

UNA EXPERIENCIA PARADIGMÁTICA: EL ARBITRAJE DE CONSUMO *ON LINE* EN EL MARCO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Prof^a **Asunción Hernández Fernández**. Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia. Profesora de Derecho Internacional de la UNED. Experto externo de la Comisión Europea. Arbitro / mediador de la OMPI.

SUMARIO:

I-INTRODUCCIÓN. II- EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LA CONTRATACIÓN ON LINE. III- EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. 1-Marco Jurídico.2-Características:2-1.Arbitraje Institucional.2-2.Gratuidad.2-3.Accesibilidad. 2-4.Especialización. 2-5. Vinculante y Ejecutivo. 2-6.Agilidad. 2-7.Privacidad. 2-8.Voluntariedad. 3-El Convenio Arbitral. 4-El Procedimiento:4-1.Principios. 4-2.Inicio del Procedimiento. 4-3.El Laudo. IV- LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL. 1- Mecanismos de solución extrajudicial de controversias o ADR. 2- Mecanismos de solución extrajudicial de controversias o ODR. 2-1 Análisis Estadístico 3- Principios aplicables y Estudio comparativo. V- MARCO JURÍDICO Y TECNOLÓGICO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO ON LINE. 1- Validez de las notificaciones realizadas por medios electrónicos o telemáticos. 1-1-. Normativa Internacional. 1-2-. Normativa Nacional. 2- Acreditación del momento de la emisión y recepción del documento o Time Stamping. 2-1 Servicio Digital de Sellado de Tiempo. 3- Confidencialidad y Seguridad en las Comunicaciones. 3-1 Objetivos. 3-2 Protección del contenido de la información: Encriptación. 3-3 Identificación de las partes involucradas: Firma Electrónica. CONCLUSIONES

I- INTRODUCCIÓN.

El desarrollo tecnológico ha posibilitado en los últimos años la aparición de nuevos medios de información y de comunicación que han configurado la llamada Sociedad de la Información. Los progresos de la tecnología se han manifestado sobretudo en el campo de la informática y de las telecomunicaciones, creándose toda una gama de servicios telemáticos a través de las redes de telecomunicaciones o

también llamadas muchas veces autopistas de la información.¹El concepto de redes de telecomunicaciones va mucho mas allá de lo que es Internet², extendiéndose al medio de transmisión (satélites, cable, radio), al medio de recepción (ordenadores, teléfono, televisión), a los tipos de contenidos que se transmiten (audiovisual, multimedia, textual) y a los objetivos que impulsan a los actores de la transmisión (ocio-entretenimiento, investigación, negocios...)³.

El Titulo XIII del Tratado de la Unión Europea (arts.154 a 156) otorgó a la Unión Europea una competencia propia en materia de redes transeuropeas, en los sectores de energía, transportes y telecomunicaciones. Sobre esta base la Unión Europea ha intentado dar una respuesta concreta a la incidencia social del fenómeno de las tecnologías de la información y la comunicación elaborando diversos Programas sobre la sociedad de la Información o planes de acción, cubriendo el ultimo de ellos el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2002⁴. Además la Comunicación sobre la iniciativa *e-Europe* (2003-2005)de la Comisión⁵, va dirigida a asegurar que las generaciones venideras de la Unión Europea obtengan el máximo

¹ Vid. BOTANA GARCÍA, G., *La protección de los consumidores y el comercio electrónico*, Régimen Jurídico de Internet, 2002, p.699.

² La Ley 11/1998, de 24 de abril de 1998, General de Telecomunicaciones define en su Anexo la red de telecomunicaciones como <los sistemas de transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, o medios ópticos o de otra índole>. También incluye una definición de red publica de telecomunicaciones como <red de telecomunicaciones que se utiliza total o parcialmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles para el publico y de red privada de telecomunicaciones como red de telecomunicaciones que se utiliza para la prestación de servicios de telecomunicaciones no disponibles para el publico>

³ Vid. ARPÓN DE MENDIVIL ARMADA, M. Y CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Pamplona,1999.

⁴ 98/253/CE: Decisión del consejo de 30 de marzo de 1998 por el que se adopta un Programa Plurianual comunitario para estimular el establecimiento de la sociedad de la Información en Europa. Programa <Sociedad de la Información> , DOCE L 107, de 7 de abril de 1998.

⁵ Puede consultarse en <http://europa.eu.int>

provecho de los cambios que está produciendo la Sociedad de la Información. En España se ha creado a través del Real Decreto 1289/1999 de 23 de Julio, la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de la Nuevas Tecnologías, dicha Comisión ha aprobado una Iniciativa estratégica bajo el título de “*INFO XXI: La sociedad de la Información para todos*”, que consiste en un conjunto estructurado de programas y medidas de actuación que contribuyan a impulsar eficazmente desde el gobierno el desarrollo integral de la Sociedad de la Información en nuestro país. Iniciativa que actualmente está en vías de actualización y mejora.

Por otra parte, el legislador comunitario no podía dejar al margen de la sociedad de la Información la política de protección de los consumidores. El consejo de la Unión Europea a través de la Resolución de 28 de enero de 1999⁶, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la Sociedad de la Información, ha considerado que las nuevas tecnologías de la información pueden ofrecer numerosas ventajas a los consumidores y que la confianza de éstos en las mismas constituye un requisito indispensable para que estos acepten la Sociedad de la Información y tomen parte en ella. Es por ello que, con la finalidad de garantizar un elevado nivel de integración jurídica comunitaria y con objeto de establecer un autentico espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los servicios de la Sociedad de la Información, fue promulgada la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de las servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior⁷, sobre la que volveremos hablar posteriormente. En esta misma línea, la Comisión en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de la Regiones de fecha 7 de mayo de 2002⁸, expone su estrategia europea en materia de política de los

⁶ DOCE C 23, de 28 de enero de 1999.

⁷ DOCE L 178, de 17 de julio de 2000

⁸ COM (2002)208 FINAL: En el caso del primer objetivo, <un alto nivel común de protección de los consumidores >, las acciones principales se refieren a un seguimiento de los problemas relacionados con las prácticas comerciales tratados en el Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea y a la seguridad de los servicios. Las acciones prioritarias correspondientes al segundo objetivo, <aplicación eficaz de las normas de protección de los consumidores> son el desarrollo de un marco de cooperación administrativa entre los Estados

consumidores para los próximos cinco años (2002-2006); estableciendo tres objetivos a medio plazo: Primer objetivo, un alto nivel común de protección de los consumidores; Segundo objetivo, la aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores, donde hace especial hincapié en la necesidad de desarrollar los mecanismos de solución alternativa de litigios *on line* en materia de consumo; y, por ultimo el Tercer objetivo, una participación adecuada de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias.

Por otra parte, una de las características esenciales de la sociedad de la Información para los consumidores es la posibilidad de contratación a través de medios electrónicos, basada en la ausencia de una relación física directa entre los contratantes. La contratación electrónica, en definitiva, se refiere principalmente, a dos tipos de actividades: la compraventa de bienes y la prestación de servicios, pudiendo llevarse a cabo tanto entre comerciantes (*Business-to-Business*) como entre comerciantes y consumidores (*Business-to-Consumers*)⁹

La revolución fundamental que conlleva Internet reside precisamente en la facilidad a la hora de contratar, en la medida en que no es necesario que las partes contratantes estén presentes para que el contrato o el acuerdo a que lleguen tenga plena validez y eficacia jurídica. Algo que nos llevaría necesariamente a una reestructuración de los principios tradicionales de protección del consumidor, esbozando una serie de principios modernos sobre los que validar el modelo contractual funcionalmente más idóneo para el tipo de contratación electrónica.

miembros y de mecanismos de recurso de los consumidores. Para lograr el tercer objetivo, <participación de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias>, las principales acciones consisten en revisar los mecanismos de participación de las organizaciones de consumidores en la elaboración de políticas comunitarias y la elaboración de proyectos de educación y desarrollo de capacidades.

