

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal»

ARTÍCULO

ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres

 Lucía Ruggeri

Fecha de presentación: enero de 2010

Fecha de aceptación: abril de 2010

Fecha de publicación: junio de 2010

Resumen

Un examen exhaustivo de la legislación en las últimas dos décadas muestra la aparición de un favor del legislador comunitario respecto de las técnicas de resolución alternativa de conflictos en los tribunales. El «favor» se deduce de una serie de medidas reglamentarias que parecen basarse en una nueva concepción del art. 61 del Tratado de la Unión Europea, que pretende garantizar un nivel adecuado de asistencia jurídica, facilitando así la libre circulación de personas y el buen funcionamiento del mercado interior. La asistencia jurídica es considerada justa y eficaz cuando pretende una gestión adecuada de la resolución de los conflictos. Conciliar los diversos intereses implicados y la pacificación de las partes constituye un objetivo importante para el logro de la justicia en Europa. El sistema judicial parece reforzar el modo adversarial tradicional (el llamado modelo *lose-win*), lo que hace más difícil alcanzar una solución «real» y no meramente formal de las controversias. La reciente Directiva de la Unión Europea 2008/52, dedicada a la mediación, si bien resulta cuestionable por su reducido ámbito de aplicación, constituye una clara manifestación de la inclinación del legislador comunitario por modelos o patrones de resolución no adversariales.

Palabras clave

ODR, taxonomía, mediación, sistemas alternativos de resolución, arbitraje irritual, negociación asistida, evaluación funcional, conciliación

Tema

E-justicia

ADR and ODR and their taxonomy. Character identification

Abstract

An in-depth study of legislation in the past two decades shows the emergence of EU lawmakers' support for alternative techniques in conflict resolution in court cases. This 'support' can be inferred from a series of regulations which appear to be based on a new understanding of article 61 of the European Union Treaty which aims to guarantee adequate levels of legal assistance, thereby making the free movement of individu-

als and the smooth running of the internal market easier. Legal assistance is considered just and efficient when it aspires to adequate management of conflict resolution. Reconciling the various interests involved and appeasing the parties is a major objective for achieving justice in Europe. The legal system seems to reinforce traditional confrontational practice, the so-called "lose-win" model, which makes it much harder to reach a real rather than just a formal settlement of disagreements. The recent EU directive 2008/52, on mediation, questionable due to its limited range of applications, nevertheless represents a clear manifestation of communitary lawmakers' tendency towards non-confrontational models of resolution.

Keywords

ODR, taxonomy, mediation, alternative resolution systems, informal arbitration, assisted negotiation, functional evaluation, reconciliation

Topic

E-justice

1. La *tendencia* del legislador comunitario a usar técnicas de resolución de las controversias alternativas a las jurisdiccionales.

Un examen a fondo de la normativa comunitaria muestra el nacimiento, en los últimos veinte años, de una «tendencia» a seguir las formas de resolución de las controversias alternativas a los remedios jurisdiccionales.¹

Esta «tendencia» se deduce de una serie de intervenciones normativas² que parecen partir de una nueva concepción del art. 61 del Tratado UE que aspira a garantizar un nivel adecuado de asistencia jurídica en todo el territorio

de la Unión, facilitando así la libre circulación de las personas y el correcto funcionamiento del mercado interno. La asistencia jurídica parece considerarse congruente y eficiente cuando se plantean una gestión y una solución del conflicto adecuadas.³ Esta adecuación no parece estar totalmente garantizada por los sistemas tradicionales de superación y gestión de las disputas basadas en el modelo de la *litigation (adversary system)*. La conciliación de los diversos intereses en juego y la pacificación de las partes constituyen una finalidad importante para la realización de los objetivos de la justicia en Europa, sobre todo, o quizás exclusivamente, bajo el perfil del acceso a la justicia. A partir del Consejo de Tampere,⁴ el acceso a la justicia, considerado derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos, se indica como mejorable haciendo uso también⁵ de medidas extrajudiciales de resolución de las

