



GlobalMediation.com

2014

Global Mediation Rio 2014

Coleção e.ISBN: 978-85-98144-41-2

MEDIAÇÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO

MEDIATION AND COSTUMERS-BUSINESS CONFLICTS

Organização:

Cássius Guimarães Chai

Coordenação:

Aníbal Zárate



e.ISBN – 978-85-98144-44-3



Parceiros Oficiais



GOVERNO DO
ESTADO DO
RIO DE JANEIRO



PREFEITURA
DA CIDADE DO
RIO DE JANEIRO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Estado do Rio de Janeiro



SECRETARIA
DE SEGURANÇA



Instituto dos Magistrados
do Brasil



Jornal da Justiça



Apoio Institucional



SNUJ - SECRETARIA
NACIONAL DO CONSUMIDOR



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Poder Judiciário do Rio de Janeiro



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Rio de Janeiro



FUNDAÇÃO GETÚLIO
VARGAS



UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE



Faculdade de
Direito de Vitória



Universidad
Externado
de Colombia



CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
Organizador Editorial

Mediação e Relações de Consumo

MEDIATION AND CONSUMERS-BUSINESS CONFLICTS

Global Mediation
Rio 2014

Global Mediation Rio

Visão

Propiciar o debate intercultural e transdisciplinar sobre outras metodologias na resolução de conflitos e uma reflexão crítico-construtiva do acesso à justiça e fortalecimento da cidadania.

Missão

Discutir os mecanismos de resolução de conflitos e fortalecer o sentimento de pertencimento e de identidade constitucional.

CONSELHO ACADÊMICO

Ministro Marco Aurélio Buzzi – STJ
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – STJ
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – STJ
Desembargador Fabio Dutra – TJRJ
Desembargador Guaraci de Campos Vianna – TJRJ
Desembargador Roberto Guimarães – TJRJ
Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ – Advogado
Desembargador Federal Fausto De Sanctis – TRF3
Desembargador Federal Luiz Stefanini – TRF3
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Desembargador Fábio Dutra – TJRJ
Desembargador Guaraci Vianna – TJRJ
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

CONSELHO CIENTÍFICO EDITORIAL – FORÚM GLOBAL MEDIATION RIO 2014

Doutor Adolfo Braga Neto – Brasil, PUC
Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno – Paraguay, Universidad Colombia

ASSISTENTES EDITORIAIS

Denisson Gonçalves Chaves
Heloisa Resende Soares

Professor Doutor Alexandre de Castro Coura – Brasil, FDV
Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia – Brasil, UFOP
Professor Doutor Anibal Zárate Pérez – Colombia, Universidad Externado
Professora Doutora Artenira da Silva e Silva Sauaia – Brasil, UFMA
Professora Doutora Bianka Pires André – Brasil, UENF
Professor Doutor Cássius Guimarães Chai – Brasil, UFMA
Professor Doutor Christian Djefal – Alemanha, Universidade de Berlim
Professor Doutor Daury Cesar Fabriz – Brasil, FDV
Professor Doutorando Décio Nascimento Guimarães - Brasil
Professora Doutora Elda Bussinguer – Brasil, FDV
Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho – Brasil, UFMA
Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas – Portugal/Argentina/ Brasil, Universidade do Porto/USP
Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – Brasil, Universidad de Salamanca
Professora Mestranda Mariana Lucena – Brasil, UFMA/UFPA
Doutor Michel Betenjane Romano – Brasil, CNMP
Professor Doutor Raphael Vasconcelos – Brasil, URFF
Professor Doutor Samuel Brasil – Brasil, FDV
Professor Doutor Weliton Sousa Carvalho – Brasil, UFMA

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Dr. Décio Nascimento Guimarães

SECRETÁRIO GERAL

Jornalista Luiz Maurício - Idealizador do Evento e Editor
Chefe do Jornal da Justiça

Projeto Gráfico – Cássius Chai

CATALOGAÇÃO NA FONTE: BIBLIOTECA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Mediação e Relações de Consumo/Cássius Guimarães Chai (org.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Inclui Bibliografia

e.ISBN COLEÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014 - ISBN: 978-85-98144-41-2

e.ISBN: 978-85-98144-44-3

1. Mediação. 2. Relações-consumo. 3. Consumidor. I. Chai, Cássius Guimarães
151p.

CDD 342.14551

342.53

340.5 / 342.6643

CDU 346.54

Livro Publicado pelo Jornal da Justiça, pelo Ministério Público do Estado do Maranhão e pelo Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-98144-44-3



9 788598 144443

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução total ou parcial desta obra, desde que citada a fonte e não se destine à venda ou outra finalidade comercial. **As pesquisas apresentadas refletem as opiniões exclusivamente de seus autores, e não as dos editores.**

copyrights@jornaldajustica2014

Coordenação:

Professor Doutor Aníbal Zárate

Filiação Institucional

Universidad Externado de Colombia

E-mail

anibalzarate@globalmediationrio.org

CV

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en derecho constitucional, de un diploma en derecho comparado y de un máster en derecho público interno de la Universidad de Paris II, Panthéon – Assas. Doctor en derecho de la pública de la misma universidad, con la máxima calificación del jurado y una mención del Consejo Científico de la Universidad de Paris II. Ha sido consultor en temas de derecho público económico, de derecho de la competencia y del derecho de consumo de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actualmente es docente e investigador, Editor de la Revista digital y Director de investigaciones del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Asesor Jurídico Externo de la Red Nacional de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

NOTA DO ORGANIZADOR

O presente volume *Mediação e Relações de Consumo*, integra a **Coleção Acesso à Justiça** Global Mediation Rio 2014, fórum mundial realizado na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 24 e 28 de Novembro de 2014, oportunidade em que se congregaram representantes de vinte e seis países com o objetivo de pensar o Sistema de Justiça a partir da premissa da solução alternativa dos conflitos e sua correlação com a jurisdição: Brasil; Portugal; Estados Unidos; França; Alemanha; Itália; Espanha; Hungria; Egito; Paraguai; Argentina; Uruguai; Chile; Turquia; Suécia; China; Japão; Canadá; Bulgária; Cabo Verde; Moçambique; Inglaterra; Colômbia; Angola; Irlanda e Austrália.

É importante registrar **os impactos** acadêmico e institucional que o Global Mediation Rio 2014 propiciou; e, enquanto programa permanente, passa a integrar o calendário mundial sobre a temática Mediação e Jurisdição em seus mais variados matizes sobre os conflitos sociais.

O enlace com os Poderes Judiciários Estaduais e da União, com o Conselho Nacional de Justiça, com as Cortes Superiores Nacionais e Cortes Estrangeiras, dentre estas com membros da Corte Europeia de Direitos Humanos, do Poder Judiciário da República do Paraguai, do Conselho de Direitos Humanos da República da França, com Instituições essenciais à Administração da Justiça, tais como o Ministério Público Brasileiro, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil seccional RJ, em conjunto com pesquisadores de vários centros de excelência na pesquisa e no ensino Jurídicos, nacionais e estrangeiros, dentre os quais a Universidade de São Paulo, a Universidade Federal de Ouro Preto, a Universidade Externado da Colômbia, o Instituto de Ciências Sociais Chinês, a Faculdade de Direito de Vitória, a Universidade Colombia do Paraguai, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a Universidade do Porto, do Grupo de Ensino Devry Brasil, da Universidade do Cairo, da Georgetown University, da American University, da Universidade Católica do Chile, da Universidad O'Higgins do Chile, da Universidad de Salamanca, da Universidad del Chile, da Central European University, da Universidad de Córdoba, da Universidade Nova de Lisboa, da Universidad de Guadalajara, da Universidad Rey Juan Carlos – Madrid, da Universidad de Buenos Aires, da FAPESP, do Instituto Ibero-americano de Saúde e Cidadania, do Grupo de Magistrados Europeus de Mediação, da Universidad de Los Andes – Colombia, da ODR – Latinoamérica, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, do Instituto de Mediação da Irlanda, a Universidade Estadual do Norte Fluminense, e de áreas afins, como a Psicologia, a Educação, as Ciências Políticas, o Serviço Social, bem demonstram as múltiplas possibilidades de inserção, de cooperação e de articulação nascidas no seio do Global Mediation Rio com os setores da sociedade civil e governamentais, a exemplo do Instituto dos Magistrados do Brasil, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Secretaria Extraordinária da Reforma do Poder Judiciário. O Global Mediation Rio sob iniciativa do Jornal da Justiça e com o apoio do Ministério Público do Estado do Maranhão, do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério da Justiça, do Governo do Estado do Rio de Janeiro e da Prefeitura do Rio de Janeiro, pode, no consórcio de toda equipe, cumprir seus objetivos descortinados em sua visão e em sua missão.

O conteúdo de cada texto é de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores, bem como a revisão final individual.

Neste volume, os textos resultam dos trabalhos desenvolvidos no Grupo de Trabalho Mediação e Relações de Consumo sob direta coordenação do insigne professor Doutor Anibal Zárate.

Há sempre desafios, não se pode esmorecer.

Boa leitura!

Cássius Guimarães Chai
Conselho Científico Editorial

PRESENTACIÓN

El acceso a la justicia como derecho fundamental impone el deber de ofrecer y garantizar a los individuos la posibilidad de acudir y resolver las controversias que surjan con otros individuos u organizaciones y con el mismo Estado, con aras a obtener una resolución motivada, ajustada a derecho, y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la ley. Este derecho fundamental adquiere una connotación particular tratándose de las relaciones de consumo por la especial posición que en ellas tiene una de las partes, el consumidor o parte débil de la relación. A esto se suma la desproporción que puede existir entre el interés económico de la reclamación y los costos que asume el consumidor para verla satisfecha.

Esta situación ha reclamado en los últimos años reformas constantes a los regímenes de protección de los consumidores, así como una atención especial para los litigios derivados de las transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos sus intereses. Pues, aún cuando individualmente esos litigios menores puedan tener un impacto o trascendencia mínimos, el efecto real es que un gran colectivo se ve desanimado a defender sus derechos, por lo que el resultado puede ser, bajo este enfoque, un fracaso de los mecanismos jurisdiccionales y administrativos existentes de protección de los consumidores. Dentro de las iniciativas que buscan asegurar un mejor acceso a sistemas eficaces de defensa de sus derechos se encuentran las propuestas que ven en los mecanismos alternativos de solución de controversias (*alternative dispute resolution* – ADR –) un cauce rápido, simple y menos costoso de protección.

La mediación como modo de acceso a la justicia, en un sentido genérico permite englobar diversos métodos de solución amigables de litigios que se designan de formas diversas, pero que tienen en común el recurso a un tercero para facilitar el arreglo. Esta definición amplía es la que hemos adoptado para presentar los trabajos de la presente obra, que por lo demás tiene el mérito de ser clara, simple y de facilitar la comparación entre los sistemas jurídicos que se exponen. Integran en consecuencia el objeto de estudio de la mediación en las relaciones de consumo todo proceso de mediación convencional o extrajudicial en el que participe un tercero “neutral”. De ahí que los canales de atención en las empresas para tratar peticiones quejas y reclamos (PQR), donde el proceso no hace alusión a un procedimiento de mediación facilitado por un tercero neutral o independiente, no estén por ejemplo cobijados por esta definición.

Si la mediación, así entendida, se muestra *a priori* como un instrumento adecuado de tutela para la satisfactoria terminación de los conflictos en materia de consumo, es sobre su alcance actual que los cuestionamientos persisten. A pesar de tratar sistemas jurídicos y sectores profesionales diferentes, las contribuciones que integran esta obra responden a la pregunta común de cómo racionalizar el diseño de esta herramienta. Las reflexiones de los autores apuntan en primer lugar al respeto de criterios de calidad predicables tanto de los mediadores como del proceso de mediación, a través de una actuación pública sea en las actividades de evaluación y control del mecanismo, sea *ex ante* en la etapa de organización del mismo, o incluso con la conformación de un servicio público de mediación a cargo de la

administración, prestado de forma gratuita por autoridades del orden nacional o descentralizadas territorialmente, y haciendo uso de nuevas tecnologías y mecanismos en línea de solución de controversias (ODR). Se busca por ende determinar el lugar de la mediación en las relaciones de consumo, con el propósito de extraer una serie de orientaciones posibles sobre el diseño de la institución. Para esto, el ejercicio de comparación aquí propuesto abarca tanto el régimen transversal, como aquel propio de ciertos sectores económicos que involucran categorías especiales de consumidores.

Una provechosa lectura,

ANÍBAL ZÁRATE

GT Mediación y relaciones de consumo

Sumário

| | |
|---|----|
| NOTA DO ORGANIZADOR..... | 6 |
| PRESENTACIÓN..... | 7 |
| GRUPO DE TRABAJO MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO | 13 |
| LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA | 15 |
| MEDIATION IN CONSUMER CONFLICTS IN THE LEGISLATION OF THE EUROPEAN UNION AND SPAIN | 15 |
| A MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DO CONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E ESPANHOLA..... | 15 |
| 1. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO | 16 |
| 1.1. La Unión Europea | 16 |
| 1.2. España | 19 |
| 2. INSTRUMENTOS DE CANALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN ESPAÑA..... | 21 |
| 2.1. Concepto y vías de acceso..... | 21 |
| 2.2. La mediación dentro de la tramitación de las Hojas oficiales de Reclamaciones de Consumo..... | 22 |
| 2.3. La mediación en el seno del Sistema Arbitral de Consumo | 23 |
| 2.4. La mediación por asociaciones de consumidores | 24 |
| 2.5. La mediación en el seno de Códigos de Conducta | 24 |
| 3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO Y EFICACIA DEL ACUERDO, EN SU CASO, ALCANZADO..... | 26 |
| 3.1. Ámbito objetivo..... | 26 |
| 3.2. Eficacia del acuerdo y su formalización..... | 27 |
| 4. EXIGENCIAS PREDICABLES DE LA PERSONA MEDIADORA..... | 27 |
| 5. EXIGENCIAS PREDICABLES DE LA ENTIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA | 29 |
| 6. EXIGENCIAS PREDICABLES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN | 29 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 31 |
| LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA INFORMAL EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO EN COLOMBIA..... | 33 |

| | |
|---|----|
| MEDIATION AS AN INFORMAL ALTERNATIVE IN COLOMBIAN CONSUMER CONFLICTS | 33 |
| A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS DO CONSUMO NA COLÔMBIA | 33 |
| INTRODUCCIÓN | 34 |
| I. LAS CONDICIONES DE LA MEDIACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO | 39 |
| 1.1 Las condiciones de la mediación como procedimiento para la solución de los conflictos de consumo. | 40 |
| 1.2 Las condiciones del acuerdo de mediación. | 44 |
| II. LAS FÓRMULAS DE MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO. | 47 |
| 2.1 Las fórmulas privadas de mediación en conflictos de consumo | 48 |
| 2.2 Las fórmulas públicas de mediación en conflictos de consumo | 50 |
| CONSIDERACIONES FINALES | 52 |
| BIBLIOGRAFÍA | 54 |
| A MEDIAÇÃO E A TUTELA ADMINISTRATIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: o exemplo do portal consumidor.gov.br | 57 |
| LA MEDIACIÓN E LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO: la experiencia del portal consumidor.gov.br | 57 |
| THE MEDIATION AND ADMINISTRATIVE PROTECTION FOR COSTUMERS: the government ODR experience consumidor.gov.br | 57 |
| INTRODUÇÃO | 58 |
| 1. BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL..... | 58 |
| 2. O DIREITO DO CONSUMIDOR: DEFINIÇÕES LEGAIS E DOUTRINÁRIAS..... | 62 |
| 3 A TUTELA ADMINISTRATIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E A MEDIAÇÃO | 63 |
| 3.1 O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor | 63 |
| 3.2 O instituto da mediação | 63 |
| 3.3 A mediação como mecanismo de resolução de conflitos nas relações de consumo..... | 64 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 69 |
| REFERÊNCIAS..... | 70 |
| LA MEDIACIÓN EN MATERIA DEL CONSUMIDOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA | 73 |
| COSTUMERS' MEDIATION ON TELECOMUNICATIONS CASES IN COLOMBIA..... | 73 |

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 73 |
| 1 NATURALEZA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL USUARIO Y EL PROVEEDOR DE TELECOMUNICACIONES | 76 |
| 2 MAYORES CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA | 78 |
| 3 EL MODELO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA COLOMBIANO DE TELECOMUNICACIONES | 80 |
| 3.1 El procedimiento de resolución de PQR..... | 80 |
| 3.2 Los procedimientos administrativos ante la Superintendencia de Industria y Comercio | 80 |
| 3.3 Los procedimientos judiciales ante la Superintendencia de Industria y Comercio | 81 |
| CONCLUSIONES: LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO..... | 82 |
| BIBLIOGRAFÍA | 85 |
| MEDIAÇÃO EM CONTRATOS DE PLANOS E DE SEGUROS DE SAÚDE | 86 |
| HEALTH INSURANCE CONTRACTS MEDIATION | 86 |
| MEDIACIÓN EN CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD..... | 86 |
| REFERÊNCIAS..... | 97 |
| MECANISMOS ALTERNATIVOS Y TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN RELACIONES DE CONSUMO FINANCIERO, BURSÁTIL Y ASEGURADOR: MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN O JURISDICCIÓN..... | 99 |
| ALTERNATIVE AND TRADITIONAL DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS FOR FINANCIAL, INSURANCE AND STOCK-BROKERING CONSUMER RELATIONS: MEDIATION, CONCILIATION AND JUDICIAL ACTIONS. | 99 |
| INTRODUCCIÓN | 100 |
| 1 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SECTOR FINANCIERO, ASEGURADOR Y BURSÁTIL. 102 | |
| 1.1 ACCIONES O MECANISMOS CONTRA EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DEL EXTREMO DOMINANTE DE LA RELACIÓN ECONÓMICA DE CONSUMO..... | 102 |
| 2 EL DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO Y SU ROL FRENTE A LOS MASCS: MEDIADOR O CONCILIADOR | 104 |
| 2.1 ACCIÓN DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA..... | 108 |

| | |
|---|-----|
| CONCLUSIONES | 114 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 115 |
| LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS .. | 119 |
| A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇAS | 119 |
| THE ADMINISTRATION OF MEDIATION ON TRANSBORDERS COSTUMERS TRANSACTIONS ... | 119 |
| INTRODUCCIÓN | 120 |
| 1. MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA MEDIACIÓN..... | 122 |
| 2. DERECHOS DEL CONSUMIDOR..... | 124 |
| 3. MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS..... | 128 |
| CONSIDERACIONES FINALES | 133 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 134 |
| RELATORÍA GRUPO MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO | 137 |
| PROGRAMAÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014 | 140 |
| CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA | 149 |

GRUPO DE TRABAJO MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO

Presentación

I. Parte general – La mediación en los conflictos derivados de relaciones de consumo

1. La mediación en conflictos de consumo en la legislación de la Unión europea y en España
2. La mediación como alternativa informal en los conflictos de consumo en Colombia
3. A mediação e a tutela administrativa nas relações de consumo: o exemplo do portal Consumidor.gov.br

II. Parte especial – La mediación en conflictos derivados de relaciones especiales de consumo

1. La mediación en materia del consumidor de las telecomunicaciones en Colombia
2. Mediação em contratos de planos e de seguros de saúde
3. Mecanismos alternativos y tradicionales de resolución de conflictos en relaciones de consumo financiero, bursátil y asegurador: mediación, conciliación o jurisdicción
4. La Mediación y su aplicación en las relaciones de consumo transfronterizas

Relatoría grupo mediación y relaciones de consumo

I. PARTE GENERAL –

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

MEDIATION IN CONSUMER CONFLICTS IN THE LEGISLATION OF THE EUROPEAN UNION AND SPAIN

A MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DO CONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E ESPANHOLA

Manuel Izquierdo Carrasco¹

Resumen: los ADR y la mediación en particular han demostrado ser un instrumento muy útil para la efectiva protección de los derechos de los consumidores y para la consecución de un verdadero mercado interior en el seno de la Unión Europea. La ponencia analiza las diversas vías institucionalizadas de acceso a la mediación de consumo existentes en España y pone de manifiesto el lugar preeminente que ocupa la mediación prestada por órganos administrativos como un verdadero servicio público. Se analizan aspectos relevantes del régimen jurídico de la mediación de consumo, exponiendo los requisitos que deben concurrir en un conflicto para poder ser sometido a mediación y los supuestos excluidos; así como la eficacia del acuerdo alcanzado. También se desarrollan las exigencias predicables de la persona mediadora; los deberes, fundamentalmente vinculados con los principios de accesibilidad y transparencia, de las entidades en que esas personas se insertan; y los requisitos del procedimiento de mediación. Todo ello permite aprehender la realidad de la mediación de consumo en España y los aspectos jurídicos más relevantes de la reciente regulación de la Unión Europea, como su apuesta por la resolución *on line* (ODR), que seguro que dará sus frutos en los próximos años.

Abstract: Mediation have proven to be a useful tool for real and effective protection of consumer rights and the achievement of a genuine internal market at the European Unión. This paper discusses the various paths for institutionalized mediation in Spain and highlights the preeminent place of mediation by administrative agencies, provided as public service. Relevant aspects of the legal framework are analyzed, such as the conditions for consumer mediation, the disputes excluded, and the effectiveness of the mediation agreement. The exam of mediation also encompasses the conditions for mediators, the principles of transparency and openness and the most important aspects of the recent European Union regulations on the matter of Online Disputes Resolutions (ODR), which will pay off in upcoming years.

Palabras clave: sistemas alternativos de resolución de conflictos; arbitraje; mediación; consumo; consumidor; conflicto; Unión Europea; España; Hojas de Reclamaciones.

Key words: alternative dispute resolution; arbitration; mediation; consumption; consumer; conflict; European Union; Spain; claim and complaint forms.

Resumo: Os MARCs e a mediação em particular tem demonstrado ser instrumentos muito uteis para a efetiva proteção dos direitos dos consumidores e para a consecução de uma verdadeiro mercado comum europeu. O presente texto analisa as diverssas vias institucionalizadas de acesso à mediação das relações de consumo existentes na Espanha e ressalta o lugar proeminente da mediação realizada por órgãos administrativos como um

¹ Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba, España. Miembro del Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de investigación del Plan Nacional "La nueva intervención administrativa en la economía", DER2012-35269, Ministerio de Economía y Competitividad. Autor de varias publicaciones en materia de Derecho del Consumo.

verdadeiro serviço público. Analisam-se aspectos relevantes do regime jurídico da mediação nas relações de consumo, expondo o requisitos que devem ser observados em um conflito para ser admitido ao procedimento da mediação e os que devam ser excluídos, bem como a eficácia do acordo alcançado. Também se abordam as habilidades necessárias a um mediador, os deveres, especialmente aqueles relacionados aos princípios da acessibilidade e transparência, e das instituições de mediação e seus procedimentos. Tudo isto visando apreender a realidade da mediação das relações de consumo na Espanha e os aspectos jurídicos mais relevantes da novel regulação da União Europeia, como a ferramenta pela resolução online (ODR), que certamente dará frutos nos próximos anos.

Palavras chave: sistemas alternativos de resolução de conflitos; arbitragem; mediação; consumo; consumidor; conflito; União Europeia; Espanha; Fichas de Reclamação.

Dado el contexto en el que se inserta este trabajo, un Congreso Internacional sobre la mediación, no parece que sea procedente ocuparse en el mismo, para evitar reiteraciones, del concepto de mediación o de aquellos principios fundamentales, como la voluntariedad, que constituyen su esencia. Por el contrario, nuestro objeto será el análisis de los aspectos particulares o característicos de la mediación de consumo. Para ello, comenzaremos con una exposición del marco normativo de la mediación de consumo en la Unión Europea y en España; continuaremos con el análisis de las distintas vías institucionalizadas para la puesta en marcha de actividades de mediación; y finalizaremos con el estudio de una serie de notas especialmente relevantes de su régimen jurídico (ámbito objetivo; eficacia del acuerdo; exigencias predicables de la persona mediadora; exigencias predicables de la entidad de resolución alternativa; y las exigibles al propio procedimiento de mediación).

1. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO

1.1. La Unión Europea

El art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) establece que la Unión debe contribuir a lograr un alto nivel de protección de los consumidores. En particular, el precepto se refiere a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos; así como al derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. En lo que ahora interesa, dos son los aspectos de este precepto que deben destacarse:

- En primer lugar, no incluye mención alguna a los instrumentos o mecanismos, incluidos los de carácter procesal o judicial, destinados a la protección de esos derechos de los consumidores.

- En segundo lugar, la conexión que establece, a efectos de delimitar el alcance de las competencias de la Unión Europea en esta materia y las medidas que la misma pueda adoptar, entre la protección de los consumidores y la realización del mercado interior² (ex art. 169.2 TFUE).

A pesar de ese silencio en el TFUE –y en los Tratados constitutivos precedentes– hacia los mecanismos de acceso de los consumidores a la justicia y la resolución de conflictos, desde los años 90, las instituciones comunitarias pusieron de manifiesto la importancia de estos mecanismos para una efectiva protección de los consumidores y,

² El art. 26.1 TFUE establece que “el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

en particular, iniciaron una apuesta por el recurso a los Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR, por sus siglas en inglés) como herramientas eficaces al servicio de los consumidores europeos. A este respecto, la Comisión Europea, en su Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, publicado en el año 1993³, analizó los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos y, dentro de su Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo (1996)⁴ incluyó el recurso a los ADR.

Esta apuesta por los ADR y, dentro de ellos, por la mediación parte de dos premisas:

- La desproporción generalmente existente en materia de consumo entre el volumen económico del asunto –habitualmente escaso– y el coste de un eventual litigio judicial. Además, a esta desproporción se añade la complejidad inherente a esta última vía. Estas circunstancias llevan a que el consumidor no esté dispuesto en la mayoría de las ocasiones a acudir a la vía judicial para resolver sus conflictos en este ámbito.

- El hecho de que el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación y la globalización del mercado ha supuesto un crecimiento exponencial de los contratos de consumo transfronterizos en el seno de la Unión Europea. En estas relaciones transfronterizas, las dificultades de índole económica para acceder a un hipotético proceso judicial se multiplican y, a las mismas, se añaden otras trabas de índole lingüístico o de diversidad de modelos jurídicos. Elementos todos ellos disuasorios que, dicho sea de paso, también suponen un obstáculo para la propia construcción de un verdadero mercado interior en el seno de la Unión Europea.

Con estas premisas, los ADR pueden suponer una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos e intereses vulnerados de los consumidores y contribuir igualmente a la consecución de un verdadero mercado anterior. A pesar de ello, la intervención de las instituciones de la Unión Europea en este ámbito ha mantenido durante muchos años un perfil bajo –*soft law*–, que se ha limitado a un par de Recomendaciones y a la creación de redes europeas de comunicación⁵:

- Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE)⁶. Esta Recomendación tiene como destinatarios a los ADR en los que la intervención de un tercero es activa, esto es, el mismo debe emitir una solución al conflicto. Por tanto, no es aplicable a la mediación.

- Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE)⁷. Esta Recomendación tiene como destinatarios a los ADR en los que el tercero se limita a facilitar el acercamiento entre las partes para que sean ellas mismas las que encuentren una solución al conflicto. Por tanto, sí es aplicable a la mediación.

³ COM (93) 576, 16 de noviembre de 1993.

⁴ COM (96) 13 final, 14 de febrero de 1996.

⁵ Esta situación contrasta con otras actuaciones, de puro carácter normativo, adoptadas por las instituciones comunitarias en lo relativo al derecho de acceso de los consumidores a la justicia: por ej., la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁶ DOCE L n° 115, de 17 de abril de 1998.

⁷ DOCE L n° 109, de 14 de abril de 2001.

- La creación de dos redes europeas que facilitan la comunicación de los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos existentes en los distintos Estados Miembros de la Unión Europea y el conocimiento de los mismos por parte de los consumidores. La primera, la red extrajudicial europea (EEJ-NET)⁸, cuyo objetivo fundamental era el establecimiento de una base de datos con las entidades que cumplieran los requisitos de la Recomendación 98/257/CE y la creación de puntos nacionales de contacto para el intercambio de información y facilitar a los consumidores la presentación de reclamaciones. Esta red se integra en la actualidad en la Red de Centros de Consumo Europeo (ECC-Net), que fue creada en 2005 por la Comisión Europea. La segunda, la red extrajudicial para la resolución de litigios en el sector de los servicios financieros (FIN-NET), creada por la Comisión Europea en febrero de 2001⁹.

Ha de esperarse a tiempos más recientes para encontrar actuaciones de mayor intensidad y carácter normativo por parte de las instituciones de la Unión Europea. Así, sin perjuicio de algunas previsiones o menciones particulares en algunas Directivas reguladoras de concretos sectores relevantes para la protección de los consumidores¹⁰, las disposiciones normativas más importantes por su alcance general son las siguientes:

- Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹. Esta Directiva establece un marco para los sistemas de mediación en la Unión Europea en los litigios transfronterizos, aunque admite que los Estados Miembros extiendan sus previsiones también a los sistemas internos de mediación. No obstante, el Considerando nº 11 establece que esta Directiva “no debe aplicarse a... los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo”. En la misma línea, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que es la que incorpora al ordenamiento español la mencionada Directiva, establece en su artículo 2 que quedan excluidos de su ámbito de aplicación “la mediación en materia de consumo”¹².

⁸ Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE C nº 155, de 6 de junio).

⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm

¹⁰ Por ej., la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE L nº 178, de 17 de julio de 2000). Su art. 17, precisamente titulado “Solución extrajudicial de litigios”, establece que “los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas” y que también “alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas”. O la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE L nº 149, de 11 de junio de 2005). Su art. 10, titulado “Códigos de conducta, afirma que “la presente Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los responsables de códigos, ni el recurso a tales organismos por parte de las personas u organizaciones a las que se hace referencia en el artículo 11, siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial mencionado en dicho artículo. El recurso a tales órganos de control nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11”.

¹¹ DOUE L nº 136, de 24 de mayo de 2008.

¹² Algunas dudas de interpretación ha introducido la reciente Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por cuanto su Considerando nº 19 afirma que “está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimientos de resolución

- Reglamento (UE) n° 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE¹³. Su objetivo es crear una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión Europea, que debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a los consumidores y comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea. Tiene una entrada en vigor escalonada en el tiempo que finaliza en enero de 2016. Más adelante volveremos sobre este Reglamento.

- Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Su objetivo es imponer a los Estados Miembros que garanticen que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes, tanto en litigios nacionales como transfronterizos, ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios a las que se les imponen unas determinadas condiciones de independencia, imparcialidad, transparencia, efectividad, rapidez y justicia. Tiene una entrada en vigor escalonada en el tiempo que finaliza en enero de 2016. Más adelante volveremos sobre esta Directiva.

1.2. España

El art. 51 de la Constitución Española dispone:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, *mediante procedimientos eficaces*, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (la cursiva es nuestra).

En lo que ahora interesa, destaca esa mención a la protección “mediante procedimientos eficaces”. No basta con que los consumidores y usuarios tengan reconocidos un amplio catálogo de derechos, sino que un nivel adecuado de protección de los mismos exige que ese reconocimiento sea efectivo, esto es, que goce de unas garantías jurídicas y unas posibilidades de defensa reales y adecuadas ante una hipotética vulneración de los mismos. Y entre esas posibilidades de defensa reales, los ADR ocupan un papel relevante¹⁴.

Una vez expuesto este punto de partida constitucional, el avance en el análisis del marco legal de la mediación de consumo en España, requiere necesariamente una exposición, aunque sea breve, de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección al consumidor¹⁵. Todas las

alternativa, *incluidos los regulados por la Directiva 2008/52/CE*” (la cursiva es nuestra). Vid. también su art. 3.

¹³ DOUE L n° 165, de 18 de junio de 2013.

¹⁴ Vid. BLANCO CARRASCO, Marta. “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. 2009, n° XLII, p. 132.

¹⁵ Sobre la distribución de competencias en esta materia, vid. GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 253-330. REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “Artículo 51. La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios”. En: CASAS Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárate (Coord.)

Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía -aunque con redacciones distintas-, han asumido una competencia exclusiva en la materia de protección de los consumidores. No obstante, esto no significa que el Estado carezca de competencias en este ámbito, pues queda fuera de esa asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas todas aquellas normas y actuaciones públicas que, aunque puedan tener como finalidad la protección de los consumidores, se encuadran a los efectos de la distribución de competencias en otras materias en las que la Constitución atribuye la competencia al Estado (por ej., legislación civil, mercantil, penal y procesal; pesas y medidas; sanidad; etc.).

Pues bien, en este contexto, habitualmente, las Comunidades Autónomas han incluido expresamente dentro de su competencias en materia de protección al consumidor, la relativa a la mediación. Por ej., el art. 58 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía una competencia exclusiva sobre:

“4.º Defensa de los derechos de los consumidores, *la regulación de los procedimientos de mediación*, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones”. (la cursiva es nuestra)

Con estos presupuestos, se comprende que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (España) (en adelante, TRDCU), que es la norma estatal de cabecera en este ámbito, no contenga ninguna referencia a la mediación. Son las leyes de protección al consumidor de las Comunidades Autónomas las que sí efectúan algunas menciones a la mediación, pero sin contener regulación alguna sobre la misma¹⁶. En esta misma línea, las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de esa legislación autonómica y relativas a los procedimientos administrativos de tramitación de las reclamaciones, quejas y denuncias de los consumidores, también han incluido alguna reseña genérica a la mediación pero sin contener una regulación detallada de la misma¹⁷ -sobre ello volveremos más

BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 1147-1148. Y REBOLLO PUIG, Manuel. “La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 35-52.

¹⁶ Así, el art. 20 de la Ley 13/2013, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, recoge, entre las funciones de las Oficinas de Información al Consumidor, la de “servir de cauce de mediación voluntaria en conflictos”; o su art. 38 que afirma que “el Consejo Andaluz de Consumo y los Consejos Provinciales de Consumo son órganos consultivos, de participación, de mediación, de diálogo y de concertación en materia de defensa de los consumidores, recibiendo para ello el apoyo necesario de la Administración de la Junta de Andalucía”. O el art. 12 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco, que preceptúa que “las Administraciones públicas de Euskadi propiciarán, en colaboración con las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, la disponibilidad para las personas consumidoras y usuarias, así como para los profesionales y empresarios o empresarias, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo”.

¹⁷ Por ej., el art. 17.3 del Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas, prevé que “en los casos en que las partes acepten la mediación como forma de solución del conflicto planteado y se hubiese creado en ese sector de actividad un órgano sectorial de concertación de ámbito provincial, tanto las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de consumo como las Oficinas de Información al Consumidor remitirán inmediatamente la reclamación a dicho órgano, que procederá a realizar la mediación. A falta de órgano sectorial de concertación, la mediación será realizada sin dilación por el órgano que se encuentre tramitando la reclamación.”. De manera más genérica, el art. 11.2 del Decreto 142/2014, de 1 de julio, de hojas de

adelante-. No ha sido hasta tiempos muy recientes que una Comunidad Autónoma ha procedido a regular en detalle la mediación en materia de consumo, inspirándose en la legislación de la Unión Europea: el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (Cataluña).

2. INSTRUMENTOS DE CANALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN ESPAÑA

2.1. Concepto y vías de acceso

De conformidad con lo establecido en el art. 3 de la mencionada Directiva 2008/52/CE, la mediación puede definirse como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”¹⁸. Evidentemente, para encuadrarnos en la mediación de consumo, ese conflicto debe tener su origen en relaciones jurídicas previas entre un consumidor y un empresario -en los conceptos que de estos términos ofrece la legislación de protección al consumidor-¹⁹.

Las vías a través de las que se llega en España a un procedimiento de mediación en los conflictos de consumo pueden clasificarse a grandes rasgos en dos grupos:

a) Aquellas vías de acceso que están administrativizadas y que se prestan como verdaderos servicios públicos por parte de órganos integrados en las Administraciones públicas competentes en materia de protección al consumidor. En particular, se encuadra aquí la mediación dentro de la tramitación de las Hojas oficiales de Reclamaciones de Consumo y la mediación en el seno del Sistema Arbitral de Consumo.

Son las vías de acceso a la mediación en materia de consumo más utilizadas y

reclamaciones de consumo y del procedimiento de atención de quejas, reclamaciones y denuncias de las personas consumidoras y usuarias (País Vasco), establece que “el órgano que este tramitando la reclamación podrá utilizar los sistemas de comunicación que estime más ágiles y eficaces en cada caso para intentar solucionar el conflicto entre las partes, como el correo electrónico, fax, teléfono, comunicación escrita, etc., dejando constancia de las actuaciones en el expediente.”

¹⁸ Una exposición de diversas nociones doctrinales de mediación puede encontrarse en BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y Consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005, pp. 36-ss. Por su parte, esta autora propone la siguiente definición: “Sistema extrajudicial, no judicial y autocompositivo de solución de conflictos, de carácter voluntario, a través del cual un tercero neutral e imparcial, el mediador, ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que, a través de un proceso, sean éstas quienes alcancen un acuerdo mutuamente aceptable en un contexto más flexible e informal que el que se encuentra en los espacios clásicos de resolución de conflictos” (ibídem, p. 44). Y para el supuesto de la mediación de consumo añade a esa definición que “para alcanzar dicha solución el mediador podrá proponer la solución que considera más adecuada sin que ésta vincule a las partes, pudiendo ser aceptada o rechazada por cualquiera de ellas” (ibídem, p. 45).

¹⁹ El art. 3 TRDCU (España), define consumidor y usuario como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

con mayor desarrollo en España. No obstante, puede objetarse que los empresarios/profesionales manifiestan ciertos prejuicios hacia la mediación realizada por estas vías y su imparcialidad, puesto que están atribuidas a órganos administrativos que precisamente tienen como función esencial la defensa y protección al consumidor²⁰.

En este grupo, aunque a otro nivel y con una relevancia infinitamente menor, también deben incluirse las actividades de mediación desarrolladas por otras entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, como son los Colegios Profesionales (por ej., los Colegios Profesionales de Abogados o Arquitectos)²¹ o las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación²².

b) Aquellas otras vías que tienen un carácter privado. En este grupo se inserta la actividad de mediación que pueden prestar las asociaciones de consumidores a sus socios con el objetivo de facilitar la solución de conflictos con empresarios y profesionales, y la mediación en el seno de Códigos de Conducta empresarial o profesional.