⁹ Vid. PALAO MORENO, G., “Comercio electrónico y Protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: Problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes”, Mercosul, Alca e Integração Euro-Latino-Americana, Vol.I Jurúa Editora, 2001.

Así mismo, esta circunstancia nos exige revisar el procedimiento mas conveniente, rápido y eficaz para la resolución de las controversias surgidas en materia de consumo, ya sean provenientes de una contratación electrónica o surgidas en el ámbito de la contratación tradicional cuya resolución extrajudicial por medios electrónicos o telemáticos va a ser el objeto de estudio de este artículo.

II- EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LA CONTRATACIÓN *ON LINE*

La jurisdicción es una función del Estado actual que no se ve afectada por la existencia de elementos extranjeros en el proceso. Esta función jurisdiccional emana de la propia soberanía del Estado y queda consagrada, en nuestro caso, en el artículo 117.3 de la Constitución Española.

Sin embargo, razones de efectividad y practicidad han llevado y llevan a los Estados a suscribir Tratados Internacionales para el establecimiento de reglas comunes de competencia judicial internacional. Como consecuencia de lo anterior, surgen un conjunto normativo (interno, convencional e institucional como ocurre en el marco de la Unión Europea) que viene a integrar el régimen jurídico de la Competencia Judicial Internacional.

Todo este panorama normativo ha quedado afectado por la existencia de Internet. La Red de redes cambia la geografía tal y como la conocíamos hasta ahora y, cuando queremos determinar la jurisdicción y es el mundo virtual el ámbito de celebración de los contratos, se hace patente la necesidad de revisar los parámetros tradicionales en los que se encuadraban las normas de determinación de la jurisdicción internacional y, quizás optar, como ya veremos más adelante, por otras vías de solución de los litigios.

La competencia judicial en las operaciones transfronterizas queda supeditada a la tradicional distinción entre transacciones mercantiles <*business to business*> y transacciones de consumo <*business to consumers*>. En el primer supuesto, B2B, los tribunales competentes para conocer de los litigios son, bien los del Estado en el cual la

obligación haya sido o deba ser cumplida, bien los del domicilio del demandado. En materia de contratos electrónicos pues, nos encontramos ante el foro especial por razón de la materia, que permite al demandante elegir (siempre que no se trate de una materia sujeta a competencia exclusiva o medie sumisión de las partes) entre el foro general del domicilio del demandado o el foro especial ya mencionado.

Sin embargo, cuando se trata de transacciones en las que una de las partes es un consumidor, B2C, éste tiene la posibilidad de elegir el lugar en el cual entablar la acción, bien en los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada la otra parte, bien en los tribunales del Estado donde estuviere domiciliado el propio consumidor. La aplicación de esta regla estaba supeditada (art. 13.3 del Convenio de Bruselas) a la concurrencia de dos requisitos: que la celebración del contrato fuese precedida de una oferta específica o publicitaria de los bienes o servicios en el Estado del domicilio del consumidor y que el consumidor realice en el Estado donde tiene su domicilio los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

El tenor literal de este artículo era difícilmente compatible con las peculiaridades de la Red y el cambio de parámetros que suponía. El Reglamento 44/2001 en sus artículos 15 a 17, que sustituyen a los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968, confirman la orientación sobre la necesidad de proteger a los consumidores en el tráfico jurídico externo y amplían las posibilidades de acceso a la justicia de los llamados “ciberconsumidores”. De este modo, las exigencias presentes en el antiguo artículo 13.3 del Convenio, han sido sustituidas por las establecidas en el artículo 15.3 del Reglamento en el tenor siguiente:

“cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado Miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”

Esta modificación busca adaptar las soluciones ya existentes en el Convenio a los cambios que implica el Comercio Electrónico en las técnicas de comercialización de productos y servicios.

Sin embargo, y pese a todo lo dicho hasta ahora, la Comisión Europea ha hecho una apuesta clara a favor de la solución extrajudicial de litigios, al exhortar, en el artículo 17.1 de la Directiva sobre Comercio Electrónico, a los Estados Miembros a no obstaculizar con sus legislaciones respectivas dichos mecanismos, como por ejemplo el arbitraje, que por sus características (privacidad, rapidez, flexibilidad, confianza...) se configura como una alternativa idónea frente a la vía judicial.

III- EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

1-Marco Jurídico.

El problema del acceso de los consumidores a la justicia es una cuestión todavía no resuelta del todo en la mayoría de países miembros de la UE ni en el propio derecho comunitario, pese a los avances de los últimos años. Sin embargo el legislador español, consciente de esta problemática, ya en 1984 en el seno de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio (en adelante, LGDCU), diseñó en su art. 31 un cauce para favorecer la efectividad de los derechos de los consumidores: el Sistema Arbitral de Consumo (SAC)¹⁰. Sin duda, nuestro legislador actuó guiado por el art. 51.1 de la Constitución española, el cual compele a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios “*protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos*”. Posteriormente, fue aprobada la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, (en adelante, LA) la cual se proclama supletoria de la regulación específica del Sistema Arbitral de Consumo y en sus Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª recoge preceptos que le son directamente aplicables. Como desarrollo reglamentario de la LGDCU, fue aprobado el vigente RD 636/93 de 3 de mayo, regulador del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDAC) y pieza clave del mismo. Por último también conforman el marco jurídico del arbitraje de consumo la jurisprudencia sentada por el

¹⁰ Vid. ABELLÁN TOLOSA, Luis. “*El Sistema Arbitral de Consumo*”, Derecho de Consumo, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp 411 y ss.

Tribunal Constitucional, a raíz de diferentes sentencias dictadas en este campo e igualmente las Resoluciones y Dictámenes elaborados en el ámbito europeo.

2-Características.

Algunas de las características que vamos a reseñar son aplicables tanto al arbitraje común como al de consumo, pero en este caso adquieren un matiz específico que debe resaltarse¹¹.

2-1 Arbitraje Institucional:

El arbitraje de consumo es un arbitraje <administrado>, esta circunstancia le imprime un carácter propio en su conjunto. Lo que, según la doctrina mayoritaria es positivo para los objetivos del sistema. Así, la presencia de la Administración en la implantación, desarrollo y mantenimiento del SAC garantiza su universalización y por ende, el acceso gratuito de todos los consumidores al mismo. No obstante, también se levantaron algunas voces críticas por las posibles interferencias que podían producirse entre la Administración y las partes, aunque éstas quedaron solucionadas con el desglose que el RDAC hizo de los órganos arbitrales distinguiendo entre las Juntas Arbitrales que son el órgano que administra el arbitraje y el Colegio Arbitral, compuesto mayoritariamente por representantes de las partes y que es el que ejerce la potestad decisoria.

2-2 Gratuidad:

El número dos de la Disposición Adicional Primera de la LA establece la característica más trascendente del arbitraje de consumo, y sin cuya vigencia, posiblemente, su virtualidad quedaría diezmada. Esto es, la gratuidad es una exigencia que viene predicada tanto con respecto a los costes del procedimiento como en relación con los honorarios de los árbitros. Este principio de gratuidad puede alcanzar incluso a la práctica de la prueba. En este sentido, el art. 13-2 del RDAC establece que las

¹¹ Vid. BONET NAVARRO, A.: *“Fuentes y Caracteres del arbitraje de consumo”* en el Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo. Dirigido por Quintana Carlo, I y Bonet Navarro, A. Pamplona, 1997.

pruebas acordadas de oficio serán costeadas por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral de consumo en función de sus disponibilidades presupuestarias.

