias en línea que existen en la actualidad. El nuevo paradigma viene representado por la aparición y la necesidad de regulación de los sistemas de resolución de conflictos en línea, conocidos por las siglas anglosajonas ODR (*On line Dispute Resolution*), en contraposición a los sistemas tradicionales o ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Entre las principales iniciativas regulatorias resaltan los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁺⁺⁺⁺⁺, encaminados a modernizar y unificar las exigencias jurídicas y permitir la realización de sistemas de solución de conflictos totalmente electrónicos, entre los que destacan el arbitraje y la mediación en

⁺⁺⁺⁺⁺ Durante el 43º período de sesiones, celebrada en Nueva York, del 21 de junio al 9 de julio de 2010, la CNUDMI acordó conformar un Grupo de Trabajo que se ocupara de examinar las cuestiones relacionadas con la solución por vía electrónica de controversias surgidas a raíz de operaciones transfronterizas de comercio electrónico, incluidas las operaciones entre empresas y las operaciones entre empresas y consumidores. Esta labor fue encomendada al Grupo de Trabajo III, que desde entonces se ha dedicado a elaborar y discutir las normas que deben estar presentes en el reglamento, a efectos de proporcionar un marco normativo uniforme aplicable a los procedimientos para la solución de conflictos en línea.

línea. La iniciativa más importante en este ámbito está representada por la elaboración del *Reglamento sobre solución de controversias en línea en las operaciones de comercio electrónico*, donde se establecen las reglas uniformes para que estos procedimientos puedan realizarse a través de medios electrónicos. El análisis de estas normas es el objeto principal de este trabajo.

2. La labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Desde el año 2010, la CNUDMI ha trabajado en la elaboración del Reglamento sobre solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico, con la finalidad de establecer y unificar las reglas que han de aplicarse a este tipo de procedimientos, donde se incluyen la mediación, la conciliación y el arbitraje en línea. La última discusión sobre estas normas tuvo lugar en marzo de 2004, en la ciudad de Nueva York, donde se aprobó una nueva versión del proyecto.

La preocupación de la CNUDMI por reconocer el valor jurídico de los documentos electrónicos, su utilización en la actividad contractual y su valor probatorio se ha reflejado en la adopción de distintas leyes modelo que consagran los principios que permiten la equiparación entre el tradicional documento en papel y los nuevos soportes electrónicos en igualdad de condiciones jurídicas. Entre los textos jurídicos de mayor importancia se encuentran la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001) y la Convención sobre la utilización de las

Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Estos textos consagran los principios básicos de la contratación electrónica: la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la libertad contractual, la inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, y la buena fe. A través de estos principios es posible determinar el valor jurídico de las operaciones realizadas a través de comunicaciones electrónicas y de los soportes documentales electrónicos.

En cuanto a la aplicación de las TIC a los medios alternativos de resolución de conflictos es importante destacar que en 2006 fue modificada la Ley Modelo Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con la finalidad de adaptar el procedimiento arbitral a los avances tecnológicos. La Recomendación relativa a la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 también fue modificada el mismo año, a efectos de permitir la celebración de convenios arbitrales electrónicos. El Reglamento de Arbitraje fue revisado en 2010, con la finalidad de permitir el uso de comunicaciones electrónicas en el proceso arbitral.

Gracias a la aprobación de los nuevos textos jurídicos y a la modificación de los existentes, en la actualidad es factible la utilización de técnicas electrónicas en todas las fases de los procedimientos de solución de controversias. En el caso del arbitraje, es posible la adopción del convenio arbitral (previo al conflicto) a través de técnicas electrónicas. También es factible el uso de notificaciones y comunicaciones electrónicas, la admisión de

pruebas y la celebración de audiencias electrónicas durante el proceso arbitral, así como la adopción de laudos arbitrales electrónicos.

En cuanto a la mediación y a la conciliación, no solo son admisibles los documentos electrónicos como medios de prueba y la adopción del acuerdo electrónico; también es factible que estos procedimientos se realicen a través de videoconferencias, lo cual aporta la característica de inmediatez que debe estar presente a efectos que el tercero neutral facilite a las partes adoptar la solución más adecuada a sus controversias.

3. El proyecto de reglamento sobre solución de controversias en línea

En relación con este instrumento jurídico hemos de apuntar que los trabajos de la CNUDMI en esta materia se concentran en la elaboración de un conjunto de reglas que permitan la unificación de los sistemas que ofrecen solución de controversias en línea.