1. Sobre este tema, véase, G. ROSSOLILLO. I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale. En: Dir. Un. Eur., 2008, p. 349 ss.
2. Ya en el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y sobre la resolución de las controversias en materia de consumo en el ámbito del Mercado Único, COM(93) 576 def. del 16 de noviembre de 1993, se planteaba el uso de los sistemas ADR. El uso de sistemas alternativos de resolución de las controversias se contempla en numerosas Directivas: Directiva 97/5/CE del 27 de enero de 1997 sobre las transferencias transfronterizas, en el DOUE L 43 del 14 de febrero de 1997, p. 25, Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, en el DOUE L 144 del 4 de junio de 1997, p. 19.
3. Sobre este tema, véase M. F. GHIRGA. *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*. En: Riv. dir. proc., 2006, p. 463 ss.
4. Se trata del Consejo que tuvo lugar en Tampere el 15 y el 16 de octubre de 1999.
5. La acción del legislador comunitario pretende agilizar también los procedimientos jurisdiccionales, sobre todo en el caso de controversias transfronterizas. En especial, se hace referencia a los procedimientos y a la abolición del *exequatur* introducidos por el Reglamento 861/2007 del 11 de julio del 2007 que introduce un procedimiento europeo para las controversias de escasa cuantía, publicado en el DOUE 31 de julio del 2007, n.º 189 y el Reglamento n.º 805/2004 del 21 de abril del 2004 que establece el título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados.

controversias. El sistema judicial tradicional parece reforzar las modalidades antagónicas (el modelo denominado *win-lose*) lo que dificulta alcanzar una solución del conflicto «real» y «social»⁶ en lugar de sólo formal.⁷

Por ejemplo, para favorecer el acceso de las personas realmente necesitadas a los métodos alternativos de resolución de las controversias, la propuesta de Directiva del 18 de enero del 2002⁸ relativa a la asistencia jurídica prevé la posibilidad de extender, en determinadas condiciones, el beneficio del patrocinio a costa del Estado de dichos procedimientos extrajudiciales.

Asimismo, en la reciente Directiva Comunitaria dedicada a la mediación, la Directiva 2008/52,⁹ aunque cabe criticar¹⁰ la reducción del campo de aplicación a las controversias transfronterizas, parece resaltar la *tendencia* del legislador comunitario hacia una justicia atenta a los modelos de resolución de las controversias de tipo no antagónico.

2. La necesidad de hacer una primera clasificación fundada en el papel del tercero para el alcance del acuerdo

El papel que, en perspectiva, desempeñarán los sistemas de resolución alternativa de las controversias determina la necesidad de proceder a una clasificación que permita establecer con claridad su estructura y su modalidad de funcionamiento.

Como se puede constatar a nivel comunitario, no existe una indicación o una opción normativa precisa acerca de las estructuras que desarrollan la función de resolución de las controversias.

Por lo tanto, operando en un plano puramente descriptivo, se puede proponer una clasificación partiendo de la constatación de que el mínimo común denominador de cada *Alternative Disputes Resolution* está constituido por la presencia de un tercero.

Observando el papel que tiene el tercero, se pueden distinguir tres grupos principales de ADR:¹¹

1.º grupo

El tercero ayuda a las partes a llegar a un acuerdo sin asumir una posición formal sobre la solución que tiene que dar a la controversia.

Se trata de formas de resolución de la controversia a menudo denominadas en los derechos internos nacionales «conciliación» o «mediación».

Se invita a las partes a dialogar para evitar o superar el conflicto.

Las mismas partes eligen el método de resolución de la controversia y desempeñan un papel especialmente activo para intentar encontrar por sí solas la solución más apropiada. Estos métodos ofrecen la oportunidad de superar el debate propiamente jurídico y de encontrar una solución personalizada y adaptada a la controversia a resolver. Por otra parte, esta aproximación consensual aumenta las posibilidades para las partes, una vez resuelta la contro-

6. La conservación de las relaciones entre socios, una vez superada satisfactoriamente la disputa, es un objetivo con importantes recaídas sociales y económicas. Sobre este tema, véase V. VIGORITI. «La proposta di direttiva europea sulla mediation». En: *Rass. Forense*, 2005, p. 359 ss.