2.2. La mediación dentro de la tramitación de las Hojas oficiales de Reclamaciones de Consumo

Habitualmente, la legislación de las distintas Comunidades Autónomas ha previsto la existencia y regulado un sistema de Hojas oficiales de Reclamación y Queja. A grandes rasgos, sus notas esenciales son las siguientes:

- Se establece el deber para empresarios y profesionales de tener en sus establecimientos unas Hojas oficiales de Reclamación y Queja –según el modelo que establezca cada Comunidad Autónoma y que generalmente estará integrado por un juego unitario de impresos autocalcables por triplicado-, que estarán a disposición y deberán ser entregadas a cualquier consumidor que exprese su voluntad de presentar una queja o reclamación.

- También se impone a empresarios/profesionales el deber de responder expresamente a las reclamaciones y quejas presentadas.

- Finalmente, si la respuesta recibida por el consumidor no es satisfactoria, la posibilidad de que éste acuda a la Administración aportando la copia correspondiente de la Hoja oficial de Reclamación y Queja.

A partir de ahí, se inicia una tramitación administrativa de esa

²⁰ Este aspecto es puesto de manifiesto en el completo estudio cuantitativo y cualitativo de la mediación de consumo en Cataluña realizado por BARRAL VIÑALS, Inmaculada y SUQUET CAPDEVILA, Josep. “La mediación en el ámbito de consumo”. En: CASANOVAS, Pompeu; MAGRE, Jaume; LAUROBA, M^a Elena (dir.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalidad de Cataluña, 2011, pp. 301-370.

²¹ El artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (España), enumera entre las funciones de los mismos, la de “impulsar y desarrollar la mediación” y otra genérica de “cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”. Por tanto, esta actividad de mediación tiene un alcance general, esto es, no es sólo la que pueda tener como objeto la resolución de conflictos entre colegiados y consumidores, sino que se puede extender a otros ámbitos (entre colegiados, entre otros profesionales, entre otros empresarios/profesionales y consumidores) y en esa segunda vertiente se aproxima más a la mediación privada de la que nos ocuparemos a continuación.

²² El art. 5 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (España), prevé que estas entidades puedan desempeñar “actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.

reclamación o queja. Pues bien, es habitual que la normativa autonómica prevea que prácticamente el primer trámite en esa tramitación sea el intento de mediación entre el consumidor y el empresario/profesional. Ese intento de mediación y, en su caso, su efectiva puesta en marcha corresponderá generalmente al propio órgano que esté tramitando la reclamación o queja –salvo que exista un órgano administrativo específico de mediación para un concreto sector material (por ej., transportes de viajeros), pues en ese caso el expediente se remite a ese órgano-. Si la parte reclamada no acepta la mediación ni el arbitraje, el órgano que esté tramitando la reclamación comunicará a la parte reclamante la negativa de la empresa a aceptar una forma de resolución extrajudicial del conflicto, asistiéndola sobre los derechos y mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico le reconoce y las vías existentes para la resolución de la controversia. Esto pone fin a la tramitación de la Hoja oficial de Quejas y Reclamaciones²³.

2.3. La mediación en el seno del Sistema Arbitral de Consumo

El arbitraje de consumo goza de una notable implantación y éxito en España. Los aspectos esenciales de este sistema arbitral se encuentran regulados en los arts. 57 y 58 TRDCU²⁴ (España). Estos dos preceptos legales se desarrollan con mayor detalle en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (España). En lo que ahora nos ocupa, interesa lo previsto en el art. 38.

Artículo 38 Mediación en el procedimiento arbitral

1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.

3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.

Esto es, el intento de mediación y, en su caso, su práctica, es un trámite que se inserta necesariamente en el procedimiento de arbitraje en materia de consumo²⁵.

²³ Cosa distinta es que en esa Hoja oficial se recojan hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, pues, en ese caso, tiene la consideración de denuncia y será la Administración la competente para decidir si procede la incoación de un procedimiento sancionador por tales hechos.

²⁴ Un análisis de estos preceptos puede encontrarse en CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José, “El sistema arbitral de consumo”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 968-1034.

²⁵ A este respecto, el art. 37 del mencionado Real Decreto establece que si consta la existencia de un convenio arbitral válido, “en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, *la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa* en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones...”

Sin embargo, el Estado –consciente de sus limitaciones competenciales en esta materia, pues debe recordarse que son las Comunidades Autónomas las que han asumido una competencia exclusiva en materia de mediación en consumo- no avanza más en la regulación de este instrumento y se limita a establecer los principios de actuación del mediador: independencia, imparcialidad y confidencialidad (infra, apartado 5).

La trascendencia de la mediación dentro del Sistema Arbitral de Consumo se pone de manifiesto con las siguientes cifras: las Juntas Arbitrales de Consumo recibieron durante 2007 (último año del que consta una Memoria publicada) un total de 61.759 solicitudes de arbitraje; de éstas, un 20,64 % fueron resueltas por mediación y un 32,27 % por laudo²⁶.

2.4. La mediación por asociaciones de consumidores

El régimen jurídico legal básico de las asociaciones de consumidores se encuentra en los arts. 22 a 39 TRDCU (España)²⁷. Entre las funciones legalmente atribuidas a las asociaciones de consumidores no se menciona expresamente que puedan realizar actuaciones de mediación entre consumidores y empresarios/profesionales. No obstante, entendemos que no hay dificultad alguna para incluir esa mediación en la función genérica de “defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores” (art. 23.1 TRDCU). De hecho, estas asociaciones llevan a cabo actuaciones mediadoras en este ámbito, aunque generalmente limitadas a las reclamaciones interpuestas por sus propios socios, como un servicio más a los mismos.

Con estos presupuestos, se comprende que esta actividad de mediación carece de regulación alguna y que, en muchas ocasiones, es ejercida por estas asociaciones sin sujeción a ningún protocolo. A nuestro juicio, es necesario que la legislación autonómica establezca unas reglas mínimas a las que quede sometida esta mediación y que garantice unos estándares de imparcialidad, neutralidad y calidad. Así se ha hecho en el reciente Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (Cataluña).

2.5. La mediación en el seno de Códigos de Conducta

Tanto las instituciones de la Unión Europea como las españolas han impulsado la autorregulación empresarial, consistente en la aprobación por parte de los propios empresarios –en su caso, con la participación de las asociaciones de consumidores y de la propia Administración- de códigos de buenas prácticas que regulen las relaciones comerciales²⁸. Se considera que este instrumento es un magnífico complemento a la

²⁶ INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007*. <http://consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf>

²⁷ Un análisis de este marco legal puede encontrarse en RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, “Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 968-1034

²⁸ Sobre estos Códigos de Buenas Prácticas Comerciales vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercé. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 174-178, 225-250 y 361-367 (en lo que ahora más nos interesa).

aprobación de normas imperativas por parte de los poderes públicos y, en muchas ocasiones, más efectivo²⁹. En ocasiones, estos Códigos introducen mecanismos de resolución voluntaria de conflictos alternativa a la vía judicial. Expongamos brevemente dos de los más relevantes en el ámbito que nos ocupa:

- Para el comercio electrónico, destaca el Código ético de Confianza online (<https://www.confianzaonline.es/>). Este Código recoge el compromiso de las empresas adheridas a someterse al procedimiento de mediación impulsado por el Comité de Mediación de Adigital³⁰, con el objetivo de encontrar un acuerdo amistoso entre las partes. En caso de que ello no sea posible, las empresas adheridas se comprometen a aceptar la vía del arbitraje de consumo. Cerca de 3000 sitios web están adheridos a este Código ético.

- Para la comunicación comercial (publicidad), el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial)³¹ y otros Códigos sectoriales de la misma entidad (Buenas prácticas comerciales para la promoción de productos dietéticos infantiles, Código de Buenas Prácticas de la industria farmacéutica, Comunicaciones comerciales de las actividades de juego, etc.). Se crea un Jurado de la Publicidad que resuelve –de manera vinculante para los asociados- las reclamaciones planteadas por consumidores, asociaciones de consumidores, empresas o Administraciones públicas³². El art. 17 del Reglamento del Jurado de la Publicidad prevé que “en el caso de existir la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso entre las partes, se podrá resolver la reclamación presentada mediante la mediación de Autocontrol, sin necesidad de que aquélla sea trasladada al Jurado de la Publicidad” y añadiendo que la misma “se desarrollará conforme a lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

El acceso a las vías de reclamación previstas en estos dos Códigos es gratuito para los consumidores.

²⁹ En esta línea, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, razona que “el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos, que podrá completarse con los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación.”

³⁰ Adigital es la Asociación Española de Economía Digital (<http://www.adigital.org/>). Estos son algunos de los datos que se recogen en la Memoria Adigital de Actividades 2013-2014:

- Reclamaciones interpuestas por consumidores en materia de comercio electrónico: 4.589
- Reclamaciones que no han llegado a tramitarse: 1.985 (de las cuales 761 se encontraban fuera del Código Ético, y las restantes se han archivado porque los consumidores han desistido del procedimiento o la empresa ha resuelto su queja antes de que empezara la medición –en la Memoria hay unos errores matemáticos que hacen que no sea oportuno incluir estos datos desagregados-)
- Reclamaciones tramitadas:
- Finalizaron con acuerdos de mediación: 1.330 (aproximadamente el 55 %)
- Finalizaron con traslado a la Junta Arbitral Nacional de Consumo: 603 (25 %)
- Archivadas sin resultado: 408 (17 %)

³¹ Asociación sin ánimo de lucro creada en 1995 constituida por anunciantes, asociaciones sectoriales, agencias, medios de comunicación y otras empresas que prestan servicios a la comunicación comercial.

³² En el año 2013, Autocontrol resolvió 240 reclamaciones, de las cuales el 69 % fueron planteadas por consumidores o sus asociaciones. De éstas, el 33 % fueron resueltas mediante mediación sin intervención del Jurado. Datos: AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD, *Balance de actividad 2013*. <http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2013%20AUTOCONTROL.pdf>

3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO Y EFICACIA DEL ACUERDO, EN SU CASO, ALCANZADO

3.1. Ámbito objetivo

Como se ha dicho, no existe en el ordenamiento español una regulación general de la mediación de consumo y, por ende, de los conflictos sobre los que puede recaer la misma. A este respecto, a nuestro juicio, se puede aplicar analógicamente lo previsto en el Real Decreto 231/2008 (España) para el arbitraje de consumo. Los artículos 1 y 2 de este Real Decreto delimitan este objeto a “los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”, siempre “que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho”³³; y excluye expresamente “los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”.

Esta delimitación no coincide plenamente con la prevista en la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Unión Europea), que se refiere a “litigios nacionales y transfronterizos relativos a *obligaciones contractuales* derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión” (la cursiva es nuestra). Esto es, mientras la normativa española se refiere a derechos legal o contractualmente reconocidos, la europea –con una restricción que no se alcanza bien a comprender– sólo menciona expresamente las obligaciones contractuales.

Finalmente, puesto que no existe un límite cuantitativo para el arbitraje, tampoco parece admisible que se pueda establecer para la mediación. No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no tiene mucho sentido la resolución mediante este instrumento de conflictos de elevada cuantía económica (BLANCO CARRASCO, 2005, 275) pues en los mismos el elemento de la desproporción con los costes del proceso judicial desaparece. A este respecto, el art. 5.5 Directiva 2013/11/UE establece que “los Estados miembros velarán por que, en caso de que se permita a las entidades de

³³ El concepto de disponibilidad es de una compleja determinación. En cualquier caso, se debe advertir que la indisponibilidad no puede asimilarse a cualquier aspecto contenido en una norma imperativa. A este respecto, CASAS VALLÈS sostiene que “el hecho de que la defensa de los consumidores se base en gran medida en normas imperativas, por lo tanto fuera del poder de disposición de las partes, no impide por sí solo que, una vez producido el conflicto, la cuestión sea sometida al arbitraje. Una cosa son las normas imperativas y otra las materias indisponibles o inseparablemente unidas a estas” [CASAS VALLÈS, Ramón. “Comentario al artículo 31”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ (dir). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 781]. Sobre esta cuestión, vid. también BLANCO CARRASCO (2005, 270-283).

Esta distinción se comprueba claramente con el siguiente ejemplo: aunque sea una norma imperativa la que establezca la responsabilidad del vendedor ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del producto en el momento de la entrega del mismo (art. 114 TRDCU) y reconozca una serie de derecho a los consumidores, un árbitro o un mediador podrán intervenir a la hora de resolver un conflicto en el que se discuta si el producto es conforme o no con el contrato o si el derecho de sustitución del producto que pretenda ejercer el consumidor es o no proporcionado al supuesto de hecho.

resolución alternativa fijar umbrales monetarios preestablecidos para limitar el acceso a los procedimientos de resolución alternativa, dichos umbrales no se fijan en un nivel tal que menoscabe de forma significativa el acceso de los consumidores a la tramitación de las reclamaciones por dichas entidades”.

3.2. Eficacia del acuerdo y su formalización

Si nos centramos en las mediaciones institucionalizadas de carácter público, se puede afirmar que la normativa aplicable no establece una concreta formalización para el acuerdo que, en su caso, se alcance en la mediación. Así, por ej., lo único que exige el arriba reproducido art. 38.2 Real Decreto 231/2008 es que el Secretario de la Junta Arbitral de Consumo deje constancia del resultado de la mediación en el expediente del procedimiento arbitral. Por tanto, puede ocurrir que no haya formalización alguna por escrito o que la persona mediadora levante un acta donde se recojan todos los términos que pongan fin al conflicto y que sea firmada por las partes en conflicto y ella misma. Evidentemente, esta segunda posibilidad ofrece una mayor seguridad jurídica, pero la simplicidad de muchos de los conflictos y los acuerdos alcanzados justifica que no se exija necesariamente esta formalización, pues la misma requiere generalmente una asistencia presencial o una carga para las partes que puede ser una exigencia desproporcionada en atención a la entidad del conflicto.

En cuanto a la eficacia del acuerdo que, en su caso, ponga fin a la mediación, puede afirmarse que, con carácter general, es la propia de una transacción extrajudicial³⁴. En cualquier caso, en particular en aquellos supuestos en los que la mediación se produce en el seno del procedimiento arbitral de consumo, es posible otorgar a este acuerdo una eficacia jurídica mayor mediante la homologación arbitral del mismo. Esto es, que dicho acuerdo sea elevado al órgano arbitral para su incorporación a un laudo “por acuerdo de las partes” (BLANCO CARRASCO, 2009, 150). Por otro lado, también puede plantearse su elevación a escritura pública o su homologación judicial, aunque dada la naturaleza y escasa trascendencia de los conflictos en materia de consumo, estas vías resultan poco probables.

4. EXIGENCIAS PREDICABLES DE LA PERSONA MEDIADORA

El art. 3 Directiva 2008/52 define a la persona mediadora como “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.” Con este punto de partida, el art. 6.1 Directiva 2013/11/UE exige que las mismas “posean los conocimientos especializados necesarios y sean independientes e

³⁴ Un análisis detallado de la eficacia de los acuerdos alcanzados, tanto desde la perspectiva del efecto de cosa juzgada como de su propia ejecución puede encontrarse en BLANCO CARRASCO (2005, 445-503). Vid. también el art. 23.3 y 25 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (España).

imparciales”.

En cuanto a los conocimientos especializados, los mismos deben tener una doble vertiente: por un lado, debe conocer la normativa en materia de protección al consumidor; y por otro, en técnicas de mediación.

En lo relativo a la independencia e imparcialidad, más allá de lo que supone de exigencia de respeto hacia los puntos de vista expresados por ambas partes y equilibrio entre sus posiciones, la propia Directiva establece:

- Por un lado, una serie de prescripciones generales que tienden a garantizarla: la prohibición de recibir instrucciones de ninguna de las partes; la desvinculación entre la retribución que perciba y los resultados del procedimiento; etc.

-Y por otro, un conjunto de requisitos adicionales aplicables cuando el Estado miembro permita la actuación de entidades de resolución de litigios en las que las personas físicas encargadas de resolver el litigio estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante en cuestión (art. 6.3).

Íntimamente relacionadas con estas exigencias de independencia e imparcialidad se encuentran las siguientes dos cuestiones:

- La posibilidad de que la persona mediadora pueda plantear una solución a las partes en conflicto. En otros ámbitos, esta posibilidad es rechazada, pero en materia de consumo es generalmente admitida y practicada. No obstante, no está exenta de riesgos, pues podría comprometer esa independencia e imparcialidad de la persona mediadora, por lo que debe ejercerse con prudencia.

- El hecho de que la persona mediadora, en las vías de mediación que se prestan como verdaderos servicios públicos, se inserta en órganos administrativos que tienen atribuidas competencias de control de cumplimiento de la normativa de protección al consumidor y sanción sobre los empresarios y profesionales infractores. En estos supuestos es difícil mantener esa posición de imparcialidad, en particular cuando la figura de la persona mediadora no está profesionalizada y reconocida en dichos órganos, y es fácil caer en presiones más o menos sutiles hacia empresarios y profesionales (BLANCO CARRASCO, 2005, 375). En este sentido, la amenaza, explicitada o no, del régimen sancionador se puede convertir en un elemento que influya en el proceso de mediación³⁵.

Como expusimos, el art. 39 Real Decreto 231/2008 (España) exige a las personas mediadoras que participan en el procedimiento de arbitraje la misma confidencialidad que a los árbitros. A nuestro juicio, esa exigencia de confidencialidad es exigible a cualquier persona mediadora. A este respecto, el art. 7 Directiva 2008/52 dispone que, salvo excepciones, “dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo

³⁵ Por ej., el art. 79 Ley 13/2003, de 17 diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía incluye como circunstancia atenuante el “haber corregido diligentemente las irregularidades en que consista la infracción, colaborado activamente para evitar o disminuir sus efectos u observado espontáneamente cualquier otro comportamiento de significado análogo, con anterioridad a cualquier requerimiento o advertencia realizado por la Administración o, en su caso, en cualquier momento previo a la propuesta de resolución sancionadora”. Y su art. 80 añade que “si concurre sólo una circunstancia atenuante, la sanción se impondrá en su mitad inferior. Cuando sean varias, en la cuantía mínima de dicha mitad, pudiendo llegar en supuestos muy cualificados a sancionarse conforme al marco sancionador correspondiente a las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad.”

En definitiva, en aquellos supuestos en los que en el origen del conflicto entre consumidor y empresario pueda haber una infracción administrativa, es más que probable que al empresario le salga rentable atender favorablemente al proceso de mediación por las ventajas que ello tendrá en el hipotético procedimiento sancionador. Más aún, incluso puede haber una cierta tendencia del órgano administrativo a no tramitar procedimiento sancionador alguno si el conflicto entre las partes se resuelve.

contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso”³⁶. Igual exigencia debería establecerse con respecto a procedimientos administrativos posteriores.

5. EXIGENCIAS PREDICABLES DE LA ENTIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA

El art. 4 Directiva 2013/11/UE define la Entidad de Resolución Alternativa como “toda entidad, independientemente de cómo se denomine o mencione, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa” y que haya sido reconocida por la autoridad competente (ex art. 20).

Los arts. 5 y 7 Directiva 2013/11/UE impone a las Entidades de Resolución Alternativa una serie de deberes vinculados a los principios de accesibilidad y transparencia. Entre otros, destacamos los siguientes:

- Mantener un sitio de internet actualizado que facilite a las partes un acceso sencillo a una serie de información relevante (el procedimiento de resolución, las lenguas admisibles, las normas que utiliza la entidad como base para la resolución del litigio, los posibles costes para las partes, etc.)
- Permitir a los consumidores presentar en línea en ese sitio web una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios.
- Elaborar y publicitar informes anuales de actividad con un determinado contenido.

Con la finalidad de fortalecer la mencionada accesibilidad, estos deberes se completan con otros impuestos a los Estados Miembros de la Unión Europea (garantizar la existencia de una entidad de resolución alternativa competente para todo conflicto entre un consumidor y un empresario/profesional); y a los comerciantes (informar a los consumidores de la existencia y dirección web de la entidad de resolución alternativa que dé cobertura a su actividad comercial).

6. EXIGENCIAS PREDICABLES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Como se ha expuesto, las Entidades de Resolución de Conflictos deben tener aprobadas y publicadas las normas de procedimiento por las que se rige la resolución de

³⁶ En la misma línea, el Considerando 29 de la Directiva 2013/11/UE afirma que “durante el procedimiento de resolución alternativa deben respetarse en todo momento la confidencialidad y la privacidad. Debe alentarse a los Estados miembros a proteger la confidencialidad de los procedimientos de resolución alternativa en todo proceso o arbitraje civil o mercantil que pueda tener lugar posteriormente.”

un litigio. Pero, además, esos procedimientos deben cumplir con unas exigencias mínimas que la Directiva 2013/11/UE encuadra bajo los principios de eficacia y equidad (arts. 8 y 9, respectivamente):

- El procedimiento debe ser fácilmente accesible, tanto en línea como no, para ambas partes.

- No se podrá requerir la asistencia de letrado o asesor jurídico, aunque se debe reconocer el derecho de las partes a tenerlo.

- El procedimiento debe ser gratuito o prestarse a cambio de un precio simbólico para los consumidores.

- El plazo máximo de resolución del procedimiento debe ser de 90 días naturales.

- El reconocimiento a las partes del derecho de audiencia, esto es, que las mismas tengan la posibilidad de expresar su punto de vista en un plazo razonable.

A nuestro juicio, estos deberes deben completarse con otros de información expresa al consumidor sobre el significado de la mediación antes del inicio del procedimiento, pues no consideramos suficiente que esa información esté a su disposición en el sitio de internet de la Entidad de Resolución Alternativa³⁷. Será algo que deba tenerse en cuenta cuando se proceda a incorporar al ordenamiento español lo previsto en la Directiva.

En cuanto a la forma de mediación, debe advertirse que la naturaleza de los conflictos de consumo, su elevado número y su, generalmente, reducida cuantía, justifica que la persona mediadora utilice habitualmente como medios el correo electrónico o el teléfono, y sólo muy excepcionalmente la asistencia personal –o mediante representante- de las partes en conflicto. En esta línea, el art. 23 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo en Cataluña, dispone que “la mediación en la cual la petición formulada por la persona consumidora no supere los trescientos euros se tiene que desarrollar preferentemente por medios telemáticos, a menos que alguna de las partes no tenga acceso a alguno de estos medios o se oponga expresamente a su utilización.”

A este respecto, debe destacarse lo previsto en el mencionado Reglamento (UE) n° 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo³⁸. Como se dijo, este Reglamento dispone que la Comisión desarrollará y mantendrá, con la forma de un sitio de internet, una plataforma de resolución de litigios en línea, que constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente sus litigios en materia de consumo. Esta plataforma desempeñará, entre otras, las siguientes funciones:

- Permitirá que el consumidor presente una reclamación, mediante la cumplimentación del correspondiente formulario electrónico de reclamación.

- Informará de la reclamación a la parte reclamada y de la posibilidad de someter el conflicto a una entidad de resolución alternativa.

- Transmitirá la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado, en su caso, utilizar.

³⁷ En esta línea, las sesiones informativas a las que se refiere el art. 17 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (España).

³⁸ Téngase en cuenta que este Reglamento también es aplicable a la resolución extrajudicial de litigios iniciados por un comerciante frente a un consumidor, en la medida en que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa. En España, no está permitido que sea el empresario quien inicie ni la mediación en materia de consumo ni el arbitraje de consumo, aunque en este segundo procedimiento se prevé expresamente la posibilidad de reconvencción por parte del empresario siempre que exista una conexión con las pretensiones del consumidor.

- Ofrecerá gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las partes y a la entidad de resolución alternativa tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

En definitiva, se trata de un Reglamento ambicioso cuya puesta en marcha efectiva, repleta de dificultades prácticas y técnicas, supondrá un notable cambio en el desarrollo de los sistemas ODR (*Online Dispute Resolution*) en la Unión Europea.

Finalmente, en cuanto al efecto del procedimiento de mediación en los plazos de caducidad y prescripción, el art. 12.1 Directiva 2013/11/UE establece:

“Los Estados miembros garantizarán que a las partes que, con ánimo de solucionar un litigio, recurran a procedimientos de resolución alternativa cuyo resultado no sea vinculante no se les impida posteriormente entablar acciones judiciales en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de resolución alternativa”.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRAL VIÑALS, Inmaculada y SUQUET CAPDEVILA, Josep. “La mediación en el ámbito de consumo”. En: CASANOVAS, Pompeu; MAGRE, Jaume; LAUROBA, M^a Elena (dir.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalidad de Cataluña, 2011, pp. 301-370.

- BLANCO CARRASCO, Marta.

- *Mediación y Consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005.

- “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. 2009, n° XLII, pp. 129-152.

- CASAS VALLÈS, Ramón. “Comentario al artículo 31”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ (dir.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 774-ss.

- CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José, “El sistema arbitral de consumo”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 968-1034.

- DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercé. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

- GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. Madrid: Civitas, 2002.

- REBOLLO PUIG, Manuel. “La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 17-57.

- REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “Artículo 51. La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios”. En: CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008,

pp. 1136-1149.

- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, “Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios”. En: REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 968-1034.

LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA INFORMAL EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO EN COLOMBIA

MEDIATION AS AN INFORMAL ALTERNATIVE IN COLOMBIAN CONSUMER CONFLICTS

A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS DO CONSUMO NA COLÔMBIA

Anibal Zárate¹

Resumen: Los métodos alternativos de solución de controversias (MASC) son autorizados por el ordenamiento jurídico colombiano como una opción frente a las vías de protección judicial de los derechos de los consumidores. El alcance de los métodos regulados, como la conciliación y el arbitramento se encuentra sin embargo limitado en la práctica por la escasa información que tiene la parte débil de la relación de consumo, los costos ligados a su uso y las formalidades que se exigen. Pese a carecer de una provisión legal, la mediación tanto en un sentido material, en la forma del acuerdo alcanzado por proveedores/productores y consumidores, como en su dimensión formal, a manera de procedimiento alternativo de solución de controversias, posee una serie de especificidades que permiten diferenciarla de otros MASC. El presente trabajo examina un modelo de mediación como instrumento eficaz de solución de conflictos de consumo en Colombia, a partir de experiencias que existen en otros países. Toda propuesta en este sentido requiere una definición legal condicionada por su carácter informal, flexible y no oneroso, así como la determinación de los posibles vectores a través de los cuales podría implementarse.

Palabras clave: Relaciones de consumo, Métodos alternativos de solución de controversias (MASC), Conciliación extrajudicial, Mediación, Ligas y asociaciones de consumidores, Defensor al consumidor, Sistema de peticiones, quejas y recursos (PQR).

Abstract: Alternative methods of dispute resolution (ADR) are authorized by the Colombian legal system as an option to the judicial procedures available for the protection of consumer rights. The scope of regulated methods, such as conciliation and arbitration, are limited by the scarce information that the weakest part of the consumer relation has, and by the costs and formalities associated to them. Despite the absence of a legal regulation, mediation can be distinguished from other ADR, in both its material sense, as the agreement reached by producers/providers and consumers, and its formal dimension, as the established procedure for dispute resolutions. This paper looks at mediation as an efficient instrument to solve consumer

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en Derecho constitucional y de un Magíster en Derecho Público Interno (DEA) de la Universidad de Paris II, Panthéon Assas. Doctor en Derecho de la misma Universidad. *Visiting Scholar* Universidad de Virginia, Estados Unidos. Ha sido consultor de la Superintendencia de Industria y Comercio en temas de Derecho público económico, derecho de la competencia y derecho de consumo. Actualmente es Docente e investigador, Director del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Asesor externo de la Red Nacional de Protección al Consumidor. Correo electrónico: anibal.zarate@uexternado.edu.co

disputes in Colombia. Any proposal in this regard requires a legal definition of mediation from its informal, flexible and less burdensome character, as well as the determination of the possible ways it could be implemented.

Keywords: Consumer relations, Alternative Methods of Dispute Resolution (ADR), extrajudicial conciliation, mediation, consumer leagues and associations, consumer defense, procedure for petitions, complaints and appeals.

Resumo: Os métodos alternativos de solução de controvérsias (MASC) são autorizados por ordenamentos jurídicos colombianos como uma opção frente às vias de proteção judicial dos direitos dos consumidores. O alcance dos métodos regulados, como a conciliação e a arbitragem, encontram-se limitados, no entanto, pela falta de conhecimento da parte fraca da relação de consumo, pelos custos ligados a seu uso e pelas formalidades exigidas. Apesar da falta de uma provisão legal, a mediação tanto em um sentido material, na forma do acordo alcançado pelos provedores / produtores e consumidores, como em sua dimensão formal, como forma de procedimento alternativo de solução de controvérsias, possui uma série de especificidades que permitem lhe diferenciar de outros MASC. O presente trabalho estuda um modelo de mediação como instrumento eficaz de solução de conflitos de consumo na Colômbia, a partir de experiências que existem em outros países. Toda proposta neste sentido requer uma definição legal condicionada por seu caráter informal, flexível e não oneroso, assim como a determinação dos possíveis vetores através dos quais, poderia implementa-se.

Palavras chave: Relações de consumo, Métodos alternativos de solução de conflitos (MASC), Conciliação extrajudicial, Mediação, Ligas e associações de consumidores, Defesa do consumidor, Sistema de petições, queixas e recurso (PQR).

INTRODUCCIÓN

El acceso efectivo a la justicia es determinante en las relaciones de consumo². En efecto, el carácter asimétrico que tiene la información u otras fallas del mercado y su capacidad de generar un desequilibrio en el poder contractual entre las partes que participan en estas relaciones, se traduce en la necesidad de una mayor protección jurídica a la parte débil y en un trato diferenciado al consumidor³.

Esa situación ha reclamado en los últimos años un régimen de protección

² De conformidad con lo dispuesto en el Art. 229 de la Constitución Política, “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (...)”. Para una aproximación al alcance de este derecho, como derecho fundamental en Colombia, v. Fredy Hernando TOSCANO LOPEZ, “Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 24, 2013, p. 237.

³ v. José Félix CHAMIE, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 24, 2013, p. 126; v. además, Daniel OSSA GÓMEZ, Protección, garantía y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín: Pontificia Universidad Bolivariana, vol. 40, n° 112, 2010, p. 203. Para una definición de consumidor v. Claude Lucas DE LEYSSAC, Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Paris: PUF, Thémis Droit privé (coll.), 2002, p. 438. Es importante tomar como punto de partida la naturaleza de las relaciones de consumo, en la medida en que cualquier reflexión que se intente realizar acerca de un mecanismo de mediación en derecho colombiano no puede hacerse sin tener en cuenta la desigualdad en que se encuentran las partes que en ella participan.

específico para los consumidores colombianos⁴, así como una atención especial para los conflictos derivados de las transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos sus intereses.

La doble dimensión reconocida al derecho del consumo por la jurisprudencia constitucional⁵ se traduce en la práctica en la existencia de dos vías de protección de los derechos de los consumidores. De un lado, la ley otorga a una autoridad judicial⁶ la competencia para conocer de las pretensiones particulares en torno a la violación de las normas de protección al consumidor en donde estén en juego derechos e intereses eminentemente subjetivos. De otro lado, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad administrativa transversal del orden nacional⁷, la policía

⁴ Antes de la Constitución política de 1991, la regulación de la protección a los consumidores es básica y no contempla diversos conflictos que podían suscitarse a partir de las relaciones de consumo. Con el advenimiento de la Constitución de 1991 el debate en torno a los derechos de los consumidores adquiere un tinte constitucional, intensificando su protección. Por lo anterior, fue necesario actualizar las normas en esta materia. Para la doctrina, “el nuevo Estatuto es una norma con mejor técnica legislativa que el Decreto 3466 de 1982 [anterior régimen vigente], y está dividido en nueve títulos y ochenta y cuatro artículos, que tratan de los más novedosos temas para la legislación colombiana como la responsabilidad por producto defectuoso y la regulación de formas modernas de contratos de consumo, como el comercio electrónico y la venta a distancia, todas ellas como desarrollo de lo que la norma a identificado como “derechos y deberes de los consumidores y usuarios”. Dionisio DE LA CRUZ CAMARGO, “La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del consumidor”, *Revista Contexto*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 37, 2012, p. 13.

⁵ En su dimensión objetiva, el consumo aparece como un interés general y como un derecho colectivo de la totalidad de los consumidores a gozar de garantías de acceso, satisfacción y reclamo a productores y proveedores dentro de un mercado. En su dimensión subjetiva, indica la posición subjetiva de un consumidor en particular de hacer valer sus intereses y reclamar ante la autoridad competente cuando éstos se vieran vulnerados. Corte constitucional, sentencia C-178 de 2014, v. Julián TOLE MARTÍNEZ, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. Un Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, n° 17, 2006, p. 1-64.

⁶ En cuanto al concepto de autoridad judicial no debemos restringirnos a un órgano que integre la rama judicial del poder público. De acuerdo con el artículo 116 de la Constitución política es posible que las autoridades administrativas colombianas ejerzan funciones jurisdiccionales de manera excepcional cuando la ley así lo autorice (Corte constitucional, sentencia C- 1071 de 2002). Es el caso de los artículos 145 de la ley 446 de 1998 y 57 de la ley 1480 de 2011 que habilitan a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de la acción de protección al consumidor, “mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor”. Este procedimiento se regula por las normas del Código General del Proceso, siguiendo el procedimiento verbal sumario.

⁷ Conforme a la clasificación de organismos de la Rama ejecutiva del poder público, la Superintendencia de Industria y Comercio hace parte del sector descentralizado por servicios (Ley 489 de 1998). En materia administrativa, la inspección, vigilancia y control para la protección de los derechos de los consumidores se encuentra repartida entre varias autoridades sectoriales del orden nacional y la autoridad transversal, la Superintendencia de Industria y Comercio. A nivel territorial, esta función

administrativa tendiente a proteger el consumo como interés general⁸ y concretamente, velar por la observancia de las disposiciones contenidas en el estatuto del consumidor y en el régimen de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)⁹, dar trámite a las investigaciones preliminares y administrativas a que haya lugar, e imponer sanciones que pueden ir desde multas hasta ordenar el cierre de los establecimientos de comercio o la prohibición de producir y ofrecer bienes y servicios a la comunidad¹⁰.

Estos instrumentos de protección administrativos y jurisdiccionales existen sin perjuicio de otros mecanismos de protección al consumidor. Con la expedición de la Ley 1480 de 2011, mediante la cual se expidió un nuevo estatuto del consumidor, se autoriza efectivamente el uso de cualquier método alternativo de solución de conflictos entre el consumidor y el proveedor y/o productor¹¹. A esto se suma un reconocimiento constitucional de mecanismos como la conciliación y el arbitramento, como medios complementarios de la administración de justicia a cargo del Estado con fundamento en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas interesadas¹².

Es posible por consiguiente conciliar un asunto en materia de consumo ante el juez ordinario o ante la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)¹³. Y, durante la audiencia inicial y en cualquier etapa del

corresponde a los alcaldes. Varios son los conflictos de competencia que se presentan a diario en la práctica en Colombia.

⁸ El artículo 59 del estatuto del consumidor establece una serie de funciones de inspección, vigilancia, control y regulación a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio. Una forma de protección jurisdiccional de la dimensión objetiva del consumo son las acciones populares y de grupo reguladas por la Ley 472 de 1998. Sobre estas acciones y sus implicaciones económicas es posible consultar Mario PINZÓN CAMARGO, “Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para la comprensión de un mercado”, *Revista Contexto*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 40, 2013, p. 59.

⁹ Ley 1341 de 2009 y normas reglamentarias correspondientes. Hasta el año de 2009 los servicios en materia de telecomunicaciones eran calificados en derecho colombiano como “servicios públicos domiciliarios” (Ley 142 de 1994). A partir de 2009 pierden este calificativo, por lo que los conflictos de consumo en el sector dejan de ser de conocimiento de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios y pasan a ser de conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁰ Conforme a las competencias consignadas en el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011. El procedimiento que debe seguir la Superintendencia de Industria y Comercio es aquél administrativo sancionatorio previsto en el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011, CPACA).

¹¹ En los términos en que son definidos por el artículo 5 de esa misma norma. El artículo 4 establece sobre los métodos alternativos de solución de controversias que: “serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor”.

¹² Corte constitucional, sentencia C- 187 de 2003. En virtud de la disposición consagrada en el Art. 116 de la Constitución Política, “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. A nivel constitucional tales mecanismos tienen un fundamento adicional en el contenido del Art. 2º, en virtud del cual uno de los fines esenciales del Estado es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” y el Art. 95, en virtud del cual son deberes de la persona y del ciudadano “participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” (Num. 5) y “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia” (Num. 7).

¹³ En materia de conciliación comercial las superintendencias tienen normas que les otorgan funciones. La ley 640 de 2001 estableció en su artículo 34 que las superintendencias podrán citar de oficio o a petición de parte a una audiencia de conciliación dentro del proceso que se adelante pro presentación de una petición queja o reclamo en materia de protección al consumidor. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán mérito ejecutivo. En sede administrativa se estima que si bien las partes podrían llegar un acuerdo antes de presentar la queja ante la Superintendencia de

proceso verbal sumario a través del cual se tramitan las demandas presentadas por los consumidores, tanto el juez civil del circuito como la SIC en ejercicio de funciones jurisdiccionales, deberán exhortar en todo momento a las partes a una conciliación judicial, proponiendo diferentes fórmulas de arreglo¹⁴. En cuanto al arbitramento, el Decreto 1829 de 2013, autoriza para los contratos de adhesión o contenido predispuesto la inclusión de un pacto arbitral como cláusula de opción, con una vigencia de un año, salvo estipulación expresa en contrario, para todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, en cualquiera de sus fases, originada en el negocio jurídico de adquisición de bienes o prestación de servicios¹⁵.

