

EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS MECANISMOS ONLINE PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

ELECTRONIC COMMERCE AND MECHANISMS FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION

✉ Por: Sebastián Orrego-Garay¹

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2015
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2015

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo abarcar el tema de los mecanismos online para la resolución de disputas (en adelante ODR) en el marco del Comercio Electrónico, analizando su rol y su funcionamiento, a la vez que intentará hacerse alusión a los retos que se presentan en la actualidad para su implementación. En ese sentido y a pesar de dichos retos, los ODR se presentan como herramienta útil para la consecución de soluciones a los problemas que surgen de las relaciones que se llevan a cabo en el espacio de las transacciones en línea y a su vez como propulsores y generadores de confianza en el comercio electrónico.

Palabras clave: Arbitraje internacional, medidas cautelares, pruebas, laudo, reconocimiento y ejecución de laudos.

1 Abogado Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. El texto fue el ganador del concurso de investigación jurídica Germán Cavellier, organizado por la Asociación Cavellier del Derecho en coordinación con algunas universidades del país. Correo: sorrego@eafit.edu.co



Abstract

This article aims to cover the subject of mechanisms for online dispute resolution (from now on ODR) under the Electronic Commerce, analyzing their role and performance, while attempts to make reference to the challenges presented today to its implementation. In that sense and despite those challenges, the ODR are presented as a useful tool for achieving solutions to problems arising from the relationships that take place in the space of online transactions and as well as engines and generators of confidence in the electronic commerce.

Key words: *Electronic commerce, information and communication technologies, mechanisms for online dispute resolution, trust, alternative methods of dispute resolution.*

Introduction

Con los avances tecnológicos de las últimas décadas en materia de telecomunicaciones, el uso del internet se ha convertido en un medio idóneo para, entre muchas cosas, la celebración de relaciones y transacciones comerciales entre particulares. Sin lugar a dudas, el comercio electrónico (*e-commerce*) ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia en el ámbito del comercio internacional, toda vez que facilita e incentiva el intercambio comercial de bienes y servicios entre actores de distintos sectores de la sociedad y distintos Estados que se encuentran limitados y separados geográficamente, e inclusive ha traído consigo un mayor crecimiento en la economía mundial y digital alrededor del mundo.² Por otro lado, al igual que en las relaciones contractuales tradicionales, en el marco de las relaciones que son llevadas a cabo en el comercio electrónico es plenamente posible que se presenten disputas o conflictos entre las partes involucradas, bien sea por causa del incumplimiento de las obligaciones por alguna o ambas partes, o por cualquier otro aspecto derivado de la relación comercial.

2 “La economía digital está constituida por la infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (software, hardware y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos. Se presenta entonces como un facilitador cuyo desarrollo y despliegue se produce en un ecosistema caracterizado por la creciente y acelerada convergencia entre diversas tecnologías, que se concreta en redes de comunicación (redes y servicios, redes fijas-móviles), equipos de hardware (móviles multimedia 3G y 4G), servicios de procesamiento (computación en la nube) y tecnologías web (Web 2.0)”. NU. CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial, “Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, Comisión Europea Comisión Económica para América Latina y el Caribe”. (Marzo de 2013), p. 9, [en línea] disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad> o http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia_digital, consulta: 11 de marzo de 2015.



Para buscar una salida a este tipo de situaciones, se suelen pactar por las partes cláusulas para la resolución de conflictos, las cuales establecen un procedimiento específico en caso de presentarse ese tipo de situaciones. Al mismo tiempo, puede establecerse la intervención de un tercero para que en caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo por sí mismas, facilite procedimientos que permitan encontrar una posible solución. Esta tercera persona podría llegar a ser por ejemplo, un tribunal de arbitramento.

Pese a lo anterior, en ocasiones, distintos factores como la disponibilidad de tiempo, la destinación cuantiosa de recursos y demás complicaciones logísticas, hacen que la idea de comparecer ante un tribunal de arbitramento no resulte tan idónea y con ello se retrase la resolución del conflicto o disputa. Es por ello que en aras de lograr una mayor eficacia a la hora de dirimir el conflicto, las partes acudan a los mecanismos *ODR* - llamados en inglés *Online Dispute Resolution* -. Estos mecanismos se presentan entonces como una herramienta útil, de fácil acceso, rápida y eficaz a la hora de buscar solucionar las controversias y disputas originadas en el entorno electrónico, contribuyendo de esta forma a generar mayor confianza en los sujetos respecto a este tipo de comercio y trayendo igualmente un impacto positivo en el desarrollo de los países y las personas.

Finalmente, a pesar de su utilidad, estos mecanismos aún presentan limitaciones y retos que deberán superarse en aras de lograr esa mayor confianza, seguridad jurídica, y los fines que en sí mismos persiguen, entre los cuales se destaca el que un mayor número de sujetos hagan parte del comercio electrónico, pues la falta de confianza constituye uno de los principales problemas por el cual muchos se abstienen de hacer uso de este medio y de tales mecanismos. Es por todo lo anterior, que el Derecho, tanto desde el ámbito nacional como internacional, ha realizado grandes esfuerzos por proporcionar instrumentos jurídicos que abarquen tan importante tema en aras de contribuir a una mayor seguridad jurídica.

Para desarrollar de manera más extensa estas ideas, el presente artículo se dividirá en dos secciones. En una primera parte se abordará el concepto del comercio electrónico y su relevancia para el comercio internacional y el desarrollo económico, junto con la generación de disputas como resultado de las interacciones que se dan entre los sujetos involucrados en este comercio que se lleva a cabo de manera digital y haciendo una referencia general a las convencionales formas de resolución de las mismas. Teniendo en consideración este tipo de disputas que pueden llegar a generarse, se pasará a la segunda parte con el objetivo de dar cuenta de aquellos mecanismos *ODR* con los cuales se cuenta hoy en día para solucionar estas disputas y su rol dentro del comercio electrónico, y que si bien plantean una serie de ventajas y desventajas, traen consigo ciertos retos para su implementación (especialmente en países en vía de desarrollo) que hoy en día se han venido superando -aunque no de manera definitiva- gracias a los distintos esfuerzos realizados por el derecho internacional y doméstico de los Estados, junto con la colaboración de otros actores.



El comercio electrónico

El comercio electrónico ha venido tomando relevancia con el paso de los años, adquiriendo un papel importante en la manera de realizar transacciones comerciales a nivel tanto nacional como internacional. Para empezar a desarrollar el tema en cuestión, es necesario antes establecer una definición del concepto de Comercio Electrónico a partir de distintos elementos toda vez que el instrumento jurídico internacional que buscó regular este tema, omitió consagrar una definición específica del mismo. Una vez construida una definición, deberá analizarse su rol dentro del desarrollo económico de los Estados y el mejoramiento de las condiciones de vida de los particulares en la última década. Luego de esto, se desarrollará la idea de que a pesar de ser una herramienta para el desarrollo, la naturaleza y forma de llevar a cabo las transacciones originadas en ese entorno digital, propician en ocasiones la generación de disputas entre los sujetos que intervienen en dichas relaciones, que como se verá, surgen por diversas razones.