7. Sobre este tema, véase C. TROISI. *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Camerino-Napoli, 2007, p. 56 ss.

8. Se hace referencia a lo establecido por el art. 19, que dispone: «La Comisión está preparando un Libro Verde sobre los medios alternativos de resolución de conflictos. En algunos estados miembros, la ley ya promueve el uso de estos medios, como por ejemplo la mediación, sobre todo con el fin de agilizar la carga de trabajo del sistema judicial tradicional. Los procedimientos extrajudiciales pueden representar costes para las partes, como los procedimientos tradicionales, y es lógico que las personas que no puedan permitirse estos costes debido a su situación financiera, puedan beneficiarse también de la asistencia jurídica con las mismas condiciones».

9. Se trata de la Directiva 2008/52/CE del 21 de mayo del 2008, publicada en el DOUE, 24 de mayo del 2008, L 136, p. 3.

10. Sobre este tema, véase C. VACCÀ. «La Direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata? En: *I Contratti*, 2008, p. 857 ss.

11. Ésta es la tipología clasificatoria presente en el sitio http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_it.htm

versia, de poder mantener sus relaciones de naturaleza comercial o de otra naturaleza.

2.º grupo

El tercero encuentra él mismo o ella misma la solución que después presenta a las partes.

Dichas formas de ADR están difundidas en el ámbito de las controversias, al servicio del consumidor,¹² en las cuales el tercero se pronuncia sobre la solución a dar a la controversia.

En algunos casos, el tercero orienta a las partes hacia una recomendación que éstas pueden seguir o no. Éste es el caso de los *Consumer Complaint Boards* de los países escandinavos. El consumidor que inicialmente ha recurrido a dichos órganos de resolución de controversias puede, si la solución propuesta no le satisface, recurrir al juez.

A veces, el tercero adopta una decisión que será vinculante sólo para el profesional.

Éste es a menudo el caso de los defensores de los clientes, creados por algunos sectores profesionales como los bancos y los seguros. Las decisiones de estos defensores del pueblo son vinculantes para las empresas que se han adherido al sistema. En esta circunstancia, si el consumidor no queda satisfecho con la decisión tomada por el defensor del pueblo, puede llevar el mismo pleito ante el juez.

3.º grupo

El tercero adopta una decisión para resolver la controversia.

Esta decisión, vinculante para las dos partes en conflicto, puede ser adoptada en aplicación de las disposiciones normativas o según equidad. La decisión tomada por el

árbitro posee «la autoridad de cosa juzgada», lo cual significa que la controversia, una vez resuelta ante el árbitro, en general no puede ser llevada ante el juez. Como se puede constatar, este grupo de formas de resolución alternativa de las controversias es identificable con el arbitraje y la decisión final reviste la función jurídica de laudo. Cabe destacar que, según parte de la doctrina, estas formas de ADR, al asumir una naturaleza de evaluación¹³ e identificarse en el arbitraje, no se consideran parte de los modos alternativos de resolución de las controversias.

De hecho, en una acepción más restringida y quizás más adecuada con respecto a la filosofía que ha inspirado el desarrollo de las ADR, en el arbitraje permanece la contraposición entre las partes que no alcanzan un acuerdo sustancial y convencido sobre la composición y la resolución del conflicto, sino que, justo como en los sistemas jurisdiccionales estatales tradicionales, confían en la decisión de un tercero para saber quién no tiene razón y quién sí la tiene.

El conflicto sustancial permanece, mientras tanto, en un plano formal, una parte gana y la otra pierde.

El movimiento de pensamiento del que parten las ADR, en cambio, parece aspirar a algo diferente: llegar a una conciliación y pacificación sustancial para dar lugar, a través del acuerdo, a una situación diferente y aceptada de buen grado por ambas partes. Todo esto se basa en la tentativa de poner fin al «muro contra muro» y de hacer que los socios hoy en disputa, superen la crisis y vuelvan a hacer negocios juntos (sector de las ADR comerciales) o a vivir en armonía (sector de las ADR familiares).