Ahora bien, contrario a lo que sucede en otras legislaciones¹⁶, en derecho colombiano la mediación, como método alternativo de solución de controversias (MASC), no se encuentra expresamente prevista en las disposiciones que son aplicables a los conflictos que se originan en las relaciones de consumo. A pesar de ser reconocida por la jurisprudencia constitucional como uno de los sistemas disponibles de solución alternativa de conflictos¹⁷, este instrumento tampoco está regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, con independencia de la materia de que se trate¹⁸. Se constata asimismo como en Colombia el término mediación puede aparecer empleado en algunas ocasiones para referirse a todos los métodos alternativos de solución de controversias en general y no como un sistema particular de solución alternativa de conflictos¹⁹. De ahí que sea necesario precisar qué se entiende por mediación, antes de poder intentar establecer cuál debe ser su alcance con relación a los conflictos de consumo.

En ausencia de una definición normativa y de una jurisprudencia nacional robusta en la materia, debemos observar cuál es el sentido dado en otros sistemas. La mediación aparece en derecho comparado como un mecanismo de solución consensual de los conflictos en el que un tercero ayuda a las partes a encontrar una solución mutuamente consentida. Así por ejemplo, la ordenanza 2011-1540 de noviembre de 2011²⁰, establece en derecho francés que la mediación es todo proceso estructurado,

Industria y Comercio. El numeral 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establece que “la facilitación que adelante la Superintendencia no suspende el trámite que deba adelantarse para establecer la existencia de una conducta violatoria de las normas de protección del consumidor”. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad que tiene esta entidad de abrir de oficio una investigación y sancionar al productor y/o proveedor respectivo. Se protegen los derechos de los consumidores como interés general, por lo que la administración no podría renunciar a su protección. El único mecanismo posible de las empresas frente a la entidad es el de proponer una serie de compromisos estructurales y de comportamiento, como ocurre en las investigaciones por prácticas restrictivas a la competencia.

¹⁴ Numeral 6, artículo 372 del Código general del proceso.

¹⁵ Artículo 80, Decreto 1829 de 2013. En cuanto a la naturaleza del arbitramento en Colombia, v. Corte constitucional, Sentencia T-117 de 2009.

¹⁶ Es el caso europeo (Dir. 2008/CE/52, de 21 de mayo de 2008), y de países como Francia (Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011).

¹⁷ v. por ejemplo, Corte constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

¹⁸ Se encuentran regulados como métodos alternativos de solución de controversias (MASC) el arbitraje (Ley 563 de 2012), la amigable composición (título 3, Ley 446 de 1998), la conciliación (Ley 640 de 2001) y la transacción (como negocio jurídico en el Código civil).

¹⁹ v. por ejemplo, Corte constitucional, sentencia C-338 de 2006.

²⁰ Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

cualquiera que sea su denominación, a través del cuál dos o más partes intentan llegar a un acuerdo, en vista de la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero. Las partes además son libres de determinar, en común acuerdo con el mediador, las modalidades en que ésta se llevará a cabo, lo cual permite concluir que se trata de un mecanismo flexible.

El sentido amplio que es dado al término, tanto en la directiva europea 2008/CE/52 de 2008²¹, como en la ordenanza de transposición de la directiva al derecho francés, permitiría incluir formas variadas de solución alternativa de conflictos, que en derecho colombiano poseen un régimen propio²². Nos encontramos por lo tanto frente a la dificultad de saber si la conciliación prevista ante el juez civil del circuito o la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de funciones jurisdiccionales entra dentro de esta definición de mediación²³. Nuevamente, ante la ausencia de desarrollos mayúsculos en el derecho nacional, el derecho francés parece darnos algunas pistas. El Consejo de Estado de ese país concluye precisamente que entran dentro del campo de la ordenanza la conciliación extrajudicial ejercida por un tercero, así como aquella operada en virtud de la cláusula en un contrato instituyendo un procedimiento de conciliación; al tiempo que excluye la conciliación realizada por el juez encargado de decidir el asunto y aquella delegada a un conciliador en derecho²⁴. Esta distinción parte de una constatación: el mediador y el conciliador carecen del mismo estatus jurídico. Mientras que el primero, escogido por las partes es autónomo y exterior al sistema judicial, el segundo pertenece o es nombrado por la institución judicial. Así las cosas, por fuera del marco judicial, la demarcación entre conciliación y mediación parece menos clara en la práctica²⁵.

La experiencia colombiana enseña como los métodos alternativos de solución de controversias previstos por el ordenamiento jurídico por fuera del marco judicial²⁶ no siempre intervienen de forma favorable tratándose de los conflictos de consumo; donde existe por lo general una desproporción entre el interés económico de la reclamación y

²¹ Dir. 2008/CE/52, de 21 de mayo de 2008, J.O.U.E., L. 136 del 24 de mayo de 2008, p. 3 Hay que anotar como la Comisión en su libro verde sobre los modos alternativos de solución de conflictos en materia civil y comercial del 19 de abril de 2002 siguió un enfoque global para definir los ADR, en la medida en que las mismas nociones no designan las mismas realidades en los Estados miembros. Por lo que una distinción entre nociones como mediación y conciliación no podría estar dada a nivel europeo.

²² v. supra nota 18.

²³ A esto se suma el hecho de que la jurisprudencia constitucional atribuye a la conciliación características consagradas por la definición francesa, lo que sin duda aumenta el grado de dificultad al tratar de distinguir entre ambos conceptos, v. Corte constitucional, sentencia C -187 de 2003.

²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2011-1540 de 16 de novembre de 2011, *JORF* n° 0266 de 17 de novembre de 2011, p. 19283, texte n° 9, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804821>, consultado : 01/11/2014.

²⁵ De hecho, para la Corte constitucional colombiana si bien el término conciliación se asimila en varias legislaciones al de mediación, la conciliación no sería sino una forma particular de mediación en la que el tercero imparcial no solo facilita la negociación, sino que propone fórmulas de solución que las partes pueden aceptar e *imparte su aprobación* del acuerdo, Corte constitucional, sentencia C- 598 de 2011. Consideramos que al necesitar de la aprobación por parte de un tercero la conciliación se aleja del propósito de la mediación en la cual el tercero es un mero facilitador de la negociación, v. infra p.11.

²⁶ Sobre el procedimiento conciliatorio extrajudicial en Colombia es posible consultar, Sergio GÓNZALEZ REY, "100 preguntas frecuentes en materia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos Colombia", en *Conciliación Extrajudicial En Asuntos De Lo Contencioso Administrativo*, Bogotá: Legis, 2012, p. 289-584.

los costes que deben asumirse para ver satisfecha la reclamación. Es el caso del arbitramento establecido para los contratos de adhesión, en donde las tarifas de los centros de arbitraje y conciliación, como son los de las Cámaras de comercio, y las formalidades inherentes al procedimiento desestimulan y restringen su uso²⁷. Surge entonces la necesidad de incorporar para este tipo de conflictos un instrumento que permita que los consumidores cuenten con las máximas facilidades a la hora de plantear su reclamación y encontrar una solución eficaz.

A pesar del sentido amplio atribuido al término en derecho comparado, es posible encontrar en esta definición características que permiten diferenciar la mediación de otros métodos extrajudiciales de solución consensual de controversias. La mediación para solucionar los conflictos originados en las relaciones de consumo debe ser el mecanismo más informal, expedito y económico en materia de tiempo y costos²⁸. El derecho a acceder a la justicia comprende precisamente la posibilidad de contar con procedimientos idóneos y efectivos para que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas. El alcance que este sistema de solución alternativa de conflictos en materia de consumo puede tener dependerá sin embargo de la manera en que el legislador nacional lo precise en el ordenamiento jurídico interno. En efecto, conforme a la jurisprudencia de la Corte constitucional, corresponde al legislador configurar los procesos y mecanismos alternativos de solución de controversias²⁹. Pero, ¿cómo introducir la mediación en los conflictos de consumo en derecho colombiano? Metodológicamente, la construcción o diseño de un sistema de mediación en materia de consumo en Colombia no puede hacerse fácilmente sin la ayuda de las experiencias similares que ya existen en otros sistemas³⁰. Para asegurar la eficacia y la seguridad de la mediación en los conflictos de consumo, es necesario comenzar por ensayar de identificar los componentes mínimos al sistema de mediación que determinarán el ejercicio de la potestad de configuración legislativa (I), para luego examinar los diversos modos o vectores a través de los cuales podrá ser puesta en marcha en derecho nacional (II).

I. LAS CONDICIONES DE LA MEDIACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO

A partir del sentido estricto dado al término en el objeto de estudio del presente trabajo, es posible afirmar que un mecanismo de mediación para la solución de los conflictos de consumo será efectivo en la medida en que las reclamaciones se tramiten y

²⁷ El artículo 32 del Decreto 1829 de 2013 establece honorarios de los árbitros que oscilan de 10 salarios mínimos legales diarios vigentes para los conflictos con una cuantía de menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes hasta el 1.5% de la cuantía para los conflictos con un valor mayor a 1764 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁸ Tal como lo reconoce la Corte constitucional en su sentencia C-1195 de 2001.

²⁹ Corte constitucional, sentencia C-1146 de 2004.

³⁰ v. a propósito del rol del derecho comparado, Jonathan HILL “Comparative Law, Law Reform and Legal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989, p.105; Alan WATSON, “Aspects of Reception of Law”, *AJCL*, n° 44, 1996, p. 335; Jean GAUDEMET, “Transferts juridiques”, *Année sociologique*, 1976, p. 29.

resuelvan en un corto espacio de tiempo. Para lograr este propósito, deben estar ausentes trámites complejos, haciendo más atractiva la posibilidad de reclamación y una adecuada protección de los derechos de los consumidores. Solo así se presentará como una verdadera alternativa que contribuya a la descongestión del sistema judicial³¹. En definitiva, se trata de aumentar la confianza de los consumidores nacionales al ver que cuando adquieren bienes o contratan servicios, y sus derechos han sido vulnerados, pueden contar con un procedimiento rápido y barato, para el logro voluntario de un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La mediación como mecanismo diferenciado de solución extrajudicial de disputas hace referencia tanto al procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de un conflicto, se reúnen para componerlo con la intervención de un tercero neutral quién da fe de la decisión de arreglo (A) como al acuerdo al que llegan las partes (B). Para alcanzar los objetivos trazados en el párrafo anterior, deberán establecerse, sin pretensión de ser exhaustivos o de limitar toda consideración a otras características o principios rectores de la mediación, algunas condiciones mínimas necesarias tanto en su acepción formal, como material.

1.1 Las condiciones de la mediación como procedimiento para la solución de los conflictos de consumo.

Una primera condición para poder hablar de mediación en consumo es su carácter de procedimiento informal y flexible. Esto conlleva a la eliminación de trámites y exigencias dispendiosas e innecesarias que puedan entorpecer, retardar e impedir la oportuna solución de los conflictos que se originan en las transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos los intereses de los consumidores, así como la posibilidad de uso a través de medios electrónicos, independientemente de su lugar de residencia. La justificación de un mecanismo informal y flexible se desprende precisamente del principio de eficacia en la tutela de los derechos de los consumidores, y que en el caso colombiano es inherente a la validez de la cláusula social del modelo de Estado previsto en la Constitución de 1991³². Según este enfoque, los derechos fundamentales³³, además de constituir posiciones subjetivas específicas de libertad, oponibles a la acción estatal, tienen una dimensión en cuanto positivización de valores con proyección en todo el ordenamiento jurídico, exigiendo del Estado la eficaz tutela

³¹ Para la Corte constitucional, “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva que complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la solución pacífica de los conflictos”, Corte constitucional, sentencia C-1195 de 2001; Como estrategia para combatir la congestión judicial, v. Olivier GOHIN, “Las estrategias recientes de la jurisdicción administrativa francesa para combatir la congestión jurisdiccional”, en *Cien años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Andrés OSPINA y Anibal ZARATE (trad.), 2014, p. 331.

³² En aplicación al caso de consumo de lo dicho por la Corte constitucional, sentencia T-068 de 1998.

³³ v. Belaña HERRERA TAPIAS, “La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales”, *Revista Civilizar*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, n° 25, 2013, p. 33.

de los mismos³⁴. Concretamente, el principio de eficacia se emplea como un criterio que evalúa la potestad o libertad de elección del Estado entre las diversas alternativas y medios con que cuenta, exigiendo la mayor obtención de resultados, a partir de variables de calidad, cantidad, beneficios y costos³⁵. Sin embargo, como mecanismo que enmarca la acción estatal, la eficacia presenta un contenido propio que no se confunde con el de la legalidad y lo abona, en la medida en que solo la actividad estatal que se ajusta a este principio puede ser eficaz³⁶.

La flexibilidad e informalidad de la mediación no excluye por consiguiente la existencia de unas garantías y principios mínimos de creación y funcionamiento de este tipo de procedimientos. En materia de consumo, estas garantías están ligadas en primer lugar a las condiciones de acceso al procedimiento. La generalización del ámbito de aplicación de la mediación a todos los sectores profesionales, incluyendo la mediación sectorial y aquella organizada en el sector privado, implica que ésta esté disponible para todos los consumidores como método alternativo de solución de las controversias de las que son parte.

Un informe realizado por el grupo de trabajo relativo a la mediación y a la solución extrajudicial de los conflictos en consumo del Ministerio de economía y finanzas francés recomienda la gratuidad como herramienta para facilitar el acceso a este dispositivo³⁷. Comparativamente, para el juez constitucional colombiano la

³⁴ Alberto MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el Derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 60.

³⁵ La eficacia como factor que contribuye, a partir de las construcciones de la escuela de la nueva gerencia de lo público, a conservar el Estado providencia se emplea como medio para alcanzar una reducción de sus defectos y una mejora en el logro de resultados, Jean-Ludovic SILICANI, “L’Etat régulateur: la vision prospective d’un praticien”, en *Régulation économique et démocratie*, Paris, DALLOZ, Martine LOMBARD (dir.), *Thèmes et commentaires* (Coll.), 2006, p. 70.

³⁶ Con la incorporación constitucional del principio de eficacia, el constituyente colombiano buscó validar la existencia del modelo social del Estado, a partir de la plena satisfacción del interés general y el cumplimiento de sus fines. En este orden de ideas, la eficacia presupone y exige una racionalización de los procedimientos, incluidos aquellos establecidos para los métodos alternativos de solución de conflictos. Si bien se reconoce al legislador una amplia discrecionalidad en la regulación de los procedimientos tanto judiciales como administrativos, ésta encuentra límites en la misma Constitución. Por ende, solo a partir de una actuación eficaz se pueden garantizar los derechos constitucionalmente consagrados y facilitar la participación de todos en las decisiones que les afectan. En este caso, la eliminación de ciertas formalidades puede ser garante también del debido proceso, ya que los derechos que lo integran se verían vulnerados por la falta de respuesta oportuna a las necesidades de los ciudadanos (Corte constitucional, sentencia C-875 de 2011). Ante la tensión que puede plantearse entre el derecho fundamental al debido proceso y otras normas constitucionales como el principio de eficacia, el juez constitucional acude a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de las normas procesales en cuestión, a través de la metodología del test integrado para este tipo de examen. De manera general, si el juez encuentra que la medida legislativa persigue el fin legítimo de hacer más rápidas las actuaciones, sin vulnerar en núcleo esencial del debido proceso (por ejemplo si existen mecanismos posteriores de protección), la medida será declarada ajustada a la Constitución (Corte constitucional, sentencia C-034 de 2014), v. Anibal ZARATE, “La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de procesalización”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 587.

³⁷ Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, Ministère de finances et des comptes publics, Ministère de l’économie, du redressement productif et du numérique, *Rapport du Président et Recommandations*, mai 2014, disponible en: http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/publications_externes/rapport_president_recommandations_mediation.pdf, consultado : 31/10/2014.

gratuidad apunta a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad no sólo frente a las oportunidades para acceder a la administración de justicia, sino también de las condiciones mismas en que se accede. Aquí la capacidad económica de las partes “no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación”³⁸. Si bien ésta es obligatoria tratándose de la justicia formal a cargo del Estado, no sucede lo mismo en el caso de los métodos alternativos de solución de conflictos como la conciliación y el arbitramento, en donde es permitido el cobro de tarifas³⁹. Ahora bien, consideramos que una de las diferencias de la mediación con otros sistemas de solución alternativa de conflictos en consumo debe ser el carácter gratuito de ésta. Esto, en razón de la distinta capacidad económica y la situación de desequilibrio en que se encuentran las partes que participan en estas relaciones⁴⁰.

Es precisamente en este sentido que se dirigen las recomendaciones consagradas en el informe presentado por el grupo de trabajo del Ministerio de la economía y finanzas francés, excluyendo únicamente los costos de fotocopias y el envío de documentos al tercero mediador, que estima deben estar a cargo del consumidor. Si la “gratuidad” puede comportar un costo para el profesional que pone a disposición del consumidor un mecanismo empresarial o privado para la resolución de los litigios originados en las relaciones de consumo, esta iniciativa se inscribe sin embargo en una política empresarial de calidad de servicio que puede también producir beneficios; por ejemplo como herramienta de *marketing*. Concretamente, el grupo de trabajo recomienda “*retenir le principe de la gratuité de la médiation de consommation pour le consommateur*”⁴¹.

Además de la diferencia en la capacidad económica y la situación de desequilibrio en que se encuentran consumidores y productores y proveedores de bienes y servicios, las reclamaciones en consumo se caracterizan en múltiples ocasiones por tener asociado un interés patrimonial o económico bajo, por lo que un principio de ausencia de piso financiero parece apropiado para la mediación en esta materia, lo que asegura la posibilidad para el consumidor de acudir a un mediador con independencia del monto de su litigio.

Pero la satisfacción de la condición de equidad en el procedimiento no sólo exige el equilibrio de las partes, sino que abarca diversos mecanismos entre los cuales es posible destacar un derecho de información sobre el carácter voluntario de la mediación, así como de la posibilidad de abandonarlo en cualquier momento⁴². La obligación de información debe entenderse dentro los objetivos generales consagrados en el Estatuto colombiano de protección al consumidor de 2011, entre los cuales se consagra la educación al consumidor y el derecho a que tiene éste de conocer todo lo

³⁸ Corte constitucional, sentencia C-187 de 2003.

³⁹ Según se encuentran establecidas en el Decreto 1829 de 2013. En el caso de la conciliación, el artículo 26 de ese mismo decreto dispone una tarifa mínima de 9 salarios mínimos legales diarios vigentes para una pretensión de menos de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Su cobro fue declarado exequible por la Corte constitucional en la misma sentencia C-187 de 2003, en la medida en que la conciliación extrajudicial no es algo exclusivo en estos centros, por lo que puede también ser organizada por entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro., para las tarifas en materia de arbitramento v. supra nota 27.

⁴⁰ Asimismo, la Ley 1480 de 2011 consagra la igualdad dentro de los derechos de los consumidores, y la define como el derecho a ser tratado equitativamente y de manera no discriminatoria.

⁴¹ Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *op.cit.*, p. 13.

⁴² A pesar de que las partes pueden actuar por sí solas, ello no impide la representación o asistencia técnica facultativa.

relacionado con sus derechos y las formas de hacerlos efectivos⁴³.

La voluntariedad para acudir, permanecer en el procedimiento y llegar a la solución de la controversia, en la medida en que estamos en presencia de un dispositivo de autocomposición en el que las partes y no el tercero mediador arreglan sus diferencias⁴⁴, no significa que a éstas no les correspondan ciertos deberes como son el actuar de buena fe y el respeto de la confidencialidad. El deber de confidencialidad es justamente una garantía mínima que se impone tanto a las partes como al tercero y que hace que este procedimiento resulte atractivo para las empresas, en la medida en que los conflictos en consumo pueden ser una mala publicidad para los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Ella se aplica tanto a la información intercambiada por las partes oralmente o por escrito. En algunos ordenamientos jurídicos un acuerdo entre las partes es incluso necesario para levantar la confidencialidad⁴⁵ y se restringe la presentación de esas informaciones como medios de prueba al momento de un procedimiento judicial posterior.

La imparcialidad por su parte es un deber que se refiere a la persona o las personas responsables de facilitar la negociación entre las partes. El mediador es definido usualmente como un tercero que realiza su misión con imparcialidad, competencia y diligencia⁴⁶. El Consejo de Estado francés establecía dentro de las cualidades del tercero facilitador de la negociación el ser independiente⁴⁷. El gobierno galo no retiene sin embargo la independencia ya que considera que la noción de imparcialidad recubre a aquella de independencia⁴⁸. Puede que las instituciones francesas y europeas hayan estado influenciadas por las recomendaciones de la Comisión acerca de no hacer figurar en las normas mínimas de calidades del mediador el principio de independencia, en la medida en que el tercero no toma formalmente posición sobre la solución, sino que ayuda a las partes a encontrar un acuerdo⁴⁹. Esta postura es criticable en la medida en que la independencia no es condición de la imparcialidad. La imparcialidad, entendida como la obligación de un trato igual para

⁴³ Es posible identificar además una obligación de transparencia a cargo del mediador, conforme a la cual debe permitir a las partes conocer el funcionamiento del procedimiento y las condiciones para su desarrollo. En comparación con el caso francés, el Grupo de trabajo del Ministerio de economía y finanzas resalta la importancia de que el conjunto de actores como las asociaciones y ligas de consumidores, los profesionales, empresas, autoridades administrativas y demás actores hagan conocer de la existencia de mediadores y la manera en que se puede acudir a éstos, Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *op.cit.*, p. 17.

⁴⁴ “A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination”, American Bar Ass’n, American Arbitration Association, & Association for Conflict Resolution, Model Standards of Conduct for Mediators n° 3, 2005.

⁴⁵ v, por ejemplo, art. 7, Directiva 2008/52/CE precitada.

⁴⁶ Artículo 21-2 de la ley francesa 95-125 del 8 de febrero 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil.

⁴⁷ Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Étude, 29 juillet 2010, La documentation française. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000625/0000.pdf>, consultado : 31/10/2014.

⁴⁸ Rapport du Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, *JORF* n° 0266 du 17 novembre 2011, p. 19283, n° 9. Por su parte, si la directiva europea no emplea la noción de independencia, ella se encuentra en el código de comportamiento europeo.

⁴⁹ Livre vert, Les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil e commerciale, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 19 avril 2002, COM (2002) 196 final.

todas las partes involucradas, es una exigencia predicable tanto para un tercero independiente, como para aquél que depende o que no es exterior a alguna de las partes⁵⁰. Se puede por consiguiente ser imparcial y dependiente, al tiempo que se puede ser independiente y parcial.

Según la doctrina en los Estados Unidos, el mediador o tercero imparcial, quien podrá encontrar a las partes en sesiones separadas o conjuntas, trabaja para mejorar la comunicación entre ellas, colaborar a fijar y comunicar sus intereses y a entender aquellos de la parte opuesta, probar las fortalezas y debilidades de cada uno de los involucrados, identificar las áreas donde es posible un acuerdo y ayudar a generar opciones de solución amigable del conflicto⁵¹. Así, no corresponde al mediador dar su opinión o evaluar el caso⁵², ni es necesario que sea por ende abogado.

Por último, en cuanto a las fases de la mediación, éstas podrían variar en función de las técnicas de negociación y colaboración adoptadas por los mediadores o según se trate de un procedimiento complejo o simple o que involucre a dos o a múltiples partes. Es posible sin embargo identificar algunos pasos necesarios para llegar al acuerdo de mediación. Varias asociaciones americanas involucradas en el diseño y evaluación de estos mecanismos recomiendan a los mediadores comenzar por identificar de los intereses en juego, antes de trazar el proceso de mediación que tendrá lugar (numero de sesiones, duración estimada, etc.). Luego, se deben establecer las bases del arreglo a partir de los puntos en dónde sea probable un acuerdo entre las partes, estableciendo además la manera en qué éstas podrán interactuar, y la forma cómo se llegará a una eventual solución. Culminada la negociación de las partes y si la mediación resulta exitosa, sigue una etapa posterior de implementación del acuerdo de mediación, según la naturaleza y efectos reconocidos a este último⁵³.

1.2 Las condiciones del acuerdo de mediación.

En caso de lograr un acuerdo que ponga término al conflicto entre las partes, consideramos que su constancia por escrito debe ser facultativa. Si bien esta alternativa

⁵⁰ v. por ejemplo, Stéphane MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse, Université Paris II, 1995, p. 31-34.

⁵¹ Howard W. CUMMINGS, "Let Us Reason Together: The Role of Process in Effective Mediation", *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, n° 1, 2013, p. 33.

⁵² *Ibíd.* Consideramos acertada la postura de este autor, permitiéndonos así distinguir este mecanismo de la conciliación extrajudicial, la cual sería asimilable a la mediación en un sentido amplio, v. supra n. 25.

⁵³ Según este esquema: Paso 1. Las partes se encuentran con el mediador y éste comunica a las partes los detalles del proceso, su carácter confidencial, la manera en que se va a proceder, y cuál será su rol. Paso 2. El mediador llama a las partes a que dé su perspectiva de los hechos (sin interrupción de la otra parte), el mediador parafrasea para clarificar y reducir la hostilidad en el discurso, el mediador sintetiza las posiciones de las partes, el mediador hace una lista de los temas y áreas en los que parece haber acuerdo, el mediador abre a una ronda de preguntas y sus posibles respuestas. Paso 3. Ayuda a las partes a entender cómo y qué desean y que es lo importante en juego, sugiere sin decir qué alternativas hay sobre la mesa, colabora a las partes a enlistar y priorizar métodos y opciones para solucionar el conflicto (el mediador ayuda simplificando el lenguaje y reescribiendo las intenciones de las partes), ayuda a las partes a trabajar juntas en la evaluación de las opciones enlistadas, para que ellas seleccionen y prioricen aquellas que funcionarían mejor. American Bar Ass'n, American Arbitration Association, & Association for Conflict Resolution, *Model Standards of Conduct for Mediators* n° 3, 2005.

ofrece una mayor seguridad jurídica, puede que no sea necesaria en aquellos casos simples o de fácil negociación. Si el acuerdo se realiza por escrito, se recomienda la identificación de los hechos que dieron origen a la controversia, así como los puntos, soluciones y compromisos acordados por las partes. Pero, ¿a quién corresponde la redacción del acuerdo? En sistemas como el colombiano, se ha afirmado que una de las diferencias entre la conciliación y la mediación extrajudicial consiste en que en la primera el tercero que facilita la negociación puede también proponer fórmulas de solución que las partes pueden aceptar y luego aprueba el acuerdo, mientras que en la segunda no⁵⁴. Según este enfoque, el mediador no puede elaborar un proyecto de acuerdo escrito con las fórmulas de solución para la aceptación y firma de las partes, sino que son éstas las que deben llegar a dicho acuerdo por sí mismas. Esto no debe sin embargo entenderse como que el mediador no tiene participación en la elaboración del acuerdo escrito. Es necesario que el mediador sea quien redacte en términos distintos a los de las partes la descripción del conflicto y los puntos de acuerdo, en la medida en que podrá clarificar, reducir la hostilidad y parcialidad que por lo general caracteriza el discurso de cada una de las partes, y sintetizar las posiciones de éstas, para sólo incluir los puntos relevantes de la discusión.

Contrario a lo que sucede con el acuerdo de conciliación, el cual de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley 640 de 2001 tiene las mismas características y funciones de una sentencia judicial, como son la de ponerle fin al proceso, hacer tránsito a cosa juzgada y que su contenido preste mérito ejecutivo, el acuerdo de mediación no requiere la aprobación por parte del mediador en Colombia⁵⁵. A pesar de que en el trámite de la mediación convencional el mediador no va a decidir el asunto con fundamento en normas jurídicas y a valorar las pruebas debidamente recaudadas, sino que son las partes las que van a lograr un acuerdo entre ellas, si hace parte de su rol de orientación y colaboración trabajar conjuntamente con consumidores y productores y proveedores en la evaluación de las opciones previstas, explicando por ejemplo la imposibilidad de que el consumidor obtenga una menor protección a la que obtendría de acudir ante el juez civil del circuito o ante las autoridades administrativas investidas de funciones jurisdiccionales. La parte débil de la relación, el consumidor, no podría verse en consecuencia privada de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas en el Estatuto de protección al consumidor, aún cuando se trate de conflictos de consumo transfronterizos. Para poder asegurar que esto sea así, si bien en algunos sistemas no se requiere ser abogado para actuar como mediador, como es el caso mencionado de los Estados Unidos, si se exige un mínimo de conocimientos especializados⁵⁶, esto es, de las disposiciones que regulan las relaciones de consumo y de las técnicas de mediación.

¿La ausencia de aprobación por parte del mediador significa que se debe establecer un mecanismo de formalización posterior del acuerdo de mediación? Optar por la formalización del acuerdo de mediación como condición para producir sus efectos rompe con la flexibilidad y el carácter informal de este sistema de solución alternativa de controversias, no sin mencionar los costos que podrían estar asociados a

⁵⁴ Corte constitucional, sentencia C- 598 de 2011.

⁵⁵ En ausencia de normas que regulen la materia, nos atenderemos a la diferenciación que de ambos conceptos ha hecho la Corte constitucional en la sentencia C-598 de 2011.

⁵⁶ Tal como lo dispone el artículo 6.1 de la Directiva europea 2013/11/UE.

dicho trámite. Más que establecer una formalización posterior del acuerdo de mediación, pensamos que el control debería estar enfocado a evaluar si las personas de derecho público y de derecho privado encargadas de realizar la mediación satisfacen las exigencias de calidad que establecen las normas que regulan este trámite. Tratándose del caso francés, el grupo de trabajo del Ministerio de economía y finanzas propone de hecho que las autoridades públicas que la ley nacional defina como competentes evalúen *ex ante* la calidad e idoneidad de los mediadores y cuenten con los poderes necesarios para retirar de las listas de mediadores a quienes no cumplan con los requisitos o se aparten de los principios que rigen la mediación. En el informe presentado se llega a una constatación alarmante: la incapacidad de la Comisión de la mediación de consumo (CMC) y del Comité de la mediación bancaria (CMB), en cuanto a su estructura y composición, para responder satisfactoriamente a las exigencias de la Directiva europea. Por consiguiente, en caso de considerar dichas autoridades como entes de control, el informe recomienda su reestructuración. Frente a la alternativa de contar con una autoridad única que ejerza la policía de los mediadores en consumo, su puesta en funcionamiento requiere a su vez de la asignación de recursos financieros y humano capacitado. Consideran que esta última alternativa de concentración de la función de policía de la mediación en consumo es mejor, puesto que permite privilegiar la homogeneidad en las actuaciones, criterios de evaluación y decisiones⁵⁷. Bajo este esquema, bastaría con que el mediador deje registro del resultado de la mediación en el expediente que se creó para el respectivo trámite. Se cumple con una finalidad estadística⁵⁸, pero también se facilita el control de la actividad de los mediadores por parte de las autoridades administrativas competentes.

El acuerdo de mediación en los conflictos de consumo está llamado a producir los efectos en él contenidos. En algunos sistemas como el español el acuerdo de mediación se entiende que tiene el efecto de una transacción extrajudicial⁵⁹, teniendo el juez el control del fondo del acuerdo como lo tendría sobre cualquier otro negocio jurídico. En Colombia, el artículo 2469 del Código civil define la transacción como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual y el artículo 2483 dispone que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero que podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión conforme a las normas de ese mismo Código. Consideramos la solución española apropiada para el caso colombiano, en la medida en que el efecto de cosa juzgada en última instancia evita que el conflicto de consumo no pueda dar lugar a más de una mediación y que el acuerdo frente al mediador no pueda ser por ejemplo objeto de un recurso frente a otro mediador⁶⁰. El tema de la naturaleza del acuerdo de mediación, desde los efectos que está llamado a producir, es uno de los puntos que actualmente discuten las autoridades que, como la Superintendencia de Industria y Comercio, promueven la implementación de la mediación para los conflictos originados

⁵⁷ El grupo de trabajo recomienda: “*d’expertiser la faisabilité de la mise en place, à partir de la Commission de la Médiation de la Consommation, d’une seule autorité d’évaluation pour l’ensemble des médiateurs à l’exception des médiations du secteur financier dont l’évaluation pourrait être confiée à l’Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) ou d’une seule entité d’évaluation composée de plusieurs collèges sectoriels*”.

⁵⁸ Se podría contar con una herramienta tecnológica como el sistema de información de la conciliación, el arbitraje y la amigable composición (SICAAC) o con uno similar, en el que los mediadores podrán registrar la información relacionada con el desarrollo de sus actividades.

⁵⁹ Artículos 23.3 y 25 de la Ley 5 de 2012, mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁶⁰ Sobre la transacción en Colombia, Carlos Ignacio, JARAMILLO JARAMILLO, “La transacción en el derecho colombiano”, en *Derecho de las obligaciones*, Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, tomo II, vol. 2. Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), 2010.

en transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos los derechos de los consumidores. Otro punto que está sobre la mesa es el de la imposición de sanciones adicionales al productor y proveedor cuando incumple el acuerdo de mediación. De acuerdo con el Estatuto del Consumidor, al incumplimiento del acuerdo de conciliación corresponde una multa que equivale a la séptima parte de un salario mínimo legal por cada día de retraso y, en caso de persistir el incumplimiento, la SIC podrá ordenar el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta tanto no se cumpla con lo acordado. Preocupa a las autoridades que la ineficacia del acuerdo sea un obstáculo para cumplir con objetivos como la efectiva protección de los derechos de los consumidores y la descongestión de las autoridades judiciales. Es entonces urgente una definición por vía legal de las condiciones bajo las cuáles la mediación esta llamada a operar, así como de las fórmulas o mecanismos que pueden implementar estas autoridades.

II. LAS FÓRMULAS DE MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO.

En derecho colombiano cuando un usuario tiene una inconformidad con relación a los bienes y servicios suministrados, se establece como condición de acceso a las vías jurisdiccionales y administrativa establecidas para la protección de sus derechos el haber agotado la reclamación directa ante el productor y/o proveedor con la respectiva petición, queja o recurso (PQR) ⁶¹. Una de las recomendaciones del Grupo de trabajo del Ministerio de la economía y finanzas francés consiste precisamente a que dentro de las condiciones de acceso a la mediación esté el haber agotado la reclamación delante de los operadores económicos concernientes. Se busca incentivar la mediación en frente a los profesionales del mercado, como un mecanismo de continuidad al trámite de reclamación. El informe señala a este propósito que una buena estructura de mediación buscará tratar el mayor número de casos en las instancias precedentes en la cadena de reclamación de los clientes, con el fin de que no lleguen sino un número inferior de reclamaciones por fuera de ésta. El objetivo es que al mediador le llegue el menor número de reclamaciones posibles. Esto implica que las empresas pongan a disposición de los consumidores “una cadena operacional y eficaz de reclamaciones”⁶². Para el caso colombiano la solución propuesta en Francia significa no sólo mantener la condición de haber agotado el trámite de PQR sino que además se pide al consumidor que intente solucionar directamente y con anterioridad su litigio frente a los profesionales o sus servicios de reclamación. Para las empresas, esto representa instaurar a su cargo fórmulas de mediación imparciales e independientes, llamadas a intervenir durante el trámite de PQR. Ahora bien, tal como lo advierte el informe del Grupo francés, es necesario vigilar a que los circuitos de reclamación de las empresas no se conviertan o tengan el efecto de paralizar el recurso de los consumidores al dispositivo de mediación y no de lugar a la superposición de “niveles múltiples de tratamiento de reclamaciones”⁶³. Es justamente esta la razón por la cuál se deben examinar los posibles

⁶¹ Este procedimiento se desarrolla según lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA (Ley 1437 de 2011).

⁶² Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *op.cit.*, p. 10.

⁶³ *Ibid.*

vectores a través de los cuáles podrá ser puesta en marcha la mediación en consumo en Colombia, tanto por el sector privado (A), como por órganos del Estado (B).

2.1 Las fórmulas privadas de mediación en conflictos de consumo

La mediación al interior de los canales de reclamación con que cuentan las empresas o sus servicios de atención a los consumidores no son las únicas fórmulas a través de las cuales sería viable solucionar amigablemente las disputas en consumo. Estas fórmulas de hecho pueden ser diversas. No se busca presentar aquí todas las alternativas posibles, sino de identificar algunas de ellas para que luego, con la ayuda de las experiencias en otros sistemas, puedan servir de referente para el caso colombiano. La figura del defensor del cliente, que encuentra una difusión bastante amplia en sectores como el financiero⁶⁴, tiene entre sus funciones ser vocero de los consumidores ante el respectivo profesional y conocer y resolver de forma objetiva y gratuita las quejas individuales relativas a un posible incumplimiento de las normas legales o internas que rigen el desarrollo de los productos o servicios que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos⁶⁵. Puesto que dentro de los requisitos del defensor del cliente se señala la absoluta independencia de los organismos de administración de las empresas y sus filiales, con el fin de garantizar la total imparcialidad y objetividad en la solución de las quejas sometidas a su conocimiento, esta figura podría ser un medio a través del cual pueda realizarse la mediación, señalándolo así dentro de sus funciones.

La puesta a disposición de los consumidores de dispositivos de mediación en las empresas debe hacerse sin embargo de manera voluntaria, tomando en consideración que la posibilidad dada a los clientes de acudir a un servicio de mediación eficaz constituye sin duda una ventaja competitiva para el productor o proveedor. Los costos en que incurrirá la empresa deben ser tomados como una inversión. Pero si de costos se trata, existe también la opción de emplear figuras como el defensor de los consumidores para varias o todas las empresas pertenecientes a un gremio. Es por ejemplo la situación de la industria automotriz en el Estado de California en los Estados Unidos. Durante la década de los setenta y ochenta los estados federados adoptaron leyes específicas de protección a los consumidores, con el propósito de obligar a la industria automotriz a hacer más seguros los vehículos⁶⁶. Si las compañías automotoras no eran capaces de hacer las reparaciones estipuladas en las garantías, entonces los consumidores podrían ir a las Cortes y obtener la restitución integral o el reemplazo del vehículo, el pago de los honorarios de abogados y, en algunos estados incluso daños punitivos hasta por dos veces el valor del daño causado. La obtención vía judicial de poderosos remedios y reparaciones a los perjuicios causados generó un interés en esta industria de crear y costear fórmulas internas de solución de controversias con los consumidores. En la medida en que estos dispositivos se fueron institucionalizando, las empresas del sector

⁶⁴ Con la expedición de la ley 795 de 2003 se estableció con carácter obligatorio esta figura para todas las entidades vigiladas por la Superintendencia financiera de Colombia. En el sector de las comunicaciones el Ministerio de TIC impuso a los proveedores móviles en las licencias de espectro otorgadas en el año 2014 la obligación de contar con un defensor del usuario bajo las condiciones que defina la Comisión de regulación de comunicaciones (CRC).