1. La noción del comercio electrónico y su relevancia para el comercio internacional y el desarrollo económico

El fortalecimiento de las relaciones internacionales entre los Estados y el desarrollo tecnológico en las últimas décadas, han traído consigo la transformación y evolución del comercio como lo entendíamos desde sus primeros días, haciendo que las relaciones comerciales no solo entre Estados sino también entre particulares, hayan aumentado de una manera sin precedentes, contribuyendo así al crecimiento de las economías y al bienestar de las personas y empresas. Sin embargo, en la cotidianidad pueden encontrarse diversos obstáculos que dificultan que estas relaciones de carácter comercial se lleven a cabo de manera óptima. Estos obstáculos que solían obedecer a limitaciones geográficas hoy en día han pasado a ser obstáculos de naturaleza jurídica debido en gran parte a la coexistencia de los distintos sistemas jurídicos de los Estados, y que en ocasiones pueden limitar la aplicación del Derecho Internacional en distintas dimensiones.³

Como una respuesta a lo anterior, en el ámbito del Derecho Internacional fue desarrollada la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI).⁴ Desde una primera aproximación y

-
- 3 Es en gran parte por esta premisa que en el seno de los organismos internacionales se buscan crear leyes modelo, tratados y otros instrumentos a los que puedan adecuarse esa diversidad de sistemas jurídicos, buscándose de esta manera una armonía entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales en pro de disminuir o eliminar aquellas barreras que se encuentran de por medio en las relaciones entre Estados, entre particulares, o entre ambos.
- 4 Con esta ley se buscaba desde un principio propiciar, incentivar y facilitar el comercio internacional mediante el uso de distintos medios electrónicos, ofreciendo a las distintas legislaciones un conjunto de reglas generales cuya observancia pudiese contribuir a la disminución de los obstáculos jurídicos que se presentan comúnmente en el comercio electrónico como consecuencia, en gran parte, de las insuficiencias y divergencias del Derecho interno de cada Estado. Mediante esta la ley modelo promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adoptada mediante la resolución 51/162 de la Asamblea General de la ONU en 1996, se desarrolla entonces un texto normativo que perseguía tales ideales.



como se destaca en la introducción que hace la Comisión a dicha ley,⁵ la CNUDMI se abstuvo de consagrar una definición específica de lo que se entendería por “comercio electrónico”, y en su lugar, trae definiciones de otros conceptos que se relacionan de forma directa o indirecta con este tipo de comercio.⁶ Sin embargo, a lo que sí se hace alusión es a que el ámbito de aplicación de dicha ley sería “*a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales*”, pretendiendo abarcar el término “comercio” en un sentido amplio. Esto conllevaría a que en él se comprendieran aquellas operaciones o relaciones de carácter comercial entre las cuales se pueden destacar (buscando ser una lista enunciativa mas no taxativa) aquellas relativas al intercambio o suministro de bienes y servicios; acuerdos de distribución de distintas clases; toda operación de representación o mandato comercial; operaciones de *factoring* y *leasing*; construcción de obras; de concesión de licencias; de inversión; entre muchas otras.⁷

Lo anteriormente dicho nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Qué significa entonces que este comercio sea electrónico? La respuesta a esta interrogante podría llegar a ser ésta: El que este comercio se realice de modo electrónico implica que las transacciones que se llevan a cabo entre las partes, se dan mediante o con la ayuda de medios electrónicos, como lo son las redes de internet e intranet, dispositivos móviles y otros softwares a manera de ejemplo.⁸ Todos estos medios los podemos enmarcar dentro de un concepto genérico que sería el de Tecnologías de la Información y las Comunicación (en adelante TIC),⁹ las cuales son la herramienta por excelencia de la cual se valen las transacciones que se dan en el entorno del comercio electrónico dado que las partes involucradas comunican sus intereses entre sí valiéndose de estas.

Como puede verse, a pesar de que la ley modelo trae elementos que permiten de alguna manera entender lo que es el comercio electrónico y las actividades que hacen parte de este, pero lo cierto es que en el Derecho internacional no destaca una definición única y específica del término, por lo que es en el campo de la doctrina internacional y en las

5 “(...) Al preparar la Ley Modelo, la Comisión decidió que, al ocuparse del tema que tenía ante sí, se atendería a una concepción amplia del EDI que abarcara toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podrían designarse por el amplio término de “comercio electrónico” (véase A/CN.9/360, párrs. 28 y 29), aunque otros términos descriptivos sirvieran igual de bien (...)”. CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 17-18, consulta: 22 de febrero de 2015.

6 Estos conceptos a los que se refiere el artículo 2° de dicha ley son “mensaje de datos”, “intercambio electrónico de datos”, “iniciador”, “destinatario”, “intermediario”, y “sistema de información”. CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 4, consulta: 22 de febrero de 2015.

7 CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 3, consulta: 22 de febrero de 2015.

8 Esto quiere decir que una transacción o contrato será considerado electrónico si su perfeccionamiento se dio en línea (concepción amplia) y el cumplimiento de sus prestaciones o al menos gran parte de ellas se da en el espacio virtual.



legislaciones internas de los Estados que se han hecho grandes esfuerzos por producir una definición general al respecto en la cual se abarquen las características principales que hacen parte dicho concepto. Es por ello que resulta imperativo acoger una definición del término “comercio electrónico” antes de poder proceder a profundizar el tema que se pretende abarcar. Para ello, se construirá una definición a partir de aquellas construidas tanto por legislaciones domésticas como por autores que han tratado el tema buscando dar una definición que pueda reunir los aspectos esenciales de cada una de ellas.

Un ejemplo de las legislaciones que definen tal concepto es la de Colombia. A partir de la Ley 527 de 1999 en su artículo 2° se establece tal noción de la siguiente forma: “(...)b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar (...)”. En esta misma definición, se hace alusión a las operaciones comprendidas por el comercio electrónico que, son en gran parte, aquellas mismas a las que se hacía alusión anteriormente con la definición general de Comercio dada por la CNUDMI.¹⁰

Dentro de las definiciones construidas por la doctrina internacional, se destaca aquella dada por Heriberto Simón Hocsman según la cual el comercio electrónico “incluye toda transacción realizada por medios electrónicos”,¹¹ y también, en forma más descriptiva, aquella construida por Feldstein y Scotti según la cual lo conciben como “aquella modalidad de comercio en la que la mediación entre la oferta y la demanda y el perfeccionamiento de las transacciones entre ellas se realiza a través de medios digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, en un mercado virtual que no posee límites geográficos (fronteras) ni temporales y no tiene una ubicación determinada, porque se encuentra en el ciberespacio”.¹² Otros autores como Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz, proponen definir al comercio electrónico como “aquél que utiliza las TIC como medio para la celebración y el cumplimiento de un contrato o tan solo para la celebración del mismo”.¹³ Estos autores parecen entonces coincidir en que por dicho término debe comprenderse a

9 Al referirse a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) se está agrupando distintas especies como las redes de internet e intranet, el uso de teléfonos móviles u otros dispositivos inalámbricos, entre otros que hacen parte de este género.

10 Por su parte, en Ecuador, mediante la Ley N° 2002-67 de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, se consagró en las Disposiciones Generales una definición de Comercio Electrónico como “(...) toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información”; Otras legislaciones modernas como la francesa, en su Ley N° 2004-575 del 21 de junio de 2004, en el párrafo 1 del artículo 14°, se refiere al Comercio Electrónico como “la actividad económica por la cual una persona propone o garantiza a distancia y por vía electrónica la provisión de bienes y servicios”. Como puede verse, todas estas definiciones normativas apuntan a que mediante este término se comprenden una serie de actividades de carácter comercial que se realizan principalmente por vía electrónica a través de medios digitales de comunicación

11 Hocsman, H. S. (2010). Los contratos electrónicos. En R. A. Etcheverry y R. Illescas Ortiz, *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*. Buenos Aires, 2010, Capítulo 5, p. 364: Hammurabi/José Luis Depalma Editor.



aquel comercio que se lleva a cabo mediante el empleo de medios de comunicación digitales o electrónicos, que como se mencionaba anteriormente puede sintetizarse refiriéndose a ellos como Tecnologías de la Información y la Comunicación.