En la actualidad existen dos modalidades de reglamento, la modalidad I prevé (aparte de otros procedimientos) la posibilidad de dictar un laudo arbitral para poner fin a la controversia. En la modalidad II, el tercero neutral solo tiene la posibilidad de ofrecer a las partes una solución en forma de recomendación, más adelante explicamos los detalles de estos procesos.

El actual proyecto de reglamento sigue la terminología anglosajona y se refiere a los sistemas de solución de controversias en línea bajo las siglas ODR. A efectos de esta norma, se entenderá por ODR, la solución de controversias en línea, entendida como un “... mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”. (Art. 2). A efectos de seguir la terminología empleada en el texto legal, en adelante nos referiremos a esta norma utilizando las siglas PRODR (Proyecto de Reglamento ODR).

3.1. Ámbito de aplicación

El PRODR está diseñado para ser utilizado en el contexto de operaciones realizadas por medios electrónicos de comunicación, y sólo será aplicable cuando las partes intervinientes en la operación electrónica hayan convenido que sus conflictos se resuelvan a través de sus normas. Estas condiciones se encuentran previstas en forma expresa en el citado instrumento jurídico y permiten que los ODR sean utilizados solucionar para conflictos entre empresarios o entre empresarios y consumidores, y que el sometimiento al reglamento sea voluntario.

3.2. Previsiones respecto de los elementos objetivos y subjetivos

Para llevar a cabo un arbitraje o una mediación en línea, el PRODR prevé la intervención de un tercero neutral y la utilización de una plataforma electrónica, que es gestionada por un proveedor de servicios de ODR.

La plataforma electrónica es un elemento objetivo indispensable, es el sistema empleado para el procesamiento de las comunicaciones electrónicas que sean necesarias durante el desarrollo del ODR, bien se trate de la generación, envío y archivo de documentos, o de una videoconferencia que permita la comunicación de las partes con el tercero neutral, o la evacuación de una prueba.

Aunque en un principio el procedimiento de solución de controversias mediante un sistema de ODR está diseñado para resolverse a través de las comunicaciones y documentos en formato electrónico que las partes presenten, en algunos casos puede ser necesaria la evacuación de otro tipo de pruebas para demostrar lo alegado, tal sería el caso de una audiencia para oír las declaraciones de un testigo o de un experto. El tercero neutral puede admitir este tipo de pruebas y proponer la celebración de la audiencia mediante una videoconferencia que se llevará a cabo a través de la plataforma informática para oír al testigo o experto en cuestión.

El tercero neutral es definido en el PRODR como la persona que presta asistencia a las partes para alcanzar un arreglo o que proporciona la solución a la controversia. En esta amplia definición se ubica la figura del mediador, como el sujeto que presta asistencia a las partes para resolver su controversia; del conciliador, en el caso de formular la solución del conflicto en forma de una recomendación; y del árbitro, encargado de tomar una decisión respecto

de la solución de la controversia, si fuera el caso. Es de hacer notar que al tratarse de normas unificadas para los sistemas de resolución de conflictos en línea, su ámbito de aplicación abarca tanto al arbitraje como a la mediación (y a la conciliación), de allí que la terminología empleada se refiera al “tercero neutral”, en lugar de al árbitro, al mediador o al conciliador. El PRODR establece las condiciones para el nombramiento de estos sujetos, en su condición de terceros neutrales.

Aparte del tercero neutral, encontramos un par de elementos subjetivos adicionales: el proveedor de servicios de ODR y el administrador de servicios de ODR. El proveedor de servicios de ODR es la entidad que se encarga de administrar las actuaciones en el contexto de la solución de controversias en línea y de designar la plataforma ODR donde se desarrollará el procedimiento. La participación de este sujeto es de crucial importancia, toda vez que las comunicaciones electrónicas que se transmitan durante el proceso se enviarán a él, quien las remitirá a las respectivas partes y al tercero neutral a efectos de garantizar la recepción de los mensajes. El administrador de servicios de ODR es el encargado de coordinar y administrar el procedimiento.

3.3. Las distintas fases del procedimiento y su sustanciación

El sistema diseñado en el PRODR se desarrolla en diversas fases que integran los distintos mecanismos de resolución de conflictos en el proceso (negociación, mediación, conciliación y arbitraje) intentando, en primer lugar, que sean las propias partes las que lleguen al acuerdo.

Es importante mencionar que las primeras versiones del PRODR se limitaban a establecer el arbitraje como la última fase del procedimiento. A partir del año 2013, se introdujo una nueva modalidad en el reglamento. La modalidad I mantiene el arbitraje como última instancia para llegar a la solución del conflicto; si las partes no llegan a una negociación o a un acuerdo asistido (mediación), corresponde al tercero neutral dictar un laudo arbitral, definitivo y vinculante para las partes^{*****}. En la modalidad II, el tercero neutral ofrece a las partes una solución en forma de recomendación no vinculante para las partes, a menos que éstas acuerden lo contrario^{§§§§§§§§§§§§}.