⁶⁵ Decreto 2281 de 2010, modificado por el Decreto 3594 de 2010, adicionado por el Decreto 0848 de 2013.

⁶⁶ En 1970 California pasó la primera ley de garantía al consumidor, *the Song-Beverly Consumer Warranty Act* (Song-Beverly Act), Civil Code § 1790 et seq. (1970).

externalizaron y contrataron a terceras partes para que aplicaran el programa de solución de controversias que se creó para el sector. A diferencia de las Cortes, estas terceras partes no reconocen el pago de los honorarios de abogados o de penalidades civiles, pero en algunas circunstancias pueden reconocer remedios extralegales como otra forma de reparación⁶⁷.

¿Son estas estructuras financiadas por las empresas verdaderamente independiente de éstas?

Las críticas se centran en derecho Colombiano a propósito de la figura de los defensores al consumidor financiero, quienes a pesar de tener que estar registrados ante la Superintendencia financiera de Colombia, están vinculados a través de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios suscrito con la entidad financiera. En la práctica, esto se traduce en una subordinación hacia la parte fuerte de la relación de consumo. Asimismo, sus decisiones no son vinculantes para las partes, salvo que así se estipule en el contrato celebrado entre la entidad financiera y el consumidor financiero o cuando, una vez se presente la controversia, la entidad del sector voluntariamente acepte someterse a la decisión del defensor⁶⁸.

En respuesta a estas dudas en torno a la independencia de estos dispositivos, el Grupo de trabajo del gobierno francés recomienda la conformidad de la mediación al interior de las empresas a las exigencias cualitativas contenidas en las normas europeas y nacionales, y en especial en el artículo 6 de la Directiva. Para satisfacer estas exigencias el informe propone que los mediadores de las empresas sean: 1. designados por un órgano colegial en el que estén representados los consumidores a través de un procedimiento transparente; 2. disponer de un mandato de una duración mínima de tres años; 3. la prohibición de trabajar para el profesional durante un período de tres años contados a partir del momento en que termina su misión; 4. No tener ningún vínculo jerárquico, ni profesional con el profesional y disponer de un presupuesto distinto y destinado a la finalidad de mediación⁶⁹. No se trata de prohibir la posibilidad para las empresas de acudir a estas fórmulas, sino de vincular a los consumidores a través de sus ligas y asociaciones en el proceso de designación de los mediadores.

Las ligas y asociaciones de consumidores y en general toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales con el propósito de asegurar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios⁷⁰, constituyen otra fórmula para organizar la mediación de los conflictos que se originan en las relaciones de consumo. Con el fin de asegurar el cumplimiento de unas condiciones mínimas como aquellas consagradas en la directiva europea, la actividad de mediación puede restringirse a aquellas ligas y asociaciones que se encuentran reconocidas mediante resolución de la alcaldía del lugar

⁶⁷ “*In particular, if a consumer has a defect with her vehicle but has not met a statutory requirement such as establishing a reasonable number of attempts, the arbitrator may still award extra legal remedies such as an additional repair attempt, reimbursement for an expense, or “other” nominal remedies*”. Shauhin A. TALESH, “How Dispute Resolution System Design Matters: An Organizational Analysis of Dispute Resolution Structures and Consumer Lemon Laws”, *Law & Soc’y Rev.*, 46, September 2012, 463.

⁶⁸ Decreto 2281 de 2010, modificado por el Decreto 3594 de 2010, adicionado por el Decreto 0848 de 2013.

⁶⁹ Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *op.cit.*, p. 9.

⁷⁰ Artículo 1, Decreto 1441 de 1982.

de su domicilio⁷¹, esto es, aquellas que cumplen con los siguientes requisitos: 1. su objeto social debe estar relacionado con la protección y promoción de los derechos de los consumidores; 2. el número de integrantes no debe ser inferior a veinticinco personas; 3. debe estar establecido el área territorial de cobertura; 4. su carácter apolítico; 5. no puede tener condiciones limitativas para el ingreso a ella por razones de edad, sexo, raza, religión, filiación partidista a ideología política⁷².

Actualmente, las ligas y asociaciones de consumidores como entidades sin ánimo de lucro pueden constituirse en centros de arbitraje y conciliación, esto es aquellos lugares autorizados por el Ministerio de justicia y del derecho para prestar el soporte administrativo y operativo requerido para el buen desarrollo de las funciones de los árbitros y conciliadores. El artículo 3 del Decreto 1829 de 2013 establece entre las personas facultadas para solicitar la creación de centros de conciliación a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, a las entidades públicas y a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho. Actualmente existen también centros de arbitraje y conciliación en las Cámaras de comercio, con las restricciones indicadas de acceso en cuanto a las tarifas y costos asociados con el servicio de arbitraje y conciliación⁷³.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1480 de 2011, las ligas y asociaciones de consumidores hacen parte de la Red Nacional de Protección al Consumidor (RNPC), junto con las autoridades nacionales transversal y sectoriales y las alcaldías. La Superintendencia de Industria y Comercio a quien corresponde la Secretaría técnica de la Red, recientemente adoptó una estrategia denominada Casas del Consumidor, con la que busca ampliar los servicios que ofrecen las autoridades nacionales competentes en materia de protección al consumidor a nivel local. Dentro del protocolo de estas Casas se estudia la posibilidad de establecer un mecanismo de mediación. La intención de la SIC permite observar como al lado de las fórmulas privadas de mediación en los conflictos de consumo pueden además existir fórmulas públicas, como verdaderos servicios públicos a cargo de la Administración.

2.2 Las fórmulas públicas de mediación en conflictos de consumo

Para promover la conciliación extrajudicial en los conflictos de consumo, la Superintendencia de Industria y Comercio creó un grupo de trabajo en la delegatura de asuntos jurisdiccionales⁷⁴. Este grupo tenía como función principal facilitar el diálogo y proponer fórmulas de arreglo a proveedores y productores y a consumidores, para así evitar el trámite jurisdiccional ante la entidad⁷⁵. Varios inconvenientes se evidenciaron

⁷¹ v. para el caso de Bogotá, Decreto distrital 444 de 2008.

⁷² Este artículo debe leerse en concordancia con lo establecido en la nueva ley antidiscriminación (Ley 1482 de 11 de noviembre de 2011) que establece en su artículo 1 que constituyen actos de racismo o discriminación aquellos tendientes a restringir los derechos de las personas por razón de su orientación sexual.

⁷³ v. supra notas, 27, 39.

⁷⁴ El grupo denominado “Punto de solución” fue creado a través de la Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio n° 21497 de 13 de abril de 2012. Según el artículo 1, numeral 66 del Decreto 4886 de 2011, es función de la SIC servir de facilitador entre los consumidores y los productores, distribuidores, expendedores y proveedores de bienes o servicios, según el caso, que presuntamente hayan violado las normas de protección del consumidor, con el fin de que estos, de manera directa, solucionen las diferencias surgidas en una relación de consumo.

⁷⁵ Correspondía al Grupo de la SIC contactar al proveedor y/o productor demandado para informarle sobre los beneficios y bondades del arreglo directo y ejecutar todas las labores necesarias para otorgar a las partes un espacio físico o un entorno virtual para adelantar una audiencia de facilitación de arreglo

sin embargo durante su corto funcionamiento. La iniciativa no tuvo una acogida favorable entre proveedores y productores de bienes y servicios, en la medida en que la misma entidad encargada de decidir la demanda jurisdiccional o de iniciar de oficio una queja administrativa contactaba y proponía a las empresas la solución a la reclamación respectiva. Esto generó cuestionamientos legítimos acerca del carácter voluntario de la conciliación y de las posibles consecuencias que podría tener para los operadores económicos involucrados en el trámite apartarse de las soluciones propuestas por la entidad.

Se evidenció en consecuencia al interior de la entidad la necesidad de incluir medidas que flexibilicen los procedimientos allí establecidos, generen incentivos a las partes, fomenten el uso de nuevas tecnologías y reconozcan la posibilidad de un ejercicio automático de los derechos por parte de los consumidores. De la misma manera, se estimó conveniente trasladar la conciliación de la delegatura de asuntos jurisdiccionales a una unidad de servicio que no tenga competencia para decidir ni de las demandas, ni de las quejas administrativas, como la Oficina de servicios al consumidor y apoyo empresarial. Un sistema de mediación que cumpla con las condiciones mínimas formales y materiales aquí estudiadas podría ser implementado o autorizado para operar al interior de esta entidad. Así por ejemplo, al cumplir la entidad únicamente un rol de facilitador imparcial de las negociaciones, informando del carácter voluntario del mecanismo y de que las partes pueden abandonarlo en cualquier momento, se superan de cierto modo las críticas formuladas al grupo de trabajo de conciliación que existía en la SIC. Sin embargo, esto no sería suficiente, en la medida en que debe asegurarse una separación, al menos funcional, capaz de garantizar una independencia entre la unidad a cargo de la mediación y las otras dependencias encargadas de resolver demandas y quejas administrativas.

Es importante que las autoridades administrativas nacionales y locales competentes tengan claridad sobre el servicio que se va a ofrecer a los consumidores. Se trata de una conciliación extrajudicial o de la mediación convencional informal o bien de ambos servicios. En la Superintendencia de Industria y Comercio se estudia un proyecto similar al que funciona actualmente en México con la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), autoridad encargada de la protección de los derechos de los consumidores en dicho país. Se trata de las herramientas Concilianet⁷⁶ y Procitel. El primero es un dispositivo virtual que sirve para solucionar las reclamaciones o quejas a través de un chat en línea que se realiza con los proveedores que se encuentren registrados ante la entidad⁷⁷. Este servicio comprende desde la presentación de la queja hasta el fin del trámite conciliatorio. El segundo permite a los consumidores fijar citas

directo; artículo 2 de la Resolución SIC n° 21497 del 13 de abril de 2012. El grupo fue eliminado con la Resolución SIC n° 36121 de 2013.

⁷⁶ Concilianet “impulsa la modernización de la administración pública a través del uso de medios electrónicos para interactuar con los ciudadanos, evitando la tramitología propia de los procedimientos tradicionales y favoreciendo la inmediatez que el uso de la tecnología hace posible”, Procuraduría Federal del Consumidor, *Memoria documental: Conciliación a través de medios electrónicos: Concilianet, 2008 a 2012*.

http://www.profeco.gob.mx/transparencia/resol_comite/anexos_informe/MD-%20Concilianet.pdf, consultado: 1/11/2014.

⁷⁷ Desde su implementación en 2008 hasta la medición efectuada en agosto de 2012 se habían atendido un total de 6727 reclamaciones, con una tasa de 96% de conciliación con satisfacción del consumidor de su queja y un de 101% de monto recuperado a favor del consumidor. Y una participación de 70 proveedores en el programa.

en cualquier delegación o subdelegación de PROFECO para iniciar un proceso de queja contra algún proveedor. Esta plataforma tecnológica puede ser un vector apropiado para la mediación en los conflictos de consumo en Colombia, dependiendo de cómo se diseñe.

Concebidos como espacios físicos con vocación de permanencia⁷⁸, las Casas del consumidor son una estrategia de la Superintendencia de Industria y Comercio como secretaría técnica de la RNPC para cumplir con los fines que se encuentran consagrados en el artículo 75 de la Ley 1480 de 2011. Así, corresponde a las Casas realizar las funciones generales de promoción y prevención para generar una cultura y relaciones de consumo responsable, atender y orientar al ciudadano en materia de protección al consumidor, y promover la participación ciudadana en los procesos de vigilancia y control de los derechos de los consumidores en el ámbito local. Para atender estas funciones, varias son las actividades que pueden realizarse en las Casas, dentro de las cuales se discute la de mediación de los conflictos que involucren a los consumidores con productores y proveedores.

Esta segunda iniciativa que estudia la Superintendencia de Industria y Comercio busca que luego de agotar el trámite de PQR se realicen al interior de las Casas de protección al consumidor audiencias de mediación en las que estén presentes el consumidor que reclama, el productor y/o proveedor y un funcionario de la Red encargado de facilitar la negociación entre las partes, dejar registro del acuerdo alcanzado⁷⁹ y, cuando la audiencia de mediación se adelante a través de recursos electrónicos, verificar a que los instrumentos tecnológicos permitan corroborar su existencia. Ahora bien, este modelo presenta el inconveniente de que, al día de hoy, sólo se encuentran en funcionamiento Casas del consumidor en tres de los 1102 municipios que existen en Colombia⁸⁰. En un mismo sentido, si bien la SIC concentra los asuntos jurisdiccionales cuyo trámite se busca evitar a través de un acuerdo anticipado de mediación, ¿no podría igualmente evitarse una queja administrativa a través de estos métodos alternativos de solución de conflictos? Y, en caso afirmativo, ¿qué pasa con los asuntos que son de competencia de otras autoridades administrativas nacionales como la aeronáutica civil, la superintendencia de servicios públicos domiciliarios o la superintendencia financiera?⁸¹

CONSIDERACIONES FINALES

⁷⁸ Más que constituir unidades de servicio, las Casas de protección al consumidor se presentan como espacios físicos que son puntos terminales de la Red, en donde confluye la oferta institucional de las autoridades miembros de la misma que a través de un convenio interadministrativo se vinculen y de las ligas y asociaciones de consumidores que soliciten el uso de sus instalaciones.

⁷⁹ La entidad estudia precisamente la posibilidad de elaborar un formato de registro de los acuerdos de mediación. Esto no debe sin embargo traducirse en la propuesta de fórmulas de arreglo y en una condición para su aprobación, ya que en ese caso estaríamos en presencia de una conciliación y no de una mediación, v. supra p. 11.

⁸⁰ Hay casas funcionando en las ciudades de Armenia, Pereira y Popayán. En la ciudad de Montería hay un equipo trabajando en una sede de la Alcaldía y la infraestructura o local de la Casa del consumidor no se encuentra todavía en funcionamiento.

⁸¹ Comparativamente, en Francia, algunos sectores carecen de dispositivos de mediación, "*Toutefois, de nombreux secteurs demeurent non couverts par des dispositifs de médiation; beaucoup d'entre eux ne connaissent pas de mécanisme de médiation tels que l'artisanat, les métiers du bâtiment, les petits commerces de proximité, la grande distribution, certains types de transports (transport maritime notamment)*". Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *op.cit.*, p.3.

Los interrogantes que la implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias plantean en el derecho colombiano están lejos de tener una única respuesta; a pesar de que una efectiva garantía de los derechos de los consumidores requiere de mecanismos eficaces de arreglo de los conflictos de consumo. Iniciativas recientes como la de la Comisión de regulación de comunicaciones de lanzar a consulta pública el plan de implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias entre usuarios y operadores de servicios de comunicaciones⁸², puede ser una forma de encontrar algunas pistas acerca de cómo racionalizar los mecanismos existentes. Consideramos que todo esfuerzo de racionalización debe propender por el uso de nuevas tecnologías, la educación de los consumidores⁸³, la formación continua de los mediadores⁸⁴, y la simplificación y supresión de trámites. A partir de la definición propuesta de mediación, como un sistema específico de solución de controversias flexible, voluntario y confidencial, en el que un tercero neutral facilita la negociación entre las partes, es posible diseñar una opción distinta de aquellos mecanismos alternativos ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata en definitiva de contar con nuevos instrumentos de actuación para responder mejor a las necesidades actuales de los consumidores, en la medida en que una sociedad postmoderna no puede orientarse de forma monopólica a la acción de la justicia tradicional, sino que debe considerar las diversas posibilidades que se presentan para solucionar los conflictos intersubjetivos, y ver cuál puede resultar más adecuada para cada tipo de litigio⁸⁵. El presente escrito relaciona los componentes mínimos de un sistema de mediación con estas características, así como los vectores públicos y privados a través de los cuales puede implementarse en Colombia, esperando que las reflexiones aquí contenidas sirvan para alimentar el debate y atraer las miradas de la comunidad académica entorno a esta figura. Las soluciones no pueden quedarse en meras iniciativas de actores públicos y privados, y en el orden nacional. La efectiva garantía de los derechos de los consumidores demandan fórmulas privadas independientes e imparciales y la creación de un verdadero servicio público a nivel local, escenario donde las transacciones de bienes y servicios en los que se ven comprometidos los consumidores se efectúan en lo cotidiano.

⁸² Comisión de regulación de Comunicaciones (CRC), *Plan de implementación y consulta pública – mecanismos alternativos de solución de controversias. Regulación de protección a usuarios*, 2014, disponible

en:http://www.comusuarios.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Masc/Documento_consulta.pdf, consultado: 1/11/2014.

⁸³ Una encuesta realizada en Francia en el 2009 por el CREDOC revela que “*si la notion de « médiation de consommation » est connue des trois quarts des Français, seul 50% d’entre eux parviennent à identifier le médiateur compétent pour un secteur donné*”, tal como lo indica el informe del Grupo de trabajo del Ministerio de economía y finanzas precitado.

⁸⁴ Como la iniciativa de la escuela de mediación creada por la Barra de Paris (*Barreau de Paris*). Actualmente en Colombia la labor de formación de árbitros y conciliadores está a cargo de algunos centros de arbitraje y conciliación como los de las Cámaras de Comercio.

⁸⁵ La sustitución progresiva de formas negociadas a técnicas clásicas unilaterales sería en efecto una de las características de esta sociedad postmoderna, “*Dans toute une série de domaines, les instruments négociés se sont ainsi progressivement substitués aux techniques unilatérales classiques, manifestant le passage à une “gouvernementalité coopérative”*”, E. SEVERIN, A. BERTHOUD, citado por Jacques CHEVALIER, *L’Etat post-moderne*, Paris: L.G.D.J., 2003, p. 126.

BIBLIOGRAFÍA

Obras, artículos y contribuciones

CHAMIE José Félix, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 24, 2013, p. 126.

CHEVALIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, Paris: L.G.D.J., 2003.

CUMMINGS Howard W, “Let Us Reason Together: The Role of Process in Effective Mediation”, *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, n° 1, 2013, p. 33.

DE LA CRUZ CAMARGO Dionisio, “La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del consumidor”, *Revista Contexto*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 37, 2012, p. 13.

DE LEYSSAC Claude Lucas, PARLEANI Gilbert, *Droit du marché*, Paris: PUF, Thémis Droit privé (coll.), 2002, p. 438.

GAUDEMET Jean, “Transferts juridiques”, *Année sociologique*, 1976, p. 29.

GOHIN Olivier, “Las estrategias recientes de la jurisdicción administrativa francesa para combatir la congestión jurisdiccional”, en *Cien años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Andrés OSPINA y Anibal ZARATE (trad.), 2014, p. 331.

GÓNZALEZ REY Sergio, “100 preguntas frecuentes en materia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos Colombia”, en *Conciliación Extrajudicial en Asuntos de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá: Legis, 2012, p. 289-584.

HERRERA TAPIAS Belaña, “La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales”, *Revista Civilizar*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, n° 25, 2013, p. 33.

HILL Jonathan, “Comparative Law, Law Reform and Legal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989, p.105.

JARAMILLO JARAMILLO Carlos Ignacio, “La transacción en el derecho colombiano”, en *Derecho de las obligaciones*, Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, tomo II, vol. 2. Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), 2010.

MANSON Stéphane, *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse, Université Paris II, 1995.

MONTAÑA PLATA Alberto, *El concepto de servicio público en el Derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

OSSA GÓMEZ Daniel, Protección, garantía y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín: Pontificia Universidad Bolivariana, vol. 40, n° 112, 2010, p. 203.

PINZÓN CAMARGO Mario, “Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para la comprensión de un mercado”, *Revista Contexto*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n° 40, 2013, p. 59.

SILICANI Jean-Ludovic, “L'Etat régulateur: la vision prospective d'un praticien”, en *Régulation économique et démocratie*, Paris, DALLOZ, Martine LOMBARD (dir.), Thèmes et commentaires (Coll.), 2006, p. 70.

TALESH Shauhin A, “How Dispute Resolution System Design Matters: An Organizational Analysis of Dispute Resolution Structures and Consumer Lemon Laws”, *Law & Soc'y Rev.*, 46, September 2012, p. 463.

TOLE MARTÍNEZ Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. Un Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, nº 17, 2006, p. 1-64.

TOSCANO LOPEZ Fredy Hernando, “Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, nº 24, 2013, p. 237.

WATSON Alan, “Aspects of Reception of Law”, *AJCL*, nº 44, 1996, p. 335.

ZÁRATE Anibal, “La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de procesalización”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 587.

Informes, estudios y documentos de interés

American Bar Ass’n, American Arbitration Association, & Association for Conflict Resolution, *Model Standards of Conduct for Mediators*, nº 3, 2005.

Comisión de regulación de Comunicaciones (CRC), *Plan de implementación y consulta pública – mecanismos alternativos de solución de controversias. Regulación de protección a usuarios*, 2014, disponible en: http://www.comusuarios.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Masc/Documento_consulta.pdf, consultado: 1/11/2014.

Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Étude, 29 juillet 2010, La documentation française. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000625/0000.pdf>, consultado : 31/10/2014.

Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, Ministère de finances et des comptes publics, Ministère de l’économie, du redressement productif et du numérique, *Rapport du Président et Recommandations*, mai 2014, disponible en: http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/publications_externes/rapport_president_recommandations_mediation.pdf, consultado : 31/10/2014.

Livre vert, Les modes alternatives de résolution des conflits relevant du droit civil e commerciale, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 19 avril 2002, COM (2002) 196 final.

Procuraduría Federal del Consumidor, *Memoria documental: Conciliación a través de medios electrónicos: Concilianet, 2008 a 2012*. http://www.profeco.gob.mx/transparencia/resol_comite/anexos_informe/MD-%20Concilianet.pdf, consultado: 1/11/2014.

Rapport au Président de la République relatif à l’ord. nº 2011-1540 de 16 de novembre de 2001, *JORF* nº 0266 de 17 de novembre de 2011, p. 19283, texte nº 9, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804821>, consultado : 01/11/2014.

Fuentes jurisprudenciales

Corte constitucional, sentencia C-178 de 2014.

Corte constitucional, sentencia C-034 de 2014.

Corte constitucional, sentencia C-875 de 2011.

Corte constitucional, sentencia C- 598 de 2011.

Corte constitucional, sentencia C- 338 de 2006.

Corte constitucional, sentencia C-1146 de 2004.

Corte constitucional, sentencia C- 187 de 2003.

Corte constitucional, sentencia C- 1071 de 2002.

Corte constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

Corte constitucional, sentencia T-117 de 2009.

Corte constitucional, sentencia T-068 de 1998.

A MEDIAÇÃO E A TUTELA ADMINISTRATIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: o exemplo do portal consumidor.gov.br

LA MEDIACIÓN E LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO: la experiencia del portal consumidor.gov.br

THE MEDIATION AND ADMINISTRATIVE PROTECTION FOR COSTUMERS: the government ODR experience consumidor.gov.br

Lindojon G. Bezerra dos Santos¹

Resumo: O legislador constituinte alçou ao patamar de direitos fundamentais a proteção do consumidor, com expressa previsão em seu artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal da República Brasileira. Nesse contexto, o presente trabalho visa apresentar o instituto da mediação como forma de solução dos conflitos decorrentes das relações de consumo no Brasil. Trata-se de fomentar a utilização dos mecanismos previstos no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em especial, aqueles relacionados à tutela administrativa de proteção consumerista, visto que o consumidor é considerado vulnerável, portanto, a parte mais frágil na relação jurídica. Assim, pontuou-se a demonstração dos índices alcançados pelo portal governamental denominado “Consumidor.gov.br”, que tem como finalidade principal mediar os conflitos da sociedade de consumo, via internet, decorrentes das relações entre os consumidores e aqueles fornecedores participantes da plataforma. Apresenta-se por fim, um relatório estatístico das demandas constantes no sítio eletrônico governamental, bem como o índice de resolução dos litígios.

Palavras-chave: Consumidor. Mediação. Tutela administrativa.

Abstract: The constitutional legislator lifted to the level of fundamental rights protection to the consumer, with the direct provision in Article 5th, XXXII, of the Constitution of the Brazilian Republic. In this context, this paper presents the institute of mediation for the resolution of conflicts arising from consumer relations in Brazil. It is promoting the use of the mechanisms provided in the Code of the Brazilian Consumer Defense, in particular those related to administrative supervision of a consumerist

¹ Professor de Direito do Consumidor e Direito Civil na Faculdade Estácio de São Luís-MA. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Membro do Comitê Institucional de Iniciação Científica (CIIC) e da Revista Científica Sapientia da Faculdade Estácio. Presidente e Conselheiro do Conselho de Usuários de Telecomunicações da Região Nordeste do Grupo AMX – ANATEL. Diretor Adjunto da Região Nordeste do Instituto BRASILCON. email: professorlindojon@hotmail.com

protection, since the consumer is considered to be vulnerable, so the weakest part in the legal relationship. Thus, the statement pointed to the rates achieved by the governmental portal called "Consumidor.gov.br" which has as its main purpose to mediate conflicts of consumer society, internet, arising from relationships between consumers and those vendors participating Platform. Presents finally, a statistical report of the demands contained in the government's electronic site, as well as the index of litigation.

Keywords: Consumer. Mediation. Administrative supervision.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo as relações sociais importavam em negócios jurídicos orientados pelo *pacta sunt servanda*² e o consumidor, como parte vulnerável e fraca da relação jurídica, estava fadado a ser vítima do poder instituído ao fornecedor.

Com isso, nasce a necessidade de proteger esta parte mais fraca da relação de consumo, o que veremos adiante com a Constituição Federal e, após, com as legislações ordinárias.

No presente trabalho, busca-se apresentar o instituto da mediação como forma de solução dos conflitos decorrentes das relações de consumo no Brasil.

Trata-se de fomentar a utilização dos mecanismos previstos no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em especial, aqueles relacionados à tutela administrativa de proteção consumerista, visto que o consumidor é considerado vulnerável, portanto, a parte mais frágil na relação jurídica.

Assim, pontuou-se a demonstração dos índices alcançados pelo portal governamental denominado "Consumidor.gov.br", que tem como finalidade principal mediar os conflitos da sociedade de consumo, via internet, decorrentes das relações entre os consumidores e aqueles fornecedores participantes da plataforma.

Apresenta-se por fim, um relatório estatístico das demandas constantes no sítio eletrônico governamental, bem como o índice de resolução dos litígios.

1. BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O processo inflacionário e a conseqüente elevação do custo de vida desencadearam fortes mobilizações sociais. Assim, na década de 1970, surgiram os primeiros órgãos de defesa do consumidor. Em 1976, foram fundadas a Associação de Proteção ao Consumidor de Porto Alegre (APC), a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor de Curitiba (ADOC) e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (atual Fundação Procon São Paulo) (BRASIL, 2007).

A década de 1980, conhecida pela recessão econômica e pela redemocratização do País, foi marcada pelo movimento consumerista, o qual almejava incluir o tema da defesa do consumidor na Assembleia Nacional Constituinte (BRASIL, 2007).

Por força do engajamento de vários setores da sociedade, por meio do Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do

² Significa que o acordo de vontades faz lei entre as partes, segundo Venosa (2005).

Consumidor, do qual fizeram parte associações de consumidores, Procons Estaduais, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Confederação da Indústria, Comércio e Agricultura, o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária, o Ministério Público e representações do Ministério da Justiça, Ministério da Agricultura, Ministério da Saúde, Ministério da Indústria e do Comércio e Ministério da Fazenda, com o escopo de assessorar o Presidente da República na elaboração de políticas de defesa do consumidor, segundo Brasil (2007).

A Constituição Federal de 1988 considerou importantes alguns valores da ordem jurídica, como os ideais de dignidade, de igualdade, de liberdade, de segurança, de propriedade e de justiça, localizando os mesmos como inerentes à natureza do próprio homem, e, conseqüentemente, do Estado.

O legislador originário tratou de ampliar a aplicação das normas ditas constitucionais, balizando-as de forma a normatizar de maneira política, social e econômica.

Passa-se a viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito com viés de Justiça, repleto de valores devidamente expressos em nossa Constituição, através de seu preâmbulo e textos exordiais, significando a própria natureza do ser humano.

Segundo afirma Verdú (apud SILVA, 1997, p. 116): Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro, individualista, para transformar em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social [...] o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.

Desta forma, vislumbra-se o Direito como um instrumento justiceiro de inclusão social e de proteção a determinados grupos dentro de nossa sociedade, haja vista a disparidade das classes sociais que gera, a poucos, um certo tipo de poder, o econômico.

A Carta Magna traz em seu bojo elementos sociais que servirão de base para os chamados Direitos Público e Privado.

Saindo do Estado Liberal para o Social, a sociedade brasileira submete-se aos novos valores sociais de mundo hodierno, exigindo do Estado uma atuação firme para a defesa da sociedade.

Ante a nova filosofia deste Estado Social, haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.

Diante da progressiva intervenção estatal nos negócios, objetivando regulá-los e ainda limitar a incidência de uma plena autonomia da vontade, passa o Direito a ser visualizado, sobretudo, por sua face social, preocupado em estabelecer uma ordem jurídica justa e não apenas imposta sem quaisquer preocupações ético-sociais.

A redação do artigo 3º, da Constituição Federal, determinando que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária nos traz a ideia de que uma ordem com estas características não tem sentido se não for buscado como início de tudo o atendimento aos destinatários das normas constitucionais (BRASIL, 1988).

Segundo Casado (2000, p. 43), “A busca da construção de uma sociedade livre justa e solidária, dentro de uma sociedade de massas, de consumo incentivado e forçoso, aproxima-se da utopia, mas jamais pode deixar de ser a meta principal do Estado brasileiro.”

É necessário observar que neste processo, o Estado juiz deva estar atento ao que ocorre no mundo dos fatos, de forma analítica, na medida em que o arcabouço jurídico-positivo que há, notadamente para os contratos civis e comerciais, foi editado sob a égide de uma realidade fática completamente diversa daquela que hoje se apresenta às portas do século XXI.

Neste diapasão, posiciona-se o professor Tomasetti Júnior (1992, p. 44), sobre um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a solidariedade social: Se o empresário individual ou a sociedade empresária, no desempenho da livre iniciativa que implica a liberdade de contrato, exorbita de sua função social, comete abuso que a lei civil genericamente trata como ilícito. Nos artigos 116, parágrafo único, e 154, ambos da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, há menções explícitas à função social das companhias. Essas normas aplicam-se também às sociedades por quotas de responsabilidade limitada (Decreto nº 3.708/19, artigo 18).

Tendo em vista a Constituição explicitamente ter alicerçado princípios de direito, à sua luz terão de ser apreciadas as normas constantes das leis infraconstitucionais. Todas as regras incompatíveis com os princípios constitucionais devem considerar-se implicitamente revogadas, total ou parcialmente. Do mesmo modo, todos os negócios jurídicos, ou cláusulas deles, que contrariem aqueles princípios devem ser já considerados ilícitos, com as consequências de direito comum ordenadas à nulidade superveniente, ou à oportuna ineficácia daqueles negócios e cláusulas.

Ante o quadro descrito apresentava-se necessária a intervenção estatal nos negócios jurídicos com o objetivo precípua de restabelecer o equilíbrio dos agentes sociais há muito rompido na prática, através da imposição de políticas mínimas, impondo, algumas vezes, restrições ao pleno exercício das atividades econômicas, já que o modelo jurídico econômico fundado no voluntarismo e individualismo exacerbados, consequência das concepções difundidas nos séculos XVIII e XIX, não se mostrava adequado e consentâneo à realidade social atual. Face à dinâmica atual da vida econômica e social brasileiras, não poderia o Direito deixar de se adequar às novas realidades.

Nessa exegese o professor Maximiliano (1995, p. 57) já advertia: Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às consequências de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras o sistema silogístico de exegese.

Observa-se neste contexto que a Constituição Federal adotou o modelo econômico capitalista, fundado na livre iniciativa e na livre concorrência: a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista (BRASIL, 1988).

Existe liberdade de ação no mercado, tendo em vista o princípio da livre iniciativa; porém, essa liberdade vem a ser limitada pelos demais princípios regentes da ordem econômica e, ainda, pelos demais princípios constitucionais, dentre os quais destaca-se o da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Face o texto constitucional, o modelo capitalista encontra limites, e esses limites visam inibir quaisquer posturas que de alguma forma agridem os demais direitos, garantias e princípios constitucionais, dentre os quais encontra-se o da defesa dos consumidores.

Nesse contexto, preciosas se apresentam as palavras de Bruna (1997), para quem a liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

Assim, o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei. A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a ser uma técnica de produção social, dentre da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por obrigação a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda a sociedade. Todos, inclusive os empresários, devem orientar suas atitudes com vistas à consecução de tais objetivos.

A plena economia de mercado, assim entendida aquela em que o Estado deixava aos particulares a missão de autoregularem os seus interesses, e que implicava necessariamente na visão absolutista dos direitos subjetivos, já não mais se mostrava adequada à efetiva proteção daqueles que não detinham os meios de produção e informação, não mais garantia o alcance de uma das finalidades da República: a proteção à dignidade da pessoa humana.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR: DEFINIÇÕES LEGAIS E DOUTRINÁRIAS

De acordo com a Lei nº 8.078/90, entende-se como conceito de consumidor aquele previsto no seu art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Contudo, este é apenas um dos conceitos de consumidor previsto do Código de Defesa do Consumidor, também chamado de conceito padrão, *standard* ou *stricto sensu*. Existem outros conceitos de consumidor presentes neste mesmo código, todavia espalhados e dispersos. São os conceitos de consumidor equiparado, previstos:

Art. 2º, parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29: Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, 1990, não paginado).

Quando o texto legislativo se refere a destinatário final, existem três correntes doutrinárias a respeito do assunto: as teorias maximalista, finalista e mista.

A teoria maximalista ou objetiva estabelece que o consumidor, enquanto destinatário final, seria o destinatário fático, pouco importando a destinação econômica que lhe deva sofrer o bem (GARCIA, 2014).

Já na teoria finalista, define-se em razão da necessidade de que não haja, sob hipótese alguma, a continuidade da cadeia produtiva, tendendo a não admitir aquisição ou utilização de produto ou serviço que de alguma forma propicie a continuidade da atividade econômica, ainda que indiretamente, em razão do bem, afastando para essa finalidade o Código de Defesa do Consumidor em razão de insumos e bens de produção (GARCIA, 2014).

No entanto, nos ensina Marques (2009) que a conceituação do consumidor se verifica em razão da sua vulnerabilidade, seja ela técnica, jurídica, fática ou informacional.

3 A TUTELA ADMINISTRATIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E A MEDIAÇÃO

3.1 O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Nesta configuração social, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor³, composto pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor, foi criado com o supedâneo de articular e viabilizar a Política Nacional das Relações de Consumo, Conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1990).

Diante de um cenário político onde as pessoas estão em descrédito com o sistema judicial (leia-se sistema judicial e não poder judiciário), seja por sua morosidade, seja pela ineficácia de muitas medidas lançadas pelo legislador processual, surge a possibilidade de resolução dos conflitos por intermédio de um terceiro imparcial, que media e propicia uma paz social, de fato.

3.2 O instituto da mediação

A mediação parece ser a solução como uma necessidade das relações jurídicas no mundo pós-moderno, em especial, as relações de consumo.

Na mediação, as pessoas envolvidas buscam tratamento para o conflito contando com a ajuda de um mediador, terceiro, que não tem poder de decisão, mas que facilita a comunicação na busca da construção “autônoma”, de uma resposta que satisfaça as partes (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A mediação assume-se como um meio de resolução de conflitos, alternativo aos tradicionais (nomeadamente os judiciais), na medida em que nela as partes têm controle sobre o processo, sobre o seu andamento e sobre o seu resultado (ASSOCIAÇÃO DE MEDIADORES DE CONFLITO DE PORTUGAL, 2014a).

A Mediação como método de resolução de conflitos tem princípios próprios, dos quais se destacam os seguintes: Imparcialidade do Mediador – O mediador é, um terceiro imparcial porque não defende, representa ou aconselha nenhuma das partes, nem tem qualquer interesse próprio nas questões envolvidas no conflito; Confidencialidade – Aquilo que é discutido ou trabalhado no âmbito de uma Mediação não sai desse âmbito. O Mediador não pode ser testemunha em qualquer processo que oponha as partes em tribunal sobre a questão que foi tratada em Mediação, nem aquilo que foi tratado pode ser usado em processo judicial. Este princípio pretende conferir às partes a necessária confiança para, de forma franca e aberta, lidarem com os seus interesses, sem constrangimentos; Autonomia da vontade das partes – As partes, ao iniciarem uma mediação, estão conscientes daquilo que se lhes exige e daquilo que podem obter, mas, sobretudo, que o fazem de livre vontade sendo corresponsáveis pelo sucesso ou insucesso do processo. A Mediação é portanto um processo voluntário e a responsabilidade das decisões tomadas no decorrer da mesma cabe aos mediados;

³ Com previsão no art. 105 da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Cooperação entre as partes – Os mediados são responsáveis por trabalharem em conjunto, mantendo o respeito entre si, na busca da solução para o conflito que pretendem resolver (ASSOCIAÇÃO DE MEDIADORES DE CONFLITO DE PORTUGAL, 2014b).

3.3 A mediação como mecanismo de resolução de conflitos nas relações de consumo

Segundo o Tribunal Federal da Austrália é possível utilizar a mediação em casos que envolvam as relações de consumo (FEDERAL COURT AUSTRALIA, 2014).

Neste contexto surge uma ferramenta, como mediadora, para dirimir e diminuir as demandas judiciais de solução dos litígios consumeristas: o portal Consumidor.gov.br.