De lo dicho hasta ahora y conforme a los distintos planteamientos y definiciones dadas por leyes de orden nacional y la doctrina internacional, podría definirse al Comercio Electrónico como aquel en el que los sujetos o partes¹⁴ se valen de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) bien sea únicamente para la celebración de un contrato¹⁵ o para la celebración y el cumplimiento total o parcial de las obligaciones surgidas de este.¹⁶

Una vez precisado su significado, es pertinente analizar la influencia que ha tenido el mismo en el comercio internacional y el desarrollo económico, en el sentido de que a través de éste ha aumentado la producción de bienes y servicios, la oferta y demanda de los mismos, se han disminuido diversos tipos de costos como por ejemplo los relacionados con el transporte, el precio de los bienes y servicios, y se han facilitado y propiciado mayores relaciones comerciales de carácter internacional. Tanto es así, que estudios realizados a nivel tanto local como internacional han demostrado cuantitativamente ese impacto. Entre estos estudios se destacan los siguientes.

Para mediados del 2014, según el portal web *Internet World Stats*,¹⁷ alrededor de tres mil millones de personas, es decir, aproximadamente el 43% de la población mundial eran usuarios de internet.¹⁸

12 Feldstein de Cárdenas, S. L. y Scotti, L. B. (2007). La Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica. *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, vol. XI(1), Buenos Aires, p. 63.

13 González Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). "Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12. Universidad de los Andes (Colombia). Pág. 8.

14 Cuando se habla de los sujetos o partes que intervienen en el Comercio Electrónico, se busca hacer referencia a empresas, consumidores, gobiernos e inclusive ciudadanos, dándose distintos tipos de combinaciones y relaciones entre los mismos. Por ejemplo: B2B (Business to Business) entre empresas, B2C (Business to Consumer) entre empresa y consumidor, C2C (Consumer to Consumer) entre consumidores, y G2C (Government to Citizen) entre gobierno y ciudadano.

15 Cabe advertir que el comercio electrónico se refiere a cualquier relación de tipo comercial, bien sea contractual o extracontractual, por lo que el término de "contrato" utilizado no pretende ser en ningún momento de carácter restrictivo.

16 El primer supuesto hace alusión al comercio electrónico indirecto, el cual consiste en adquirir bienes tangibles que necesitan luego ser enviados, entregados y/o pagados físicamente usando canales tradicionales de distribución y pago. Ej.: libros, alimentos, ropa y mercancía en general; por otra parte, en el segundo supuesto, se hace referencia al comercio electrónico directo, donde el pedido, el pago y el envío de los bienes son intangibles, o sea, se producen vía online. Ej.: software, música, libros electrónicos.

17 *Internet World Stats*. "The Internet Big Picture World Internet Users and 2014 Population Stats", página web de *Internet World Stats*, [en línea], disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, consulta: 20 de marzo de 2015.

18 *Ibíd.* De estas cifras, la región de Asia era aquella con mayor porcentaje (45.7%), con casi 1386 millones de personas. Para el caso de América latina, sería el 10.5%, es decir, el equivalente aproximado a 320 millones de personas. Sin embargo, para ese entonces era Norte América la región con mayor rango de penetración de internet (87.7%). En cuanto a Colombia, son 28.5 millones de personas quienes tienen acceso a internet.



Por su parte, la *Unión Internacional de Telecomunicaciones* publicó las cifras de penetración móvil de banda ancha del año 2014, en las cuales se daba cuenta de que 2300 millones de personas tienen acceso a banda ancha, y gran parte de este crecimiento se debía a los países en vía de desarrollo.

Según *eMarketer Inc*, empresa especialista en estudios en profundidad del marketing digital, comercio electrónico y los consumidores digitales, señala que en cuanto a las ventas a nivel mundial en comercio electrónico *business to costumers* o *B2C*,¹⁹ se estima que para el año 2015 podrían superar los 1,7 billones de dólares.²⁰

Otro estudio, realizado por *Online Business School (OBS)*²¹ en el año 2014, afirmó que se espera que para el año 2017, las ventas realizadas por medio del comercio electrónico a nivel mundial, alcancen los 2.357 billones de dólares, lo cual representaría un 56% más que lo que se dio para el año 2014.²² Dentro de esto, se estima que las regiones que presentarán un mayor crecimiento serían Asia seguido de América Latina. Para ser más específicos, se genera la expectativa de que entre los años 2014-2016, el país en el que más crecerán compradores será India, seguido de México, Italia, China y Brasil. Para el caso de Colombia, durante el 2014, un informe realizado por la firma *PayU Latam*,²³ demuestra que el comercio electrónico en este país creció en más de un 41% con relación al año anterior, representado en transacciones cuyo valor asciende a sumas cercanas a los 3500 millones de dólares (900 millones más que el año 2013).²⁴

Como se puede evidenciar, sin lugar a dudas las transacciones que se dan en el entorno del comercio electrónico han venido creciendo exponencialmente desde hace más de una década, y por lo que se alcanza a predecir, estas cifras seguirán creciendo de manera considerable en los próximos años, especialmente en países en vía de desarrollo. Sin

19 Las siglas corresponden a una abreviación de *Business-to-Consumer*, que traducido al español significa Empresa a Consumidor. Esto se refiere a la modalidad de comercio electrónico en que una empresa vende sus productos o servicios a través de Internet a otros consumidores. (T del A).

20 *Retail & Ecommerce*, "Global B2C Ecommerce Sales to Hit \$1.5 Trillion This Year Driven by Growth in Emerging Markets" *Sitio web eMarketer*, [en línea], disponible en: <http://www.emarketer.com/Article/Global-B2C-Ecommerce-Sales-Hit-15-Trillion-This-Year-Driven-by-Growth-Emerging-Markets/1010575>, consulta: 08 de febrero de 2015.

21 OBS (siglas que corresponden a *Online Business School*) es una escuela de negocios online que ofrece MBA, másters y posgrados en management orientados a la formación de directivos y gestores de negocio que lideren compañías e instituciones bajo un nuevo paradigma sostenible e innovador.

22 OBS, "El Comercio Electrónico 2014", *página web de Online Business School*, [en línea], disponible en: <http://www.obs-edu.com/noticias/informe/el-comercio-electronico-en-espana-crece-un-225-en-el-ultimo-ano/>, consulta: 14 de Febrero de 2015.

23 PayU latam (parte del Grupo empresarial PayU Group) es una empresa de pagos en línea que se encarga de proveer servicios de pagos por internet con operaciones en países de América Latina como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá y Perú.

24 Redacción Tecnosfera, "En 2014 comercio electrónico creció más de 40% en Colombia", *El Tiempo*, (20 de Enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/crecimiento-del-comercio-electronico-en-colombia-/15119458>, consulta: 25 de febrero de 2015.



embargo, de la mano de ese crecimiento también han venido siendo significativas las cifras relacionadas con las disputas o controversias que toman lugar en este medio, aspecto que se da en la mayoría de los casos por diferencias en la interpretación de las obligaciones que le corresponden a cada sujeto y por los incumplimientos con respecto de estas a manos de uno de los sujetos (o ambos) que intervienen en dicha relación.