2-3 Accesibilidad:

El art. 31 de la LGDCU establece que el SAC se configure “*sin formalidades especiales*”. De tal modo que la articulación del procedimiento arbitral de consumo efectuado por el RDAC, responde a esa voluntad del legislador. Y ello, dado que las partes solo deben cumplimentar unos formularios sencillos facilitados por las propias Juntas Arbitrales de consumo, y asistir al acto de la Audiencia.

2-4 Especialización:

Las partes tienen garantizado que el colegio Arbitral estará integrado por árbitros (composición tripartita) con un conocimiento profundo, directo y práctico de la materia objeto de arbitraje.

2-5 Vinculante y Ejecutivo:

Las resoluciones que dictan los colegios Arbitrales, (Los Laudos), tienen efecto de cosa juzgada y devienen vinculantes y ejecutivos para las partes que libremente se han sometido (art.17-1 del RDAC) siempre y cuando no se haya interpuesto el recurso de anulación previsto en el art. 45 de la LA. Esta característica distingue al SAC español de prácticamente todos los mecanismos europeos similares (salvo en Portugal), los cuales carecen de esta virtud de ejecutividad.

2-6 Agilidad:

Dado que la gran mayoría de controversias que se suscitan ante las Juntas Arbitrales de consumo contienen un marcado componente doméstico, éstas requieren por ello una solución rápida. En este sentido el RDAC en su art. 14-1 establece el plazo máximo para dictar Laudo en 4 meses contados a partir de la designación del colegio Arbitral.

2-7 Privacidad:

La privacidad del arbitraje es una de las características extensibles a todos los arbitrajes.

2-8 Voluntariedad:

Es una característica común a todos los arbitrajes. Según el Tribunal Constitucional (STC 56/1990 en su Fundamento de Derecho 47) el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad. Y así lo entendieron tanto la LGDCU y la LA como el RDAC.

3-El Convenio Arbitral

El RDAC nada dice respecto al contenido del convenio únicamente recoge, en los arts. 5 y siguientes, los aspectos de su formalización y de la oferta pública de sometimiento. Tendremos que estar por lo tanto a los dispuesto en la LA¹². De esta forma:

3-1 Tanto la petición de arbitraje planteada por el consumidor, como la aceptación por parte del empresario, deben recoger la voluntad inequívoca de las partes de someter el litigio a la decisión de la Junta Arbitral (art.5 LA) y la de cumplir el Laudo emitido por los árbitros.

3-2 La petición de arbitraje, junto con el relato de los hechos, debe contener de forma imprescindible una pretensión respecto de la cual los árbitros habrán de pronunciarse en el Laudo. Igualmente deben quedar identificadas las partes y sus domicilios.

3-3 En el caso de que la petición de arbitraje no reúna los requisitos mínimos para formalizar el convenio arbitral, se le dará al reclamante un plazo de 10 días a fin de que los cumplimente. Si no lo hiciera, se inadmitirá a trámite en base al art. 5 de LA.

3-4 El art. 11-1 de la LA establece que el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien le interese lo invoque mediante la oportuna excepción.

¹² Vid. GUTIERREZ SANZ, M.R., “*La formalización del Convenio Arbitral*” y “*Las Juntas Arbitrales de Consumo*” en el Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo. Dirigido por Quintana Carlo, I y Bonet Navarro, A. Pamplona, 1997

4-El Procedimiento.

El mandato establecido en el art. 31 de la LGDCU, en el sentido de que el SAC carecerá de “*formalidades especiales*”, tiene su plasmación en la simplicidad del procedimiento regulado por el RDAC; lo que queda establecido de manera sucinta en los arts.10 y siguientes de dicho Real Decreto. En concreto el art. 10 establece que el procedimiento se ajustará en todo caso a lo dispuesto en el RDAC, indicando así que esos mínimos trámites constituyen normas de derecho necesario que los árbitros no pueden desconocer, so pena de eventual anulación del Laudo, debiendo respetar también los principios que en el mismo se mencionan¹³.

4-1.Principios:

El Art. 10-1 del RDAC recoge los principios que han de informar todo el procedimiento arbitral de consumo, a los que hay que añadir los establecidos por diversas Recomendaciones de la Comisión Europea y que estudiaremos posteriormente¹⁴. Estos principios establecidos por el RDAC son los mismos que rigen para el arbitraje común de la LA, más el específico de gratuidad. Estos principios deben respetarse en todos los trámites del arbitraje (alegaciones, proposición y práctica de prueba, acto de Audiencia...).

A)- Principio de Audiencia: Es la aplicación, en el ámbito del arbitraje, del principio jurídico según el cual, nadie puede ser juzgado sin ser oído ni condenado sin ser vencido (Abellán Tolosa, L.)¹⁵. La observancia de este

¹³ SAMANES ARA, C.: “*El procedimiento y la intervención judicial en el Sistema Arbitral de Consumo*”. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo. Dirigido por Quintana Carlo, I y Bonet Navarro, A. Pamplona, 1997

¹⁴ Recomendación de la Comisión (98/257/CE), de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115 de 14-4-1998, p.31) y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109 de 19-4-2001)

¹⁵ Vid. ABELLÁN TOLOSA, Luis. “*El Sistema Arbitral de Consumo*”, Derecho de Consumo, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp 411 y ss.

principio impone que las citaciones se efectuarán de forma que garanticen el conocimiento de las mismas por las partes implicadas.

B)- Principio de Contradicción: Supone la necesidad de garantizar a las partes la oportunidad de efectuar un auténtico debate, con la posibilidad de formular sus contestaciones o réplicas ante las posiciones del contrario.

C)- Principio de Igualdad: En base a este principio debe de concederse a cada una de las partes, a lo largo del desarrollo del procedimiento, paralelas posibilidades de alegar y probar, sin que exista ningún desequilibrio entre las mismas.

D)- Principio de Gratuidad: Este principio es consecuencia directa de la Disposición Adicional Primera de la LA, que establece la gratuidad del SAC. Como ya hemos apuntado anteriormente, es un principio vital para la viabilidad del arbitraje de consumo.

4-2. Inicio del Procedimiento:

Según el art. 10-1 del RDAC, el procedimiento se inicia con la designación del colegio arbitral por parte del Presidente de la Junta Arbitral. El art. 10-2 del RDAC determina que las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas y que el colegio arbitral apreciará la suficiencia de la representación. Así mismo se establece que la inactividad de las partes en el procedimiento arbitral de consumo no impedirá que se dicte el Laudo ni le privará de eficacia.

Respecto a la prueba, ésta se encuentra regulada de forma sucinta y precisa en el art. 13 del RDAC, según el cual será el colegio arbitral el encargado de solicitar la practica de la prueba bien de oficio, bien a instancias de parte. En el arbitraje de consumo son admisibles todos los medios de pruebas que son admisibles en derecho(art.26 de la LA), aunque las más usuales son la documental (sobretudo en materia de Telecomunicaciones) la pericial (especialmente en materia de Tintorerías) y la inspección ocular (muy recurrida en materia de Vivienda y Automoción).

Por ultimo, la Audiencia arbitral viene regulada en los artículos 12 y 13 del RDAC y en el 24 y siguientes de la LA. En los mismos se establece que la celebración de la audiencia debe ser notificada fehacientemente a las partes, comunicando además la designación del colegio arbitral. Ésta podrá tener un carácter verbal o escrito, aunque la accesibilidad del sistema arbitral conlleva que, en la práctica totalidad de las ocasiones, la audiencia se celebre verbalmente. Una modalidad que permite la realización de una justicia más cercana al ciudadano y, al mismo tiempo, permite obtener con menor dificultad la conciliación entre las partes.