O Consumidor.gov.br é um novo serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo disponibilizado por meio de plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados monitorada pelos Procons e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, com o apoio da sociedade (CONSUMIDOR, 2014a).

A Secretaria Nacional do Consumidor é a responsável pela gestão, disponibilização e manutenção do Consumidor.gov.br, bem como pela articulação com demais órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que, por meio de cooperação técnica, apoiam e atuam na consecução dos objetivos do serviço (CONSUMIDOR, 2014a).

Trata-se de uma plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados, monitorada pelo Estado, por meio dos Procons Estaduais e Municipais integrados e da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, com apoio da sociedade (CONSUMIDOR, 2014a).

O Consumidor.gov.br coloca as relações entre Consumidores, Fornecedores e o Estado em um novo patamar, a partir das seguintes premissas (CONSUMIDOR, 2014a):

- a) transparência e controle social são imprescindíveis à efetividade dos direitos dos consumidores;
- b) as informações apresentadas pelos cidadãos consumidores são estratégicas para gestão e execução de políticas públicas de defesa do consumidor; e
- c) o acesso a informação potencializa o poder de escolha dos consumidores e contribui para o aprimoramento das relações de consumo.

Por se tratar de um serviço provido e mantido pelo Estado, com ênfase na interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação de empresas no Consumidor.gov.br só é permitida àquelas que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada (CONSUMIDOR, 2014a).

O Consumidor.gov.br disponibiliza os seguintes serviços (CONSUMIDOR, 2014a):

a) registro de reclamações pelos consumidores em face das empresas participantes, previamente cadastradas, que por sua vez, deverão ser analisadas, resolvidas e respondidas pelos fornecedores no prazo de 10 dias, observados os critérios e parâmetros do sistema; e

b) consultas aos dados e informações coletados a partir dos atendimentos registrados no Consumidor.gov.br, com exceção de dados pessoais e sigilosos.

O acesso ao Consumidor.gov.br permite aos consumidores usuários cadastrados (CONSUMIDOR, 2014a):

a) registrar reclamações direcionadas aos fornecedores previamente cadastrados;

b) acompanhar o andamento de suas reclamações;

c) interagir com o fornecedor ao longo do prazo de análise de sua reclamação, por meio de canal especialmente criado para que informações complementares possam ser inseridas, com objetivo de obter uma resolução ágil de sua demanda; e

d) comentar e avaliar a resposta final postada pela empresa, indicando se o problema foi ou não resolvido e seu nível de satisfação com o atendimento dedicado pelo fornecedor.

As informações coletadas automaticamente pelo Consumidor.gov.br ou fornecidas pelo usuário do site são registradas e armazenadas observados os necessários padrões de segurança, confidencialidade e integridade. Ao utilizar o Consumidor.gov.br, o usuário declara ciência de que algumas informações serão públicas, quais sejam: o relato da reclamação, a resposta do fornecedor e o comentário final do consumidor. Os dados identificativos do usuário, tais como, nome, endereço, CPF, entre outros, somente serão visíveis ao fornecedor reclamado e aos gestores. Os dados de faixa etária, gênero e regionais poderão ser utilizados de forma não individualizada para fins estritamente estatísticos (CONSUMIDOR, 2014a).

Nas figuras de 1 a 5 temos os indicadores das reclamações formuladas divididos pelas regiões do Brasil (CONSUMIDOR, 2014b).

Figura 1 - Indicadores das reclamações: região Nordeste



Fonte: Consumidor (2014b)

Figura 2 - Indicadores das reclamações: região Norte



Fonte: Consumidor (2014b)

Figura 3 - Indicadores das reclamações: região Sudeste



Fonte: Consumidor (2014b)

Figura 4 - Indicadores das reclamações: região Centro-Oeste



Fonte: Consumidor (2014b)

Figura 5 - Indicadores das reclamações: região Sul
Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárate (Coord.)



Fonte: Consumidor (2014b)

Os indicadores do Consumidor.gov.br têm o objetivo de apresentar os índices de desempenho das empresas em relação às reclamações registradas na plataforma. Essa avaliação se baseia no comportamento das próprias empresas, bem como nas avaliações de seus consumidores, que têm um prazo de 20 dias para avaliar sua reclamação como “resolvida” ou “não resolvida” e ainda atribuir uma nota de satisfação ao atendimento da empresa. Consideram-se apenas as reclamações finalizadas, ou seja, aquelas que já tiveram os prazos de resposta da empresa – máximo 10 (dez) dias – e de avaliação do consumidor – máximo 20 (vinte) dias – transcorridos. A seleção de período considera a data de finalização das reclamações (figura 6)⁴.

Figura 6 - Índices de desempenho das empresas em relação às reclamações registradas na plataforma

⁴ Os indicadores possuem as seguintes terminologias: 1. **Índice de Solução**: Apresenta as empresas que obtiveram os melhores índices de solução das reclamações, de acordo com a avaliação dos próprios consumidores. Caso o consumidor não avalie, sua reclamação é contabilizada como “resolvida”. 2. **Índice de Satisfação**: Apresenta as empresas que obtiveram as melhores notas de satisfação atribuídas pelos consumidores, de 1 a 5. Considera apenas as reclamações avaliadas pelos consumidores. 3. **Prazo Médio de Resposta**: Apresenta as empresas que responderam mais rapidamente às reclamações dos consumidores. Considera apenas as reclamações respondidas pela empresa. 4. **Reclamações Respondidas**: Apresenta as empresas que obtiveram os maiores índices de resposta às reclamações registradas (CONSUMIDOR, 2004b).

Segmento :
Todos

Período:
180 dias

Nota Metodológica

Índice de Solução

| Posição | Empresa | % |
|---------|------------------------------|-------|
| 1º | Época Cosméticos | 100.0 |
| 2º | Purificador de Água Brastemp | 100.0 |
| 3º | Sou barato | 100.0 |
| 4º | O Boticário | 100.0 |
| 5º | Nacional | 100.0 |
| 6º | Polishop | 100.0 |
| 7º | Senff | 100.0 |
| 8º | Bompreço Supermercados | 100.0 |
| 9º | Caixa Capitalização | 100.0 |
| 10º | Centauro | 100.0 |

Índice de Satisfação (1 a 5)

| Posição | Empresa | Nota |
|---------|------------------------|------|
| 1º | Senff | 5.0 |
| 2º | Caixa Capitalização | 5.0 |
| 3º | Lexmark | 5.0 |
| 4º | Loja Consul | 5.0 |
| 5º | Época Cosméticos | 4.7 |
| 6º | Sou barato | 4.7 |
| 7º | O Boticário | 4.5 |
| 8º | Atlas Eletrodomésticos | 4.5 |
| 9º | Garantec | 4.4 |
| 10º | Lojas Americanas | 4.3 |

Prazo Médio de Resposta (0 a 10)

| Posição | Empresa | Dias |
|---------|--------------------------------|------|
| 1º | Lexmark | 0.0 |
| 2º | O Boticário | 0.5 |
| 3º | Recovery do Brasil Consultoria | 1.0 |
| 4º | Mueller Eletrodomésticos | 1.0 |
| 5º | Centauro | 1.5 |
| 6º | Época Cosméticos | 2.0 |
| 7º | Latina Eletrodomésticos | 2.0 |
| 8º | Cardif Cap | 2.0 |
| 9º | Loja Consul | 2.0 |
| 10º | Lojas Americanas | 2.2 |

Reclamações Respondidas

| Posição | Empresa | % |
|---------|-------------------------|-------|
| 1º | Caixa Econômica Federal | 100.0 |
| 2º | Banco Itaú Unibanco | 100.0 |
| 3º | Banco do Brasil | 100.0 |
| 4º | Claro TV | 100.0 |
| 5º | Banco Santander | 100.0 |
| 6º | Claro Fixo - Embratel | 100.0 |
| 7º | Bradescard | 100.0 |
| 8º | Banco Santander Cartões | 100.0 |
| 9º | Itaú BMG Consignado | 100.0 |
| 10º | Banco BMG | 100.0 |

Fonte: Consumidor (2014b)

Assim, consegue-se observar uma índice de resolutividade satisfatório, utilizando-se da mediação, através da internet no portal governamental Consumidor.gov.br, para resolver os conflitos afetos ao direito do consumidor no Brasil nos últimos meses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretende-se com esse trabalho apresentar à sociedade e aos pesquisadores este exemplo de mediação, na tutela administrativa de proteção ao consumidor que vem alcançando êxito e que precisa ser replicado, com o fito de difundir e tornar a nossa sociedade de consumo cada vez mais harmônica e autossustentável em suas relações precípuas entre consumidores e fornecedores.

Não se exaure neste momento, a tratativa de busca incessante da defesa dos direitos dos consumidores, visto que se trata de um direito público subjetivo de cada um buscar a responsabilidade em razão de um dano que lhe foi causado, seja civil, penal ou administrativa.

Fica então a reflexão sobre os mecanismos atuais de resolução dos conflitos e a possibilidade de ampliação das formas de por fim ao embate e dar início a um mercado de consumo saudável e equilibrado.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE MEDIADORES DE CONFLITO DE PORTUGAL. **A mediação**. 2014a. Disponível em: <<http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

ASSOCIAÇÃO DE MEDIADORES DE CONFLITO DE PORTUGAL. **Princípios fundamentais**. 2014b. Disponível em: <<http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Direito do consumidor: defesa do consumidor no Brasil**. 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={A32B5C4B-8769-4502-B794-79E10D59DF4B}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B1142B2CD-1DB1-4F54-86F2-C8D3E2C1B9FE%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, 2000.

CONSUMIDOR. **Indicadores**. 2014b. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>>. Acesso em: 9 out. 2014.

CONSUMIDOR. **Termos de Uso Consumidor.gov.br**. 2014a. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/termos-de-uso-consumidor>>. Acesso em: 9 out. 2014.

FEDERAL COURT AUSTRALIA. **Mediation**. 2014. Disponível em: <<http://www.fedcourt.gov.au/case-management-services/ADR/mediation>>. Acesso em: 9 out. 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima et al. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Mediação**. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/mediacao.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano: rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

II. PARTE ESPECIAL

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DERIVADOS DE RELACIONES ESPECIALES DE CONSUMO

LA MEDIACIÓN EN MATERIA DEL CONSUMIDOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

CUSTOMERS' MEDIATION ON TELECOMMUNICATIONS CASES IN COLOMBIA

Lorenzo Villegas-Carrasquilla¹

Resumen: Las relaciones de consumo en telecomunicaciones son altamente complejas dada la dinámica del sector y la inmensa cantidad de operaciones de consumo que se realizan. Por tal motivo las controversias entre proveedores y usuarios son usuales y tienen gran impacto en los proveedores y en los usuarios. El presente documento busca examinar las relaciones de consumo en materia de telecomunicaciones en Colombia, particularmente revisando las principales controversias en esta materia, la forma como se resuelven y analiza el rol de la mediación en las relaciones de consumo en telecomunicaciones.

Palabras clave: mediación, telecomunicaciones, consumo, usuarios, contrato de adhesión, controversias de consumo.

Abstract: Consumer relations in telecommunications are highly complex due to the dynamics of the sector and the vast amount of consumer operations that are performed. Therefore, disputes between suppliers and users are usual and have great impact on providers and users. This paper analyzes the relations of consumption in telecommunications in Colombia, particularly reviewing the major controversies in this field, how they are solved and examine the role of mediation in consumer relations in telecommunications.

Keywords: mediation, telecommunications, consumption, users, adhesion contract, consumer Disputes.

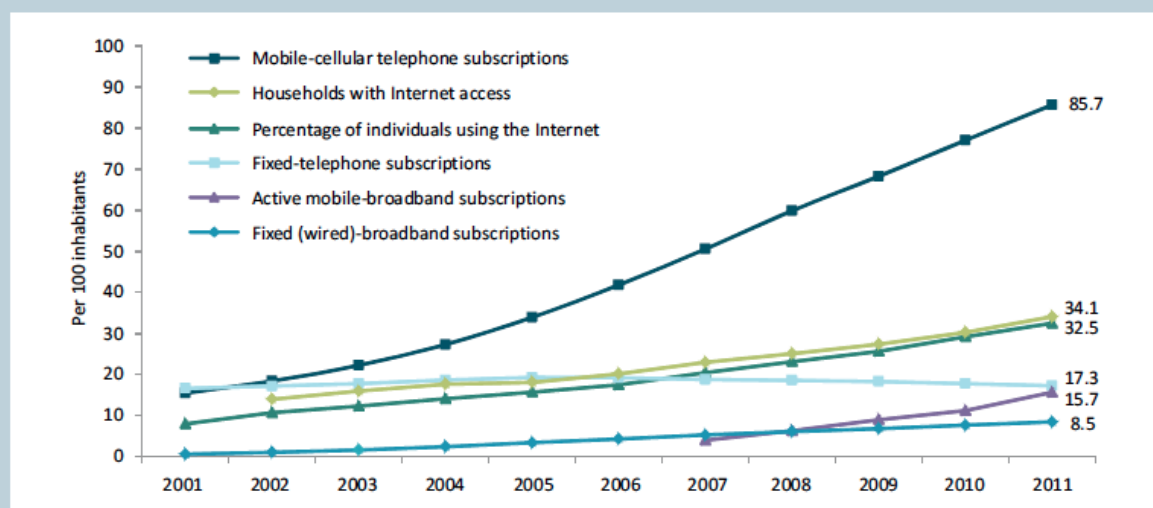
INTRODUCCIÓN

El mercado de telecomunicaciones es un mercado sumamente complejo y dinámico, marcado por una alta tendencia a la innovación. Hoy en día más del 85% de la población mundial forma parte de este mercado como consumidores y tiene gran

¹ Lorenzo Villegas-Carrasquilla es abogado y politólogo de la Universidad de los Andes. Tiene maestría en derecho constitucional y maestría en derecho público económico de la Universidad de París II. Es candidato a doctor en derecho de la Universidad de París II. Ha sido director ejecutivo y comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Ha sido asociado de la firma Freshfields Bruckhaus Deringer (París), auxiliar de la Corte Constitucional. Es profesor de derecho de telecomunicaciones, tecnología y de protección de datos personales en la Universidad de los Andes, Externado, Javeriana, y en Infotec (México DF). Es miembro del Grupo de Estudios en internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI) de la Universidad de los Andes. Es autor de publicaciones en materia de datos personales y derechos de telecomunicaciones. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente, es director de Lorenzo Villegas Consultores. Email: lvc@lorenzovillegas.com

impacto en las actividades diarias de todos los individuos y empresas. El mercado de telecomunicaciones sigue creciendo de manera exponencial, tanto en materia de telefonía celular como de conexiones a Internet, entre otras.

Chart 1.1: Global ICT developments, 2001-2011



Source: ITU World Telecommunication/ICT Indicators database.

Incluso hoy en día en América Latina hay más teléfonos celulares que personas. De acuerdo a la Unión Internacional de Telecomunicaciones actualmente en la región de las Américas se superó el 100% de penetración². Es decir, hay más teléfonos móviles que personas en la región. Este es un gran avance para la conectividad y para el desarrollo de la economía digital en la región.

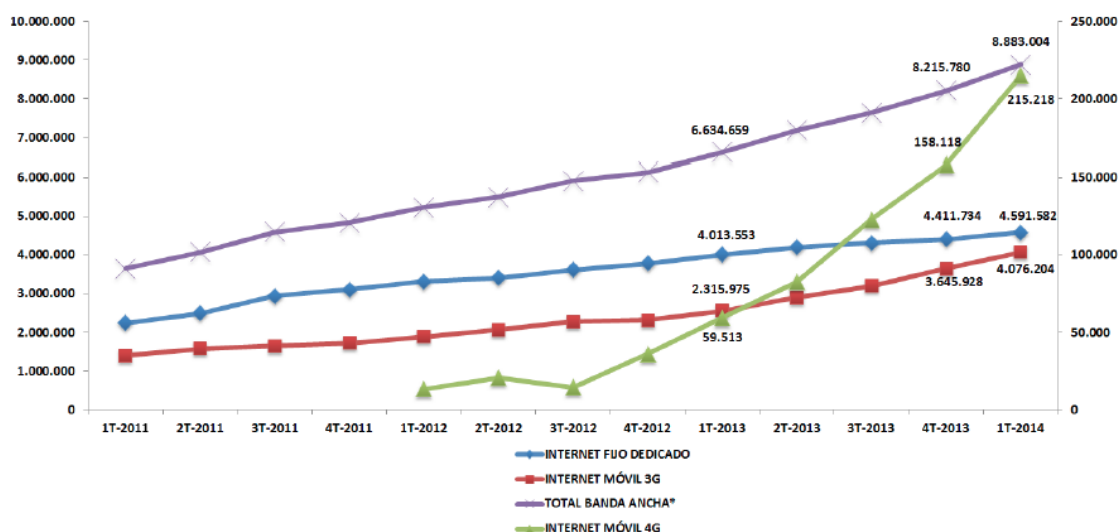
Esta situación está replicada en Colombia. Colombia es un país con 45 millones de habitantes, en 1.141.000 km². El crecimiento de las telecomunicaciones en los últimos años ha sido muy importante.

En cuatro años, la penetración de internet se multiplicó por cuatro en Colombia. Pasó de 2,2 millones de conexiones en 2010 a más de nueve millones y media de conexiones a Internet en 2014, con un 18,6% de penetración³.

² De acuerdo a la cifras actuales de la UIT, en 2014 se proyecta el 108% de penetración para el continente americano. Ver, Unión Internacional de Telecomunicaciones, “[Key 2005-2014 ICT data for the world, by geographic regions and by level of development, for the following indicators](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx)”, disponible en: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>

³ Ver Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá. Esta información se refiere exclusivamente a Internet de banda ancha y no incluye a los más de cinco millones de usuarios de servicios de Internet móvil de 2G.

Gráfico 6. SUSCRIPTORES DE BANDA ANCHA* POR TIPO DE ACCESO



Fuente: Datos reportados por los proveedores de redes y servicios al SIUST – Colombia TIC

En cuanto a la telefonía móvil, a 2014 el número total de usuarios en servicio de telefonía móvil es de 51.594.619. De acuerdo con la cifra de usuarios en servicio de telefonía móvil, en el país existen 108,3 usuarios en servicio por cada 100 habitantes. La participación de usuario del servicio de telefonía móvil de acuerdo con la categoría prepago, es de 79,35% frente al 20,65% de la categoría pospago⁴.

La participación en el mercado de telefonía móvil en Colombia que tienen los nueve proveedores de servicios móviles se reparte de la siguiente manera: Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A (56,61%), seguido de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. con una participación del 23,97%, Colombia Móvil S.A. E.S.P. (15,42%), Virgin Mobile S.A.S. (1,66%), Uff Móvil S.A.S. (0,79%), y los demás proveedores (4) de telefonía móvil con una participación del 1,54%⁵.

En cuanto a la telefonía fija, en Colombia se alcanzó un total de 7.110.823 de líneas en servicio de telefonía fija local, con una penetración cercana al 15%⁶. Los cinco proveedores de telefonía fija con mayor cantidad de usuarios son: UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (1.569.011), Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (1.518.253), Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (1.484.343), Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (1.206.092), Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P. (375.420) y los demás operadores (957.704)⁷.

⁴ Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá.

⁵ Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá.

⁶ Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá.

⁷ Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá.

Toda esta información, sobre la composición del sector, es relevante para poder comprobar el alcance de las telecomunicaciones en las relaciones de consumo, y para poder comprobar que es uno de los sectores de la economía en el que más cantidad de relaciones contractuales de consumo se celebran tanto en Colombia como en el mundo. Como consecuencia de lo anterior, de la cantidad de contratos entre consumidores y proveedores que se realizan diariamente en el sector de telecomunicaciones, se desprende que los conflictos en materia de consumo son sumamente altos y crecientes.

Por tal motivo, la mediación como método alternativo de solución de controversias se posiciona como una opción importante para resolver los conflictos entre proveedores de telecomunicaciones y usuarios.

A continuación analizaremos las particularidades de la relación contractual de consumo entre usuarios y proveedores, para luego revisar el marco legal y regulatorio de esta relación y la forma como se resuelven las controversias entre usuarios y consumidores de telecomunicaciones, para finalmente analizar la mediación como método alternativo de solución de controversias.

1 NATURALEZA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL USUARIO Y EL PROVEEDOR DE TELECOMUNICACIONES

La relación entre un proveedor de telecomunicaciones y un usuario es una relación contractual regulada, basada en la noción del contrato de adhesión⁸. Esta noción de contrato de adhesión ha contribuido a replantear el mismo concepto de contrato basado en los principios de libertad y autonomía de la voluntad y de igualdad entre las partes contratantes, proveniente de la noción de contrato de la tradición civilista⁹. En el derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe una negociación para determinar el contenido del contrato a diferencia de lo que existe en las formas modernas de contratación masificadas, donde la identidad de una de las partes no es relevante y no existe negociación de contenidos, considerándose limitada¹⁰ o para algunos hasta anulada la libertad de contratar¹¹.

En términos generales, estos contratos de adhesión se tratan de contratos con contenido predispuesto por una sola de las partes¹² con las siguientes características generales:

- Es un documento (forma impresa) que establece unas condiciones, el cual pretende ser un contrato;
- El formulario ha sido redactado por o en beneficio de una de las partes;
- La parte redactora del contrato lleva a cabo de forma rutinaria en otras transacciones el tipo de operación previsto en el contrato;
- El formulario se presenta al destinatario para que acepte las condiciones sin discutir las;

⁸ Bernal Fandiño, Mariana y Villegas-Carrasquilla, Lorenzo. “Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor”, Revista Universitas N° 117, julio-diciembre de 2008, p. 156.

⁹ Arrubla Paucar, Jaime. “Contratos Mercantiles”. Tomo III, editorial Diké, sexta edición, 2006.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencias del 15 de diciembre de 1970 y del 29 de agosto de 1980.

¹¹ Ver Messineo, Francesco. “Doctrina General del Contrato”, 3° edición, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986.

¹² Cepeda espinosa, Manuel José. “Los contratos de adhesión: problemas y soluciones”, Revista de Derecho Privado N° 3, Universidad de los Andes, noviembre de 1985, p. 9.

- El documento es firmado por el adherente;
- La principal obligación del adherente es en general el pago del precio¹³.

En la ley colombiana, el contrato de adhesión está definido como “*Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*” (artículo 5 numeral 4 de la Ley 1480 de 2011). Y, como consecuencia de su naturaleza, es un contrato altamente regulado¹⁴.

Las relaciones entre el proveedor de telecomunicaciones y el usuario se encuentran reguladas por la Ley 1341 de 2009 (Ley de TICs), la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Resolución CRC 3066 de 2011 (Régimen de Protección a los Usuarios de Telecomunicaciones).

De conformidad con el estatuto del consumidor, la relación de consumo es el criterio que define el ámbito de aplicación de las normas de protección y está constituida como una categoría jurídica que determina la aplicación de esta normativa específica. No obstante, no contiene una definición expresa de relación de consumo, pero a partir de los diferentes elementos puede comprenderse que una relación de consumo implica un contrato de adhesión, un bien o servicio, un consumidor o usuario y un proveedor o productor (artículo 5 de la Ley 1480).

Puntualmente, en materia de telecomunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), quien de conformidad con la Ley 1341 de 2009 (art. 53) es la autoridad que expide el régimen de protección de los usuarios de telecomunicaciones, ha regulado la materia en la Resolución CRC 3066 de 2011.

La justificación regulatoria principal es la de eliminar la asimetría existente entre los operadores de telecomunicaciones y los usuarios, principalmente en lo que se refiere a las asimetrías de información y a la asimetría de negociación¹⁵. En esa medida, el régimen se aplica a las “*relaciones surgidas en virtud del ofrecimiento y prestación de los servicios de telecomunicaciones*”¹⁶ entre los usuarios y los proveedores de telecomunicaciones, es decir al contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones. Este es un acuerdo de voluntades, realizado entre un operador de telecomunicaciones y un usuario, que tiene por objeto el suministro de uno o varios servicios públicos de telecomunicaciones y que, por sus características, es en general un contrato de adhesión, cuyas cláusulas han sido definidas de manera unilateral por el operador oferente del servicio.

Esta norma aplica para las etapas precontractuales y contractuales de la relación de consumo, incluyendo la celebración, la ejecución, la terminación e incluso la fase postcontractual, pero no aplica “*a los casos en que se prestan servicios de comunicaciones en los cuales las características del servicio y de la red y la totalidad de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas han sido negociadas y pactadas*”

¹³ Rakoff, Todd. “Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica”. Revista de Derecho Privado N° 37, Universidad de los Andes, diciembre de 2006.

¹⁴ Giraldo, Alejandro; Caycedo, Carlos y Madriñán, Ramón. “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, editorial Legis, Bogotá, 2012.

¹⁵ Villegas Carrasquilla, Lorenzo. “La Ley de TIC y la regulación de telecomunicaciones”, en: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 509 y ss.

¹⁶ Artículo 1 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

por mutuo acuerdo entre las partes del contrato y, por lo tanto, son el resultado del acuerdo particular y directo entre ellas, siempre que tal inaplicación sea estipulada expresamente en el respectivo contrato". Es decir, las normas especiales de telecomunicaciones que rigen la relación de consumo no aplican cuando no hay un contrato de adhesión. En este evento aplican las normas generales de la Ley 1480 de 2011 y las normas de derecho comercial y civil aplicables¹⁷.

De esta manera, el usuario protegido es aquel que se debe acoger a las condiciones contractuales ofrecidas por el operador y, en ese sentido, la CRC delimita el campo de acción del operador en dicha relación contractual, con una variedad de principios y reglas, particularmente el principio de favorabilidad, que tiene su origen en el derecho supranacional andino, que dispone que *"toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y cláusulas contractuales dentro de la relación entre el operador"*¹⁸ y el usuario será decidida a favor de este último, de manera que prevalezcan sus derechos. Igualmente, esta relación de consumo regulada impone al proveedor un deber muy extenso de información (artículos 6 y 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011), así como disposiciones que permiten al usuario terminar el contrato en cualquier momento (artículo 66 y 67 de la Resolución CRC 3066 de 2011).

2 MAYORES CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

Como observábamos anteriormente, las relaciones de consumo entre proveedores de telecomunicaciones y usuarios son altamente comunes y constantes, y en Colombia es una de las relaciones de consumo que mayores controversias genera. Tal es el grado de importancia e impacto de estas controversias que la autoridad de protección al consumidor (Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio) tiene una dependencia especial para la protección de los usuarios de servicios de telecomunicaciones (Dirección de investigaciones de protección de usuarios de servicios de comunicaciones).

De acuerdo con la Comisión de Regulación de Comunicaciones el mayor número de quejas presentadas por los usuarios, se encuentran relacionadas con la calidad de los servicios, defectos en los equipos suministrados para la prestación del servicio, facturación, aplicación de cláusulas de permanencia mínima, terminación de los contratos, activación de los servicios contratados, roaming internacional y reporte a centrales de riesgo¹⁹. Se evidenció a su vez por parte de la Comisión que las controversias que se suscitan dentro de la relación de consumo entre usuario y proveedor tienen varios orígenes²⁰. Dejando de lado el complejo debate sobre los elementos técnicos de las causas de falta de disponibilidad de los servicios, la mayor

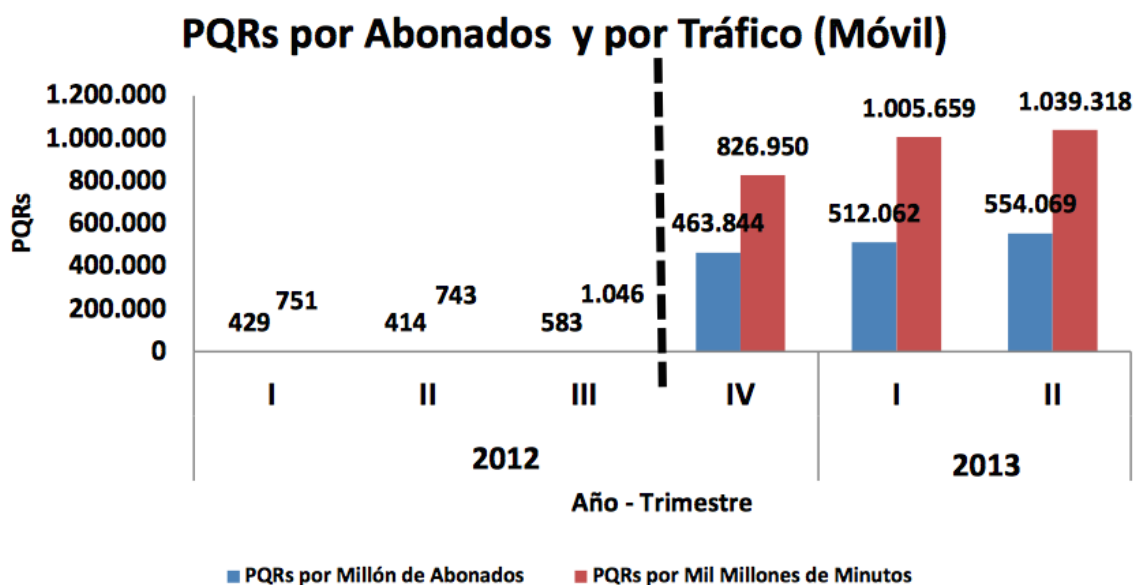
¹⁷ Correa Henao, Margarita. "El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas". En: *Perspectivas del derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 141.

¹⁸ Artículo 3 de la Resolución CRC 3066 de 2011. Este impone un marco de interpretación y ejecución del contrato pro-usuario que debe predominar en todo momento, imponiéndose como criterio tanto para el operador como para las autoridades que puedan revisar esa relación, como los jueces o la Superintendencia Industria y Comercio.

¹⁹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. "Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC", documento publicado el 14 de agosto de 2014. Disponible en: www.crcm.gov.co

²⁰ *Ibidem*.

parte de los conflictos se generan por los desafíos naturales de tratar con un volumen significativamente alto de usuarios. Entre el 2011 y el 2013, las quejas de los usuarios aumentaron anualmente alrededor de un 15%²¹.



Fuente: CRC

Estos conflictos han tenido también un gran impacto en los proveedores de telecomunicaciones. En 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso quinientas sesenta y una sanciones por la suma de treinta y seis mil ciento sesenta y tres mil millones cuatrocientos diecisiete mil setecientos pesos (\$ 36.163.417.700)²² a diferentes actores del sector de telecomunicaciones por la violación de las normas de protección al usuario²³ (lo equivalente aproximadamente a 18 millones de dólares), particularmente por los proveedores de servicios de telecomunicaciones móviles.

| No Sanciones realizadas | Sector | Valor Sanción |
|-------------------------|---------------------------------------|--------------------------|
| 290 | Telefonía Móvil | \$ 19.600.519.500 |
| 264 | Telefonía fija – internet- television | \$ 16.359.372.200 |
| 7 | Servicios Postales | \$ 294.761.500 |
| 561 | | \$ 36.163.417.700 |

Fuente: SIC

Esta es una cifra muy importante que contrasta con todas las otras sanciones que se impusieron en todos los demás actores de diferentes industrias por la violación del Estatuto del Consumidor. Durante el año 2013, la SIC impuso doscientas ocho sanciones por la suma de seis mil cuatrocientos setenta y cinco mil millones seiscientos

²¹ Ibídem.

²² Equivalente aproximadamente a US\$18 millones de dólares.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. “Informe sobre sanciones impuestas por contravención a las normas sobre protección al consumidor en el año 2013”. Disponible en: www.sic.gov.co.

setenta y ocho mil doscientos pesos (\$ 6.475.678.200)²⁴ a diferentes sectores de la economía por contravención a las normas sobre protección al consumidor. Es decir, solo el sector de telecomunicaciones implicó 6 veces más de sanciones (en monto dinerario) que todo el resto de las industrias y sectores de Colombia.

3 EL MODELO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA COLOMBIANO DE TELECOMUNICACIONES

3.1 El procedimiento de resolución de PQR

Cuando un usuario tiene una inconformidad con cualquier aspecto de la prestación de servicio de telecomunicaciones o en relación con su contrato, el usuario puede presentar ante el proveedor de telecomunicaciones una petición, queja o reclamo (PQR). Este procedimiento se rige por el procedimiento administrativo, según lo dispuesto en la Resolución CRC 3066 de 2011 (Capítulo III) y en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

El proveedor de telecomunicaciones cuenta con un término de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de la presentación de la PQR para responder. Este término podrá ampliarse hasta por quince días hábiles más para la práctica de pruebas, de ser necesarias, previa motivación y comunicación de esta situación al usuario. Vencido el término mencionado sin que se hubiere resuelto la PQR por parte del proveedor, operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo y se entenderá que la PQR ha sido resuelta en forma favorable al usuario, salvo que el proveedor demuestre que el usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas.

El acto o decisión del proveedor se considera un acto administrativo. En caso de que la decisión sea contraria a los intereses del usuario, éste puede interponer recursos de reposición y apelación. El recurso de reposición es resuelto por el proveedor y el de apelación, cuando la decisión en instancia de reposición sea desfavorable al usuario, es resuelto por la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de protección al consumidor.

3.2 Los procedimientos administrativos ante la Superintendencia de Industria y Comercio

Además de ser una segunda instancia en la resolución de PQR, la Superintendencia también tiene facultades administrativas en materia de protección al consumidor (artículo 59 de la Ley 1480 de 2011). Estas funciones administrativas incluyen, entre otras:

(i) Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en el estatuto del consumidor y en el régimen de telecomunicaciones y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas;

(ii) Instruir a los proveedores de telecomunicaciones sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en materia de protección al consumidor, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su aplicación;

²⁴ Equivalente aproximadamente a US\$3,2 millones de dólares.

(iii) Practicar visitas de inspección así como cualquier otra prueba consagrada en la ley, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones de protección al consumidor;

(iv) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la prestación de servicios mientras se surte la investigación correspondiente;

(v) Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los usuarios por la violación de normas sobre protección al consumidor.

(vi) Ordenar al proveedor reintegrar las sumas pagadas en exceso y el pago de intereses moratorios sobre dichas sumas, en los casos en que se compruebe que el usuario pagó un precio superior al anunciado.

(vii) Ordenar modificaciones a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en esta ley o afecten los derechos de los usuarios.

(viii) Imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas la ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes.

Las facultades administrativas de la Superintendencia, en especial las relacionadas con investigaciones y sanciones, deben seguir el procedimiento administrativo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo²⁵. Las sanciones pueden ser multas, el cierre temporal o definitivo del establecimiento de comercio y la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos.

3.3 Los procedimientos judiciales ante la Superintendencia de Industria y Comercio

Además de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio cumple funciones jurisdiccionales. La acción de protección al consumidor, prevista en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, es aquella “*mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor*”.

En este evento se siguen los procedimientos previstos en el Código General del Proceso, siguiendo el procedimiento verbal sumario.

²⁵ Santofimio, Jaime Orlando. “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011”. En: Perspectivas del derecho de consumo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 542.

A diferencia de la mayoría de procedimientos judiciales, las acciones de protección al consumidor no requieren interponerse por intermedio de abogado, pero exige que se haya reclamado al proveedor de manera directa, como requisito de procedibilidad.

Este procedimiento judicial, termina con sentencia por parte de la Superintendencia, y la Ley le otorga plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir. Además de la condena que corresponda, si el fallo es favorable al usuario, la Superintendencia puede imponer adicionalmente una multa al proveedor.

CONCLUSIONES: LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO

Como se evidencia de lo anteriormente planteado, el esquema previsto de solución de controversias tiene un enfoque basado en los derechos, lo cual conlleva a que en la única vía para solucionar sus controversias, las partes concentran sus esfuerzos en la protección de sus derechos, en dar respuesta oportuna a formalismos y en desarrollar disputas²⁶, en lugar de centrarse en sus verdaderos intereses, que, según el caso pueden ser desde la satisfacción por los resultados obtenidos, la reducción de costos, la preservación de las relaciones con los usuarios, hasta preservar su propia reputación²⁷.

En efecto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha considerado que el sistema concebido para el trámite de las PQR, *“por su naturaleza, lleva a que las partes se centren en sus posiciones, lo cual impide identificar los múltiples intereses que se pueden presentar y las posibles soluciones para que las partes obtengan resultados satisfactorios y efectivos. Por lo anterior, del diagnóstico se recomienda que el sistema basado en este trámite sea empleado como última instancia, en casos en que por su complejidad se requiere justificar una discusión sobre los derechos de las partes y no sobre sus intereses, y por el contrario se intente abrir espacios de negociación directa”*²⁸. Así, los intereses del usuario, pueden ser diversos y distintos a la mera discusión sobre la legalidad o la validez de un derecho. Para determinar lo anterior, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, mediante una serie de entrevistas realizadas a proveedores y usuarios, encontró que *“por ejemplo ante un conflicto por facturación del servicio, el usuario puede estar interesado simplemente en ser escuchado y en recibir una disculpa, así como recibir una concesión diferente a la que*

²⁶ Cutolo, Daniele y Shalaby, Mark Alexander. “Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings”, 4 Disp. Resol. Int'l 131 2010

²⁷ La CRC encontró que *“Vale la pena señalar que las entrevistas realizadas mostraron la clara percepción que la imagen de los proveedores de comunicaciones en el mercado colombiano se ha desgastado con el tiempo, debido a años de insatisfacción de los usuarios respecto de los plazos de resolución y la manera en que sus reclamos y disputas han sido resueltos. Investigaciones sobre el valor de la imagen de las empresas, indican que este tipo de situaciones generan un círculo negativo, es decir, mientras peor sea la imagen de los operadores, menos propensos serán los usuarios, el regulador y las autoridades de control a darles el beneficio de la duda en una situación de disputa, y más conflictos se generaran”*. Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 9. Disponible en: www.crcm.gov.co

²⁸ Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 9. Disponible en: www.crcm.gov.co

*está reclamando, como puede ser un obsequio o el uso temporal de otro servicio. Ahora bien, en este caso, los intereses del operador pueden ser tener un cliente satisfecho con el servicio, ahorrar los gastos de tramitación de la PQR y evitar la posible imposición de una multa*²⁹. El enfoque "defensivo" del sistema de PQR actual, por sí solo, no es capaz de generar los niveles de satisfacción esperados por usuarios y autoridades, atendiendo a que se evidencia la creciente presentación de quejas alegando el no respeto por parte de los operadores de los derechos que la regulación y la Ley han reconocido a los usuarios³⁰. Esto se demuestra con la cantidad creciente de PQR analizada anteriormente, y la alta cantidad de sanciones (y de dinero).