2. La generación de disputas como producto de las transacciones del comercio electrónico

Estas operaciones que hacen parte del comercio electrónico pueden llevarse a cabo bien sea a un nivel local, entre particulares que se hayan ubicados en lugares geográficamente cercanos, o a un nivel internacional, como es el caso de aquellos sujetos que se encuentran en Estados diferentes.²⁵ En el primero de los casos, es decir, aquel en el que las partes se encuentran en un mismo territorio, suele acudir a la legislación nacional de cada Estado y a los distintos mecanismos que ésta provee para la solución de controversias, como la comparecencia ante órganos locales de naturaleza jurisdiccional, u otros métodos alternativos de resolución de controversias convencionales (mediación, conciliación, arbitraje) que normalmente se encuentran cercanos a las partes.

Por esta razón, para el presente estudio resulta de mayor relevancia enfocarse en aquel comercio que se da a nivel internacional, ya que es a esta escala donde se evidencian de manera más clara las cláusulas o mecanismos de resolución de conflictos que las partes pueden estipular al momento de darse la relación contractual. Lo anterior si se tiene en cuenta que al encontrarse las partes situadas en diferentes Estados, suelen registrarse por distintas legislaciones, razón por la cual puede resultarles conveniente pactar un punto medio o neutro bajo el supuesto que se vean involucradas en algún tipo de conflicto o disputa como consecuencia del incumplimiento por alguna de ellas o acerca del modo en que debe cumplirse alguna de las prestaciones u obligaciones derivadas de la relación contractual. Esto claro, es un reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que es propio de los contratos internacionales, principio en virtud del cual teniendo en cuenta que son las partes las que ponen en riesgo sus recursos, son ellas las que pueden pactar las cláusulas que registrarán el contrato siempre que no infrinjan las normas de orden público internacional. Es en el momento del conflicto donde la autonomía de la voluntad comienza a presentar problemas.

Si bien las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden fijar las reglas que registrarán la relación contractual dada entre ellas, pueden también si así lo estipulan, indicar remisión a otras normas o instrumentos jurídicos de carácter nacional o internacional como

25 El que las partes se encuentren en diferentes Estados, determina el componente internacional del contrato o relación comercial, como bien lo dispone la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en su art. 1°.



criterio residual en caso de presentarse situaciones que no contemplaron inicialmente. A pesar de lo anterior, resulta inevitable que en la práctica pueden darse una universalidad de eventos que pueden no ajustarse o enmarcarse en lo inicialmente pactado. Esto, sin contar el hecho de que es plenamente posible que alguna de las partes, o ambas, incumplan alguna de sus obligaciones que surgieron en virtud de esa relación comercial.

Lo ideal entonces es que las partes sean diligentes y pacten con anterioridad al inicio de tal relación, reglas que puedan aplicarse en caso de presentarse el incumplimiento parcial o total por alguna de ellas junto con las consecuencias respectivas que pueden ser de diversa índole (económicas, jurídicas, etc.). A pesar entonces de ser esto lo recomendable, encontramos que no siempre se cumple a cabalidad.

Aclarado lo anterior, la estipulación de estas cláusulas o reglas para la resolución de conflictos o disputas, puede servir como un instrumento de vital importancia que deberá tenerse en cuenta por los sujetos a la hora de iniciar una relación comercial. No hay que olvidar que todo incumplimiento en la relación comercial, sea ésta contractual o extracontractual, acarreará algún tipo de costo que deberá ser asumido al menos por una de las partes.

Ahora bien, si es totalmente factible que este tipo de situaciones se den en el comercio internacional como tradicionalmente lo conocemos, es decir, aquel en el cual las partes llevan a cabo la celebración y el cumplimiento (parcial o total) de las obligaciones en el mundo offline valiéndose de medios tradicionales para ello (que suelen ser tangibles), ¿cómo podría pasarse por alto que en el ámbito del comercio electrónico también pueden darse este tipo de controversias?

Entre las principales razones por las cuales hoy en día las personas se abstienen de hacer parte del comercio electrónico, se encuentra la incertidumbre o falta de confianza respecto al grado de seguridad que conllevan estas transacciones.

Un estudio realizado en el año 2009, y que fue llevado a cabo por el *ISMS Forum Spain*²⁶ con el objetivo de determinar el grado de percepción frente a la seguridad de la información de la sociedad española, concluyó que la falta de seguridad en la Red está coartando la compra por Internet.²⁷ Por detrás del hecho de preferir ver la compra (34,2%), las tres siguientes razones para no realizar comercio electrónico están relacionadas con este tema: un 28,4% no se fía o no le parece seguro; al 20,3% le da miedo dar sus datos por Internet, y el 16,3% desconfía de las formas de pago.²⁸

Cuando se habla de “confianza”, se busca abarcar el término en un sentido amplio, toda vez que con el mismo se acogería a un conjunto de situaciones en las que los sujetos pueden

26 Siglas que hacen referencia a Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información. (T del A)

27 Dpto. de comunicación de *ISMS Forum Spain*, “Informe sobre la seguridad y la sociedad de la información. Situación actual y desafíos para el futuro”, *sitio web de Telecomkh*, [en línea], disponible en: <http://www.telecomkh.com/es/internet/seguridad/comercio-electronico/isms-forum-spain/2535>, consulta: 17 de marzo de 2015.



ver satisfechos sus intereses. Por consiguiente, la falta de esta implicaría lo contrario, es decir, que los intereses de un sujeto puedan no verse cumplidos, estando sujetos a un grado de riesgo, o habiendo incertidumbre de que la otra parte cumplirá con las conductas que le corresponden. Esta falta de confianza se materializa entonces, cuando estando un sujeto inmerso en una relación comercial dentro del ámbito del comercio electrónico, padece un sentimiento de incertidumbre o riesgo con relación a un posible incumplimiento parcial o total por parte de aquel con quien está llevando a cabo la relación, y además no tiene certeza de que frente a ese incumplimiento intervendrá un tercero que pueda ayudar a resolver el conflicto.²⁹ Generalmente surge en este punto una serie de cuestionamientos que se hace dicho sujeto entorno a los mecanismos o alternativas para efectuar la reclamación respectiva a la que tiene derecho con respecto del sujeto que le incumple.

Si bien acudir al arbitraje internacional o a centros de conciliación suelen ser algunos de estos mecanismos, este conlleva unos costos logísticos y económicos que algunos sujetos pueden no estar dispuestos, o simplemente no están en la capacidad de asumir. Piénsese por ejemplo en aquel supuesto en el cual un sujeto debe viajar de su país a otro que se encuentra en un continente distinto porque es allí donde se encuentra radicado el tribunal de arbitramento.

Es por lo anterior que hoy en día han venido ganando terreno y tomando un rol importante en el desarrollo del Comercio Electrónico, aquellos Mecanismos *Online* para la Resolución de Disputas, los cuales como su nombre lo indica, son mecanismos en línea (vía internet) a los que pueden acudir los sujetos en caso tal de que se hallen involucrados en algún conflicto o disputa derivada de la relación comercial, cuando claramente ha fallado un intento de arreglo directo entre ellas y se desea evitar aquellos costos a los que se hacía antes referencia. Esta idea cobra sentido si se tiene en cuenta que en el comercio electrónico, la mayoría de los actos procesales son llevados a cabo en línea, por lo que es este mismo entorno uno adecuado para solucionar las controversias.

Mecanismos online para la resolución de disputas

Aunque son muchos los factores que incidieron en la creación de los Mecanismos *Online* para la Resolución de Disputas (*en adelante ODR*), podría afirmarse que el principal de ellos radica en la ausencia de un órgano judicial de naturaleza internacional que se encargue de dirimir todo tipo de conflictos comerciales entre individuos de distintos Estados de manera ágil y eficiente, a la vez que cuente con fuerza vinculante y coactiva para llevar a cabo el cumplimiento de sus decisiones. Es por esa necesidad que distintos tipos de

28 Asenjo, Arancha. "La desconfianza frena el comercio electrónico", *PC World* (27 de octubre de 2010), [en línea], disponible en <http://www.pcworld.com.mx/Articulos/10518.htm>, consulta: 17 de marzo de 2015.