***** El procedimiento aplicable a la modalidad I fue aprobado en la revisión del proyecto de reglamento durante el 28° período de sesiones del Grupo de Trabajo III, que tuvo lugar en Viena, del 18 al 22 de noviembre de 2013. Vid. nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento (A/CN.9/WG.III/WP.123). Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html (Última consulta: 30 de julio de 2014).

§§§§§§§§§§§§ La primera versión de la modalidad II fue aprobada en la revisión del proyecto de reglamento durante el 28° período de sesiones del Grupo de Trabajo III, que tuvo lugar en Viena, del 18 al 22 de noviembre de 2013. Vid. nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento (A/CN.9/WG.III/WP.123/Add.1). Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html (Última consulta: 30 de julio de 2014).

La última versión de esta modalidad fue aprobada durante el 29° período de sesiones del Grupo de Trabajo III, que tuvo lugar en Nueva York, del 24 a 28 de marzo de 2014. Vid. notas de la Secretaría de la CNUDMI sobre Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento (A/CN.9/WG.III/WP.127) (A/CN.9/WG.III/WP.127/Add.1) Ambos disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html (Última consulta: 30 de julio de 2014).

En el marco del PRODR, el proceso de solución de conflictos en línea se desarrolla en tres fases:

1. Fase de negociación. En esta primera fase se deja plena libertad a las partes para que ellas mismas, a través de la plataforma electrónica, intenten resolver el conflicto. Una vez iniciado el proceso y tras la recepción de la contestación de la demanda en la plataforma ODR, se otorga un plazo a las partes para que resuelvan sus controversias mediante negociaciones directas. La etapa de negociación comenzará al comunicarse la contestación al proveedor de servicios ODR y la respectiva notificación al demandante.

2. Fase de mediación. Si las partes no alcanzan un acuerdo en la fase de negociación, se da inicio a la segunda fase, caracterizada por la intervención de un tercero neutral, encargado de mediar entre ellas. Una vez vencido el plazo de negociación se procederá al nombramiento del tercero neutral, quien deberá comunicarse con las partes para tratar de llegar a un acuerdo. Si las partes llegan a un acuerdo en esa segunda fase, el arreglo se consignará en la plataforma ODR y el procedimiento se dará automáticamente por concluido.

En esta fase, el tercero neutral interviene para ayudar a las partes a resolver el conflicto (arreglo asistido). A diferencia de lo que sucede en los sistemas de resolución de conflictos tradicionales, donde los árbitros, mediadores y conciliadores son nombrados generalmente por las partes, en el procedimiento previsto en el PRODR, el tercero neutral es nombrado por el proveedor de servicios de ODR.

3. Fase de decisión (o recomendación) por el tercero neutral. Agotadas las fases anteriores sin que se haya llegado a una solución, corresponde al tercero neutral formular una decisión o una recomendación (según la modalidad de reglamento adoptada) a efectos de poner fin a la controversia.

La modalidad I del PRODR se refiere a la finalización del proceso a través de un laudo arbitral. En este caso, el propio reglamento establece los requisitos de forma y fondo del laudo, así como las condiciones de rectificación y anulación.

La modalidad II del PRODR permite al tercero neutral formular una recomendación de carácter no vinculante, a menos que las partes decidan lo contrario de mutuo acuerdo. En este caso no puede hablarse de un arbitraje sino de una conciliación, donde el tercero propone la solución a las partes en conflicto.

La diferencia fundamental entre la opción propuesta en la modalidad I (arbitraje) y la modalidad II (recomendación) es que el resultado de ésta última no tiene efecto de cosa juzgada y no procede el cumplimiento forzoso, sin embargo, el PRODR exhorta a las partes a que procedan conforme a la recomendación. En estos casos se pueden utilizar mecanismos privados de ejecución que fomenten el cumplimiento de las recomendaciones*****.

***** Los mecanismos privados de ejecución existentes en la actualidad se refieren básicamente al uso de sistemas de puntuación y sellos de confianza, junto con otros mecanismos alternativos que se mencionan en la nota de la Secretaría de la CNUDMI "Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: visión general de los mecanismos privados de ejecución" (A/CN.9/WG.III/WP.124). El texto de este documento se encuentra disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html (Última consulta: 30 de julio de 2014).