En consecuencia, dado que la finalidad perseguida con el régimen de protección a los usuarios y los procedimientos es que prevalezcan los intereses y el bienestar del usuario, la mediación se vislumbra como una forma rápida y sencilla de resolver las controversias que surgen entre el operador y el usuario³¹, es que se centren en la identificación de sus intereses y de las normas aplicables, de tal forma que puedan formular opciones de negociación, para lo cual se sugiere que las partes cuenten con terceras personas que actuarían como facilitadores neutrales en un entorno seguro y de confianza³². Ha dicho la Corte Constitucional, en relación con la mediación:

*“La mediación es tal vez el más informal, expedito y económico -en materia de tiempo y costos- de los mecanismos mencionados. Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa”*³³.

Para tal fin, recientemente la Comisión de Regulación de Comunicaciones presentó a consulta pública un documento con el que pretende abrir la discusión en el

²⁹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 9. Disponible en: www.crcm.gov.co

³⁰ Ha considerado la CRC que *“la dependencia exclusiva de un enfoque basado en derechos no es capaz de generar competencia entre los operadores para mejorar los niveles de satisfacción del consumidor; de hecho, conlleva a que un operador sea más hábil que otro en la gestión de los procesos y costos de un sistema de defensa formalista. Por el contrario, en un sistema basado en intereses, los operadores podrán conocer las verdaderas necesidades de los usuarios y esto llevará a que busquen que sus usuarios se encuentren verdaderamente satisfechos con la prestación del servicio y con la resolución de las disputas que puedan generarse. Las entrevistas realizadas con las diferentes partes involucradas demostraron, la necesidad de dar apertura a nuevos canales de resolución de controversias basados, no en derechos, sino en los intereses de las partes. Por su parte, los operadores informaron unánimemente el deseo de una mayor flexibilidad y oportunidades para demostrar su capacidad de hacer frente a las preocupaciones de los usuarios en un sistema menos rígido, basándose en los intereses. Así mismo, los operadores entrevistados indicaron su interés en un modelo de resolución de controversias que: (i) proporcione una competencia efectiva entre los agentes; (ii) ayude a mejorar su imagen ante los usuarios y las autoridades; (iii) ayude a entender los puntos de vista y las preocupaciones de las autoridades y de los usuarios cuando se trata de controversias; y (iv) reduzca los costos procesales de la solución de controversias, para revertir tales costos en una solución eficaz de controversias, capaz de generar la satisfacción del consumidor”*. Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 9. Disponible en: www.crcm.gov.co

³¹ Wells, Robert. “Alternative Dispute Resolution-What Is It? Where Is It Now?”, 28 S. Ill. U. L.J. 651 2003-2004.

³² Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

sector para introducir la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias en las relaciones de consumo en telecomunicaciones.

El modelo que pretende la CRC inicialmente es el de una prueba piloto en Bogotá en miras de determinar si este mecanismo de solución de controversias es efectivo o no. El mecanismo de la mediación propuesto pretende ser un sistema alternativo de solución de controversias, basado en los intereses de las partes, que constituya una instancia previa, voluntaria y opcional, que opere de manera previa o simultánea a los procedimientos de PQR o ante la Superintendencia de Industria y Comercio. En esa medida, el usuario es quien elige si opta por hacer uso de este sistema alternativo, con la garantía de poder renunciar en cualquier momento y de esta forma, direccionar su petición o queja por los métodos previstos en la ley y la regulación.

El modelo de mediación que ha propuesto la CRC tiene las siguientes etapas³⁴:

(i) Negociación directa entre los usuarios y los proveedores

Esta etapa de negociación directa debe diferenciarse de los mecanismos actuales de contacto con el proveedor, utilizando un Centro de Resolución de Controversias en el que el usuario encuentre una alternativa a los procedimientos de PQR.

(ii) Centro de Resolución de Controversias

El sistema de mediación propuesto debe ser de carácter voluntario y opcional para el usuario, en el que intervenga terceras partes neutrales, con un procedimiento transparente con trato igualitario y digno, que suministre información y criterios objetivos para usuarios y proveedores, que le permitan llegar a acuerdos satisfactorios. La CRC ha considerado que este escenario se puede conseguir a través del Centro de Resolución de Controversias, que puede ser creado por un grupo de proveedores o a través de canales institucionales ya existentes como los Centros de Conciliación o las Cámaras de Comercio.

Este sistema de poder cubrir todo tipo de controversias entre proveedores y usuarios, no solo las que se desprenden de la PQR sino aquellas que incluyen reclamaciones de perjuicios o indemnizaciones.

Las negociaciones serán facilitadas por un mediador, que a su vez tendrá el papel de observador, lo que significa que reportará a las autoridades, de manera mensual, sobre posibles violaciones de las normas internas. De acuerdo con la CRC se pretende que *“los acuerdos se alcanzarán en esas sesiones de mediación, a menos que, en casos excepcionales, se requiera arbitraje consultivo o una segunda reunión (física o virtual). El objetivo es que en una sola reunión se logre el acuerdo”*³⁵.

(iii) Continuación del trámite de PQR

El sistema actual de PQR se mantendría en su estado actual y se podría utilizar a voluntad del usuario como única opción. La mediación se perfilaría como un método de carácter voluntario y opcional, y no restringe ni limita ninguno de los derechos de los usuarios.

En conclusión, el sistema de mediación propuesto en Colombia para resolver controversias entre proveedores y usuarios y facilitar la relación de consumo, es un mecanismo alternativo que pretende organizar procedimientos menos costosos y facilitadores en aras de preservar el trámite de PQR sólo en aquellos casos en los que realmente se requiera un pronunciamiento de la autoridad competente.

³⁴ Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 11. Disponible en: www.crcm.gov.co

³⁵ Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014, p. 14. Disponible en: www.crcm.gov.co

BIBLIOGRAFÍA

Arrubla Paucar, Jaime. “Contratos Mercantiles”. Tomo III, editorial Diké, sexta edición, 2006.

Bernal Fandiño, Mariana y Villegas-Carrasquilla, Lorenzo. “Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor”, *Revista Universitas* N° 117, julio-diciembre de 2008, p. 156.

Cepeda Espinosa, Manuel José. “Los contratos de adhesión: problemas y soluciones”, *Revista de Derecho Privado* N° 3, Universidad de los Andes, noviembre de 1985, p. 9.

Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución CRC 3066 de 2011.

Comisión de Regulación de Comunicaciones. “Plan de Implementación y Consulta

Pública – MASC”, documento publicado el 14 de agosto de 2014. Disponible en: www.crcm.gov.co

Correa Henao, Margarita. “El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”. En: *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013

Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

Corte Suprema de Justicia, sentencias del 15 de diciembre de 1970 y del 29 de agosto de 1980.

Cutolo, Daniele y Shalaby , Mark Alexander. “Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings”, 4 *Disp. Resol. Int'l* 131 2010

Giraldo, Alejandro; Caycedo, Carlos y Madriñán, Ramón. “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, editorial Legis, Bogotá, 2012.

Messineo, Francesco. “Doctrina General del Contrato”, 3° edición, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986.

Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. “Boletín Trimestral de las TIC”, junio de 2014, Bogotá.

Rakoff, Todd. “Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica”. *Revista de Derecho Privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre de 2006.

Santofimio, Jaime Orlando. “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011”. En: *Perspectivas del derecho de consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013

Superintendencia de Industria y Comercio. “Informe sobre sanciones impuestas por contravención a las normas sobre protección al consumidor en el año 2013”. Disponible en: www.sic.gov.co.

Unión Internacional de Telecomunicaciones, “[Key 2005-2014 ICT data for the world, by geographic regions and by level of development, for the following indicators](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx)”, disponible en: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>.

Villegas Carrasquilla, Lorenzo. “La Ley de TIC y la regulación de telecomunicaciones”, en: *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 509 y ss.

MEDIAÇÃO EM CONTRATOS DE PLANOS E DE SEGUROS DE SAÚDE

HEALTH INSURANCE CONTRACTS MEDIATION

MEDIACIÓN EN CONTRACTOS DE SERVICIOS DE SALUD

Cristiano Heineck Schmitt¹

Resumo: A Constituição Federal de 1988 trouxe aos cidadãos a garantia de acesso à justiça, o que significa permitir o recurso ao Poder Judiciário diante da lesão de quaisquer direitos. Todavia, este acesso não deve ser observado apenas como o direito de ingressar em juízo, mas sim como uma garantia de que o problema será resolvido de maneira eficaz e célere. Para isso, é possível que os cidadãos se valham da jurisdição estatal, da arbitragem, da conciliação e da mediação. Na mediação, deve-se contar com um mediador imparcial e neutro que forneça um auxílio às partes, para que se busque a solução de um conflito sem imposição de solução, e também, sem interferência sobre o acordo que as partes desejem fazer. O mediador é responsável pelo encontro das partes e de seus interesses. O fato é que a herança da imagem de um Estado autoritário ainda é muito viva na nossa sociedade, razão pela qual as pessoas preferem ir até o Poder Judiciário em vez de buscar uma efetiva solução por meios extrajudiciais. No que tange à saúde suplementar, no Brasil, em dez anos, cresceu em quase vinte milhões o número de beneficiários de planos privados. Os números apresentados no presente artigo comprovam o alto índice de brasileiros que se valem dos planos de saúde, diante da ineficácia do sistema público. Logo, pode-se deduzir que há também um alto número de conflitos entre os participantes dessas relações de consumo, confrontos que se transformam em litígios de massa, e que sobrecarregam o Poder Judiciário. Este cenário reforça cada vez mais o argumento de que é necessário que se dirija mais atenção à mediação, que é um instrumento que possibilitaria uma redução das ações judiciais sobre saúde privada.

Palavras chave: Planos de saúde. Mediação e acesso à Justiça. Proteção do consumidor. Seguro-saúde.

¹ Doutor e mestre em direito pela faculdade de direito da Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-Ajuris, Advogado, Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, Diretor Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasilcon, Professor da Faculdade de Direito da PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor de Cursos de Especialização em Direto, autor de artigos jurídicos e de livros jurídicos. Email: cristiano.hs@uol.com.br

Abstract: The Federal Constitution of 1988 brought the citizens the access to justice, which means allow recourse to the judiciary on the rights of any injury. However, this access should not be seen only as the right to file suit in court, but as a guarantee that the problem will be resolved in an efficient and expeditious manner. For this, it is possible that citizens are worth of state jurisdiction, arbitration, conciliation and mediation. In mediation, you must have an impartial and neutral mediator to provide aid to the parties, so that puts solving the conflict without imposing a solution, and also, without interference on the agreement that the parties wish to make. The mediator is responsible for meeting the parties and their interests. The fact is that the inheritance of the image of an authoritarian state is still very much alive in our society, which is why people prefer to go to the judiciary rather than seeking an effective solution for extrajudicial means. Regarding the health supplement, in Brazil, in ten years, grew by almost twenty million in the number of beneficiaries in private plans. The figures presented in this article demonstrate the high level of Brazilians who use the health plans before the ineffectiveness of the public system. Therefore it can be deduced that there is also a high number of participants in these conflicts between consumer relationships, confrontations that turn into mass litigation, and burdening the judiciary. This scenario reinforces increasingly the argument that it is necessary to direct more attention to the mediation, which is a tool that would allow a reduction of the lawsuits on private health.

Keywords: Health Plans, Mediation, Acces to Justice, Consumer Protection, Health Insurance.

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe a garantia de acesso à justiça, a qual não deve ser observada apenas como o direito de ingressar em juízo, mas sim como uma prerrogativa de que o um litígio será resolvido de maneira eficaz e célere. Não obstante o direito à razoável duração do processo, esculpido no inciso LXXVIII da norma maior, é notória a lentidão no tramite de demandas judiciais no Brasil, presperctiva que se intensifica diante de demandas de massa. Para tanto, mister se faz a adoção de estruturas alternativas de composição de interesses, como arbitragem, conciliação e mediação, evitando-se a judicialização.

Acerca de uma melhor análise da mediação nas relações de consumo, necessário, em primeiro lugar, que se façam breves considerações acerca do conceito de mediação, consumidor, fornecedor e contrato de planos e seguros de saúde.

Na mediação, vislumbra-se um mediador imparcial e neutro que forneça apenas um auxílio às partes para que se busque a solução de um conflito sem imposição de solução, e também, sem interferência do acordo que as partes desejem fazer. É, em verdade, uma forma consensual de resolução de conflitos que visa facilitar o diálogo entre as partes, evitando-se a instância judicial.

A mediação é um instrumento que envolve direitos patrimoniais disponíveis, e, após estabelecido o acordo, pode ser até homologado pelo Poder Judiciário. É uma forma de socorrer os particulares, evitando que recorram ao sistema jurisdicional, que demanda custos maiores, e também, demanda certo tempo, devido à “superjudicialização” de conflitos. Pelo próprio Poder Judiciário, a mediação também é vista positivamente, tendo o condão de reduzir o número de processos, com melhor

aproveitamento de tempo e de recursos humanos, que se voltariam à resolução de conflitos que realmente não podem ser alcançados por este instrumento de composição.

No que tange ao sujeito “consumidor”, no Brasil, observa-se uma definição a partir do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor,² de forma que é considerado aquele que promove a destinação final ao produto ou serviço. Todavia, há certas correntes doutrinárias que analisam diferentemente a dimensão desse conceito, ampliando ou reduzindo a sua noção jurídica.

Neste contexto de interpretações sobre o dispositivo referido, há a corrente (teoria) maximalista, que, como o próprio nome já anuncia, apresenta uma compreensão ampliada do conceito. Para essa teoria, alguns agentes ora poderiam assumir papel de consumidores, ora de fornecedores. Para os doutrinadores que aceitam essa teoria, pouco importa se a pessoa que adquire o produto ou serviço tem fim de lucro mediante o seu consumo, logo, poderia ser consumidor a empresa que adquire insumos para a produção.

A teoria finalista tradicional, por sua vez, possui uma interpretação mais restrita do destinatário final, pois, uma vez que o CDC visa proteger o consumidor, que é uma figura jurídica vulnerável, se houver a extensão da sua aplicação para outros sujeitos jurídicos, sem uma racionalidade mínima, o Código perderia a sua razão de ser e restaria vulgarizado o conceito de consumidor. A lei de proteção do consumidor deve ser acionada para proteger exclusivamente aquele que dela necessita.

Há uma terceira teoria, o finalismo aprofundado, que na verdade nada mais é que um abrandamento da teoria finalista tradicional. Esta corrente admite que a pessoa física ou jurídica que adquire um bem ou serviço para implementar sua atividade econômica possa ser equiparada a consumidora, pois possui alguma vulnerabilidade frente ao sujeito que lhe ofereceu o produto ou lhe prestou o serviço. Neste caso, seria realizada uma análise da vulnerabilidade in concreto da pessoa jurídica ou física adquirente. Concluindo-se que o produto, ou serviço contratado não pertence ao ramo de atividade do adquirente, este poderia ser considerado consumidor.

Em que pese a presença necessária do consumidor, para podermos vislumbrar uma relação de consumo, esta não se estabelece se não tivermos também, como outro contrante, a figura do fornecedor. O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor³ estabelece um conceito bastante claro e amplo sobre este player do mercado. Em verdade, fornecedor é o sujeito, ainda que não seja pessoa jurídica, que está envolvido desde os momentos de fabricação de um produto, até a sua chegada ao consumidor, ou seja, pode ser considerado como fornecedor aquele que fabrica e também aquele que comercia diretamente ao consumidor. O fornecedor, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho,⁴ presta a atividade profissional com habitualidade e visa uma finalidade econômica, de forma que as relações entre duas pessoas não profissionais, que ocorram com casualidade e eventualidade, não são consideradas relações de consumo.

² BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 10.11.2014.

³ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

O contrato de plano ou de seguro de saúde, por sua vez, é um serviço oferecido por empresas privadas, que prestam assistência médico-hospitalar. Ainda que o direito à saúde seja um direito fundamental devido pelo Estado aos seus cidadãos, nos termos do artigo 196 da Constituição Cidadã,⁵ o ente estatal, no Brasil, não consegue fornecê-lo com qualidade mínima a toda a população. Em razão disso, os cidadãos melhor aquinhoados, que possuem condições econômicas, acabam arcando com o valor das prestações de um plano de saúde, para poder garantir o atendimento profissional diante da manifestação de uma patologia.

A pessoa que tenha interesse em tornar-se beneficiária deste sistema, adere ao contrato, como regra pré-redigido pelo fornecedor (operadora, seguradora, etc.), passando a pagar a mensalidade, e, após aguardar a carência, já pode fazer uso das coberturas de seu plano de saúde, as quais estão regidos pela lei dos Planos de Saúde⁶, Lei 9.656/98, e pelo Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito da saúde pública, no Brasil, que deve ser fornecida de forma solidária pelo Município, pelo Estado e pela União, colhe-se um número muito elevado de processos judiciais, em razão da falta, ou da negativa de atendimento do cidadão. Caso este não possua plano de saúde, o que normalmente acontece com os sujeitos mais empobrecidos, resta-lhes tentar buscar amparo junto ao Poder Judiciário.

No que tange à saúde privada, o cenário não é muito diferente, uma vez que processos judiciais em torno deste tema também respondem um percentual elevado de demandas.

No mês de julho de 2014, foi lançada a “Enajud”, sigla para a “Estratégia Nacional de Não Judicialização”, a qual tem como objetivo “evitar que cheguem ao judiciário conflitos que podem ser resolvidos entre empresa e clientes através dos meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação”,⁷ como explica o próprio Ministério da Justiça.

A Enajud tem a intenção de reunir instituições dos setores privado e também do público para evitar que cheguem ao Poder Judiciário conflitos que poderiam ser resolvidos por mediação, negociação e conciliação, o que geraria a diminuição do

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. Artigo 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶ BRASIL. Lei 9.656/98 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em 10.11.2014.

⁷ Ministério da Justiça. *Estratégia Nacional de Não Judicialização avança com segunda reunião de grupos em Brasília*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estrategia-nacional-de-nao-judicializacao-avanca-com-segunda-reuniao-de-grupos-em-brasilia> Acesso em 13.11.2014.

número dos processos judiciais. Por consequência, o Poder Judiciário poderia, então, se concentrar em questões que realmente exijam sua intervenção.⁸

De acordo com o atual Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, a Enajud possibilitará uma expansão do acesso à justiça para uma parcela da população, que infelizmente, ainda não o alcança. “O objetivo é evitar a judicialização (cujo custo é bem mais alto e o desfecho, mais demorado) e garantir que o direito lesado seja reparado. Com o Enajud, mais espaço se abre para setores excluídos da sociedade que até hoje não tem acesso à justiça”.⁹

A Enajud faz parte do Ministério da Justiça “– por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário –, a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério da Previdência Social (MPAS). Conta, ainda, com a colaboração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de instituições do Sistema de Justiça e instituições privadas”.¹⁰

Em razão dessa nova estratégia, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia especial criada no ano de 2001, para fiscalizar e regular o setor da de planos e de seguros de saúde, passou a fazer mediação entre os planos de saúde e seus beneficiários, “nas questões consideradas não assistenciais, como reajustes indevidos, quebra de contratos e alteração da rede credenciada.”¹¹

A expressão “plano de saúde” é usada para nomear as diversas modalidades de contratação de serviços de saúde.¹² A esfera onde atuam os planos de saúde é chamada de “saúde suplementar”, ou seja, é a prestação privada da assistência médico-suplementar, conforme menciona Gabriel Schulman¹³. E mais, a respeito da saúde suplementar, “a locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde).”¹⁴

As operadoras de plano de saúde são entidades privadas que fazem a intermediação ou prestação de serviços de saúde¹⁵. Também podem ser definidas pela Lei nº 9.656/98¹⁶ em seu artigo 1º, inciso I.

⁸ Ministério da Justiça. *Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais*. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>> Acesso em: 13.11.2014.

⁹ Ministério da Justiça. *Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais*. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>> Acesso em: 13.11.2014.

¹⁰ Ministério da Justiça. *Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais*. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>> Acesso em: 13.11.2014.

¹¹ Postal Saúde. ANS: mediação soluciona maioria dos casos. 2014. Disponível em: <<http://www.postalsaude.com.br/viva-mais/item/225-ans-mediacao-soluciona-maioria-dos-casos/225-ans-mediacao-soluciona-maioria-dos-casos>> Acesso em: 13.11.2014.

¹² SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 199-200.

¹³ SCHULMAN, op. cit., p.201.

¹⁴ SCHULMAN, op. cit., p.201.

¹⁵ SCHULMAN, op. cit., p. 205.

¹⁶ “Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua

No ano de 2013, a cada cinco reclamações, a ANS conseguiu resolver quatro através da mediação. No caso de não ser solucionado o problema, inicia-se processo administrativo sancionador.

De acordo com Angélica Carlini, a “solução de conflitos por mecanismos não judiciais pode ser interpretada como sinal de maturidade de uma sociedade organizada, porque atribui importância ao diálogo e ao sopesamento de argumentos em lugar da busca por uma solução ditada por um magistrado que nem sempre terá condições objetivas de levar em conta o impacto de sua decisão para o conjunto da mutualidade pública ou privada.”¹⁷

O fato é que a herança da imagem do Estado autoritário ainda é muito viva na nossa sociedade, razão pela qual as pessoas preferem buscar amparo junto ao Poder Judiciário ao invés de procurar por uma efetiva solução por meios extrajudiciais.

Em maio de 2014, realizou-se a I Jornada de Direito de Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, evento que contou com a presença de diversos profissionais da área do Direito e da Saúde, onde foram aprovados alguns enunciados interpretativos sobre a área do Direito voltada à saúde pública e privada.¹⁸

Esses enunciados procuram constituir um material de consulta que possa embasar os julgadores que se encontrem diante de um conflito no âmbito da saúde, a qual resta bastante comprometida com intensa judicialização.¹⁹

Todavia, é necessário que certas críticas sejam feitas a respeito desses enunciados, que é o que fazem Cristiano Heineck Schmitt e Gabriel Schulman²⁰. Mencione-se o enunciado 22 que diz que: “Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares”.²¹

atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

¹⁷ CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.177.

¹⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck; SCHULMAN, Gabriel. Reflexões críticas sobre os enunciados de saúde suplementar aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça (2014). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.23, n.95, p. 361-376, set./out. 2014, p. 362.

¹⁹ SCHMITT e SCHULMAN, op. cit., p. 363.

²⁰ SCHMITT e SCHULMAN, op. cit., p. 361-376.

²¹ Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 22: Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares. Disponível em: Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárata (Coord.)

Para os autores referidos,²² o enunciado parte de uma premissa correta, mas termina por fazer uma conclusão equivocada, pois ainda que se tenha- conhecimento da distinção entre os planos individuais e coletivos, “concluir que prevalece, seja qual for, o índice contratado, significaria retornar ao modelo da intangibilidade do contrato.”²³

Sucedo que, os contratos de planos e de seguros de saúde coletivos são complexos. Em razão disto, a mera aplicação de mecanismos tradicionais deve ser repensada por serem os prejudicados pessoas físicas, “afinal não são as empresas contratantes que ficam doentes.”²⁴

Além disso, a máxima do *pacta sunt servanda*, de que os contratos faziam lei entre as partes, não possui mais força, podendo os contratos ficarem sujeitos à revisão, indubitavelmente, no caso de alguma desproporção, ou de estipulação de cláusula abusiva.

A respeito das cláusulas abusivas, cumpre mencionar que o ambiente da saúde privada lhe é muito prolífero.

Por evidente, embora seja um direito fundamental social, a saúde nunca foi pauta estratégica dos governos brasileiros, de forma que, enquanto não for efetivado um programa de gestão de vários anos, nada será alterado. E, enquanto nada muda, o cidadão, que pretende resguardar minimamente sua saúde, recorre aos planos privados, e, nesse setor, também acaba sendo vitimado por abusos.

Evidentemente que, quando uma determinada categoria exerce predomínio sobre a outra, ela facilmente acaba ditando as regras de um contrato, de forma livre e sem controle. No caso, tem-se uma típica relação de consumo firmada por contrato de adesão, onde, de um lado, encontra-se um fornecedor que estipula as condições do contrato, e de outro lado, o consumidor, aquele que simplesmente adere, sem poder de barganha.

As cláusulas abusivas são entendidas como disposições impostas pela parte contratante mais forte da relação de consumo, ou seja, o fornecedor, que de alguma forma oneram a parte mais fraca, o consumidor, impingindo-lhe obrigações desproporcionais. Em suma, esse tipo de cláusula estipulada pelo fornecedor tem apenas o intento de reforçar mais ainda a posição jurídico-econômica deste.²⁵ Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “assim, por exemplo, as cláusulas referentes às obrigações do fornecedor em caso de inadimplemento total ou parcial terão como objetivo, geralmente, limitar ao máximo estas obrigações, limitar a responsabilidade contratual do fornecedor, transferi-la a terceiros ou fixar sancionamentos indevidos para o caso de rescisão por parte do consumidor.”²⁶

[http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/ ENUNCIADOS%20APROVADOS%20ONA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SADE%20-%20PLENARIA%2015-5-14_revisado%20Carmem%203.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/ENUNCIADOS%20APROVADOS%20ONA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SADE%20-%20PLENARIA%2015-5-14_revisado%20Carmem%203.pdf)São Paulo, 2014. Acesso em 10.11.2014.

²² SCHMITT e SCHULMAN, op. cit., p.364.

²³ SCHMITT e SCHULMAN, op. cit., p. 364.

²⁴ SCHMITT e SCHULMAN, op. cit., p. 364.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 159.

²⁶ MARQUES, op. cit., p. 159.

Os planos de saúde são uma alternativa àqueles que temem a ineficiência do Estado na seara de prestação de saúde, todavia, como, em regra, são contratados por contrato de adesão, podendo sujeitar os consumidores a cláusulas abusivas. Pois bem, a despeito da presença ou não de cláusulas abusivas nesses contratos, quase sempre acabam por gerar algum conflito entre consumidor e fornecedor.

No Brasil, em dez anos, cresceu em quase em vinte milhões o número de beneficiários de planos privados. No ano de 2003, havia 32.074.667 beneficiários, e, no ano de 2013, esse número já alcançava 50.464.395, de acordo com o Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS.²⁷

Em junho de 2014, os planos privados contavam com o número de 50.930.043 beneficiários, sendo que destes, 10.224.036 eram membros de plano individual ou familiar, 33.457.308 eram membros dos coletivos empresariais, 6.731.265 membros dos coletivos por adesão, 14.948 membros de plano coletivo não identificado, e 502.486 não informaram, de acordo com o Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS.²⁸

Os números comprovam o alto índice de brasileiros que se valem de planos de saúde. Logo, pode-se deduzir, que há também alto número de conflitos entres os participantes dessas relações de consumo.

No ano de 2011, tramitavam junto ao Poder Judiciário brasileiro 240.980 demandas judiciais da saúde, de acordo com dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.²⁹ A maior parte delas, versavam sobre “acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos e ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados junto ao setor.”³⁰

Ainda no ano de 2011, no Estado do Rio Grande do Sul, observa-se a concentração de quase metade de todas as demandas acerca de saúde no país, quantidade essa representada pelo número de 113.953 ações judiciais.³¹

Em segundo lugar, figurava o Estado de São Paulo, com 44.690 ações, e em terceiro lugar, o Estado do Rio de Janeiro, com 25.234 ações em tramitação.³²

²⁷ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados Gerais: Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2003-2014). Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 13.11.2014.

²⁸ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados Gerais: Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2003-2014). Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 13.11.2014.

²⁹ CAVALCANTI, Hylida. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014.

³⁰ CAVALCANTI, Hylida. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014.

³¹ CAVALCANTI, Hylida. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014.

³² CAVALCANTI, Hylida. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014.

Desde maio de 2010, o Conselho Nacional de Justiça faz o acompanhamento e a monitoração da quantidade desse tipo de demanda nos tribunais mediante o Fórum da Saúde.³³ O Fórum da Saúde, por sua vez, foi criado pela Resolução 107 do CNJ, sendo coordenado por um Comitê Executivo Nacional.³⁴

Até junho de 2014, o sistema de acompanhamento da Resolução CNJ n.107³⁵ registrou o número de 330.630 demandas judiciais tutelando saúde, ou seja, do ano de 2011 para 2014, o número de processos em andamento quase triplicou. Estes números cada vez mais reforçam o argumento de que é necessário que se dirija mais atenção à mediação, que é um instrumento que possibilitaria uma desjudicialização das questões de saúde.

Desde março do corrente ano, está em vigor medida da Agência Nacional de Saúde Suplementar que tem por escopo dar agilidade à resolução dos problemas com que possam se deparar os beneficiários dos planos de saúde.³⁶ Deste modo, “as reclamações registradas nos canais de atendimento da Agência referentes a questões não assistenciais passarão a ser tratadas por meio de mediação de conflitos.”³⁷

A orientação da ANS é no sentido de que, caso o consumidor depare-se com problemas de atendimento por parte do plano de saúde, deve primeiro contatar a operadora a fim de buscar a solução.³⁸ Todavia, muitos conhecem a dificuldade de simplesmente poder entrar-se em contato com as grandes fornecedoras de serviços particulares de saúde. Neste sentido, pode ser remota a possibilidade de conseguir uma solução amigável para o problema.

Após o contato, a tentativa de solucionar-se o problema, se o consumidor não conseguir a efetiva resolução do seu caso por parte da operadora do plano, deverá, então, procurar a ANS,³⁹ para formular a sua reclamação pela via telefônica, por internet, ou ainda, presencialmente.

³³ CAVALCANTI, Hylda. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014

³⁴ CAVALCANTI, Hylda. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014

³⁵Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>> Acesso em: 13.11.2014.

³⁶ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em:< <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>> Acesso em: 13.11.2014.

³⁷ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em:< <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>> Acesso em: 13.11.2014.

³⁸ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em:< <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>> Acesso em: 13.11.2014.

³⁹ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>. Acesso em: 13.11.2014.

Após isso, de modo automático, a queixa é encaminhada à operadora do plano de saúde que terá o prazo de cinco dias úteis, contados do dia seguinte ao recebimento, para solucionar o problema do consumidor/beneficiário se queixa de natureza assistencial, ou prazo de dez dias se a queixa for de natureza não assistencial.

A ANS exemplifica os tipos de queixas assistências e as não-assistenciais, sendo as primeiras, por exemplo, “descumprimento de prazos máximos para agendamento de consultas; exames e cirurgias; negativa de autorização para realização de procedimentos; dificuldades para recebimento de reembolso.”⁴⁰ Quanto às últimas, tem-se, por exemplo, a “aplicação de reajustes indevidos; rescisão unilateral de contrato; não envio de carteira do plano de saúde.”⁴¹

Se a operadora do plano de saúde resolver o problema dentro do prazo previsto, a reclamação é encerrada. Todavia, se o problema não for resolvido, a ANS prossegue com a apuração da demanda, o que pode levar à abertura de um processo administrativo sancionador e à aplicação de uma multa para que a operadora diante da violação do direito do usuário.

Além da Agência Nacional de Saúde Suplementar, auxiliam no controle do atendimento do beneficiário do sistema órgãos estatais como o Ministério Público, o Ministério da Justiça, os Procons, entre outros. Todavia, mesmo diante de todo o esforço que é feito por estes órgãos, que, de alguma forma, protegem os consumidores desses serviços, as operadoras continuam a negar cirurgias, materiais e, até mesmo, consultas a seus beneficiários. Além disso, o consumidor desses serviços, quando é idoso, ou seja, mais fragilizável, muitas vezes ainda se depara com o aumento abusivo da contribuição em decorrência do avanço da idade, o qual é expressamente proibido pelo Estatuto do Idoso⁴² no artigo 15, parágrafo terceiro.

Nunca é demais lembrar o peso e o significado destes problemas para o consumidor que necessita da prestação do serviço de saúde. Em casos tais, os consumidores encontram-se de “mãos atadas”, pois, ou não recebem o serviço de que precisam, ou precisam pagar valores exorbitantes por um plano. Como nossa sociedade é naturalmente um ambiente promotor de litígios, alguns consumidores recorrem de pronto à via judicial, como única forma de socorro restante. Todavia, poderiam valer-se da mediação, que pode ser tão eficaz quanto o Poder Judiciário se as partes realmente estiverem empenhadas na solução daquele conflito pela via amigável.

⁴⁰ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>. Acesso em: 13.11.2014.

⁴¹ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>. Acesso em: 13.11.2014.

⁴² BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 10.11.14.

A mediação é uma forma extrajudicial para a resolução de conflitos. Deve ser voluntária, ou seja, não pode ser imposta à nenhuma das partes, nem ao consumidor, e nem ao fornecedor. Na mediação, as partes intervêm ativamente na busca de uma solução, sob a orientação de um mediador imparcial. Se comparada ao processo judicial, a mediação traz uma série de vantagens como a rapidez, a informalidade e ainda, a redução de custos. Sucede que, quando a tentativa de solucionar um conflito é feita pelo modo tradicional, o processo judicial, há todo um caminho a ser seguido, o que aumenta mais ainda o conflito e também acirra mais os ânimos.

Como acertadamente mencionou o Presidente Estadual do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Estado do Rio Grande do Sul, Roque Bakof: “O fato é que são milhares (milhões) de Processos tramitando no Judiciário Estatal, onde durante anos as pessoas ficam litigando, tem os seus nomes expostos de forma pública, saem deste episódio invariavelmente magoados, prejudicando as relações comerciais e o convívio social”.⁴³

Alguns estados possuem seus próprios tribunais de mediação e arbitragem, como é o caso do Rio Grande do Sul (TMA/RS) e de São Paulo (TASP), sendo que tais estruturas visam solucionar os conflitos relacionados com os direitos patrimoniais disponíveis, e os acordos que neles são feitos possuem força e, por isso, são acolhidos pela Justiça Estadual, em conformidade com a Lei 9.307/96.⁴⁴

Como pôde ser observado ao longo do texto, diversas são as alternativas para não recorrer-se ao Poder Judiciário, como é o caso da mediação. Neste modelo de solução de conflitos, as partes optam por uma via menos custosa, deixando ao âmbito jurisdicional somente as demandas essenciais, ou seja, aquelas que versam sobre direitos indisponíveis, que não podem ser solucionadas pela via da mediação. A estrutura atual do Poder Judiciário praticamente já não acompanha o surgimento de relações jurídicas novas e os problemas concernentes. A complexidade da vida pós-moderna não é alcançada, no mesmo ritmo, pelos investimentos realizados sobre a estrutura jurisdicional estatal.

A questão dos contratos de consumo é delicada, sendo necessário que se tenha cuidado para identificar os pontos críticos da mediação nesses tipo contratual. Nesse caso, o mediador tem que adotar cautelas maiores, pois há uma notória e natural superioridade econômica, técnica e jurídica dos fornecedores frente aos consumidores.

Do ponto de vista da vulnerabilidade fática, essa representa o desequilíbrio socioeconômico revelado na relação de consumo, despontando, do lado do fornecedor, a sua posição de monopólio, fático ou jurídico, que conduz à imposição do seu grande poder econômico em razão da essencialidade do serviço, ou impondo sua superioridade face a todos os que com ele contratam, o que significa, por exemplo, prescrever as condições através das quais será desenvolvido o contrato de consumo. Tal superioridade pode se manifestar, também na confecção de um acordo, o que acabaria afastando a legitimidade e correição de da mediação, já que o resultado tenderia a ser injus to ao consumidor.

⁴³ BAKOF, Roque. Mediação Conciliadora: Uma fantástica solução. Disponível em: <<http://www.tmars.org.br/solucaofantastica.html>> Acesso em: 14.11.2014.

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 10.11.14.

O consumidor, além disso, mostra-se flagrantemente em desvantagem, eis que não detém conhecimento técnico e jurídico acerca do produto ou serviço que adquire. O caso do idoso é uma situação que deve ser tratada com ainda mais cuidado, pois “considerando-se específicas limitações que atingem a pessoa idosa, ela pode ser transformada em um agente vulnerável, com a fragilidade agravada, tornando-se vítima potencial de determinados abusos. (...) No caso do idoso, é elemento denunciador de sua fraqueza a relação de dependência acerca de determinados produtos e serviços, especialmente aqueles ligados à preservação da saúde já enfraquecida pelo avanço da idade.”⁴⁵

Os planos de saúde estão submetidos à legislação consumerista. Nesse contexto, observa-se em um pólo da contratação o fornecedor e no outro o consumidor. Aquele estipula o serviço, impondo as regras do negócio, notadamente por meio de contrato de adesão. Este, por sua vez, apenas adere ao contrato, sem qualquer espaço para negociação.

A mediação também é eficiente no sentido de que o cenário das relações de consumo é configurado por vulnerabilidade do consumidor, o que leva a disparidade entre os pólos da relação, mas através dela, pode ser feita uma aproximação entre o consumidor e o fornecedor, mediante o estabelecimento de um diálogo e, quem sabe, até mesmo de um consenso. No entanto, não se pode perder de vista a condição de agente vulnerável do consumidor, o que demanda a adoção de deveres de cuidados na composição de conflitos, de forma que o player fraco do mercado não reste prejudicado pela superioridade do fornecedor.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais: Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2003-2014)**. Disponível: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 13.11.2014.

Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Mediação de conflito para queixas não assistenciais entra em vigor na semana do consumidor**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2427-mediacao-de-conflito-para-queixas-nao-assistenciais-entra-em-vigor-na-semana-do-consumidor>> Acesso em: 13.11.2014

CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br/r8fc> Acesso em: 13.11.2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁴⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 234.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Ministério da Justiça. **Estratégia Nacional de Não Judicialização avança com segunda reunião de grupos em Brasília**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estrategia-nacional-de-nao-judicializacao-avanca-com-segunda-reuniao-de-grupos-em-brasilia>> Acesso em 13.11.2014.