29 Para más información sobre lo que implica la falta de confianza en el comercio electrónico, véase Alborno, M. M. (2013a). La falta de confianza en el comercio electrónico. En M. V. Aguilar y M. A. Munive Páez (Coords.), *Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho por su primer centenario* (págs. 363-386). Ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y AMEDIP.



estos mecanismos se han venido implementando para la solución de controversias en línea, mas sin embargo, si bien plantean una serie de ventajas y desventajas, tienen algunos retos por delante que deberán superarse si se espera que los sujetos hagan uso de estos. Por tal motivo, se describirán los tipos de mecanismos hoy en día existentes para luego aproximarse a las razones por las cuales, hasta el día de hoy, se ha tornado difícil la tarea para su implementación, especialmente en países en vía de desarrollo.

1. Tipos de Mecanismos Online para Resolución de Disputas (ODR) y su rol dentro del comercio electrónico

Son muchas las definiciones que se han construido doctrinariamente entorno a estos mecanismos.³⁰ A pesar de tener cada una sus particularidades, parecen coincidir en los aspectos esenciales más relevantes. Teniendo en cuenta tales aspectos, podría definirse a los mecanismos *ODR* como aquellos sistemas en línea que se valen de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para propiciar soluciones rápidas y eficientes a conflictos que pueden generarse en el espacio del comercio electrónico. A estos sistemas pueden acudir los sujetos que se ven inmersos en algún tipo de disputa derivada de la relación comercial, independientemente de su carácter contractual o extracontractual.

Estos sistemas se caracterizan por ser: ágiles; de bajo costo; confidenciales; neutrales e imparciales (con respecto de las partes); transparentes (están a su vez constituidos en un sentido técnico por reglas pre-determinadas que se hacen públicas); voluntarios (las partes deciden si acuden a estos); con interacciones asincrónicas;³¹ pueden contar con la intervención de mediadores humanos o en algunos casos son automatizados (prescinden de la intervención de un ser humano en el proceso); y en algunos de ellos si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante.³² Estas características hacen que estos sistemas se conviertan en idóneos y permitan evitar acudir a otras instancias como por ejemplo un litigio jurisdiccional tradicional o a los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (en adelante MASC)³³ para intentar hacer valer sus derechos o intereses.

Estos sistemas o mecanismos *online* se clasifican en distintos tipos, obedeciendo a una serie de criterios como el tipo de intervención que realizan, su fuerza vinculante, el tipo de procedimiento que llevan a cabo, entre otros. A continuación se enunciarán algunos de ellos.

30 Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz conciben a estos como “el resultado de la combinación de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)”. González Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). Comercio electrónico, *Online Dispute Resolution y desarrollo*. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 12. Universidad de los Andes (Colombia), p. 14.

31 Las partes pueden conectarse a la discusión en tiempos diferentes, y aun demorar la respuesta hasta después que hayan tenido la oportunidad de consultar con otros, o hacer algunas averiguaciones, o quizás pensar con más tiempo sobre cuál es la opción más conveniente.



Como un primer tipo, están los *mecanismos con intervención humana*. A ellos pueden acudir los sujetos, ya sea voluntariamente, o porque así lo estipularon mediante una cláusula compromisoria o de compromiso arbitral. Los intercambios de documentos (físicos), y demás informaciones se realizan por distintos medios electrónicos puestos a disposición por la entidad de forma segura. En los mecanismos de Mediación Online por ejemplo, se da la inclusión de una tercera parte por solicitud de un primer participante, que invita a la contraparte a responder, registrándose la presencia o ausencia de esta en el proceso, dentro de límites fijos de tiempo. Una vez iniciado el proceso, las partes establecen los parámetros dentro de los cuales la solución posible se encuentra. La decisión final es establecida por el mediador, o por el sistema construido para resolver de forma automática las disputas.

En este punto podemos encontrar los mecanismos diseñados por compañías dedicadas a la mediación y al arbitraje online, tales como *SquareTrade* (EEUU),³⁴ certificada por *Better Business Bureau*,³⁵ que ofrece un sistema de negociación,³⁶ arbitraje y mediación por medio de internet.

Otro sistema dedicado al arbitraje virtual es El Magistrado Virtual (EEUU),³⁷ que se encuentra diseñado para casos de conflictos relativos al uso de la red o por uso indebido de material protegido por leyes de propiedad intelectual. Entre las sanciones previstas, se encuentra la expulsión del ciberespacio. Al finalizar el proceso, la queja, la respuesta de la otra parte y la decisión se colocan en el sitio Web, pasando a ser información pública, siguiendo el modelo de la WTO,³⁸ que es el ente que decide las disputas por nombre de dominio de sitios Web.³⁹

-
- 32 La publicidad (negativa o positiva) determina la imagen del comerciante y constituye un valioso incentivo para el cumplimiento de los acuerdos que solucionan la disputa, de igual forma que otros consumidores y compradores puedan tener una idea del grado de confianza que transmiten y de esta manera les sea más fácil determinar si llevar a cabo transacciones con éstos. Un ejemplo de esta práctica es eBay.
- 33 A diferencia de los MASC tradicionales (como la mediación, conciliación y el arbitraje), los mecanismos ODR se desarrollan en línea, mientras que los primeros se realizan cara a cara y utilizan los medios de comunicación electrónicos de manera auxiliar. Esto no quiere decir que los ODR solo tengan aplicación en las controversias originadas en el entorno en línea (*online*), pudiendo también ser aplicados a conflictos surgidos en el entorno fuera de línea (*offline*). Sin embargo, tiene más sentido emplearlos en el primer supuesto. Otra diferencia yace en que en los mecanismos ODR suele construirse necesariamente un registro completo de la disputa y de la intervención por distintos tipos de razones, contrariamente a lo que se conoce de la intervención cara a cara de un tercero, donde los registros son destruidos para preservar la confidencialidad.
- 34 Esta compañía primero ofrece un proceso gradual de negociación no-asistida primero, donde las partes tienen la oportunidad de entenderse entre sí mismas (de forma gratuita) en torno al tema disputado y posteriormente en caso de advertir que existe la posibilidad de fracasar, puede solicitarse la intervención de un mediador (con un costo bajo). Esta compañía también ofrece la posibilidad de arbitraje, en la cual el árbitro, revisará los hechos y la evidencia disponible y hará una decisión basada en las reglas y disposiciones legales.
- 35 *Better Business Bureau* es una organización cuyo propósito consiste en ayudar a las personas a encontrar y recomendar empresas, marcas y organizaciones benéficas en las que puedan confiar.
- 36 Cabe resaltar que en el primer supuesto de negociación no asistida, en caso de lograrse un acuerdo por los sujetos involucrados, no hay intervención de ninguna instancia regulatoria ante un eventual incumplimiento del mismo, dado que los acuerdos son de buena fe.
- 39 Gran parte de las limitaciones de este mecanismo se resolverían si los sitios o entidades que dan lugar a la disputa, proporcionaran a los consumidores un vínculo con las entidades que las resuelven (tal como el caso anterior de eBay con *SquareTrade*).