4-3. El Laudo.

Como se ha visto, el SAC tiene un carácter vinculante y ejecutivo. El Laudo, acto de los árbitros con el que culmina la función arbitral, en cuanto fórmula que pone fin al proceso ¹⁶, posee ese carácter vinculante recogido en el art. 31 de la LGDCU. El principal efecto del Laudo es el de cosa juzgada (art. 37 de LA), pero no adquirirá ese efecto hasta que no sea firme. Una cuestión debatida por la doctrina es la referente a si el Laudo puede tener efectos *erga omnes*, frente a terceros. La postura mayoritaria es que no, ya que el arbitraje se entabla entre dos partes concretas y determinadas y sólo frente a ellas puede tener eficacia el Laudo, al menos con la actual redacción del RDAC y la LA .

Por otra parte, el art. 16 del RDAC establece que el Laudo se dictará por escrito y fija el contenido mínimo del mismo –lugar y fecha en que se dicte, nombre y apellidos de los árbitros y de las partes, los puntos controvertidos objeto de arbitraje, alegaciones de las partes, las pruebas practicadas, el plazo en que se deba cumplir lo acordado en el Laudo y la firma de los árbitros-.

Por último, en lo referente a la anulación del Laudo, el art. 17-2 del RDAC remite a lo dispuesto en los arts. 45 y siguientes de la LA, los cuales establecen de manera taxativa y cerrada los motivos de anulación.

¹⁶ BARONA VILAR, S. “*El recurso de anulación del Laudo Arbitral*” en RCEA 1988-1989

IV- LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

Los servicios de la sociedad de la información podrán conformar actividades novedosas pero amparan relaciones jurídicas contractuales y no contractuales que el derecho conoce desde siempre. De esta forma se impone una reflexión sobre las relaciones estructurales entre todos los participantes en el tráfico jurídico: ¿Cómo incide la nueva realidad digital en la conformación de las respuestas concretas que debe ofrecer el Derecho?. La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación modifica cualitativamente el escenario clásico en el que el Derecho ha fraguado sus respuestas, así, las relaciones jurídicas adquieren carácter global y la excepción –situaciones heterogéneas con elementos localizados en varios Estados- pasa a convertirse en categoría (Desantes Real,M), los consumidores asaltan la red y comienzan a adquirir un protagonismo indiscutible en el comercio internacional, la represión de las conductas ilícitas encuentran vías distintas a las clásicas y se generalizan los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias o ADR (*Alternative Dispute Resolution*)¹⁷ surgen como una alternativa real, eficaz y necesaria a los mecanismos tradicionales, esto es, a los procedimientos judiciales. El consumidor tiene que estar seguro de que obtendrá satisfacción a sus intereses en caso de sufrir un perjuicio y que la obtención de esta satisfacción no le supondrá una carga excesiva ni en tiempo ni en dinero.

Por otro lado, las nuevas tecnologías, en especial Internet, han dado lugar a la aparición de los denominados mecanismos de resolución de controversias –on line- o ODR (*Online Dispute Resolution*) a través de Internet, y por medios electrónicos, que estructuran y permiten resolver dichas controversias en la red o a través de la Red

¹⁷ Vid. DAVARA F. De MARCOS. I., "El arbitraje en Internet" Actualidad Informática Aranzadi, N° 41 octubre 2001, Ed. Aranzadi SA, Madrid.

1- Mecanismos de solución extrajudicial de controversias o ADR.

Efectivamente la mayoría de los conflictos en materia de consumo se caracterizan por la existencia de una desproporción entre la magnitud económica del asunto y la duración de su solución por vía judicial¹⁸. Con el objeto de resolver los problemas específicos de los litigios de consumo, varios Estados han orientado sus esfuerzos hacia soluciones extrajudiciales cuya flexibilidad se ajusta más a las necesidades de los consumidores y de los profesionales.

Dentro de los ADR cabe distinguir varios métodos. Podemos hablar de unos sistemas mas formales, entre los que estarían los mecanismos de resolución de conflictos ya tradicionales asentados, esto es, el arbitraje, la mediación y la conciliación, y unos sistemas mas informales, que supondrían en su mayor parte un paso previo al planteamiento, en su caso, de la necesidad de un ADR, como son los servicios de atención al cliente, los “call centres” o la figura de los “Ombudsmen”. No obstante los instrumentos extrajudiciales existentes o ADR deben su origen bien a iniciativas privadas o bien a iniciativas públicas¹⁹. A título de ejemplo podemos mencionar:

- 1- Aquellos que son resultado de iniciativas de las autoridades publicas a nivel nacional como el *Consumer Complaints Boards* en los países escandinavos. No

¹⁸ Vid. PALAO MORENO, G., “Comercio electrónico y Protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: Problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes”, Mercosul, Alca e Integração Euro-Latino-Americana, Vol.I Jurúa Editora, 2001. El autor cuando habla de la determinación de los tribunales internacionalmente competentes en materia de resolución de litigios transfronterizos en materia de consumo establece que uno de los principales problemas con los que se va a encontrar el consumidor es la determinación de la competencia judicial internacional, es decir que <<si el consumidor opta por acudir a unos tribunales estatales para presentar su reclamación, se habrá de preguntar ante cuales en concreto podrá presentar la demanda. La respuesta a este interrogante se encontraba en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968 (al igual que del convenio “paralelo”de Lugano de 1988)>>. Actualmente, tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 serán los artículos 15 a 17 del mismos los que den respuesta a este interrogante sustituyendo a los anteriormente mencionados del Convenio de Bruselas.

¹⁹ Puede consultarse en <http://europa.eu.int>

obstante hemos de indicar que las decisiones tomadas por este órgano son solo Recomendaciones

- 2- Aquellos que son resultado de iniciativas de las autoridades publicas a nivel local, como las *Juntas de Arbitraje en España*. Me remito a lo ya dicho anteriormente, aunque desearía sólo destacar que el Laudo tiene carácter vinculante y es ejecutivo para todas las partes.
- 3- Aquellos que resultan de iniciativas promovidas u organizadas por asociaciones o sectores profesionales como los mediadores o *Ombudsman* en materia de seguros o materia financiera. En donde la decisión tomada en materia de servicios financieros solo es vinculante para los profesionales.
- 4- Y aquellos que tienen su origen en iniciativas totalmente privadas como los *Centros privados de mediación y/o arbitraje*. Siendo su característica primordial que las decisiones tomadas solo son recomendaciones para ambas partes.

2- Mecanismos de solución extrajudicial de controversias on line o ODR.