Sobre la base de estas consideraciones en la Unión Europea y desde la elaboración del Libro Verde del 2002, se ha excluido¹⁴ que la normativa comunitaria en materia de ADR pudiera volver a incluir el arbitraje.

12. Sobre este tema, véase, entre otros, R. DANOVI. «Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea». En: G. ALPA, R. DANOVI (a cargo de), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milán, 2004, p. 11 ss.
13. Sobre este tema, véase R. CAPONI. «La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")». En: Foro it., V, 2003, c. 173 ss. y G. COMOGLIO. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*. En: Riv. dir. proc., 2000, p. 318 ss.
14. Sobre este tema, véase Libro Verde relativo a los modos alternativos de resolución de las controversias en materia civil y comercial, COM /2002/0196 def., consultable en la siguiente dirección http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=it&type_doc=COMfinal&an_doc=2002&nu_doc=196. Sobre el problema de la inclusión del arbitraje en el ámbito de las ADR véase, también, L. CADIET. *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*. En: Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, p. 1169 ss.

Por otro lado, es cierto que en algunas formas de arbitraje de equidad se asiste a una desviación del modelo arbitral hacia formas de tipo conciliador. Si miramos el *ADR High low arbitration* en el que las partes, sin que lo sepa el árbitro, fijan un margen de fluctuación sobre las cantidades indemnizables. El laudo arbitral exorbitante será reconducido a dicha cantidad. Se hace referencia también al llamado *Baseball arbitration*, en el que la tarea del árbitro es la de elegir la más razonable de entre las propuestas elaboradas por los contendientes. Entre ADR y arbitraje de equidad se coloca, en cambio, la técnica denominada *Night baseball arbitration*, en la que los contendientes presentan propuestas (o lanzamientos) que no se presentan al árbitro. La controversia se resuelve siguiendo la propuesta de la parte más conforme a la propuesta efectuada por el árbitro.¹⁵

3. Uso eventual de técnicas de comunicación a distancia: de las ADR a las ODR.

Una segunda clasificación de las formas de resolución de las controversias alternativas puede efectuarse fijándonos en el medio usado para poner en contacto los sujetos en conflicto.

Cuando entre en juego un medio de comunicación a distancia, la controversia puede resolverse en línea y, por ende, la resolución de la controversia toma el nombre de *On Line Dispute Resolution* (ODR).

Existen diversos tipos de ODR:¹⁶

Blind-bidding

Las partes en conflicto envían propuestas transaccionales inherentes a controversias de carácter pecuniario a través de un programa informático que garantiza la privacidad. El programa está configurado de modo que se comparan los importes propuestos y se sugieren pujas ulteriores hasta alcanzar un porcentaje predefinido. La

operación de puja se circunscribe temporalmente y al alcanzar el porcentaje fijado, el sistema avisa las partes de que se ha alcanzado un acuerdo y comunica la cantidad fruto de la media aritmética de los últimos importes propuestos.

Assisted negotiation

En esta hipótesis, las partes en conflicto entran directamente en contacto a través de un sistema informático que, mediante fases sucesivas, proporciona a los usuarios una serie de soportes informativos: hipótesis de acuerdo, sugerencias útiles para poder alcanzar un acuerdo de forma proficua.

Mediation efectuada a distancia

Siempre a través de una conexión a distancia, los contendientes son seguidos por un tercer mediador que los guía y les aconseja con el fin de encontrar una solución que pueda ser aceptada por ambas partes en conflicto.

Arbitration efectuada a distancia

Siempre a través de un medio de comunicación a distancia, los litigantes confieren a un tercero un mandato para transigir (arbitraje de equidad). En la praxis difundida en los Estados Unidos, es el mismo programa informático el que localiza al árbitro que, a través del correo electrónico o de un *chat*, y de forma reservada, recibe la información sobre el caso y, en un tiempo breve preestablecido, formula una decisión basada en la equidad.

4. La necesidad de una evaluación funcional de las ADR y de las ODR

A nivel comunitario, no existen clasificaciones o descripciones de las estructuras que se pueden usar para resolver una controversia.