El proveedor de servicios ODR procederá a comunicar a las partes la decisión (o recomendación), que se consignará en la plataforma ODR. Si se llega a un arreglo en cualquier etapa del procedimiento, las condiciones de dicho arreglo también se consignarán en la plataforma ODR. En este momento se dará por concluido automáticamente el procedimiento.

En cuanto a la sustanciación del procedimiento, éste se llevará a cabo a través de la plataforma electrónica. Las partes y el tercero deberán enviar todas las comunicaciones al proveedor de servicios ODR, quien las remitirá a los destinatarios finales. Para facilitar la sustanciación del procedimiento es necesario que las partes designen una dirección de correo electrónico a efectos de envío y recepción de las respectivas comunicaciones.

El PRODR también establece las reglas sobre el envío y recepción de las comunicaciones electrónicas, a efectos de proveer seguridad a los usuarios del sistema. El proveedor de servicios ODR tiene la obligación de notificar rápidamente y sin demora a las partes y al tercero neutral toda comunicación electrónica que reciba en la plataforma ODR. Igualmente tiene la obligación de enviar los acuses de recibo de las comunicaciones electrónicas a todas las partes del proceso, incluyendo al tercero neutral.

4. Ventajas de la utilización de los sistemas de solución de controversias *en línea*

Entre las principales ventajas de la utilización de un sistema de resolución de controversias en línea destacan la facilidad de acceso a través de la plataforma electrónica, la posibilidad que todas las partes que intervienen en el proceso estén conectadas de manera simultánea, la transmisión instantánea de las comunicaciones, la flexibilidad del procedimiento, la eliminación de la distancia geográfica a través de la presencia virtual de las partes, la rapidez en la resolución del conflicto, la facilidad del almacenamiento de la información y el ahorro de costos.

El PRODR ofrece importantes beneficios a quienes deseen someter sus controversias a los mecanismos presentes en este texto jurídico, ya que contiene un conjunto de normas uniformes que han sido elaboradas tomando en cuenta las experiencias prácticas actuales de solución de controversias en línea. El PRODR tiene la ventaja de ofrecer un marco global de referencia para afrontar las disparidades entre las legislaciones nacionales de los distintos países que ofrecen sistemas de solución de conflictos en línea.

El PRODR no es vinculante y está diseñado de esta manera con la finalidad de respetar el principio de libertad contractual y autonomía de las partes. Al establecer el carácter no voluntario de sus normas, son las propias las partes quienes deciden si adoptan o no el reglamento como norma rectora del proceso, y la modalidad para llegar a una decisión final.

En el marco del comercio electrónico, los sistemas de solución de controversias en línea son mecanismos eficaces no sólo para la resolución de conflictos empresariales sino también aquéllos que tienen lugar entre empresarios y consumidores. En el PRODR está presente la necesidad de acercar estos procedimientos a los consumidores.

El sistema previsto en el PRODR facilita la comunicación entre las partes y permite que sean ellas mismas, en primera instancia, quienes resuelvan sus conflictos. La combinación de los procedimientos de negociación, mediación, conciliación y arbitraje estimula a las partes a alcanzar una negociación o proceder a una mediación o a una conciliación, sin necesidad de acudir directamente al arbitraje.

El PRODR otorga seguridad y confianza a las partes al definir el funcionamiento de la plataforma electrónica, las obligaciones del tercero neutral y del proveedor de servicios de ODR, la manera en que será nombrado el tercero neutral, las reglas de envío y recepción de las comunicaciones electrónicas y aportar las garantías necesarias en cuanto a la seguridad y confidencialidad del procedimiento.

La participación continua entre las partes, típica de los procesos de mediación y conciliación, puede llevarse a cabo mediante sistemas de videoconferencia que garanticen la presencia y el intercambio de

comunicaciones entre las partes y el tercero en tiempo real. Si fuese necesario producir algún elemento probatorio, éste puede aportarse a través de técnicas electrónicas. Estas técnicas también son útiles en el proceso de arbitraje, ya que permiten que el tercero neutral se comuniquen con las partes o pueda asistir virtualmente a la evacuación de una prueba testimonial o pericial, superando los inconvenientes derivados de las distancias geográficas.

Los beneficios de la utilización de estos sistemas de resolución de conflictos en línea no sólo se reflejan en ventajas para las partes de la controversia. Las personas que actúan como terceros neutrales también encuentran en estos sistemas una excelente oportunidad de desarrollo profesional. El uso de las TIC nos permite asistir a las partes y ayudarles a resolver sus controversias (mediación), sugerir una solución (conciliación) o tomar una decisión (arbitraje), independientemente del lugar donde nos encontremos.