La organización internacional de consumidores, “*Consumers International*”, realiza anualmente un informe, tras un análisis exhaustivo, sobre los servicios disponible *on line* para la resolución alternativa de controversias transfronterizas en materia de consumo o ODR. El análisis y la evaluación de estos servicios se ha hecho basándose en diferentes principios considerados esenciales para la efectividad de la resolución de las controversias presentadas por los consumidores. Según el informe del año 2001 (*Disputes in Cyberspace 2001*)²⁰, existen diferentes proveedores de servicios sobre resolución *on line* de conflictos transfronterizos. En este caso y también a titulo de ejemplo podemos mencionar los siguientes:

- | | |
|--------------------|----------------------|
| 1. 1-2-3Settle.com | 16. Resolution Forum |
| 2. AllSettle | 17. Resolveitnow |
| 3. ClaimChoice | 18. SettleOnline |

²⁰ CONSUMERS INTERNATIONAL. Office for Developed and transition economies, Informe titulado “*Disputes in Cyberspace 2001. Update of online dispute resolution for consumers in cross-border disputes*”, Noviembre 2001. Véase así mismo las conclusiones del informe 2002: <http://7www.consumersinternational.org>

- | | |
|--|----------------------------|
| 4. Claim Resolver & Claim Negotiator | 19. SettlementOnline |
| 5. clickNsettle.com | 20. Square Trade |
| 6. Cybersettle | 21. The Virtual Magistrate |
| 7. e-Mediator.com | 22. U.S. Settle |
| 8. iCourthouse | 23. WebAssured.come |
| 9. Internet Neutral | 24. WebMediate |
| 10. Internet Ombudsman | 25. Web Trader |
| 11. MARS (incl. SuperSettle;
Fair&Square) | 26. Wecansettle |
| 12. MediationAmerica | 27. BBBOnline |
| 13. NovaForum | 28. ECODIR |
| 14. Online Ombuds Office | 29. e-Resolution |
| 15. Online Resolution | |

2-1 Análisis estadístico: Conflictos B2B o B2C., Financiación, Idioma.

A)-Respecto a la situación geográfica de los proveedores de estos servicios *online*, de los 29 arriba mencionados, el informe de la organización internacional de consumidores nos indica que 22 tienen su sede en USA, 2 en Canadá y los otros 5 en Europa.

B)- En cuanto al tipo de resolución extrajudicial de controversias que estos proveedores ofrecen a través de la Red, o también dicho de otro modo, tipo de ODR, podemos distinguir entre, B2B (*Business to Business*) que se eleva hasta el 80% los cuales generalmente sólo ofrecen servicios de mediación; y B2C (*Business to Consumer*), donde sólo encontramos un 20%, los cuales también ofrecen generalmente servicios de mediación y rara vez arbitraje.

C)- No menos importante es saber el Idioma preestablecido por los proveedores de ODR para su procedimiento de resolución extrajudicial de controversias, y por tanto, el idioma que el reclamante y el reclamado deberán utilizar, y así nos encontramos que de los 29 proveedores mas importantes del mercado,²¹ solo

utilizan el inglés (90%). El resto, además del inglés como principal, utilizan otro idioma que generalmente es el francés o alemán (10%).

D)- Como ya hemos indicado anteriormente, una de las características esenciales de la solución extrajudicial de controversias en materia de consumo es, que el consumidor tiene que estar seguro de que obtendrá satisfacción a sus intereses en caso de sufrir un perjuicio y que la obtención de esta satisfacción no le supondrá una carga excesiva ni en tiempo ni en dinero. De ahí la importancia que el tema de financiación tiene para hacer o no asequible al consumidor su acceso a estos mecanismos. En este sentido encontramos que de los 29 proveedores mencionados anteriormente, el 85% son proveedores privados, financiándose de los pagos que los usuarios o asociados de los mismos deben hacer. El 7% son proveedores privados pero que además tienen alguna ayuda de sus gobiernos. Y el 7% restante son proveedores financiados por instituciones públicas o por fundaciones privadas.

3 Principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos tanto ADR como ODR.

La Comisión Europea, en su Recomendación de 30 de Marzo de 1998 (98/257/CE) y en la de 4 de abril de 2001 (2001/310/CE), relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo²¹, señala que en estos procedimientos se debe garantizar la imparcialidad e independencia del órgano, la seguridad y la eficacia del procedimiento, la publicidad y la transparencia de la actuación, la Libertad y Audiencia de las partes. El establecimiento de tales principios sin duda facilitaría la aplicación de procedimientos extrajudiciales para la solución de los litigios en materia de consumo. Los cuales,

²¹ Recomendación de la Comisión (98/257/CE), de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115 de 14-4-1998, p.31) y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109 de 19-4-2001)

habida cuenta de los conflictos transfronterizos, permitiría aumentar la confianza de los consumidores en los diferentes procedimientos nacionales existentes.

La Comisión Europea recomienda, por tanto a todos los órganos que ofrecen a los consumidores procedimientos de resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, que respeten los siguientes principios:

- 3-1 Imparcialidad e Independencia: Las personas responsables del procedimiento serán nombradas por un periodo de tiempo determinado y no tendrán ningún conflicto de intereses aparente o real con ninguna de las partes.
- 3-2 Transparencia: Las partes deberán tener acceso a información sencilla y clara que recoja los datos de las personas que intervienen, así como el funcionamiento y la disponibilidad del procedimiento. La información relativa a los resultados del procedimiento deberá ponerse a disposición del público.
- 3-3 Eficacia: Ambas partes deberán tener acceso al procedimiento y poder utilizarlo con facilidad, por ejemplo a través de medios electrónicos, independientemente del lugar en que residan. El procedimiento deberá ser gratuito para los consumidores o los posibles gastos deberán ser moderados. Y una vez planteado el litigio, éste se tramitará en el plazo de tiempo mas breve posible que permita la naturaleza del mismo, realizando el órgano responsable del procedimiento un control periódico de su evolución.
- 3-4 Equidad y Libertad: Las partes estarán informadas de su derecho de no aceptar o de abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir, en su caso, al sistema judicial. Antes de que el consumidor decida si acepta la solución que se propone para resolver el litigio deberá ser informado de forma clara y en lenguaje comprensible, del valor de la solución aceptada.
- 3-5 Contradicción: Ambas partes podrán dar a conocer su punto de vista a la institución competente, presentar libremente y con facilidad argumentos, información y pruebas y conocer las posturas y los argumentos de la otra parte así como las declaraciones de los expertos.

- 3-6 Legalidad: La decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado en el que está establecido el órgano, teniendo en cuenta que en caso de litigios transfronterizos habrá que estar a las disposiciones imperativas de la ley del Estado Miembro en el que el consumidor tenga su residencia habitual (asuntos previstos en el art. 5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales). Toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas, en el menor plazo posible.
- 3-7 Representación: Las partes podrán acudir al procedimiento sin necesidad de un representante legal, sin embargo, el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del mismo.

Los principios anteriormente estudiados son predicables tanto de los proveedores de solución extrajudicial de controversias o ADR como de los proveedores ODR. Sin embargo, un análisis de la realidad existente nos demuestra todo lo contrario. Así mientras que en los proveedores ADR, el grado de cumplimiento de estos principios lo podríamos clasificar como óptimo, y por ello están incluidos en la Red Extrajudicial Europea “RED EJE” que entró en funcionamiento el 16 de octubre de 2001, (unos cumplen con los siete principios establecidos en la Recomendación de 1998, mientras que otros cumplen, como mínimo, con los cuatro principios establecidos por la Recomendación de 2001) en los proveedores ODR el grado de cumplimiento de estos principios es bastante deficiente.

En esta línea, el informe realizado por “*Consumers International*”²² nos demuestra que la mayoría de los proveedores de ODR, sólo ofrecen sus servicios respecto de conflictos entre empresas adheridas a su sistema. Lo cual limita en gran

²² CONSUMERS INTERNATIONAL. Office for Developed and transition economies, Informe titulado “*Disputes in Cyberspace 2001. Update of online dispute resolution for consumers in cross-border disputes*”, Noviembre 2001. Op. Cit.

medida el acceso de los consumidores a tales servicios. Además, en algunos casos, sólo se admite reclamaciones en materia de seguros, mientras que en otros casos, el mediador o negociador no está facultado para decidir si la reclamación no está cuantificada en dinero, y, sobretodo, la mayor dificultad con la que se encuentran los consumidores es que el valor de la reclamación, cuantitativamente hablando, ha de ser superior a 1000\$USA. Concretamente, los costes de los servicios que prestan estos proveedores de ODR en ocasiones son desproporcionados para los consumidores, pues exceden incluso del importe de la reclamación. Por lo que sólo los proveedores que están financiados por asociaciones de consumo o instituciones, prestan sus servicios gratis para los consumidores.