15. Sobre este tema, véase G. CASSANO. ADR (Alternative dispute resolution). En: *Transazione Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversia*. Turín, 2006, p. 480.

16. V. C. CAMARDI. *Metodi on line di risoluzione delle controversia*. Milán, 2006, p. 4 ss.

Además, en la reciente Directiva comunitaria del 2008 centrada en la mediación en las controversias transfronterizas¹⁷ falta una descripción de las técnicas y de los métodos de composición de las controversias.

Significativamente, en el art. 3, letra a) se establece que por «mediación» se entiende un procedimiento estructurado, independientemente de la denominación, en el que dos o más partes de una controversia intentan ellas mismas, voluntariamente, alcanzar un acuerdo sobre la resolución de la misma con la asistencia de un mediador.

A este respecto, parece útil recordar aquella doctrina¹⁸ que, al examinar el estudio de los casos de la relación jurídica, ha resaltado cómo una pluralidad de estructuras puede llegar a realizar una misma función. De la normativa comunitaria emerge una aproximación atenta al perfil funcional: se prescinde de la individuación de las tipologías de técnica resolutoria de las controversias para centrarse en el resultado del uso de dichas técnicas, es decir, la composición amistosa de la controversia.

En una perspectiva atenta al perfil funcional y a los intereses objeto de ADR u ODR, dichas relaciones se pueden configurar como procedimientos compuestos por una serie de actos, todos funcionalmente antepuestos a la superación de la disputa a través de soluciones amistosas no contenciosas.

El acuerdo final es el núcleo de una operación realizada recurriendo a una serie de relaciones funcionalmente conectadas entre sí.

El esquema de base prevé cuatro sujetos involucrados en diferentes aspectos y no siempre al mismo tiempo en diversas relaciones jurídicas. La primera relación está constituida por la denominada *res litigiosa*: se trata de la relación jurídica controvertida objeto de las ADR o de las ODR. La segunda relación es la del mandato sin representación con el que, conjuntamente, las partes confieren cada una el encargo a un tercero para que las ayude y las apoye en la búsqueda del acuerdo: se trata de un man-

dato colectivo al haber sido conferido por los dos litigantes por un interés común.¹⁹

En general, en el ordenamiento italiano, si las partes no establecen diversamente, operará la regla contenida en el art. 1726 del código civil, según la cual, a menos que no haya justa causa, la revocación del mandato se queda sin efecto si no la hacen todos los mandantes. La tercera relación es la que se instaura entre la sociedad o el organismo de conciliación y el conciliador seleccionado para conducir en concreto la mediación. La cuarta relación está constituida por la actividad de mediación en el verdadero sentido de la palabra, es decir, aquella actividad que el mediador explica para favorecer el acuerdo, que será fruto exclusivamente de la capacidad de autorreglamentar de las partes. En el caso de ODR, el encargo podría conferirse a una sociedad que facilite un *software* que ayude a las partes a llevar la mediación a buen puerto. El mediador es un prestador de servicios profesional que, por ejemplo, en Italia debe estar inscrito en un registro de entidades de conciliación acreditados por el Ministerio de Justicia.²⁰ Evidentemente, además de las reglas propias del mandato en la relación mediador-cliente, se aplican las reglas propias del ejercicio de las profesiones intelectuales. La individuación del régimen de responsabilidad, por lo tanto, requiere el examen de las reglas propias del mandato y de las propias de las profesiones intelectuales (p. ej. indemnización del daño sólo en casos de dolo o culpa grave del mediador).²¹ La actividad de mediación desarrollada por el profesional para favorecer la conciliación está reglamentada uniformemente en Europa: la Directiva 2008/52, de hecho, y la recomendación de 1998 distinguen algunos principios que deben caracterizar la labor del mediador: independencia, transparencia, eficacia, legalidad y competencia profesional en el uso de las técnicas de mediación. Los reglamentos de los organismos conciliadores deben, por lo tanto, prepararse a su vez para la actuación puntual de estos principios; el mismo legislador italiano, en el art. 60 de la ley delegada del 2009, insiste en estos aspectos cuando establece que el gobierno, con la publicación del decreto legislativo que pone en práctica la ley delegada, tiene que «prever, en el respeto del código deontológico, un régimen de incompatibilidad con

17. Se hace referencia a la Directiva 2008/52/CE del 21 de mayo del 2008, cit.

18. Sobre este tema, véase P. PERLINGIERI. *Remissione del debito e rinuncia al credito*. Nápoles, 1968, p. 71 ss.

19. El procedimiento de conciliación se puede poner en marcha también si lo solicita sólo una parte: en tal caso, el organismo de conciliación contacta con la otra parte y la invita a participar en el procedimiento.