Ministério da Justiça. **Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>> Acesso em: 13.11.2014

Postal Saúde. **ANS: mediação soluciona maioria dos casos**. 2014. Disponível em: <<http://www.postalsaude.com.br/viva-mais/item/225-ans-mediacao-soluciona-maioria-dos-casos/225-ans-mediacao-soluciona-maioria-dos-casos>> Acesso em: 13.11.2014.

Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>> Acesso em: 13.11.2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck; SCHULMAN, Gabriel. **Reflexões críticas sobre os enunciados de saúde suplementar aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça (2014)**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.23, n.95, p. 361-376, set./out. 2014.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MECANISMOS ALTERNATIVOS Y TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN RELACIONES DE CONSUMO FINANCIERO, BURSÁTIL Y ASEGURADOR: MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN O JURISDICCIÓN.

ALTERNATIVE AND TRADITIONAL DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS FOR FINANCIAL, INSURANCE AND STOCK-BROKERING CONSUMER RELATIONS: MEDIATION, CONCILIATION AND JUDICIAL ACTIONS.

Guillermo Betancourt Cardona⁴⁶

Resumen: La legislación y regulación colombiana en la actualidad han generado una serie de herramientas de protección al consumidor financiero en virtud de las cuales tiene este la posibilidad de acudir ante una autoridad judicial o a una autoridad administrativa investida de tales poderes, como expresión del principio de la hetero-composición en la resolución de conflictos, o bien puede, en desarrollo de postulados de auto-composición, acudir ante un tercero mediador con cuyo apoyo se logren fórmulas de acuerdo que, al igual que ante una autoridad judicial, lleven a resolver el conflicto y sean igualmente objeto de ejecución en caso de desatención.

Palabras clave: Funciones jurisdiccionales, Contrato financiero, Protección del consumidor, abuso de derecho, Mediación, Conciliación, Mecanismos Alternativos para Solución de Conflictos.

Abstract: Current Colombian regulation allows financial consumers to call for the intervention of the competent judicial or administrative authority. As an alternative to traditional means of protection, consumers in the financial sector can choose a mediator, who will help consumers and providers of financial services to reach for an agreement, that may put an end to their dispute and that is also enforceable.

Keywords: Jurisdictional functions of administrative agencies, financial contracts, Consumer protection, Abuse of rights, Mediation, Conciliation, Financial sector.

⁴⁶ Abogado de la Universidad San Buenaventura de Cartagena (2005). Especialista en Derecho del Mercado de Capitales de la Pontificia Universidad Javeriana (2008) y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes (2011). Candidato Maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Ha sido profesor invitado de la especialización en Derecho de la empresa de la Universidad del Rosario, en Bogotá. Se desempeña como Coordinador Jurídico y Secretario General del grupo financiero Old Mutual - Skandia en Colombia. gbetacard83@gmail.com

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárate (Coord.)

INTRODUCCIÓN

La masificación de los negocios, bien sea que se realicen en el escenario digital o en el real, empuja cada día de forma más consistente a la estandarización de las relaciones económicas, y consecuentemente las jurídicas.

En efecto, la transformación de las relaciones de consumo en relaciones jurídico – contractuales se marca como hito final en la cadena de valor de cualquier producto, pues del acuerdo surgen las obligaciones de entrega y pago a cargo de vendedor o proveedor y adquirente. Empero, esa misma masificación en muchos casos, algunos incluso de nuestra historia jurídica reciente, condujo a que los acuerdos de índole contractual que documentan las relaciones de consumo incluyeran cláusulas, condiciones y otros aspectos que generan un desbalance en el equilibrio de la ecuación contractual de los mercados⁴⁷.

Paralelamente, el derecho ha movilizado sus instrumentos para restaurar el equilibrio quebrantado dando origen a diversos tipos de instrumentos surgidos del reconocimiento por parte del Estado de su rol como protector de diversos intereses sociales, guiado por “un interés más social y menos injusto”⁴⁸: de esta transformación del Estado y el derecho surgen mecanismos de protección como la teoría del abuso del derecho, las acciones de protección al consumo e incluso asociaciones gremiales y ligas de consumidores, entre otras figuras que buscan dar voz al consumidor anónimo que muchas veces se enfrentaba sin eco a organizaciones económicas con los recursos y la disposición para mantener desbalanceada la ecuación generando toda clase de conflictos entre el consumidor y el proveedor/oferente/prestador o cualquiera de las diversas máscaras que adopta la empresa para satisfacer necesidades de consumo. Estas preocupaciones del legislador se han traducido en una diversidad de manifestaciones jurídicas tendientes a restablecer el conflicto que subyace al desequilibrio económico en las relaciones de consumo que podemos etiquetar en dos categorías: soluciones hetero-compuestas, y soluciones auto-compuestas:

Dentro de las soluciones hetero-compositivas, es decir, aquellas en que las que las partes en conflicto difieren la solución del mismo a la intervención de un tercero ajeo e imparcial, encontramos a los jueces de la República (en todo el sentido de esta acepción) como expresión de justicia tradicional y formal. En esta se enmarcan la acción de abuso del derecho y la acción jurisdiccional de protección al consumidor que analizaremos en estas páginas. No obstante, la existencia de estos paladines de la justicia, la congestión de sus despachos con conflictos de toda clase hizo surgir una problemática adicional a esa búsqueda de justicia por el consumidor: la paquidermia judicial, entendida como la incapacidad de los jueces de la República de atender las diversas acciones para las que son competentes dentro de los tiempos previstos en las

⁴⁷ Mercados basados en la ley de la oferta y la demanda Le ley de la oferta y la demanda, predominante en mercados capitalistas, y que se funda en la relación que existe entre el precio de un bien y las compras que del mismo hace el mercado a que están dirigidos, tomando como supuesto que en un mercado de competencia perfecta el precio pagado por ese bien o servicio llegará a un punto de equilibrio.

⁴⁸ Camargo, Javier. DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA. REVIST@ e – Mercatoria Volumen 2, Número 2 (consultada el 15 de octubre de 2014). Disponible en:

<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>

normas procedimentales por la sobre-congestión de sus despachos con pocas posibilidades presupuestales para la ampliación de las plantas de personal judicial. Para tratar esta problemática, y acudiendo a medidas como la designación de una nómina especial dedicada a la descongestión actual de los despachos judiciales, desde el Gobierno se inició una carrera para promover mecanismos de justicia alternativos para la solución de conflictos que acercaran más al Estado al cumplimiento de sus valores de justicia.

Esto nos lleva a la segunda categoría de soluciones indicadas previamente: la auto-composición, entendida como la resolución del conflicto de la mano del acuerdo de las partes enfrentadas, bien sea que dicho acuerdo sea alcanzado en forma inmediata entre dichas partes o bien que dicho acuerdo sea alcanzado por virtud del apoyo de un tercero neutral. Estos mecanismos autocompositivos, que si bien fueron concebidos como iniciativas constitucionales para ampliar el ámbito orgánico y funcional de administración de justicia del Estado, autorizando a los particulares solucionar las controversias a través de personas que, revestidas transitoriamente de la función de administrar justicia, actúen en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que la misma ley señale ⁴⁹, hoy en día son empleados como una función de justicia más eficiente, cercana y económica y denominados genéricamente como Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC).

Lo anterior es una realidad tan tangente, que incluso, figuras como los defensores de consumidores en el sector financiero, bursátil y asegurador, como se verá más adelante, deben hoy en día ser abogados debidamente certificados en conciliación como MASC para poder actuar en calidad de tales y contribuir al propósito de descongestión judicial perseguido por el Estado. Dentro de esta gama de mecanismos de protección alternativa se encuentran la mediación y la conciliación objeto de análisis en este documento ⁵⁰.

Conforme con lo anterior, en la investigación para este trabajo se encontró que los mecanismos de protección pueden bien provenir de la regulación financiera, bursátil y aseguradora o de las normas de protección al consumidor financiero; las provenientes de la regulación financiera, bursátil y aseguradora, que viene a ser una forma de regulación económica, distinguida en algunos casos del derecho público económico ⁵¹ se justifica en complejidades propias de los sistemas financiero, bursátil y asegurador como “el fomento de la competencia y en el control de factores externos que no son asimilados por el mercado”⁵². Por otra parte, de naturaleza también económica están las normas para la protección del consumidor, que no se refieren a cualquier clase de consumidor, sino al consumidor ⁵³ de productos y/o servicios financieros, bursátiles o aseguradores. En efecto, con la expedición de la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan

⁴⁹ Sentencia C -242/97.

⁵⁰ Sentencia C-1195/01.

⁵¹ Ariño, Gaspar. Regulación Económica, lecturas escogidas. Navarra: Editorial Thomas Reuters Aranzadi, 2012.

⁵² Zamora, Remedios. Regulación Bancaria: Novedades normativas y autorregulación. La Regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Madrid, Universidad de Córdoba/Iustel, 2012.

⁵³ Personificado como todo Cliente, Usuario o Cliente potencial.

normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, se estableció desde su artículo primero que su objeto y ámbito de aplicación estaría enfocado en el establecimiento de “(...) *los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia* (...)”. Con esta norma, también denominada de reforma financiera, se instauró un nuevo régimen de protección al consumidor financiero que comprende diversos aspectos relevantes, la cual, sumada a la Ley 1480 de 2011⁵⁴ (en adelante el Estatuto del Consumidor) completan el universo actual de protección al consumidor financiero, bursátil y asegurador.

Así las cosas, en las siguientes líneas se revisarán las figuras e instituciones en que dicha protección se ha traducido en una realidad tangente para el consumidor financiero, bien sean generales como el abuso del derecho o los MASC, o específicas como el Defensor del Consumidor Financiero o la acción de protección jurisdiccional desarrolladas.

1 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SECTOR FINANCIERO, ASEGURADOR Y BURSÁTIL

El panorama de protección del consumidor financiero como parte débil de las intrincadas relaciones de consumo en el comercio financiero, bursátil y asegurador, basado en normas de protección al consumidor que son incluso consideradas como parte de una tendencia del derecho privado moderno⁵⁵, pudiendo incluso ser ubicadas dentro del derecho económico, en opinión de este autor, como se esbozó en la parte introductoria y para los efectos de este documento, se enfoca en dos tipos de mecanismos: los heterocompuestos y los autocompuestos. Ambos forman un poderoso conjunto de acciones y mecanismos para la protección (directa e indirecta) de los mencionados consumidores financieros: entre los autocompuestos analizaremos la mediación y la conciliación a través del Defensor del Consumidor Financiero y se concluirá con los mecanismos heterocompositivos concretados en la acción de abuso del derecho y la acción de protección jurisdiccional a favor de los consumidores financieros:

1.1 ACCIONES O MECANISMOS CONTRA EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DEL EXTREMO DOMINANTE DE LA RELACIÓN ECONÓMICA DE CONSUMO.

Como base de las tentativas de rebalanceo de la relación de consumo en desequilibrio, consideramos se encuentra la teoría del abuso del derecho, la cual dispone que “*el que abuse de sus derechos (...) está (...) obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”. En efecto, se considera que “(...) *con la noción de abuso del derecho se*

54 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

55 Villalba Cuéllar, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado”, del Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales. Bogotá. Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Consultado el 1 de Octubre). Disponible en:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/18-LANOCIONDECONSUMIDOR_000.pdf

mira la manera como su titular se comporta dentro del marco preestablecido de sus prerrogativas para precisar si, no obstante haber observado los límites externos de su derecho, su comportamiento puede ser calificado de abusivo”⁵⁶.

La Ley 1328 de 2009 considerando esta situación inherente a las relaciones de consumo estableció un régimen de protección centrado principalmente en esa misma desigualdad económica existente entre los consumidores financieros y sus contrapartes, explicada al albor de la teoría de los Contratos de adhesión o masivos, acuerdos estos en los que no hay lugar a la negociación de las disposiciones convencionales que atan a las partes sino que el extremo más débil de la relación se limita a aceptar las cláusulas predisuestas por el extremo económicamente fuerte⁵⁷.

Posteriormente, “(...) el Congreso Nacional adoptó un nuevo Estatuto del Consumidor conforme con los mandatos de la Constitución Política de 1991” traducido en el Estatuto del Consumidor (⁵⁸ que tiene como destinatarios a los consumidores de los demás segmentos de nuestra economía. En este punto es menester anotar que la Ley 1328 de 2009 es una norma especial, dirigida a los actores del comercio financiero, bursátil y asegurador, al paso que el Estatuto del Consumidor es una norma de carácter general que adscribe su campo de aplicación a casi todos los ámbitos de las relaciones económicas del consumo. Ahora bien, retomando las ideas sobre el abuso del derecho, para el objeto de análisis de este escrito, es importante dar foco a su concreción a través del abuso de posición dominante en contratos de adhesión, la cual constituye una práctica que puede viciar las relaciones convencionales en el sector financiero, bursátil y asegurador de forma especial.

Y es así como dentro de las normas especiales de abuso del derecho, se encuentra que la misma Ley 1328 de 2009, reconociendo la palpable gravedad de las realidades abusivas a que se ven expuestos los consumidores financieros, dedicó el Capítulo V, Título I de su cuerpo al régimen de cláusulas y prácticas abusivas, atendiendo una clara orientación alemana con listados de cláusulas prohibidas, también denominadas listas negras: (i) sobre cláusulas abusivas se prohíbe la inclusión de este tipo de estipulaciones dentro de los contratos o acuerdos de adhesión a través de los cuales las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera documentan sus relaciones con los consumidores, precisando algunas de éstas cláusulas y atribuyéndole al mencionado ente de supervisión la posibilidad de definir otras de manera previa y general⁵⁹ y definiendo como consecuencia jurídica que cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato o acuerdo financiero, bursátil o asegurador se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero; (ii) también con una visión comprensiva e innovadora, la Ley 1328 de 2009 prohibió a las

⁵⁶ Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo Tomo II. Bogotá. Legis Editores, Segunda reimpresión 2005.

⁵⁷ Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009, Superintendencia Financiera.

⁵⁸ Giraldo, Alejandro. Caycedo, Carlos. Madriñán, Ramón. Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor. Colombia: Legis Editores S.A., 2012.

⁵⁹ Atribución refrendada por la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de estas normas según lo analizado en Sentencia C-909-12 de 7 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional mediante Sentencia C-909-12 de 7 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

entidades vigiladas incurrir en prácticas abusivas con señalamiento por parte del legislador de algunas situaciones generadoras de estas prácticas, e igualmente facultar a la Superintendencia para definir otras de forma previa y general.

La facultad de la Superintendencia Financiera de Colombia de definir de forma previa y general más cláusulas y prácticas abusivas se tradujo en la Circular Externa 039 de 2011 con la que se inserta el numeral 10 “Cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto, Título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia. En este, dicho ente de supervisión estableció nuevas cláusulas abusivas basadas en la experiencia de la supervisión de las entidades sometidas a su vigilancia, y definió prácticas abusivas de importancia para la actividad financiera, aseguradora y bursátil, todas guiadas por la inminente necesidad de protección al consumidor financiero como parte débil en una relación económica invadida de asimetrías y atropellos.

Por último, es importante indicar que en todo caso, ante cualquier abuso por parte de una Entidad Vigilada, el consumidor financiero conserva la posibilidad de buscar la atención de diversas instancias de protección, que, como se indicó antes, puede estar enmarcada en el principio de la hetero-composición o de la auto-composición, dependiendo del elemento de protección invocado por el consumidor: pudiendo acudir ante la misma Entidad vigilada a fin de exponer su inconformidad; igualmente podría acudir en primera instancia al Defensor del Consumidor nombrado por dicha entidad, a la misma Superintendencia Financiera de Colombia para radicar una petición, queja o reclamo y en algunas ocasiones hasta ante el Autorregulador del Mercado de Valores⁶⁰ si la inconformidad está referida a asuntos relacionados con la intermediación de valores.

2 EL DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO Y SU ROL FRENTE A LOS MASC: MEDIADOR O CONCILIADOR

Sea lo primero anotar que la licencia para que el Defensor del Consumidor se desempeñe como conciliador y en tal calidad como un verdadero juez con los poderes que ello conlleva respecto de un conflicto en una relación de consumo, por disposición constitucional superior genera una atípica administración de justicia si se considera que históricamente ésta es desplegada por jueces de la República. Ciertamente es entonces que bajo la Constitución Política de 1991, nos trasladamos a un sistema de justicia en el que su ejecución ya no reposaba solo en manos del Estado por intermedio de aquellos Jueces; por el contrario, la justicia ahora se apoyaría en otras autoridades, e incluso particulares buscando así hacerla (...) *más accesible y, por tanto, acorde a las expectativas y necesidades de la ciudadanía*⁶¹ alcanzando una reforma a la justicia tradicional que igualmente redundaría en beneficios de sus usuarios, entre otros efectos,

⁶⁰ El Autorregulador del Mercado de Valores es el único organismo de autorregulación del mercado de valores en Colombia cuyo objeto, entre otros, es actuar como supervisor de primera línea en la actividad de intermediación de valores en forma coordinada con la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁶¹ Burgos Silva, José. La administración de justicia en la Constitución de 1991: elementos para un balance. Revista Digital Pensamiento Jurídico (Derecho Constitucional y Justicia). Número 15 de 2012 (consultada el 15 de Octubre de 2014). Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40315>

facilitando su descongestión⁶². Con lo anterior, parece claro que el legislador nacional consideró que el camino de la alternatividad en la justicia del sector financiero, bursátil y asegurador fue la conciliación en lugar de atribuirle un carácter de mediador.

Este Defensor del Consumidor, de acuerdo con la Ley 1328 de 2009, “*será una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros, y como tal, deberá ejercer con autonomía e independencia*”. En tal sentido la pluricitada Ley 1328 de 2009 estableció diversas funciones a cargo de este órgano independiente instituido para la salvaguarda de los consumidores, siendo naturalmente la más notable conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos sometan a su consideración y ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva Entidad vigilada.

Adicionalmente, con la reforma en comento se estatuyó la facultad del Defensor del Consumidor, más allá de las funciones connaturales a su cargo, para actuar como conciliador entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas en los términos indicados en la Ley 640 de 2001, previa y explícita solicitud de ambos extremos en conflicto de que el caso sea atendido en desarrollo de la función conciliadora, siendo la misma desarrollada en profundidad a través del decreto 2281 de 2010, incorporado al Decreto Único (2555 de 2010)⁶³. En su naturaleza jurídica, la conciliación hace parte de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, compilados en el Decreto 1818 de 1998⁶⁴, los cuales como su nombre lo indica buscan resolver conflictos jurídicos, bien sea en forma directa o con el concurso de personas investidas transitoriamente de poderes judiciales que podrán dirimir dicho enfrentamiento con el poder de un juez sin serlo, como se ha insistido en este acápite.

Estos mecanismos han cobrado una inusitada fuerza en los últimos años en todas las naciones por sus ventajas sobre la justicia tradicional. En efecto, esa justicia de los jueces se ha caracterizado en los últimos años por su paquidermia, ineffectividad e importunidad, todo lo cual lleva a más injusticias, que en el campo de las relaciones de consumo pueden resultar en graves perjuicios para los consumidores en general, y en especial para el financiero. No obstante, y con ánimo de no presentar una perspectiva sesgada, se debe anotar que estas vicisitudes judiciales obedecen también a factores como la temeridad de algunas demandas, la cuantía de la controversia, su objeto y el hecho de que los ciudadanos someten al criterio del Juez cualquier diferencia que bien podría ser manejada extrajudicialmente recargado al operador de juicios inocuos que poco o nada ayudan a sus causas, llevando a que los jueces se encuentren sumidos en una congestión descomunal respecto de los casos sometidos a su conocimiento.

Sin embargo, y continuando con el tema de la conciliación, debemos anotar que el Art. 1 del precitado Decreto 1818 reza que “*La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas*

⁶² En efecto, reza el Artículo 116 superior: (...) Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

⁶³ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

⁶⁴ Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

A continuación analizaremos sus principales caracteres:

En cuanto al foro, esta conciliación bien puede ser realizada en el marco de un trámite cursado ante una autoridad judicial tradicional como es sabido, adquiriendo la denominación de conciliación judicial; así como también puede ser celebrada más allá de los estrados judiciales denominándose extrajudicial, carácter que sería propio de las conciliaciones adelantadas ante un Defensor del Consumidor.

Sobre la naturaleza del conflicto, ee ordinario, este tipo de procedimientos en la ley colombiana es procedente ante la existencia de conflictos que versen sobre materias susceptibles de ser transadas, desistidas y aquellos que determine la Ley de forma expresa. Esto considerando que los derechos económicos que solo conciernen a los particulares son susceptibles de ser negociados o renunciados por su titular en forma libre e incondicional a efectos de pavimentar el camino hacia un acuerdo resolutorio.

El fallo o la decisión resultante del procedimiento puede estar basado en equidad o en derecho en línea con lo previsto en el texto de la misma norma superior: cuando se habla de una conciliación en equidad se alude a un acuerdo logrado por las partes, con base no en normas positivas, sino recurriendo a criterios de justicia guiados por el conciliador; por el contrario la conciliación en derecho es aquella cuya decisión o acuerdo está basado y limitado por una norma⁶⁵.

La solución a los conflictos en la conciliación, y en general los MASC, se alcanza sobre la vía del acercamiento de la partes en conflicto⁶⁶, y están basados en el principio de la auto-composición el cual facilita, a través de fórmulas de arreglo propuestas o guiadas por el conciliador o las mismas partes, que estas mismas por encontrarse directamente involucradas en el conflicto lleguen a un acuerdo sobre su resolución bien por su conocimiento mutuo o bien por el conocimiento de la causa generadora del conflicto. Ese acuerdo al que arriben autónomamente las partes enfrentadas tiene valor de cosa juzgada y el acta en el que conste el mismo prestará mérito ejecutivo, lo cual permite que las obligaciones claras, expresas y exigibles en aquel contenidas puedan ser objeto de reclamo judicial en un proceso ejecutivo para obtener coercitivamente la ejecución de una obligación de dar o hacer, ante una eventual sustracción a su cumplimiento por una de las partes del mismo.

Analizados los principales caracteres de la conciliación, y no obstante su múltiples bondades como apoyo a la descongestión judicial, mucho se habla hoy en día de la *mediación* como parte de los MASC; sin embargo, en el caso Colombiano esta figura presenta un desarrollo legal muy escaso en nuestras normas positivas, y paralelamente muchos desarrollos a nivel internacional.

En efecto, en el plano internacional se encuentran muchas referencias a este instrumento de resolución ubicándose a veces en el mismo plano de la conciliación como la hemos analizado hasta este punto por lo que resulta procedente entrar a

⁶⁵ En estos casos el Conciliador deberá ser abogado titulado.

⁶⁶ A diferencia de la justicia ordinaria en la que el Juez es el factor dirimente.

distinguir entre el alcance que, para efectos de la regulación nacional, tienen uno y otro instrumento:

- Sorprendentemente, la doctrina de la Corte Constitucional considera a la mediación como el género de la conciliación y se deduce de su jurisprudencia sobre el tema que en esta figura también existe, en un sentido estricto, para designar el mecanismo en el que existe un tercero neutral, que solo guía la discusión y el camino hacia el acuerdo resolutorio, más se abstiene de proponer o sugerir fórmulas de arreglo, como si sucede en la conciliación.

- Por su parte la conciliación, como especie de la mediación, se basa entonces en la misma estructura operativa agregándose a esta la posibilidad que tiene el tercero neutral de proponer fórmulas de arreglo junto con las partes para construir el acuerdo conciliatorio.

De hecho, indica que la Corte Constitucional de forma general que “(...) *En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas -y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-* (...)”⁶⁷. Hasta este punto tenemos que la mediación como MASC en Colombia es reconocida como parte del engranaje doctrinario que subyace a estas herramientas de justicia no tradicional con pocas consagraciones o referencias puntuales en la regulación.

Entre esas pocas consagraciones, surge como ejemplo destacable la Ley 906 de 2004 que emplea la mediación como un mecanismo de justicia restaurativa en el marco de procedimientos de justicia penal⁶⁸. La aludida norma reza que la “*Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público (...) trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta*” en el que se observa cómo se mantiene incólume el rol del tercero neutral como facilitador en lugar de ser un proponente activo de soluciones posibles. Igualmente se encuentra el concepto de mediación en Colombia en otros campos tales como la justicia comunitaria, adquiriendo un tinte social, tal y como ocurre en México donde en muchos casos la mediación es empleada como opción de resolución de conflictos en temas de tan delicada línea como los asuntos agrarios y de tierras.

Si bien hasta aquí es clara la diferencia entre una y otra figura, lo cierto es que la norma financiera optó por el camino de la conciliación, por su historia legislativa y robustez en nuestro sistema jurídico, para fungir como un verdadero mecanismo de protección al consumidor financiero al paso que conserva su naturaleza de MASC. A pesar de lo anterior, nada obsta para que la mediación sea utilizada para resolver conflictos financieros, bursátiles y aseguradores entre el consumidor y la entidad

⁶⁷ Sentencia C- 1195 de 2001.

⁶⁸ Márquez, Alvaro E. La mediación como mecanismo de justicia restaurativa. Revista de Derecho Prolegómenos, Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Consultado el 1 de Octubre). Disponible en:

https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4278511.pdf&ei=2m1WVKWSMMWcNrf2g8gM&usg=AFOjCNHOHeeS1kE_ljXcOSNxMqszay3eQ

oferente, pudiéndose suscribir igualmente documentos con carácter vinculantes que hagan efectiva una eventual formula de arreglo acordada vía mediación, evento en el cual ese tercero neutral bien podría ser el mismo Defensor del Consumidor (que como tal es independiente de la Entidad Vigilada a la que presta sus servicios) limitándose a proveer un foro buscando acercar a las partes distanciadas por el conflicto para que expongan sus circunstancias y negocien por sí mismas las posibles soluciones a la misma.

En el caso de la conciliación celebrada ante el Defensor del Consumidor Financiero de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con el Artículo 2.34.2.2.1. del Decreto 2555 de 2010 citado previamente, este será competente para resolver controversias que se susciten entre los consumidores financieros y la entidad vigilada a la cual el Defensor preste sus servicios sobre los asuntos susceptibles de conciliación que surjan en desarrollo de la actividad de la entidad financiera, bursátil o aseguradora, con lo cual se aterriza el alcance de la función en este ámbito, siendo aplicable en subsidio las normas citadas en todo lo no regulado expresamente.

Seguidamente se dispone que la conciliación en las materias financiera, bursátil y aseguradora será realizada en derecho, no dejando espacio para un fallo en equidad en este ámbito. La extensión de este MASC y su atribución a la instancia de la defensoría (ejercida por particulares) obedeció en su momento a la *“creciente necesidad de los consumidores financieros de contar con un mecanismo especial y alternativo de solución de controversias (...)”*, según lo indicado en la exposición de motivos de la reforma instaurada con la Ley 1328 de 2009. No obstante, el legislador, considerando la importancia de la función y la especialidad de la materia, estableció especiales calidades que deben concurrir en este defensor, tales como el título de abogado, la certificación como conciliador, posesión ante la Superintendencia e incluso, la inscripción en un registro público de estas figuras a fin de facilitar su difusión y conocimiento por parte de los consumidores.

Igualmente la decisión que surja del acuerdo conciliatorio estará impregnada del carácter ejecutivo de los acuerdos conciliatorios, lo cual asegura que su incumplimiento podrá ser llevado ante un juez para obtener su ejecución expedita.

En cuanto a ejemplos internacionales de estas iniciativas, Japón y el Reino Unido, si bien disciernen en cuanto a sus sistemas jurídicos como tal, comparten la particularidad de contar con reglas especiales para la resolución alternativa de conflictos en materia financiera, bursátil y aseguradora fundamentados en la especialidad y complejidad de los productos y servicios de este corte; a diferencia del caso Colombiano, donde existen aplicaciones especiales de la legislación general de los MASC y no una regulación especial en sí misma considerada.

2.1 ACCIÓN DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Se suma a este mosaico de amparos las acciones de protección más recientes establecidas en el Estatuto de Protección, las cuales, por la intervención de una autoridad, se fundamentan en el principio de la hetero-composición para la solución de

conflictos, pues ya no se establecen aquí fórmulas de arreglas guidas por un tercero neutral, antes por el contrario, se resuelve la controversia por la decisión del fallador pudiendo solo interferir con su convencimiento las partes a través de las pruebas y demás etapas procesales pertinentes.

El Estatuto del Consumidor como general en comparación con piezas legislativas de orientación especial y sectorial (y los desarrollos de las mismas) como la Ley 964 de 2005 y la Ley 1328 de 2009, considera la importancia de dotar de instrumentos ágiles a los consumidores de todos los sectores de la economía. En efecto, el Artículo 56 del Estatuto del Consumidor establece las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor en los términos generales enfocándonos en esta parte del escrito en la acción de protección al consumidor.

Sea lo primero indicar que los funcionarios competentes para conocer de dicha acción es la jurisdicción ordinaria, así como las autoridades administrativas que han sido investidas de funciones judiciales como es el caso de la Superintendencia Financiera de Colombia, actividad esta que implica la existencia de una autoridad administrativa impartiendo justicia (ejerciendo funciones jurisdiccionales). Como se ha indicado en la precedencia, el Estatuto del Consumidor, como régimen general, en oposición al especial establecido en las demás normas indicadas a lo largo de este documento, apunta a un segmento de consumidores de bienes y/o servicios suministrados por actores de la cadena de producción, distribución y comercialización, concepto este que no tiene cabida en el objeto social de las entidades consagradas a la captación, manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público.

Los productos o servicios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera constituyen “operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros”⁶⁹, estando incluso algunos de estos productos basados en el alea que puede llevar incluso a la pérdida total de los recursos invertidos; o basados incluso en los mejores esfuerzos de los profesionales especializados que se dedican a la administración de estos recursos descartando con ello la posibilidad de un resultado cierto y concreto en el descargo de las obligaciones asociadas al producto o servicio.

En efecto, si revisamos la historia de esta figura, se debe anotar que las facultades jurisdiccionales de esta Superintendencia ya se encontraban previstas en la Ley 446 de 1998, la cual expidió normativa de propia de un código sin requerir facultades pro tempore tal y como fuera prohibido por la Constitución de 1991⁷⁰, y en la que se establecieron competencias tanto a la antigua Superintendencia Bancaria como a la Superintendencia de Valores, las cuales subsisten hoy por hoy como se verá más

⁶⁹ Art. 2 Ley 1328 de 2009.

⁷⁰ De Vivero, Felipe. El Contencioso Administrativo luego de la Ley 446 de 1998. Revista de Derecho Público No. 11. Universidad de los Andes (Consultada el 10 de Octubre de 2014). Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=27%3ARevista_11&lang=es

adelante. En su momento, la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, resuelta arguyendo en Sentencia de Constitucionalidad, a través de la delimitación de la competencia como factor determinante para demostrar que las atribuciones jurisdiccionales no tenían una vocación general de competencia⁷¹. Y sobre la base de ese análisis de excepcionalidad, establece la sentencia los linderos de estas atribuciones, siendo el primero un factor material evidenciado en la controversia contractual; se suma un factor personal pues dicha controversia solo puede suscitarse entre una Entidad Vigilada y sus clientes; un factor referido a la cuantía (en aquel entonces); y finalmente un factor de competencia, excluyendo con el mismo del conocimiento de la Superintendencia asuntos de orden penal o que debieran canalizarse por la vía de un proceso ejecutivo. Así las cosas y, considerando que la Acción de Protección al Consumidor establecida en el Artículo 57 del Estatuto del Consumidor como las previstas en la Ley 446 de 1998, cuentan con las delimitaciones fácticas y materiales mencionadas, es procedente considerar que la misma cumple con las previsiones del Artículo 116 superior y la jurisprudencia constitucional, para atribuir competencia jurisdiccional a la Superintendencia Financiera creando con esto un instrumento de protección hetero-compuesta a favor del consumidor financiero.

Para lo anterior, se tendrá en cuenta el texto parcial del Artículo 57 del Estatuto del Consumidor⁷². El tenor de la norma se desglosará en función de interpretaciones o situaciones adicionales detectadas en la práctica financiera y en la práctica judicial de la Superintendencia y la forma como las mismas son acopladas en la estructura legal en comento:

Respecto de los titulares cobijados, surge de contera que conservan los consumidores financieros titularidad de la acción para acudir o no ante la Superintendencia Financiera. No obstante, considerando que el concepto de consumidor financiero establecido en la Ley 1328 incluye al usuario⁷³ y al potencial cliente⁷⁴, no se encuentran facultados para incoar la presente acción de protección dado que la misma se funda en relaciones contractuales vigentes que no existen en tratándose de estos tipos de consumidores. Sin embargo, como se verá seguidamente, en la práctica, y con un sentido de justicia práctica, la Superintendencia Financiera de Colombia acepta la viabilidad de incoar esta acción incluso en sede de tratativas precontractuales tales como

⁷¹ Un estudio detenido de la disposición acusada muestra que no es cierto que ésta confiera una atribución general para que la Superintendencia Bancaria conozca de todos los contratos desarrollados entre las entidades vigiladas y sus clientes, ni de todos los aspectos de esos contratos, puesto que la norma señala varias limitaciones y prohibiciones.

⁷² En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez. En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

⁷³ Persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada (Art. 2 Ley 1328 de 2009).

⁷⁴ Persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta (Art. 2 Ley 1328 de 2009).

contratos de mutuo bancario no perfeccionados por retracto del ente bancario al momento del desembolso.

Ahora bien, en sede de la competencia que el mismo Artículo provee a la Superintendencia, bien vale la pena profundizar en las controversias a las que se refiere esta acción: salta a la vista que corresponde a aquellos asuntos contenciosos entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la actividad financiera, bursátil, aseguradora; así las cosas, las entidades vigiladas serían los únicos extremos pasivos de esta acción puesto que, como se puso de presente, se escrutará el cumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la actividad financiera, bursátil, aseguradora. Todo aquello que no brote de una relación contractual vigente, y aun emanando de una tal pero careciendo de conexidad con la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público, generará la inadmisión de la demanda. Ad empero, y, retomando el caso práctico indicado en el punto anterior, la Superintendencia considera que existe competencia jurisdiccional también cuando se rompen los deberes de la etapa precontractual, aun no existiendo un contrato perfeccionado, como ocurre con el retracto en la entrega de los recursos objeto del contrato de mutuo mercantil⁷⁵; este análisis y aplicación novedosa por parte de la Superintendencia Financiera ciertamente amplifica el tipo jurisdiccional al que se refiere la acción, y claramente surge como una protección adicional ante situaciones similares en las que, no existiendo un contrato perfeccionado, se violarán deberes precontractuales que activarán esta función bajo la perspectiva aquí presentada. Para concluir, no debe confundirse nunca, para efectos de establecer la competencia de la Superintendencia Financiera, un incumplimiento contractual con un incumplimiento normativo: el primero se refiere a las asuntos contenciosos surgidos de conflictos en una relación contractual entre una entidad vigilada y su consumidor en el marco de actividades financiera, aseguradora o bursátil, siendo competente la Superintendencia en cabeza de su Delegatura para asuntos jurisdiccionales. El segundo, se refiere a los incumplimientos de las normas en sentido amplio que gobiernan el ser y hacer de las entidades vigiladas y movilizan una competencia administrativa a cargo de la Superintendencia Financiera por medio de sus delegaturas institucionales, encargadas de investigar y sancionar estos incumplimientos normativos con fundamento en el régimen sancionatorio establecido en los Artículos 208 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Los fallos que la Superintendencia podrá generar serán en derecho. No obstante, de la redacción del Artículo 58 del Estatuto del Consumidor Financiero, parece dimanar

⁷⁵ En efecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de marzo de 1998, con ponencia del doctor José Fernando Ramírez Gómez, determinó que el contrato de mutuo mercantil es de naturaleza real con fundamento en lo señalado por el artículo 1169 del Código de Comercio, norma que al establecer la posibilidad de celebrar la promesa del contrato de mutuo descarta la consensualidad de este negocio jurídico, de tal suerte que el perfeccionamiento del mismo sólo se presenta cuando se hace la entrega real de los recursos correspondientes (Concepto: 1999016622-2. Mayo 24 de 1999. Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos. Superintendencia Financiera de Colombia).

la contradictoria opción de que los fallos se impartan en equidad, cuando reza esta norma (visible en el numeral 9 de la misma) que la Superintendencia Financiera podrá fallar “*sobre las pretensiones de la forma que considere más justa”*. La doctrina vigente rechaza una interpretación en tal sentido sin más argumentos, como indican los autores en cita en su texto: *En los fallos que dicten los jueces ordinarios y la Superintendencia de Industria y Comercio (también aplicable a la Superintendencia Financiera), se tendrá en cuenta lo siguiente: a) Se decidirá de la forma que considera más justa para las partes según lo probado en el proceso. Esta expresión no permite concluir que se trate de fallos en equidad”* (Giraldo, Caycedo y Madriñán 2012). La Superintendencia Financiera se adhiere a esta postura, no concediendo lugar a una interpretación tal que consienta la posibilidad de un fallo en equidad. Para concluir, los fallos de la Superintendencia podrán ser infra, extra y ultra petita⁷⁶, con lo cual se rompe el principio de congruencia en la sentencia, pudiendo el fallador decidir sin considerar las pretensiones esbozadas en la demanda y fundado en los hechos probados dentro del trámite. Estas normas excluyen de la competencia de la Superintendencia las controversias que deban ser agotadas por el proceso ejecutivo, así como las de carácter laboral y penal.

En cuanto al procedimiento, corresponde analizar el Artículo 58 del Estatuto del Consumidor (procedimiento) solo en sus aspectos más relevantes; el Artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 (ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas en el Código General del Proceso); y el Decreto 720 de 2012 (por medio del cual se reorganiza la Superintendencia Financiera para crear la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales): tratándose de una acción judicial, y siendo la justicia colombiana rogada, el trámite inicia necesariamente con la presentación de una demanda, la cual, fuera de cumplir con todos los requisitos de este tipo de escritos, deberá estar acompañada de una reclamación.