Como consecuencia de ello, muy pocos proveedores de estos servicios de resolución de conflictos *on line* ofrecen independencia e imparcialidad en las decisiones de sus árbitros o mediadores. Generalmente, porque la financiación la reciben de las empresas privadas a quienes representan. Además, la mayoría de estos proveedores no incluyen entre sus árbitros o mediadores a un representante de los consumidores. Además de lo dicho, muchos proveedores de estos servicios publican en su página Web las normas que sirven de base al procedimiento arbitral o de mediación que se sigue ante ellos, sin embargo, no existe casi ninguna información sobre el curriculum de los árbitros o mediadores contratados por los mismos ni sobre los resultados de sus negociaciones, mediaciones o arbitrajes. Pocos proveedores de ODR tienen en cuenta las diferencias culturales y lingüísticas que pueden existir entre los reclamantes en las reclamaciones que se realizan a través de sus sistemas, y por lo tanto pocos están equipados para conocer las peculiaridades de todos los conflictos que puedan surgir en el marco de B2C. Si bien es cierto que todos los proveedores prestan mucha atención al tema de la seguridad en las comunicaciones e invierten muchos de sus esfuerzos en garantizar dicha seguridad, sin embargo, según este informe, no se ha logrado evitar el acceso no autorizado de personas en el proceso, así como, tampoco se han tomado especiales medidas para autenticar la identidad de las partes en el mismo.

Por último y quizás lo más relevante en este punto, es que en la mayoría de estos proveedores de ODR la decisión tomada por los mediadores o árbitros no es vinculante. Todo lo contrario, en estos casos de incertidumbre, asumen que las partes por sí mismas van a cumplir la decisión que recaiga en el proceso, e incluso no se prevé la posibilidad

de ejecución forzosa ante los tribunales. Por ello, los consumidores ante el incumplimiento de la empresa tendrían que iniciar una acción judicial con el coste en tiempo y dinero que ello supondría. Por último añadir que la mayoría de los proveedores de estos servicios *on line* no prestan atención al problema del derecho aplicable, quizás según indica este informe, porque esperan que las partes lleguen a un acuerdo antes de que el procedimiento termine.

V- MARCO JURÍDICO Y TECNOLÓGICO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO ON LINE.

El Art. 10-1 del RDAC recoge los principios que han de informar todo procedimiento arbitral de consumo, y que como ya mencionamos al inicio de esta comunicación, son los mismos que rigen para el arbitraje común de la LA. Es decir, audiencia, contradicción, igualdad, mas el específico de gratuidad. Estos principios deben respetarse en todos los trámites del procedimiento: la presentación de la reclamación y de la solicitud de arbitraje, la aceptación o no por parte del reclamado, las alegaciones de las partes, la constitución del colegio arbitral y su notificación a las partes, la proposición y práctica de prueba, el acto de audiencia, la notificación del Laudo recaído a todas las partes en el proceso....

Cuando el procedimiento arbitral o parte del mismo se realiza utilizando medios electrónicos o telemáticos cobra especial importancia los siguientes requisitos:

- a)-Disponibilidad: Accesible a cualquier persona desde cualquier lugar y en cualquier momento.
- b)-Accesibilidad: Utilizando cualquiera de los medios a su alcance(Internet, teléfono, móvil, e-mail, fax...)
- c)-De fácil uso, interactivo, y rápido.
- d)-Seguridad y Fehaciencia: Utilizando todos los medios para asegurar la confidencialidad, la fehaciencia de las notificaciones y la seguridad de las comunicaciones.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que en un procedimiento de solución de controversias *on line* en materia de consumo, el marco jurídico y tecnológico del mismo ha de basarse en tres pilares fundamentales, a saber:

1. Validez de las Notificaciones realizadas por medios electrónicos o telemáticos.
2. Acreditación del momento de la emisión y recepción del documento o *TIME STAMPING*.
3. Confidencialidad y Seguridad en las comunicaciones

1-Marco Jurídico y Tecnológico: La validez de las notificaciones realizadas por medios electrónicos o telemáticos.

Efectivamente encontramos tanto Normativa Internacional como Nacional en la que podemos basar la afirmación de la validez y fehaciencia de las notificaciones hechas por estos medios, ya sea el sometimiento²³ mismo de las partes a arbitraje²⁴ o cualquier otro documento derivado del propio procedimiento arbitral.

²³ LORCA NAVARRETE, A.M., "*Arbitraje Multimedia*", Madrid, Dyckinson, 2000, pp.27: "Es, una común voluntad cuya concurrencia multimedia no precisa del denominado principio de unidad de acto. Puede tener validez aquella común voluntad en los casos en que es expresada a través de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación-fax , Internet....- que deje constancia documental de la concurrencia multimedia de voluntades en orden a la adopción del modelo heterocompositivo arbitral. Técnicamente la común voluntad concurrente, se exprese o no en unidad de acto, es posible dirigirla a través de lo que se denomina "convenio arbitral".

²⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho Privado en Internet*. Madrid, 2002, Tercera edición actualizada, Civitas.: El autor, desde una perspectiva de Derecho Internacional Privado, entiende que no tiene por qué aparecer firmado el documento de sometimiento a arbitraje, y se basa en un Auto del TS de fecha 5.5.1998, en el que considera que el presupuesto de aportación por escrito del acuerdo exigido en el Convenio de Nueva York queda satisfecho siempre que de la documentación aportada "se infiera la inequívoca voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas en el desarrollo de una determinada relación negocial".

1-1 Normativa Internacional:

Sin animo exhaustivo sino meramente enunciativo, podemos mencionar la siguiente normativa internacional que apoya la afirmación de la validez y fehaciencia de las notificaciones hechas por medios electrónicos o telemáticos dentro de un procedimiento arbitral *on line*. En esta línea, pues, podemos mencionar:

A)- El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York de 10 de junio de 1958 en su Artículo II-2 reconoce que el sometimiento a arbitraje tiene que hacerse por escrito, pasando posteriormente a definir qué entiende por -acuerdo por escrito-

“.... La expresión <acuerdo por escrito>denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas....”.

B)- El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 en su Artículo I-2^a establece que:

“.....A los fines de la de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por:

a)<Acuerdo o compromiso Arbitral>, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.....”.

C)- La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la CNUDMI-UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) cuyo artículo 7-2^o reconoce el pacto arbitral:

“.....cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.....”

D)- La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo DE 8 DE JUNIO DE 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior en cuyo Artículo 17-1º establece que

“.....Los Estados Miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.....”

E)-El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que en su artículo 3 permite *“ que las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse, por carta, correo... o por cualquier otro medio de telecomunicación”*.

F)- El Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que en su artículo 4, también hace referencia a *“ las notificaciones y plazos que podrán ser realizadas por escrito y entregadas por correo... correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación”*.

1-2. Normativa interna:

También sin animo exhaustivo sino meramente enunciativo, podemos mencionar la siguiente normativa nacional que apoya la afirmación de la validez y fehaciencia de las notificaciones hechas por medios electrónicos²⁵ o telemáticos dentro de un procedimiento arbitral *on line*. Concretamente podemos mencionar:

²⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997, Aranzadi, pp355: “el documento electrónico se encuentra enmarcado en la gran clase de documentos en el más estricto sentido jurídico y que, como tal, tendrá la misma consideración y validez que cualesquiera otros de los documentos tradicionalmente aceptados y manejados en la actividad jurídica”.