Existen otros centros de arbitraje *online*,⁴⁰ tales como *Online Ombuds Office*; *iCourthouse*; *Mediation Arbitration Resolution Services*; *Webmediate.com*; el Centro de Arbitraje en línea auspiciado por la Cavecom-e; entre otros.⁴¹

Por otra parte, se encuentran los *mecanismos sin intervención humana*. Con ellos se hace referencia a aquellos sistemas con métodos y procedimientos exclusivamente *online* y que prescinden de la intervención de seres humanos para la solución de controversias. Además de aquellos mecanismos tradicionales como la mediación y el arbitraje que son llevados al mundo *online*, existen otros métodos con componentes tecnológicos más elaborados que sirven de igual manera para la solución de las controversias originadas en este entorno. Desde esta perspectiva los mecanismos ODR no solo transponen los métodos tradicionales de solución de controversias al medio online como limitan algunos autores de la doctrina (ver Zheng Sophia Tang, 2009 pág. 152),⁴² sino que se han creado nuevos sistemas automatizados que sirven para tales fines. Con esto último coincide la autora Aura Esther Vilalta Nicuesa, para quien no existe una correspondencia total entre los MASC tradicionales y los llevados a cabo en línea.⁴³

El procedimiento más simple y esquemático es el de negociación ciega por apuestas, donde un algoritmo automático evalúa las propuestas de cada parte y si las dos propuestas se encuentran dentro de un espacio determinado (por ejemplo, podría ser el 40% del precio inicial de la disputa) entonces el caso se decide por el valor medio. Si las propuestas no se acercan a este espacio predefinido, las ofertas se destruyen y ninguno de los dos sujetos llega a conocer cuál fue la propuesta de la contraparte. Ambas partes se informan sobre el proceso antes de comenzar, y se comprometen a aceptar el resultado si el objetivo pre-determinado se cumple. La inclusión de éste procedimiento puede ayudar a terminar un tira y afloja interminable sobre sumas minúsculas.

Entre este tipo de mecanismos encontramos algunos ejemplos como *Cybersettle.com*. Esta organización usa un método propio para arbitrar disputas concernientes a asuntos financieros, en particular las sumas a otorgar en compensación por daños asegurados.⁴⁴

40 Feldstein Cárdenas, Sara L. et al., "Contratación electrónica internacional, una mirada desde el derecho internacional privado", sitio web de *eumed - enciclopedia virtual*, [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/CENTROS%20DE%20ARBITRAJE%20ON%20LINE.htm>, cap. V, sección C, VI.

41 Para el caso de Latinoamérica, se encuentra el Cibertribunal Peruano (Perú), órgano de resolución de conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de Internet, en materia de comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, entre otros. Este mecanismo propicia la conciliación entre las partes y el arbitraje como la alternativa de resolución de conflictos; Por su parte, en el ámbito europeo, la empresa ARyME (*ADR Resources*), es una institución española de carácter privado dedicada a proveer información especializada y servicios en mecanismos alternativos de solución de controversias a través de internet, y que lanzó en 2004 su arbitraje online.

42 Tang, Z. S. (2009). *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing, p. 152.

43 Vilalta Nicuesa, A. E. (2013). *Mediación y arbitraje electrónicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 42.

44 Los métodos puramente automatizados están diseñados de tal manera que ofrecen un proceso basado en una fórmula matemática.



Por último, además de los dos tipos descritos anteriormente existen *otros mecanismos*. Estos sistemas consisten, por ejemplo, en procesos automáticos de manejo de reclamos, donde se ofrece al sujeto afectado un detallado cuestionario donde pueda incluir la información relativa a su disputa, incluyendo la posibilidad de expresar su frustración con el problema, y se prosigue luego con un sistema de comunicación que le provee al cliente de un seguimiento al proceso de la resolución; una explicación de las reglas que se aplican a su caso, una estimación realista de las posibilidades de éxito en el reclamo basada en la casuística de casos similares resueltos anteriormente, y una resolución apelable. Uno de estos mecanismos es el reintegro del dinero para tarjetas de crédito (*chargeback*)⁴⁵ que opera muy bien en países como Estados Unidos y en Europa y que en algunos casos extremos, si existen muchos procedimientos de este tipo en contra del mismo comerciante, este será excluido del sistema de aceptar pagos con tarjeta; otro ejemplo de estos sistemas son los acuerdos para depositar dinero en depósito (*escrow*).⁴⁶

Como puede verse, los sujetos cuentan con una amplia gama de posibilidades a las cuales pueden recurrir una vez se hallan inmersos en algún tipo de disputa o controversia surgida de la relación comercial, pudiendo acogerse al mecanismo que mejor se ajuste a sus necesidades. Sin embargo, la implementación de estos mecanismos o sistemas varía, encontrándose que se acude a ellos en mayor medida en los Estados desarrollados mientras que en aquellos países en vía de desarrollo se hace en una menor medida, situación que obedece a circunstancias de diversa índole.

2. Principales retos para la implementación de los ODR en países en vía de desarrollo

Las facilidades para el ingreso al mercado o comercio *online* están produciendo un aumento enorme de transacciones de bajo monto económico, con sus respectivas disputas, que no podrían llegar a ser motivo de los MASC tradicionales por el poco valor que implican. De igual manera, para garantizar una participación progresiva de la mayor cantidad posible de actores en el mercado electrónico, se hacía necesario diseñar mecanismos de solución de disputas en línea ofrecidos a bajo o ningún costo a los clientes para que las disputas generadas en el mundo *online*, se resuelvan de forma ágil y eficiente en el mismo entorno. De esta manera, los sujetos no descartarían la opción de luchar por sus intereses insatisfechos por causa del alto costo que ello implicaría o el largo tiempo que demandaría.

45 Es un sistema por el cual el cliente solo tiene que quejarse ante la compañía de tarjetas de crédito. En caso de disputa sobre una compra de bienes o servicios *online*, los clientes tienen el recurso de cancelar la operación y recibir su dinero de vuelta. El comerciante tiene el derecho a probar que los bienes o servicios han sido entregados de acuerdo a lo convenido, en cuyo caso el cargo se reinstala.

46 Este consiste en que los sujetos dispongan que el monto de la transacción se deposite en un fondo seguro, independiente del control de ellos. El dinero sólo es entregado al vendedor luego que el comprador asegura que la transacción se ha completado a su satisfacción. En el caso de que haya problemas con el producto recibido, el dinero se devuelve al comprador. Un buen ejemplo de este sistema es *iEscrow*, el sistema organizado por eBay, donde se resguarda el dinero del comprador hasta el arribo a destino y aceptación de la mercadería.



Esta lógica de pensamiento vendría de realizar el siguiente razonamiento: si la transacciones en el comercio electrónicos son rápidas y no les generan costos extra a las partes o sujetos, ¿por qué habrían de pagar grandes costos por servicios para la resolución de la disputas y desgastar gran cantidad de su tiempo en ello?

Tratándose de los *ODR*, como bien se ha señalado, son muchas las ventajas que ofrecen a los distintos tipos de sujetos que hacen parte del comercio electrónico y que por alguna razón se ven inmersos en algún tipo de conflicto o disputa. Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones pueden presentarse desventajas para quienes hacen uso de los mismos. Analizar estos dos aspectos se convierte en algo necesario para poder pasar a exponer los principales retos que estos mecanismos presentan y que hacen que su acceso e implementación no sea tan constante y potencialmente creciente a como se esperaría.

Entre las ventajas que advertimos anteriormente, se encuentra que los *ODR* son mecanismos de fácil acceso, rápidos y de bajo costo; que si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante; que generan registros de todo el proceso;⁴⁷ algunos de ellos son atemporales, por lo que las partes pueden elegir el momento de participar o responder;⁴⁸ y finalmente el hecho de que proveen un mecanismo eficiente para la solución de disputas internacionales, sin necesidad de la intervención de órganos judiciales, que especialmente en países en vía de desarrollo, su trámite se hace excesivamente largo para las partes, acarreándoles distintos tipos de costos.