20. La normativa de referencia está constituida por el art. 38 del proyecto de ley 17.1.2003, n.º 5.

21. Sobre este tema, véase A. FLAMINI. *La responsabilità del conciliatore*, en proceso de publicación.

el que garantizar la neutralidad, la independencia y la imparcialidad del conciliador en el desarrollo de sus funciones».²²

Proponer una taxonomía de los modos de resolución de las controversias atribuibles a las ADR o a las ODR parece, por tanto, útil para entender mejor las problemáticas concretadas para cada una de las estructuras problemáticas cuya solución está sujeta a la normativa aplicable en línea general a todas las formas de gestión de la controversia atribuible al concepto de mediación introducido por la Directiva 2008/52. De hecho, es significativo, con fines interpretativos y sistemáticos, tener en cuenta lo subrayado en el considerando n.º 8, donde se expresa, aunque tímidamente, el auspicio de que la legislación en materia de mediación pueda ser tomada como modelo en cada uno de los países miembros también para la gestión de controversias internas.²³

5. Descripción de las posibles variantes estructurales y funcionales de las formas de ADR y ODR.

Para favorecer la obra expositiva y clasificatoria, parece oportuno tomar prestadas las metodologías clasificatorias que se han desarrollado y difundido sobre todo en el sector del comercio electrónico. Esto se refiere a aquellas clasificaciones de los contratos telemáticos atentas a la individuación de la normativa sobre la base de los elementos involucrados por cada contrato (p. ej. transacción B2C, B2B, A2B, *peer to peer*, etc.).

Imitando esta técnica taxonómica del mundo de Internet, se puede proponer el siguiente esquema clasificatorio:

a) Con respecto al país en el que operan los sujetos de la relación jurídica determinada de la resolución de la controversia:

- ADR entre sujetos que operan en un mismo país con el mediador operando en el mismo país de los litigantes
- ADR entre sujetos que operan en países diversos con el mediador ubicado en el país de uno de los dos litigantes o en un país tercero

b) Con respecto a la tipología de los sujetos en disputa:

- ADR B2C
- ADR B2B
- ADR A2C
- ADR A2B
- ADR A2A
- ADR *person to person*

c) Con respecto al objeto de la controversia (usando las clasificaciones indicadas arriba)

- ADR en materia civil y comercial
- ADR en materia familiar
- ADR en materia administrativa
- ADR en materia penal

En este punto, la exposición de las posibles variantes determinadas por la variabilidad de los elementos que constituyen la relación jurídica, determinada por la resolución extrajudicial de la controversia, vuelve interesantes algunas reflexiones sobre la individuación de la reglamentación aplicable en cada caso.

En el caso de ADR entre sujetos que operan en el mismo país con el mediador que opera en el mismo país de los litigantes, es preciso examinar la normativa de referencia de aquel estado, prestando atención al cargo de los sujetos involucrados y al tipo de controversia.

Si luego la mediación se hace usando un programa informático, es necesario tomar en consideración la normativa aplicable a los contratos de uso del programa, así como a las reglas adoptadas específicamente por las ODR.²⁴

22. Art. 60, letra r) de la l. 69 del 2009, cit.

23. De hecho, el considerando n.º 8 dice: «Las disposiciones de la presente directiva se deberían aplicar solamente en la mediación de las controversias transfronterizas, pero nada debería prohibir a los estados miembros a aplicar tales disposiciones también a los procedimientos de mediación internos».