A)- La Ley 36/1988 de 5 de Diciembre de Arbitraje, en su artículo 6 establece que el “...*El Convenio Arbitral deberá formalizarse por escrito....*” y que se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito “.....*no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje*”

B)- La Ley 30/1992 de 21 de noviembre de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, cuyo artículo 45 establece, entre otras cosas, que

"Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos²⁶ o telemáticos por las Administraciones públicas.....gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su --- autenticidad,--- integridad y --- conservación y, en su caso,--- la recepción por el interesado....."

C)- El Real Decreto 263/1996 de 16 de febrero dictado en desarrollo de la Ley 30/1992. En el que, igualmente, en el ámbito de las notificaciones se establece un sistema netamente garantista para el particular por cuanto que en su artículo 6-2º establece:

"..... la validez de las cursadas por procedimientos electrónicos o telemáticos se condiciona a que exista constancia de--- la recepción,---

²⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “*El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, Revista de Administración Pública nº 131.: Este autor define así los siguientes términos: a) Informática: este vocablo indica su procedencia, al ser la conjunción de información y automática; se trata, pues, de la ciencia que se ocupa del tratamiento automático de la información. Pero el procesamiento de la información plantea siempre el problema de imputar tanto su autoría, como su autenticidad. b) Telemática: esta voz sintetiza dos palabras que indican su sentido, -telecomunicación- e -informática-; se trata de la interactividad, mediante protocolos de comunicaciones, que remiten un documento informático de un terminal a otro, pudiendo acceder al mismo el receptor, y siendo telegible su contenido.

de la fecha y--- del contenido íntegro,--- que se identifique "fidedignamente" al remitente y destinatario, y--- que el particular haya no sólo autorizado la utilización del soporte o medio de comunicación empleado, sino que lo haya señalado como medio de comunicación preferente”

D)-Y la Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico²⁷ en el artículo 32 establece:

“1-El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.

2-En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”

2-Marco Jurídico y Tecnológico : Acreditación del momento de la emisión y recepción del documento (*Time Stamping*)

2-1 Servicio Digital de Sellado de tiempo

El Artículo 38-3º de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción dada por la Ley 4/1999, indica entre otras cosas.....

“Tanto los registros generales como los registros que las Administraciones Públicas establezcan para la recepción de escritos y

²⁷ . Puede verse publicada en el Boletín Oficial del Estado N°166 de 12 de julio de 2002. El Pleno del Congreso de los Diputados, aprobó en su sesión del día 27 de junio de 2002, de conformidad con lo establecido en el art. 90 de la Constitución, las enmiendas introducidas por el Senado al Proyecto de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), aprobadas por la Cámara Alta el pasado 20 de junio.

comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático” y también añade”.que el sistema garantizará la constancia en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía y en su caso, referencia del contenido del escrito o comunicación que se registra”.

Por lo tanto, la primera pregunta que necesariamente nos debemos hacer es ¿Cómo asegurar el problema del tiempo o *TIME STAMPING* en comunicaciones *on line*?

La utilización del *Servicio Digital de Sellado de Tiempo (Digital Timestamping Services)*²⁸ nos garantizará la inclusión de la fecha, hora e integridad del escrito presentado. Con las operaciones de Sellado Temporal se congela el estado de cualquier objeto digital en un instante de tiempo, probando así que el documento, en ese preciso estado, ya existía y que no ha podido ser modificado hasta el presente en el que se verifica la validez del sello.

Los Protocolos de sellado digital de tiempo o *TIME STAMPING* deben presentar las siguientes propiedades básicas:

- a)-Deben sellarse los datos en sí , e independientemente de su continente o soporte, de forma que sea imposible cambiar ni un solo “bit” del documento sellado sin que este cambio sea detectado e invalide el sello.
- b)-Debe ser imposible sellar un documento con un tiempo y fecha diferentes de la actual.

Bajo estos criterios podemos encontrar varios tipos de Protocolos de Sellado de Tiempo, como por ejemplo:

- 1- Los basados en una Autoridad de certificación o Tercera Parte de Confianza (TTP) con capacidad de Firma Digital. En este modelo se dispone de una Autoridad de Certificación con funciones de sellado

²⁸ DAVILA J., MORANT J.L., SANCHO J., “Registros Públicos Digitales: El tiempo y su veracidad” Facultad de Informática. Universidad Politécnica de Madrid.

y almacenamiento del documento. Es un sistema sencillo pero que presenta algunos inconvenientes derivados precisamente de su simplicidad.

- 2- Los Protocolos de Enlace, donde también se dispone de una Autoridad de Certificación pero con una operativa distinta. En este caso lo que se pretende es que cada sello de tiempo que emite la Autoridad se encuentre enlazado con todos los sellos emitidos anteriormente, llegando al extremo de enlazar todos los sellos emitidos en un periodo de tiempo.
- 3- El Protocolo Distribuido, con el que se pretende que la emisión de cada sello de tiempo sea el resultado de la participación cooperativa de diferentes nodos de red independientes entre sí.

Un Servicio Digital de Sellado de Tiempo debe, además de poseer una identidad digital irrefutable, tomar sus referencias del tiempo a partir de una fuente segura y convenientemente protegida. Dado que el tiempo es una magnitud de unidades arbitrarias, la seguridad debe entenderse como la coincidencia de la fuente de tiempos con una escala suficientemente global cómo para que sea útil y digna de confianza dentro de la red telemática para la que ofrece el servicio.

Cuando hablamos de fuente segura —*la referencia mas conveniente es sin duda la llamada “Escala Universal de tiempo o escala UTC”*— y cuando hablamos de una fuente de tiempos protegida es decir que de ella dependen innumerables sistemas que nada tienen que ver entre sí —*el ejemplo mas claro es el Sistema de Posicionamiento Global o GPS que utiliza los satélites*, pero existen otras fuentes de tiempo alternativas que proporcionan el tiempo UTC con precisión superior a la milésima de segundo. Algunas de estas fuentes, que no todas, son: *el USNO GPS que utiliza relojes atómicos o el Protocolo NTP o NetworkTime Protocol.*

Por último es necesario hacer referencia a la Estructura de un Sello de Tiempo. Los elementos básico que componen un sello digital de tiempo son:

- 1-Datos sobre la Identidad de la Autoridad Emisora (Identidad Jurídica, Clave Pública a utilizar en la verificación del sello, Numero de bits de la clave, el algoritmo de forma digital y la función hash utilizados)

- 2-Tipo de solicitud cursada (si es un Valor Hash o un documento, cuál es su valor y Datos de referencia).
- 3-Parámetros del Secuenciador (valores hash Anterior, Actual y Siguiente)
- 4-Fecha y Hora UTC.
- 5-Firma Digital de todo lo anterior con la clave pública y esquema de firma digital especificados.

3-Marco Jurídico y Tecnológico : Confidencialidad y Seguridad en las comunicaciones.

La extensión de la informática y la expansión de las redes de ámbito mundial, ha hecho incrementar los peligros para la información que circula y se almacena en los sistemas informáticos. Por ello la Sociedad de la Información ha realizado un esfuerzo considerable para garantizar la seguridad de dichas redes telemáticas y por tanto de la información que circula por las mismas. En un procedimiento de solución extrajudicial de controversias *on line* es requisito *sine qua non* garantizar no sólo la protección del contenido de la información, sino también la Identificación de las partes involucradas.

3-1 Objetivos.