Sin embargo, también pueden advertirse en estos mecanismos una serie de desventajas, tales como: la falta de igualdad de acceso a internet y la afinidad con su uso, especialmente en algunos países en vía de desarrollo; el contacto cara a cara es particularmente importante para algunas personas que se sienten más cómodas con este tipo de contacto y prefieren ver con quien están interactuando (problema cultural); el lenguaje común es usado para transmitir tono, detalles, emociones, lo cual es otra dificultad dado que en las conversaciones en línea por medio de chats u otros medios no pueden evidenciarse tales aspectos, pudiendo incluso dar lugar a malinterpretaciones; cuando las disputas son muy complejas por la presencia de varias partes, estas encontrarán estos mecanismos inadecuados o muy complejos; el hecho de que la diferencia cultural entre las partes, podría verse agravada por las interacciones *online*; y más importante aún, que el grado de incumplimiento de estos acuerdos (que depende e de la buena fe de las partes) es muy alto, lo cual genera mayor desconfianza respecto al procedimiento dado que no hay garantías

47 Esto permite a las partes y al tercero que interviene en la disputa (en caso de que se contemple esa posibilidad según el mecanismo), recurrir a la información en cualquier momento para recordar y replantear sus posiciones, o para estudiarlas con mayor detenimiento y lograr mejores propuestas de soluciones.

48 Esto permite que puedan reflexionar sobre sus posiciones antes de comunicarlas y también controlar el conflicto emocional que puede estar escalando el conflicto actual; hay tiempo de consultar con los expertos, pedir asesoría legal, entre otros, para evaluar las circunstancias del caso y estimar cuales son las salidas más convenientes.



de que las obligaciones surgidas de estos se cumplan, teniendo que acudir finalmente al sistema judicial para intentarlo.⁴⁹

Debe tenerse en cuenta además, el hecho de que hoy en día son muchas las personas que no tienen siquiera algún grado de conocimiento de que estos sistemas existen, razón por la cual muchas de ellas se abstienen de hacer uso de las TIC para realizar transacciones comerciales en línea. A esto hay que sumarle la falta de confianza o certeza con relación a lo que sucederá en caso de presentarse un inconveniente en la relación comercial y no saber si se contará o no con un mecanismo técnicamente diseñado o con la intervención de un tercero imparcial que pueda ayudar a solucionar el conflicto.

Todos estos factores, hacen que se generen retos que deberán superarse si quiere lograrse una implementación efectiva y progresiva de los *ODR* de manera que pueda contribuir al crecimiento simultáneo del comercio electrónico a escala global.

Los principales problemas o retos para la implementación de los mecanismos *ODR*, se traducen en la necesidad de fortalecimiento en su aspecto tecnológico y en el aumento de confianza en términos sociales y jurídicos con relación a los mismos.

Cuando hacemos referencia al fortalecimiento en el aspecto tecnológico, se busca hacer énfasis en la infraestructura de las TIC. En la actualidad, son muy pocos los países en los que las personas no tienen con acceso a internet. A pesar de lo anterior, no en todos los países con acceso a la red, se cuenta con una infraestructura bastante desarrollada que les permita acceder sin ningún tipo de dificultad o riesgo a los distintos medios o plataformas online, entre las que se encuentran aquellas en las que se relacionan con el intercambio o compra de bienes y servicios y las diseñadas para la resolución *online* de disputas.⁵⁰

Asimismo, a esto hay que añadirle los problemas de seguridad a los que están sujetas las TIC, ya que son constantes los fraudes y los problemas por infiltración de redes y dispositivos que hacen que las personas desconfíen de realizar este tipo de transacciones o brindar sus datos personales por este medio digital. Todos estos factores terminan incidiendo en que finalmente los sujetos opten por hacer uso del comercio de la manera convencional, como lo es ir directamente al proveedor de los bienes o servicios y acudir a los mecanismos convencionales de resolución de controversias en caso de presentárseles algún tipo de inconveniente.

49 Este alto grado de incumplimiento también se presenta en las decisiones tomadas por tribunales arbitrales, por lo que se termina haciendo necesario recurrir a otro tipo de mecanismos como los que anteriormente se hizo mención (depósito o *escrow* y el re-depósito de los cargos en tarjetas de crédito o *chargeback*), que puedan controlar el proceso y contribuyan a reducir la posibilidad de fraude o incumplimiento mediante la adopción de medidas preventivas.

50 Este problema es propio de los territorios conformados por países en vía de desarrollo, como el caso de América Latina, el Medio Este, y África donde, según el portal *Internet World Stats*, el porcentaje de penetración de internet en consideración a la población para el año 2014, era del 52.3%, 48.3% y 26.5%, respectivamente. La Penetración de Internet tiene vital relevancia para observar las tendencias de uso del mismo, comparar estadísticas de población versus uso de Internet, tendencias de búsqueda de los usuarios, entre otros.



Es por ello que día a día los distintos Estados destinan grandes recursos económicos para la investigación y desarrollo de mecanismos electrónicos y virtuales que puedan brindar un mayor blindaje y protección a las TIC frente a tales amenazas, a manera de reducir esa brecha de inseguridad que se presenta con respecto de los dispositivos y medios electrónicos que emplean los sujetos, bien sea para acceder a la oferta de bienes y servicios en línea, o para hacer uso de los mecanismos *ODR* en caso de encontrar la necesidad de acudir a ellos. Como parte de estas estrategias de mejoras, se han venido dando unos instrumentos de *soft law*⁵¹ como la ley modelo sobre firmas electrónicas del año 2001 de la CNUDMI y el *CEN / ISS workshop agreement* de abril 2009, así como también se han desarrollado componentes tecnológicos como la firma electrónica, cédula digital de identidad, los protocolos *TLS* y *SSL*,⁵² sellos de confianza, entre otros que permiten a los sujetos una mayor certeza de que con quien están llevando la relación comercial sí es la persona que dice ser, o que el mismo está certificado de distintas formas. De esta manera, al momento de realizar la labor de convocar a la otra parte involucrada en la controversia a uno de los mecanismos *ODR*, se hará de un modo más fácil y eficiente puesto que se tiene seguridad de que es ese sujeto contra quien procede la reclamación.

El otro reto concierne al aumento en la confianza en estos mecanismos. Esta tiene un componente comunitario o social que implica la falta de cultura o el desconocimiento frente a estos medios, principalmente porque no se informan de manera correcta sobre cómo llevar a cabo de manera segura estas transacciones comerciales. A esta falta de cultura y desconocimiento se ha dado tratamiento con la creación de comunidades virtuales en las cuales las personas pueden por ejemplo observar los sistemas de evaluación de reputación y contar en foros de discusión abiertos sus experiencias comerciales online para que otros puedan incentivarse y determinar también cuál de todos los mecanismos *ODR* disponibles, se ajusta mejor a su caso particular;

Por último está el componente jurídico de la confianza, que se fundamenta en la falta de regulación normativa en el sentido de que no hay (o es muy escasa) regulación global, regional o doméstica de *hard law*⁵³ sobre los mecanismos *ODR* y la protección de datos personales, especialmente en países latinoamericanos. En este punto se encuentra que en distintos ordenamientos jurídicos se han venido realizado esfuerzos encaminados a la creación

51 El *soft law* hace referencia a aquellos instrumentos o actos que en principio no tienen efectos jurídicos vinculantes pero que resultan a través de distintas vías, jurídicamente relevantes y orientadores para los mismos Estados, instituciones e individuos. Esto incluye por ejemplo a recomendaciones de algunos órganos de la ONU, declaraciones, principios, estándares, leyes modelo.