24. Según lo dispuesto por el art. 17 de la Directiva 2000/31/CE relativa a algunos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en el mercado interno, con especial referencia al comercio electrónico, del 8 de junio del 2000 (DOUE L 178 del 17 de julio del 2000, p. 1) «los estados miembros toman medidas para que su legislación no obstaculice el uso, también por vías electrónicas adecuadas, de los instrumentos de composición extrajudicial de las controversias previstos por el derecho nacional». En Italia se aplica la normativa adoptada por el proyecto de ley 70/2003 combinada con las de materia de tutela del consumidor en los contratos a distancia, en caso de relaciones B2C.

Si, en cambio, nos encontramos frente a un caso connotado de la internacionalidad, si se opera en el ámbito de la UE, se aplicarán las reglas introducidas por la Directiva 2008/52 sobre la mediación y todas las reglas que se aplican en cada caso adoptando el Reglamento Roma²⁵ o la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

La presencia de un consumidor vuelve a poner en vigor todas las normas a él dedicadas: significativamente, para la mediación servirán como guía también interpretativa las reglas introducidas por la Recomendación de 1998²⁶ relativa a los principios aplicables a los órganos responsables para la resolución extrajudicial de las controversias en materia de consumo y las adoptadas en la Recomendación del 2001²⁷ dedicada a la solución de las controversias de los consumidores en las relaciones transfronterizas. En especial, es preciso tener presente que la decisión del órgano no puede ser la de privar al consumidor de la protección que le garantizan, en el caso de controversias de carácter interno, las disposiciones del estado en el territorio en el que se creó el órgano y, en el caso de controversias transfronterizas, las disposiciones imperativas de la ley del estado miembro en el que el consumidor reside habitualmente, en los casos previstos por el art. 5 de la Convención de Roma del 1980, hoy art. 16 del Reglamento Roma I.

6. Orden público y disponibilidad de los derechos como normas barrera y parámetros de mérito de las formas de conciliación

Por lo que se refiere al objeto de la controversia, cabe precisar que todas las formas de resolución de las controversias tienen que llegar a acuerdos cuyo contenido no contraste con el orden público. También en la Directiva

2008/52, en el art. 1, se establece que la mediación no puede operar «para los derechos y las obligaciones no reconocidos a las partes por la pertinente ley aplicable». Es lógico que el carácter indisponible de un derecho vuelva el mismo no deducible en mediación. En el art. 6 de la misma Directiva, también se dispone que no se conceda ejecutividad al acuerdo si «el contenido del acuerdo es contrario a la ley del estado miembro en el que se presenta la solicitud o si la ley de dicho estado miembro no prevé la ejecutividad».

Si nos fijamos, por ejemplo, en la situación italiana, una correspondencia útil puede venir del uso de los resultados a los que han llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de transacción, contrato causalmente preparado para la pacificación sustancial de las partes. La indisponibilidad del derecho constituye categoría normativa fundamental expresamente contemplada por el ordenamiento italiano en el art. 1966 cód. civ. y ahora acogida por el art. 60 de la nueva ley n.º 69 del 18 de junio del 2009.²⁸ Sobre la base de este artículo, en los próximos meses, el gobierno italiano deberá introducir una disciplina que incentive el uso de la mediación finalizada a la conciliación en todo el sector civil y comercial, extendiendo el contenido de la normativa actual que lo prevé prevalentemente en el sector societario. De hecho, el susodicho art. 60 impone al Gobierno prever que la mediación, con fines a la conciliación, tenga por objeto controversias sobre derechos disponibles. El concepto de *indisponibilidad*, no definido por el legislador, es, a su vez, individuado en el contenido gracias a la actividad hermenéutica. ¿Cuáles son las materias indisponibles?

Para responder a la cuestión, es inevitable la conexión con el concepto de *orden público* que puede hacer las veces de parámetro de validez de la actividad de los particulares. El fruto del ADR o del ODR es un acuerdo destinado a vincular partes ubicadas en uno o más estados. Sobre la base de la ley aplicable, localizable en el Reglamento Roma I o en la Convención de Roma, se establece

25. Se trata del Reglamento 593/2008 del 17 de junio del 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, publicado en el DOUE, 4 de julio del 2008, L 177, p. 6.