Cuando las comunicaciones dentro de un procedimiento arbitral se desarrollan por medios electrónicos, especialmente a través de una red global y abierta como Internet, dadas las inseguridades inherentes a la misma, es necesario desde el punto de vista jurídico asegurar que, el mensaje proviene de la persona que se dice lo envía, que no ha sido alterado en el camino, que la persona emisora no podrá negar su envío, ni la persona destinataria su recepción, y , además en su caso, garantizar su confidencialidad. Todo ello se resumen en cuatro principios básicos, a saber:

- i. Privacidad: Asegurar que solo puede leer el contenido del documento o mensaje codificado, el remitente y el destinatario del mismo.
- ii. Integridad: Asegurar la detección de cualquier cambio en el contenido del documento o mensaje desde que se envía hasta que se recibe.

- iii. Autenticidad: Asegurar que las partes involucradas en una comunicación son quien dicen ser.
- iv. No Repudio: Proporcionar un método para que ninguna de las partes involucradas pueda negar su participación en esa comunicación, es decir –no repudio de origen y no repudio de recepción—

3-2 Protección del contenido de la información: Encriptación o Cifrado.

La criptografía²⁹ es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. Los sistemas de encriptación o cifrado consisten, por tanto, en que— la información se “traduce” en un sistema basado en claves o algoritmos matemáticos que convierten el mensaje en ininteligible de tal forma que sólo quien conoce la “clave” o sistema de encriptación puede descifrarlo y conocer su contenido-----.

Los sistemas de cifrado son múltiples, pero normalmente se engloban en dos grandes grupos:

1. Sistemas de Clave Simétrica o de clave secreta: Exigen que ambas entidades o partes compartan la misma clave común, la cual se emplea tanto para el cifrado como para el descifrado.
2. Sistemas de Clave Asimétrica o de clave pública: Esta emplea dos claves, una --la clave privada—que solo es conocida por su dueño(e incluso puede ocurrir que ni siquiera el titular conozca la clave privada que probablemente se mantendrá en una tarjeta inteligente y se podrá acceder a ella mediante un número de identificación personal o mediante un dispositivo de identificación biométrica), y la otra --la clave pública—que puede ser accesible para cualquiera y

²⁹ La criptografía es el sistema actual más utilizado para establecer la autoría, integridad y autenticidad de un documento electrónico. Siendo el sistema informático o digital, basado en los dígitos<<1 y 0>>(sistema binario, correspondiente a corriente eléctrica y no corriente), cada titular tiene una fórmula matemática, que aplicada al <<protocolo o abecedario>>del documento lo encripta o desencripta (encifra o desencifra). Luego, por un sistema de presunciones jurídicas <<iuris tantum>>, el tercero de confianza (proveedor de servicios de certificación) atribuye la autoría del documento electrónico a una persona física o jurídica.

que esta relacionada matemáticamente con la anterior. Esta es la que mejor se adecua a las comunicaciones por Internet y por tanto la mas adecuada para una procedimiento de solución extrajudicial de controversias on line donde la protección del contenido de la información es fundamental.

3-3 Identificación de las partes involucradas: Firma Electrónica.

El gran intercambio electrónico de información que en la actualidad se esta produciendo gracias al avance de las Nuevas Tecnologías, constituye una poderosa herramienta que está destinada a producir enormes cambios en las relaciones sociales y económicas. En este sentido estamos experimentando en la actual sociedad de la información un profundo cambio que nos lleva hacia el ocaso de la firma manuscrita en la realidad documental. Se establece una regulación clara de la Firma Electrónica que le asigna igual eficacia jurídica que la firma manuscrita. Para la consecución de este objetivo es requisito *sine qua non* la intervención en el proceso de las terceras partes de confianza o *Thrusted Third Parties (TTP)* o prestadores de servicios de certificación. Ni que decir tiene que en un procedimiento de arbitraje on line es fundamental la utilización de la firma electrónica entendida como un bloque de caracteres que acompaña a un documento o fichero acreditando quién es su autor (*Autenticación*) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (*Integridad*). Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta (*sistema criptográfico asimétrico*), a la que sólo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría (*No Repudio*)

A)- Normativa Aplicable:

Al igual que en apartados anteriores, las afirmaciones hechas respecto a la necesidad de utilizar la firma electrónica para la identificación de las partes involucradas en un procedimiento de arbitraje *on line* tiene también su fundamento jurídico, y en este sentido podemos mencionar:

- a)-La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

b)- El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

c)- Y La Orden de 21 de febrero de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica. (Este Reglamento se aprueba en ejercicio de la habilitación dada en los artículos 6 y 22 del Real Decreto Ley 14/1999 anteriormente mencionado)

B)- El Real Decreto Ley 14/1999 en su artículo 3 distingue dos clases de firma electrónica:

1)-*La firma electrónica simple*: o conjunto de datos en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.

2)- Y *La firma electrónica avanzada*, que es aquella firma electrónica que permite la identificación del signatario, pero que ha tenido que ser creada por un dispositivo de creación de firma que cumpla dos requisitos: 1- Que este bajo el absoluto control del signatario, excluyendo la posibilidad de que un tercero pueda utilizarlo. 2- Que vincule la firma al documento electrónico, de tal manera que lo haga inalterable o al menos evidencie cualquier modificación.

De todo lo anteriormente dicho podemos concluir que, la firma electrónica avanzada creada por un dispositivo seguro de creación de firma y que esté basada en un certificado reconocido, tendrá con respecto a los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita tiene con respecto a los datos consignados en papel, siendo además admisible como prueba en juicio valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

C)-Autoridades de Certificación

Para la consecución de este objetivo, como ya hemos indicado en párrafos anteriores, es requisito *sine qua non* la intervención en el proceso de los

Prestadores de Servicios de Certificación o TTP (*Trusted Third Parties*), tercera parte fiable, cuya misión será acreditar la relación entre una determinada clave y su propietario real. Actuaría como una especie de notario electrónico que extiende un certificado de claves el cual está firmado con su propia clave, para así garantizar la autenticidad de dicha información. En cuanto a los Certificados, son registros electrónicos que atestiguan que una clave pública pertenece a determinado individuo o entidad. Contienen una clave pública y un nombre, la fecha de vencimiento de la clave, el nombre de la autoridad certificante, el número de serie del certificado y la forma digital del que otorga el certificado. Los certificados se inscriben en un Registro (*repository*), considerado como una base de datos a la que el público puede acceder directamente *on line* para conocer acerca de la validez de los mismos.

CONCLUSIONES

Como punto final de esta comunicación me gustaría subrayar dos ideas a modo de conclusión:

1- En primer lugar, es una cuestión fundamental para los consumidores, a efectos eminentemente prácticos, saber cuáles son las ventajas que tiene el –Arbitraje en Red- o también llamado -Arbitraje Virtual- tanto desde el punto de vista jurídico como económico, y por qué no, también tecnológico. Estas razones son las que motivarán e impulsarán el interés social en este tipo de arbitraje, o que por el contrario, harán que quede abandonado por su inutilidad. La Red en definitiva, puede beneficiarse del arbitraje como institución de gran flexibilidad (como contraposición a los mecanismos de solución judicial de los conflictos), puesto que, como todos sabemos, la aplicación extraterritorial de diversas normas legales, causa en algunas patologías de las relaciones jurídicas, situaciones contrarias a la equidad.

2- Y, en segundo lugar, es evidente que, en una sociedad de riesgo, es decir, de inseguridad y entre ellas la jurídica, debe existir un marco jurídico estable, claro y flexible que haga de los instrumentos que la sociedad de la información pone al alcance de todos los ciudadanos, y por tanto, de las nuevas tecnologías, una localización atractiva para el arbitraje y entre ellos para el Arbitraje en Red. La normativa que

hemos analizado o en su caso mencionado en esta ponencia, nos proporciona una mayor seguridad en las comunicaciones *on line* y por tanto facilita el acceso de los consumidores o usuarios en general a los procedimientos de solución extrajudicial de controversias *on line* con toda garantía de eficacia y fiabilidad.