52 Las siglas hacen referencia a los protocolos criptográficos Transport Layer Security y Secure Sockets Layer, los cuales buscan proporcionar conexiones seguras por las redes como el internet.

53 Por su parte, el *hard law* se refiere, de manera general, a instrumentos jurídicos y legales que son efectivamente vinculantes, generando responsabilidades para los Estados en caso de vulnerarlos, al igual que conllevan ciertos derechos. En el derecho internacional, esto incluye a los tratados de aplicación inmediata, tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, así como también al derecho consuetudinario.



de un marco jurídico para los *ODR* en aras de contribuir a esa seguridad jurídica. Para el caso de Colombia, en lo relativo a los mecanismos *ODR*, con el decreto 1829 de 2013 se reglamentó el arbitraje virtual, lo cual trae la posibilidad de resolver conflictos, expedir laudos arbitrales y realizar cualquier tipo de actos procesales propios de este proceso, por medios electrónicos.⁵⁴ En cuanto a Europa, la Unión Europea ha tomado importantes iniciativas legislativas que son extensibles a los *ODR*, y las cuales son Recomendaciones dirigidas a la fijación de los principios que deben regir la actuación de los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos.⁵⁵

Finalmente, como se puede ver, si bien los retos para la implementación de estos mecanismos obedecen a distintos factores los cuales son en algunos casos difíciles de superar (debido no solo a la naturaleza de estos sistemas sino también a los aspectos culturales de las personas y su percepción respecto a estos), no pueden negarse los esfuerzos que se han venido realizando desde distintos sectores a fin de lograr reducir esas falencias tecnológicas, la falta de confianza e inseguridad jurídica. Esta ardua tarea requiere de un trabajo conjunto entre el ámbito de lo público y lo privado para que en un futuro los beneficios del comercio electrónico y de estos mecanismos puedan hacerse extensibles al mayor número posible de sujetos o actores.

Conclusión

El comercio electrónico se presenta como una herramienta que favorece el desarrollo económico a nivel global, involucrando a un conjunto de actores o sujetos que hacen parte de ese intercambio electrónico de bienes y servicios y entre los cuales se encuentran individuos, compañías y hasta los mismos Estados. En este entorno digital, surgen inevitablemente disputas o controversias derivadas de las transacciones comerciales, con lo cual muchos de estos actores se sienten cohibidos y al mismo tiempo se abstienen de hacer uso de este medio ante la falta de confianza relacionada con el posible incumplimiento de sus intereses. Esto lo hacen desconfiando, ignorando o incluso desconociendo los mecanismos en línea a los cuales pueden acudir en caso de darse una eventual disputa derivada del incumplimiento parcial o total de las obligaciones por parte del sujeto con quien están llevando a cabo la relación comercial. A estos mecanismos en línea se les conoce como mecanismos *online* para la resolución de disputas, en inglés, *Online Dispute Resolution –ODR-*.

Estos mecanismos o sistemas *ODR* son importantes en el comercio electrónico porque aumentan el grado de confianza de los sujetos que intervienen si se tiene en consideración que cuentan con un procedimiento o sistema en línea estructurado, de fácil acceso y bajo costo

54 Con esta iniciativa se “creó” la figura de los árbitros en línea y la realización de audiencias a través de teleconferencia, videoconferencia, o cualquier otro método de comunicación simultánea. Sin embargo, pareciese ser que este tipo de arbitraje está limitado en cuanto a su ámbito de aplicación al territorio nacional, no diciéndose nada en lo relativo al arbitraje virtual internacional.

55 Entre estas, la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios; y la Recomendación P. 2001/310/CE10 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual.



para la resolución eficiente de conflictos en caso de que los sujetos adviertan insatisfechas sus pretensiones o intereses porque algo resultó mal en la transacción comercial. Si bien esto es cierto, aún persisten retos que deberán superarse si quiere lograrse una mayor confianza hacia su utilización. A pesar de estos obstáculos son muchos los esfuerzos de diversa naturaleza que se han venido realizando en el ámbito del Derecho Internacional encaminados a aumentar dicha confianza, dotando a los Estados y a las distintas legislaciones nacionales de instrumentos jurídicos a los que pueden adecuarse, y sin dejar de lado aquellos desarrollos en lo que respecta al Derecho doméstico que contribuyen a esa alcanzar esa seguridad jurídica. Lo cierto es que estos retos no conciernen únicamente al sector público y al sistema internacional, por lo que debe darse una cooperación conjunta con el sector privado (empresas y comerciantes) para buscar soluciones a este tipo de problemáticas e implementar mecanismos que permitan brindar información suficiente y clara a los sujetos para promover su participación en este tipo de relaciones comerciales y de igual forma para que conozcan las facilidades de acceder a estos mecanismos para la solución de posibles controversias o disputas.

Bibliografía

Aguilar, M. V., y M. A. Munive Páez (Coords.), *Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho por su primer centenario* (págs. 363-386). Ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y AMEDIP.

Asenjo, Arancha. “La desconfianza frena el comercio electrónico”, *PC World* (27 de octubre de 2010), [en línea], disponible en <http://www.pcworld.com.mx/Articulos/10518.htm>.

CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial, “*Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, Comisión Europea Comisión Económica para América Latina y el Caribe*”. (Marzo de 2013), p. 9, [en línea] disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad> o http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia_digital.

CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 17-18.

Feldstein de Cárdenas, Sara L. et al., “*Contratación electrónica internacional, una mirada desde el derecho internacional privado*”, sitio web de eumed – enciclopedia virtual, [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/CENTROS%20DE%20ARBITRAJE%20ON%20LINE.htm>, cap. V, sección C, VI.

-----, y Scotti, L. B. (2007). La Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica. *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, vol. XI(1), Buenos Aires, p. 63.



González, Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). “Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo”. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 12. Universidad de los Andes (Colombia). Pág. 8.

Hocsman, H. S., (2010). Los contratos electrónicos. En R. A. Etcheverry y R. Illescas Ortiz, *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*. Buenos Aires, 2010, Capítulo 5, p. 364: Hammurabi/José Luis Depalma Editor.

Internet World Stats. “The Internet Big Picture World Internet Users and 2014 Population Stats”, página web de Internet World Stats, [en línea], disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

ISMS Forum Spain, “Informe sobre la seguridad y la sociedad de la información. Situación actual y desafíos para el futuro”, sitio web de Telecomkh, [en línea], disponible en: <http://www.telecomkh.com/es/internet/seguridad/comercio-electronico/isms-forum-spain/2535>.

OBS, “El Comercio Electrónico 2014”, página web de Online Business School, [en línea], disponible en: <http://www.obs-edu.com/noticias/informe/el-comercio-electronico-en-espana-crece-un-225-en-el-ultimo-ano/>.

Redacción Tecnosfera, “En 2014 comercio electrónico creció más de 40% en Colombia”, El Tiempo, (20 de Enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/crecimiento-del-comercio-electronico-en-colombia-/15119458>.

Retail & Ecommerce, “Global B2C Ecommerce Sales to Hit \$1.5 Trillion This Year Driven by Growth in Emerging Markets” Sitio web eMarketer, [en línea], disponible en: <http://www.emarketer.com/Article/Global-B2C-Ecommerce-Sales-Hit-15-Trillion-This-Year-Driven-by-Growth-Emerging-Markets/1010575>.

Tang, Z. S., (2009). *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing, p. 152.

Vilalta Nicuesa, A. E. (2013). *Mediación y arbitraje electrónicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 42.