26. Se trata de la Recomendación 1998/257/CE del 30 de marzo de 1998, COM 1998 (198) def., publicada en el DOUE L 115 del 17 de abril de 1998.

27. Se hace referencia a la Recomendación del 4 de abril del 2001, COM 2001 (161), publicada en el DOUE L 109 del 19 de abril del 2001.

28. Se trata de la ley sobre las disposiciones para el desarrollo económico, la ejemplificación, la competitividad además en materia de proceso civil, publicada en el Diario Oficial. n.º 140 del 19 de junio del 2009 - S.O. n.º 95.

cerá cuál es la ley aplicable a la relación controvertida y, sobre la base del concepto de orden público operante en dicha ley, se podrá verificar la disponibilidad o no del derecho. En el caso de que todos los sujetos de la relación se encuentren en un mismo país, no surgen problemas especiales de individuación de la ley aplicable. En cambio, si el mediador opera en un estado distinto al de los litigantes o del de uno de los dos litigantes, la transnacionalidad del caso requiere una respuesta en términos de ley aplicable. La reglamentación incluida en la Directiva 2008/52 es demasiado escasa y sólo contempla los principios generales que deben regular la actividad del mediador. En concreto, las partes pueden acogerse a la libertad de elección atribuida por el Reglamento Roma o, a falta de opciones, la relación de mediación será gobernada por la ley del mediador en cuanto prestador de servicios y parte que eroga la prestación característica. Si el contrato es gobernado por la ley del país del mediador, es preciso reflexionar sobre la necesidad de que, de todas maneras, operen por un lado los límites de orden público de las leyes de los países de los litigantes y, por el otro, que se garanticen los derechos que la ley hubiera acordado al consumidor de su país de todas maneras. El intérprete debe vigilar sobre la praxis contractual para que la triangulación de la

relación de mediación no se transforme en una ocasión de elusión de las normas de protección de las partes débiles de la relación o de un rodeo de las normas barrera basadas en el orden público. A este respecto, parece útil considerar posible que el acuerdo transaccional, fruto de la mediación, en el caso de que tuviera por objeto los derechos indisponibles, determinara la invalidez de la misma relación de mediación. Con tal propósito, parece posible extender a este sector los resultados a los que ha llegado la jurisprudencia y la doctrina italiana con referencia al contrato de mediación que tiene por objeto un contrato ilícito o nulo por falta de causa.²⁹ Sólo aparentemente, el sector civil y comercial podría resultar exento de dichas problemáticas: nuevos acuerdos y nuevos bienes ponen, en cambio, cada vez más difícil la individuación de la frontera del disponible y del no disponible. Hay que tener en cuenta los acuerdos sobre controversias inherentes al alquiler de úteros y al uso de las células humanas, las relaciones personales entre personas que conviven o las relaciones padre-hijo. Sólo un análisis estructural y funcional correcto de los fenómenos ADR y ODR, junto con el control constante de la praxis y de los códigos de conducta, dará lugar a una solución precisa de los numerosos problemas que plantea el uso de dichas técnicas de composición de las controversias.

Cita recomendada

RUGGERI, Lucia (2010). «ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres». En: «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 10. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-ruggeri/n10-ruggeri>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.es>>

29. Sobre este tema, véase D. IANNELLI. «La mediazione». En: *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, 2007, p. 68.

Sobre la autora

Lucia Ruggeri
lucia.ruggeri@unicam.it

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Camerino (UNICAM) y directora de la Escuela de Especialización en Derecho Civil. Profesora del máster de Derecho del comercio electrónico en Roma y del máster de Mediación familiar en la Universidad de Macerata. Miembro del Consejo del Centro Interdepartamental de Investigación del Derecho Civil en la legalidad constitucional de la Universidad de Camerino. Su ámbito de investigación se centra en las nuevas tecnologías, el mercado telemático y su impacto en la práctica civil y mercantil.

Scuola di Specializzazione in Diritto Civile (UNICAM)
Largo Pierbenedetti 4
62032 Camerino (MC), Italia