El requisito de procedibilidad de la reclamación, con un contenido y requisitos reglados en el Artículo 58 ibídem (varios de los cuales no resultan aplicables al sector financiero, bursátil y asegurador según veremos), en opinión de la Superintendencia Financiera, puede ser satisfecho igualmente con una queja radicada ante el Defensor del Consumidor Financiero de las entidades vigiladas respecto de aquellos asuntos o controversias que igualmente caigan en el resorte de la competencia de este y actuando este como vocero y defensor de los consumidores de dicha entidad. Esta deferencia de la Superintendencia, es consistente con el régimen de protección al consumidor establecido en la Ley 1328 de 2009, y desarrollado en el Decreto único (2555 de 2010). Justamente, dicho régimen permite al consumidor escoger entre los diversas alternativas de autoprotección a su alcance, pudiendo acudir ante la entidad vigilada para plantear su insatisfacción; al Defensor del Consumidor Financiero; al Autorregulador o a la misma Superintendencia. Si busca auxilio en este último el consumidor financiero deberá presentar su queja o reclamo ante el Defensor del Consumidor Financiero mediante documento en el cual consigne sus datos personales y la información de contacto, la descripción de los hechos y las pretensiones concretas de su queja o reclamo (...)⁷⁷”.

⁷⁶ En cuanto omita o disminuya el tema a decidir (citra petita) (...) o infra petita (...), decida lo no pedido (extra petita) o conceda más de lo pretendido (ultra petita). Sentencia de Casación Civil No. 076 de treinta de julio de 2008.

⁷⁷ Artículo 2.34.2.1.5 del Decreto único (2555 de 2010 que incorpora el Artículo 5° Decreto 2281 de 2010).

Esa queja o reclamo, presentado en debida forma y en cumplimiento de los restantes requisitos de las normas en cita, podrá acompañar la demanda haciéndola apta para su admisión en lo relativo a la atención de este requisito de procedibilidad.

Si por el contrario, el consumidor no presentó una queja o reclamo ante la instancia de la defensoría en los términos del párrafo anterior, conservará el derecho de radicar esta reclamación ante la entidad financiera, cumpliendo los requisitos establecidos en el Literal 5 del pluricitado Artículo 58 de los cuales se analizarán aquellos que por el carácter general de la norma pueden traer dificultades en su entendimiento al momento de aplicar y contextualizar en el ámbito de la normativa especial del sector financiero, bursátil y asegurador:

- No hay lugar a presentar la queja o reclamo ante productores o proveedores por no existir estos actores en el comercio financiero;
- Puede ser radicada a través de los diversos canales habilitados para la atención de quejas, reclamos y otras manifestaciones del consumidor⁷⁸.
- Para efectos de la competencia de la Superintendencia Financiera no aplican garantías, reparaciones, sustituciones de bienes y en la mayoría de casos tampoco la devolución de dinero a cambio de un producto financiero o bursátil que reporte pérdidas, dado que los mismos, como se anotó precedentemente, contraen riesgo de pérdida parcial o total por los riesgos de mercado propios de los sistemas financieros.
- Suponiendo que un consumidor financiero, interponga directamente ante una entidad vigilada una reclamación diferente de una queja, ante la entidad o el Defensor, sería lógico entender que aplicaría el término especial de 15 días establecido en el Numeral 5 Artículo 58.
- Dado que la actividad financiera, bursátil y aseguradora solo puede ser ejercida previa autorización de la Superintendencia Financiera, la parte pasiva será conocida por este organismo, junto con sus representantes por lo que no se ve cabida a un eventual desconocimiento del proveedor o productor, que, se reitera, no existen como actores de este mercado.

De conformidad con el párrafo del Artículo 57 del Estatuto del Consumidor, “*Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y autonomía en el ejercicio (...) sus (...) competencias, la Superintendencia Financiera de Colombia ajustará su estructura a efectos de garantizar que el área encargada de asumir las funciones jurisdiccionales asignadas por la presente ley cuente con la debida independencia frente a las demás áreas encargadas del ejercicio de las funciones de supervisión e instrucción*”; y, en cumplimiento de este mandato legal, el Gobierno Nacional expide el Decreto 720 de 2012, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia para crear el despacho del Superintendente Delegado para Funciones

⁷⁸ Sin embargo debe anotarse que a través del Decreto 2281 de 2010, incorporado al Decreto Único (2555 de 2010), se estableció, como fuera resaltado previamente, que el consumidor financiero deberá presentar su queja o reclamo ante el Defensor del Consumidor Financiero mediante documento; claramente dicho documento puede ser remitido acudiendo a medios ópticos o electrónicos como los mensajes de datos a través de los canales respectivos, buzones electrónicos de quejas, entre otros medios empleados actualmente. Sobre los canales de atención, la Superintendencia Financiera ha indicado que “no ha expedido una normatividad sobre canales de atención, que obligue a recibir reclamaciones por medios específicos como Internet (Concepto 2011019144-001 del 30 de marzo de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia).

Jurisdiccionales, estando a su cargo diversas funciones, entre las que cabe destacar para efectos de este documento, además de las jurisdiccionales establecidas por el Estatuto del Consumidor, aquellas que le asignaran los artículos 133, 136 y 141 de la Ley 446 de 1998⁷⁹.

En lo que respecta a la decisión, dado que la Superintendencia actúa como un verdadero juez deberá acudir, como cualquier otro operador judicial al convencimiento generado por las pruebas debidamente valoradas bajo el concepto de la sana crítica, y con base en ello adoptar una decisión hetero-compuesta para el conflicto sometido a su conocimiento libre de cualquier influjo de las partes involucradas.

En las sentencias recientes de este organismo administrativo, se ha observado una línea jurisprudencial dura con los descuidos del consumidor quien en muchos casos desconoce el alcance de los contratos o acuerdos suscritos con las entidades vigiladas, el uso seguro de sus productos e incluso de los canales de distribución de servicios complementarios a la oferta de productos.

Esto en ningún punto de vista podría llevar a indicar que la Superintendencia ha abdicado como protectora del consumidor financiero, pues se presume que actúa con base en el derecho surgido de las pruebas aportadas y valoradas dentro del plenario dando el derecho a quien lo detente por su justo proceder, sien beneficiarias del fallo en la mayoría de los casos, las entidades vigiladas, evidenciando la necesidad de educar aún más al consumidor financiero sobre los aspectos jurídicos de sus relaciones contractuales, sus alcances y sobretodo sus implicaciones para que se dé un viro a esta jurisprudencia hacia una tutela de los derechos de consumidores responsables y conocedores de sus productos y servicios.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 24 de la Ley 1564 de 2012⁸⁰, Las apelaciones de los fallos de primera instancia de la Superintendencia Financiera en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial que sea el superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un la jurisdicción ordinaria, si la providencia es apelable.

CONCLUSIONES

Las relaciones de consumo, basadas normalmente en un desequilibrio económico son cada vez más objeto de análisis por parte de la doctrina y de regulación con un norte claramente proteccionista que propende por blindar la posición de la parte débil de dicha relación, es decir el consumidor individualmente considerado, de todas las herramientas jurídicas apropiadas para no ser violentados en sus derechos con figuras vigentes como el abuso del derecho, pasando por mecanismos auto-compositivos como la conciliación, y llegando hasta el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entidades administrativas que, por su conocimiento técnico, pueden conducir a un acuerdo u ofrecer una decisión más apropiada, efectiva y

⁷⁹ El Artículo 4 del Decreto 720 en su numeral 5 unifica las funciones jurisdiccionales a cargo de esta Superintendencia entre las que se encuentran el trámite de la precitada acción de protección jurisdiccional.

⁸⁰ Código General del Proceso.

sobretudo oportuna en un tiempo en que la masificación de los negocios igualmente conlleva la masificación de los conflictos sobre los productos y servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia dedicadas a la actividad financiera bursátil y aseguradora. Para finalizar, no busca este artículo tomar bandos con las soluciones auto-compositivas o las hetero-compositivas, reconociendo que cada una posee sus propias ventajas y bemoles, quedando en manos del consumidor la elección final dependiendo de la naturaleza del conflicto, su cuantía o su trascendencia para su peculio personal.

BIBLIOGRAFÍA

Africa Pinillos, Lorenzana. *La protección del cliente en los mercados financieros*. Artículo incluido dentro de la publicación Los Mercados Financieros. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2013

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Abuso de la posición dominante contractual*. Artículo incluido dentro de la compilación Regulación Financiera y Bursátil y derechos del consumidor. Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

Ariño, Gaspar. *Regulación Económica, lecturas escogidas*. Navarra: Editorial Thomas Reuters Aranzadi, 2012.

Burgos Silva, José. *La administración de justicia en la Constitución de 1991: elementos para un balance*. Revista Digital Pensamiento Jurídico (Derecho Constitucional y Justicia). Número 15 de 2012 (consultada el 15 de Octubre de 2014). Universidad Nacional de Colombia. Disponible en:

<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40315>

Camargo, Javier. DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA. REVIST@ e – Mercatoria Volumen 2, Número 2 (consultada el 15 de octubre de 2014). Disponible en:

<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>

Carvajal, Bernardo (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento Administrativo. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 4, segundo semestre/2010 (Consultada el 15 de Octubre de 2014). Disponible en:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=2765>

De Vivero, Felipe. El Contencioso Administrativo luego de la Ley 446 de 1998. Revista de Derecho Público No. 11. Universidad de los Andes (Consultada el 10 de Octubre de 2014). Disponible en:

https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&id=27%3ARevista_11&lang=es

Fonseca Rueda, María del Socorro. *La reforma de la justicia: Una agenda política eclipsada por el reparto del poder. Análisis actual de la jurisprudencia procesal civil*. 20 de marzo 2012 - Publicación mensual No. 18, 2012.

Klaus Decker, Christian Möhlen, David F. Varela. *Improving the performance of justice institutions. Recent experiences from selected OECD countries relevant for Latin America*. Copyright © 2011 by The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank (Consultado el 10 de Octubre de 2014). Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/librojusticiaING-cian.pdf>

Márquez, Alvaro E. *La mediación como mecanismo de justicia restaurativa*. Revista de Derecho Prolegómenos, Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Consultado el 1 de Octubre). Disponible en:

https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4278511.pdf&ei=2m1WVKWSMMWcNrf2g8gM&usg=AFQjCNHQHeeS1kE_liJxCOSNxMqszay3eQ

Martín, José Antonio. *Las Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: Mecanismos de defensa del adherente*. Artículo incluido dentro de la compilación Regulación Financiera y Bursátil y derechos del consumidor Biblioteca Jurídica Díké, 2007.

Giraldo, Alejandro. Caycedo, Carlos. Madriñán, Ramón. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Colombia: Legis Editores S.A., 2012.

Osorio, Mario. *Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Universidad de los Andes Facultad de Derecho Revista de Derecho Privado No. 47 (Consultado el 10 de Octubre de 2014). Disponible en:

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=450%3Aarbitraje-un-caso-en-contra-de-la-constitucionalizacion-de-los-mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos&catid=48%3A47&Itemid=120&lang=es

Pimiento, Julián. *La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones*. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 9, primer semestre/2013 (Consultado el 4 de Octubre). Disponible en:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3493&path%5B%5D=3559>

Sentencia C-1641/00 Referencia: expediente D-2974. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-1641/00 Referencia: expediente D-2974. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia de Casación Civil No. 076 de treinta de julio de 2008.

Sentencia C-909-12 de 2012, Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Sentencia C-242 de 1997, Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA.

Sentencia C-1195 de 2001. Magistrado Ponente Dr. MANUEL CEPEDA.

Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* Tomo II. Bogotá. Legis Editores, Segunda reimpresión 2005.

Superintendencia Financiera de Colombia. (Última actualización: 10 de marzo de 2009). *Qué significa la expresión: VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>

Superintendencia Financiera de Colombia (2009). *Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009: CONTRATO DE ADHESIÓN Y CONTRATO ESTANDARIZADO, LEY 1328 DE 2009.* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>

Superintendencia Financiera de Colombia. *Lo que usted debe saber sobre funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de protección al consumidor financiero.* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>

Superintendencia Financiera de Colombia. *Concepto: 1999016622-2. Mayo 24 de 1999.* Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos. Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011027629-004 del 23 de mayo de 2011. *Consumidor financiero, aplicación del estatuto general de protección al consumidor.* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Concepto 2011019144-001 del 30 de marzo de 2011. Consumidor financiero, canales de atención, internet.* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Concepto 2010059365-001 del 22 de septiembre de 2010. Defensor del consumidor financiero, centro de conciliación, posesión.* Recuperado el 08/01/2014 en <http://www.superfinanciera.gov.co>.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Delegación de Profesionalidad (Boletín Jurídico No. 1, Pronunciamiento interno - Diciembre 2005 – Febrero 2006.* Recuperado el 08/01/2014 de: <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletn0106/delegaciondeprof.html>

Villalba Cuéllar, Juan Carlos. *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado*”, del Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales. Bogotá. Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Consultado el 1 de Octubre). Disponible en:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/18-LANOCIONDECONSUMIDOR_000.pdf

Zamora, Remedios. *Regulación Bancaria: Novedades normativas y autorregulación. La Regulación económica. En especial, la regulación bancaria*. Madrid, Universidad de Córdoba/Iustel, 2012.

Wells, Robert. “Alternative Dispute Resolution-What Is It? Where Is It Now?”, 28 S. Ill. U. L.J. 651 2003-2004.

LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇAS

THE ADMINISTRATION OF MEDIATION ON TRANSBORDERS CUSTOMERS TRANSACTIONS

Por Juan Martín Palacios Fantilli*

Resumen: Es característico de nuestro mundo globalizado que proveedores y consumidores interactúen en mercados competitivos, donde priman la libertad de comercio, de industria y de precios. La protección a los consumidores, consagrada en instrumentos normativos, y el funcionamiento de las estructuras de los mercados procuran la moralización de los comportamientos individuales o grupales. Los conflictos de consumo que emergen como consecuencia de las relaciones fundadas en la utilización de servicios de la sociedad de la información, requieren soluciones rápidas y eficientes, que pueden obtenerse mediante el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estos mecanismos suponen una economía en tiempo, dinero –con bajos costos, si no gratuitas– y menor desgaste de energías, atributos que tienen las relaciones que provienen de medios electrónicos. Los mecanismos de resolución de conflictos “en línea” tienden a satisfacer estas expectativas en el mercado del ciberespacio, respondiendo a las necesidades actuales de proveedores y usuarios. Entre estos métodos de resolución de conflictos se encuentra la mediación, cuyo análisis corresponde el objeto de estudio del presente trabajo, haciendo énfasis en su alcance en el ámbito de las relaciones de consumo en transacciones transfronterizas.

PALABRAS CLAVE: Mediación, conflicto, comercio en línea, consumidor, transacción transfronteriza.

Mediation and the use on consumer trans-border relations

Abstract: It is a characteristic of our globalized world that providers and consumers interact in competitive markets, where freedom or commerce, of industry and prices prevail. Consumer protection, established in different legislation and the functioning of structures of the market tend to reach the moralization of individual or collective behaviors. The conflicts in consumption that emerge as consequence of the relations based in the use of the services provided by the society of the information require fast and efficient solutions that may be

* Abogado (1998) y Escribano (2000) Universidad Nacional de Asunción. Relator de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial (Universidad Católica). Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil (Universidades Nacional de Asunción y Columbia del Paraguay). Profesor del Curso de Postgrado de Métodos de Resolución de Conflictos (Universidad Católica). Mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara y Bolsa de Comercio del Paraguay. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: juanmarpalacios@gmail.com

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárata (Coord.)

reached with the use of alternative methods of dispute resolution. These mechanisms suppose an economy in time, money – with lower cost when not free – and a low wear of energy, attributes that have the relations originated in electronic ways. The mechanisms of “on line” dispute resolution tend to satisfy these expectations in the cyberspace market, responding to the current needs of providers and users. Among these methods of dispute resolution there is the mediation, which analysis correspond with this paper, emphasizing the use in the filed of consumer relations in trans-border transactions.

KEYWORDS: Mediation, conflict, on line trade, consumer, trans-border transaction.

A mediação e sua aplicação nas relações de consumo trans-fronteiras

Rresumo: É característico do nosso mundo globalizado que provedores e consumidores interatuem em mercados competitivos, onde prima a liberdade de comercio, de indústria e dos preços. A proteção dos consumidores, consagrada em instrumentos normativos e o funcionamento das estruturas dos mercados procuram a moralização dos comportamentos individuais o grupais. Os conflitos de consumo que emergem como consequência das relações fundadas na utilização dos serviços da sociedade da informação precisam soluções rápidas e eficientes que possam obter-se mediante o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Estes mecanismos supõem uma economia em tempo, dinheiro – com custos baixos, se não são gratuitos – e menor desgaste de energias, atributos que tem as relações que provierem de médios eletrônicos. Os mecanismos de resolução de controvérsias em línea tendem a satisfazer estas expectativas no mercado do ciberespaço, respondendo as necessidades atuais de provedores e usuários. Entre estes métodos de resolução de conflitos, se encontra a mediação, cujo analises se corresponde com o objeto deste trabalho, fazendo ênfases no seu alcance no âmbito das relações de consumo em transações trans-fronteiras.

PALABRAS CHAVES: Mediação, conflito, em línea, consumidor, transação trans-fronteira.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en un mundo rodeado de tecnología y desarrollo informático, las relaciones entre los individuos se establecen en concordancia con estas realidades. Los avances tecnológicos e informáticos, así como el cúmulo de información al cual se puede acceder han posibilitado en países desarrollados que las relaciones entre los individuos sean más armoniosas y confortables. Es posible observar como la ciencia y la tecnología se han constituido en dos referentes fundamentales de nuestra época. La ciencia y la tecnología han ido transformando desde mediados del siglo pasado la vida social e incluso individual del ser humano hasta conformar un entorno nuevo¹. La rápida evolución de las tecnologías de la información crea expectativas, tanto en la vida económica de los individuos, como en el campo jurídico. En estas áreas existe un gran interés por reglamentar, o mejor erradicar las lagunas normativas, y por consiguiente, evitar cualquier inseguridad en el recurso a modernos instrumentos, como lo son las contrataciones por medios electrónicos.

En el ámbito del Derecho Internacional, específicamente en lo que respecta a las disposiciones normativas relacionadas a las transacciones internacionales en el campo del comercio electrónico, se encuentra vigente el “principio de la autonomía privada”²,

¹ GARCÍA MORENO, Francisco. *La relación ciencia y tecnología en la sociedad actual*. 2004. p. 106. Disponible en Web: http://institucional.us.es/revistas/argumentos/7/art_4.pdf

² “La autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí”. Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*Contratos en general*” en *El Código Civil del Siglo XXI. Perú y Argentina*.

en virtud del cual las partes contratantes tienen la libertad de escoger, entre otros puntos, el conjunto de normas que regirá la relación jurídica surgida de la celebración de contratos transnacionales por medios electrónicos, sin perjuicio de los límites impuestos por normas imperativas o de aplicación inmediata que se proyectan sobre las relaciones comerciales y de las decisiones que se adopten en contravención al ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, la normatividad internacional es aplicable al ámbito del comercio electrónico transnacional o transfronterizo, con el objetivo de determinar la jurisdicción competente y, en consecuencia, es válida toda cláusula atributiva, en este sentido, por las partes. Serán en efecto válidas las cláusulas compromisorias o las que dispongan la solución de conflictos por mecanismos alternativos, debido a que son expresión del principio de la autonomía privada, reconocido por el Derecho Internacional Privado³. Sobre esta base, el reconocimiento por parte del legislador y de los jueces del poder autorregulador de los individuos respecto de sus propios fines, intereses y aspiraciones, se ha ampliado a esferas de la vida de relación de las personas tradicionalmente sustraídas de la libre disposición. La autonomía de la voluntad, de la que forma parte la libertad de empresa y la libertad contractual, se ha convertido en pieza clave de la constitución económica de los Estados o grupos de Estados (artículo II-76 del Tratado por el que se establece una Constitución europea), sobre todo a partir del momento en que la economía de mercado ha triunfado como modelo único de referencia mundial⁴.

Este principio –el de la autonomía privada– rige en igual sentido en los contratos celebrados en el ámbito del derecho internacional por medios electrónicos, en los que intervienen consumidores, con las limitaciones establecidas en el marco del Derecho Internacional Privado. De hecho, el consumidor electrónico, aun cuando se encuentre bajo la figura de los denominados contratos de adhesión, el contenido de sus cláusulas será válido, siempre y cuando no se desconozcan disposiciones imperativas. Es sabido que en el derecho comparado las normas que afectan a la contratación, contenidas en cuerpos legales como Códigos Civiles, de Comercio, o convenciones internacionales como la de compraventa, son por lo general supletorias o dispositivas; es decir, pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes⁵. En principio, estas son libres para determinar el contenido de sus acuerdos, según o de manera contraria a las normas que le oferta el sistema jurídico. Solo excepcionalmente –en términos comparativos– se encuentra uno ante normas o principios imperativos o de orden público, y que como tales deben indefectiblemente regir en la vinculación contractual a la que afecten, puesto que no pueden ser dejados de lado por las partes⁶.

Coordinada por MUÑIZ ZICHES, Jorge; ALTERINI, Atilio Aníbal y SOTO, Carlos Alberto. Lima: Edic. Jurídica. 2000, t. I, p. 262.

³ En igual sentido, éste es el espíritu del Art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

⁴ BOUZA VIDAL, Nuria. *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. 2004. p. 3. Disponible en Web: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf

⁵ Así lo ha hecho la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Autonomía contractual transfronteriza en el Paraguay: ¡Habemus jurisprudencia!* En la obra: *Derecho internacional privado y Derecho de la integración*. Asunción: CEDEP. 2013. p. 384.

Esta situación nos hace reflexionar acerca de la inclusión en la normativa vinculada a la protección del consumidor de sus derechos básicos, como lo concerniente a su salud, seguridad e intereses económicos. Asimismo, la previsión normativa deberá contemplar lo relativo a las condiciones de oferta de productos, servicios, garantía contractual, publicidad engañosa, cláusulas abusivas, información suficiente en el idioma oficial del consumidor y la asociación de los consumidores en organizaciones, entre otros.

En los casos de reclamaciones de consumo en transacciones transfronterizas, resulta de gran utilidad para asegurar la efectiva protección de los derechos del consumidor la previsión de la cláusula de resolución de conflictos, previendo mecanismos como la negociación directa, la mediación y el arbitraje. Así por ejemplo, antes de celebrar contratos mediante el uso de las tecnologías de la información, en países de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, el proveedor solicita al consumidor su conformidad con relación a la contemplación de la cláusula de resolución de conflictos⁷. De igual forma, el consumidor acepta la cláusula –de carácter general– al reconocer los “términos y condiciones de uso” establecidos en la forma de vínculo “link” en el *web site* con el que contrata, sin referencia particular, con el mismo alcance de un “contrato de adhesión”⁸.

La presente investigación se centra en la mediación, como mecanismo no adversarial de resolución de conflictos, frente a las controversias en las cuales se encuentren inmersos los consumidores con los proveedores de bienes y servicios y, en particular, en las contrataciones transfronterizas realizadas entre proveedores y consumidores –*business to consumer*– a través de internet. Se intenta describir las notas características de las Leyes de “Mediación” y de “Defensa del Consumidor”, en atención a la utilización del comercio electrónico para el pago de servicios básicos, viajes, telefonía celular y otros, que se presenta en el Paraguay. Se expondrán los mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrecidos “en línea”, para posteriormente observarlos frente a las relaciones de consumo en el ámbito de las transacciones transfronterizas.

1. MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA MEDIACIÓN

El aumento de las relaciones de consumo indica en muchos casos una consonancia del incremento a la vulneración de los derechos de los consumidores y esta situación supone prever los mecanismos de resolución de conflictos en este ámbito, en razón de que los tribunales no pueden satisfacer las pretensiones de los justiciables, sobre todo dando cumplimiento a las reglas del debido proceso, resolviendo en un “plazo razonable” los diversos requerimientos. A todo esto se suma el desequilibrio

⁷ SCHULTZ, T.; KAUFMANN-KOHLER, G.; LANGER, D.; BONNET, V. *On line Dispute Resolution: The state of the Art and the Issues. E-Com Research Project of the University of Geneva*. Génova, 2001. p. 57 y ss. Disponible en Web: <http://www.online-adr.org>

⁸ “La masificación de los negocios y la globalización del comercio impiden formular individualmente cada uno de los contratos que se celebran. La necesidad de racionalizar y disminuir los costos, tanto en tiempo como en dinero, conllevan a la pre-redacción de modelos y esquemas negociables. Esta modalidad negocial se documenta en contratos que la doctrina ha calificado como ‘de adhesión’, puesto que su destinatario carece, en general, de toda posibilidad de modificar sus términos. Él no negocia el contrato sino que adhiere a sus cláusulas o desiste de su propósito de contratar”, LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos. Disponible en Web: <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseOb01FuentesA.htm>

existente en las relaciones entre las empresas proveedoras de bienes y servicios, que se encuentran en una situación de superioridad, por la actividad económica por ellas desplegada, y los consumidores de bienes y servicios, quienes se erigen en la parte débil de la relación contractual, debiendo ser éstos últimos objeto de protección especial por parte del ordenamiento jurídico. Al respecto, ARRUBLA PAUCAR nos recuerda que: “La tutela jurídica de los derechos de los consumidores es más necesaria en la medida que se avanza el desarrollo de una economía sin fronteras, donde las transacciones se hacen de manera masiva, a través de nuevas formas de poder económico, que impiden la aplicación de la autonomía de la voluntad a los contratos”⁹.

La mediación, como mecanismo de resolución de conflictos de carácter “no adversarial”, se erige en un instrumento idóneo en el ámbito de las transacciones comerciales, en especial de las contrataciones internacionales en los ámbitos civil y comercial, atendiendo a las múltiples ventajas que ofrece, las que serán explicadas más adelante, poniendo énfasis en el aspecto de economía –no solo de tiempo, sino de dinero y esfuerzos– así como en el control sobre el resultado y la preservación de las relaciones. En el proceso de mediación suscitado en el ámbito de las relaciones de consumo, como consecuencia de una transacción o contratación internacional o “en línea”, las partes pueden prever el sometimiento a dicho mecanismo, en una cláusula compromisoria prevista en el contrato, o de mutuo acuerdo las partes contratantes pueden optar por recurrir a este método, luego del surgimiento del conflicto. En ambos casos no se asegura que se va a arribar a un acuerdo, siendo este uno de los objetivos de la mediación, no necesariamente se da en todos los casos, aun cuando no se pudiera llegar a una solución satisfactoria para ambas partes, este método ya cumplió con su finalidad de agotar esta instancia previa, en el afán de procurar un advenimiento amigable, generando un espacio propicio de negociación y de restablecimiento de la comunicación, antes de someterse a un proceso judicial que supondrá un desgaste de dinero, tiempo y esfuerzo. Sobre el punto, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y JORDÁ GARCÍA¹⁰ refieren: “Las partes, como premisa básica, deberán someterse a la institución de la mediación para tratar de evitar que cualquier controversia se someta directamente a los juzgados o al arbitraje, si bien las partes deberán valorar la posibilidad de que iniciada la mediación no alcancen un acuerdo, pudiendo configurar así las conocidas cláusulas escalonadas, en virtud de las cuales se pueda combinar la mediación con el arbitraje como último recurso a falta de acuerdo en la mediación”.

Por otro lado, no puede ser soslayado que las partes en conflicto son las que finalmente resuelven el mismo, lo que sin duda alguna en el ámbito de la contratación internacional no sólo permite el mantenimiento de la relación subyacente, sino que concede a los mediados –partes en conflicto– a lo largo del proceso el control sobre el eventual acuerdo, al que, en su caso, finalmente se arribe. De igual forma, “permite alcanzar una solución realmente práctica para los complejos intereses de ambas partes sin tener que quedar constreñidos por una rígida regulación que, en muchos casos, será

⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos*. 5ª Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2004. Citado por IMBACHÍ CERÓN, Jair Fernando. *La protección del consumidor en el entorno digital*. Publicado en Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, pp. 405-455, enero-diciembre 2008. ISSN 1900-6381

¹⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel y JORDÁ GARCÍA, Rafael. *La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales*, p. 45. En “Anales de Derecho”. Número 31, 2013, pp. 19-55 ISSN: 1989-5992. Disponible en Web: <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

desconocida para al menos una de las partes”...“podemos definir la mediación aquí sintéticamente como el sistema en el que las partes optan por facultar a un tercero para que intente eliminar las barreras que impiden la adopción de un acuerdo que satisfaga a ambas partes, fomentando así la empatía entre ellas, lo que configura al tercero denominado ‘mediador’ como el elemento potenciador del diálogo y favorecedor de un adecuado clima de negociación”¹¹.

En el Paraguay rige la Ley N° 1.879/2.002 de “Arbitraje y Mediación”, la cual define a la mediación como un “mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos” (Art. 53). La mediación cuenta con una estructura de tres etapas distintas: 1) la decisión de admitir una mediación; 2) la decisión de consentir un avenimiento, y; 3) la decisión de cumplir con el acuerdo de mediación. La Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay dictó la Acordada N° 198/2.000, que creó la Oficina de Mediación del Poder Judicial, a la cual se derivan los casos de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral, de la Niñez y Adolescencia, Juzgados de Justicia Letrada y Juzgados de Paz, y, últimamente, los Juzgados del Fuero Penal, no sólo para hechos punibles de acción penal, sino también para ciertos hechos punibles de acción penal pública, siempre y cuando sean susceptibles de ser sometidos a un proceso de mediación, y que exista conformidad entre las partes intervinientes en el juicio.

En lo que respecta a las relaciones de consumo, la Ley de Defensa del Consumidor del Paraguay posibilita la celebración de audiencias de conciliación ante la autoridad de aplicación. En efecto, el Art. 41 de la citada ley dispone: “El Ministerio de Industria y Comercio, sin perjuicio de las funciones específicas del mismo, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones: ...e) disponer de oficio o a requerimiento de parte, la celebración de audiencias con la participación de denunciantes, damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos, debiendo actuar previamente como conciliador, tratando de avenir a las partes”.

El Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que la autoridad de aplicación de la ley en el ámbito nacional es el Ministerio de Industria y Comercio, y en el ámbito local son las municipalidades, pudiendo actuar ambas de forma concurrente.

Tal como se mencionó con anterioridad, aun cuando no se alcance una solución, esta situación no supone necesariamente que el proceso de mediación sea un fracaso o se manifieste como carente de utilidad práctica, en razón de que la empatía que se genera durante el proceso puede mejorar las relaciones entre los mediados, disminuyendo la tensión generada y facilitando, de esta forma, el mantenimiento del vínculo, aspecto tan importante en el ámbito de las transacciones internacionales.

2. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En el ámbito del derecho del consumidor, las disposiciones reglamentarias tienen por objeto proteger a la parte más débil de la relación contractual –consumidor– en las relaciones de distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios. En este sentido, FARINA nos refiere: “La Ley de defensa del consumidor es aplicable a los contratos en los que la parte considerada más débil –consumidor– se encuentra en evidente desequilibrio o carece de suficiente poder de negociar el contenido del contrato, como consecuencia de la posición dominante en

¹¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel y JORDÁ GARCÍA, Rafael. *ob. cit.* p. 26.

el mercado de una de las partes de la relación de consumo”¹². En este campo se busca proteger a la parte más débil en las negociaciones que se realizan en las relaciones de consumo. Resulta conveniente destacar que el contrato informático tiene por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada¹³.

En el Paraguay, la Ley N° 1.334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” regula las normas de protección, de defensa de consumidores y usuarios en el ámbito del mercado paraguayo. Quedan sujetos a las disposiciones de la ley, todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios que sean realizados en el territorio nacional¹⁴.

La normativa de “Defensa del Consumidor” en el Paraguay distingue los conceptos de cliente en general del fabricante o proveedor, del concepto de cliente o consumidor final, el cual es objeto de protección especial en el marco regulatorio de la ley. Esta distinción está basada esencialmente por el uso o el destino que se le dé a los bienes o servicios adquiridos. El consumidor en las relaciones de consumo es definido como la persona física y jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final los bienes o servicios de cualquier naturaleza.

El cliente del fabricante o proveedor es un concepto genérico que excede al concepto del consumidor tutelado por la Ley de protección del consumidor, puesto que se refiere a todos los sujetos que contratan para adquirir bienes o servicios ofertados en el mercado, tanto para atender sus necesidades privadas como para realizar sus actividades empresariales. Este concepto más genérico no es el que la Ley 1.334/98 considera, aunque sí se halla tutelado por otros instrumentos normativos en el Paraguay, como por ejemplo el Código Civil.

Dentro de este concepto genérico, se deben incluir, las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización en el mercado. En este sentido, la Ley 24240 de Defensa del Consumidor de la Argentina se refiere con claridad al caso, al disponer en su Art. 2: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen, o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros”. Atendiendo a que en la ley se pone énfasis en la figura del consumidor final y no en el mero cliente o adquirente, en estas relaciones importa básicamente el destino final que se dará a los bienes y servicios adquiridos. Por mencionar algunos casos comunes en nuestro mercado: tenemos aquellos procesos industriales, en los cuales el fabricante ensambla los productos con la finalidad de ofertarlos al mercado, teniendo como destinatario al consumidor final; o actividades del sector ingeniería o construcción, donde el contratista adquiere bienes y servicios con el fin de integrarlos a su cadena de producción de bienes y servicios en la construcción de las obras encargadas.

El consumidor final –objeto de protección especial en la Ley de Defensa del Consumidor en el Paraguay– es quien adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia por su posterior enajenación, ni de ampliar un proceso de

¹² FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y usuario*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995. p. 3. ISBN 978-950-508-830-0

¹³ GUASTAVINO, Elías P. *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*. Buenos Aires: Edit. La Rocca, 1987. p. 65. ISBN 950-9714-05-4.

¹⁴ ZAVALA, Diego. *La Ley 1.334/98 de Defensa del Consumidor y Usuario*. Publicado en: La Ley Paraguaya. Asunción. Año: 1999. p. 647

producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado. En este sentido, pues, la legislación refiere por consumidor final a la persona física que adquiere bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico, sin que vuelva a salir, al mercado para su oferta o comercialización¹⁵. No será por ello destinatario final, quien adquiere bienes o servicios para volver a introducirlos en el mercado, como lo hemos explicado anteriormente.

Surgen dificultades a la hora de determinar si las personas jurídicas pueden ser conceptuadas como consumidores. Ante tal inconveniente, es necesario exigir que concurren los mismos requisitos que debe reunir el consumidor final o persona física; precisamente por ello será necesario que la persona jurídica que adquiere los bienes o servicios, no tenga por objeto la comercialización en el mercado de dichos bienes o servicios. Caso contrario, no podría considerarse como consumidor final, puesto que la empresa adquiere dichos bienes o servicios para integrarlos a su proceso de producción, transformación, integración, con el objeto de su posterior comercialización a terceros en el mercado¹⁶. Por lo expuesto precedentemente, podrían considerarse como consumidores finales las personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran bienes y servicios para su utilización en la realización de sus propósitos sociales. Esto podría darse por ejemplo, con las fundaciones o asociaciones o con comunidades de propietarios, que adquieren bienes y servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad en la realización de sus fines, pero siempre que dicha cesión de los bienes y servicios para su utilización se haga a título gratuito.

Del análisis de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor del Paraguay, se puede concluir que los pequeños empresarios –proveedores de bienes y servicios en menor escala– son objeto de protección de la misma. En efecto, puede ocurrir que un pequeño empresario adquiera bienes o servicios que no se relacione directamente con el proceso de producción o comercialización de su empresa, pero que sirvan indirectamente para esa actividad. En estos casos, el elemento fundamental para que los pequeños empresarios sean considerados consumidores finales es el uso o el destino que darán a los bienes o servicios adquiridos; es decir, que estos bienes o servicios no sean utilizados directamente en sus procesos de producción o comercialización.

En la legislación de protección al consumidor en el Paraguay, las transacciones comerciales entre proveedores y consumidores que se den en el mercado, se determinan como relaciones de consumo, es decir, como relaciones jurídicas que se establecen entre quienes, a título oneroso, proveen productos o prestan servicios y quienes lo adquieren o utilizan como destinatarios finales (Art. 5).

Según la citada ley el proveedor es la persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa.

En general, la norma jurídica de protección de los consumidores se refiere a las actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización y venta. De ello resulta que el legislador lo que pretende con la previsión legal es comprender a todos aquellos actos que de una u otra manera se realizan en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios que llegan al usuario

¹⁵ FARINA, Juan M. *ob. cit.* p. 39.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Edit. Civitas, 1992. p. 40. ISBN 9788447000074

o consumidor final¹⁷. La enumeración es meramente ejemplificativa, por lo que cualquiera que intervenga en dicho proceso, aunque su actividad no esté expresamente regulada, de igual forma queda comprendido dentro del espíritu de la norma.

La Constitución Paraguaya de 1992 dispone la tutela de los intereses difusos, comprendiendo entre los mismos a los “intereses del consumidor”, en el Art. 38. “Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad, del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

Esta disposición constitucional se refiere expresamente a la protección de los derechos del consumidor; en consecuencia, queda por dilucidar y por trabajar en nuestro ordenamiento jurídico con qué elementos jurídicos contamos, o en su caso debemos contar, para la aplicación efectiva de esta norma, vale decir, a través de qué caminos o vías pueden ser reclamados esos derechos (acciones o vías procesales), quiénes pueden formular sus reclamos (legitimación activa) y contra quiénes van formulados los reclamos (legitimación pasiva). Determinar la respuesta a estas interrogantes es casi tan importante como la consagración misma del derecho a fin lograr que esas garantías pasen de ser una mera declaración programática a una realidad concreta y al alcance de los afectados.

En el Paraguay existen los mecanismos adecuados de tratamiento en caso de suscitarse algún tipo de conflicto entre un consumidor final y un proveedor o prestador de bienes y servicios, procurando un acercamiento de las posiciones de las partes, con el fin de que puedan arribar a una solución satisfactoria para ambas.

En igual sentido, en el ámbito continental americano se han desarrollado plataformas tecnológicas que facilitan el acceso a internet para los ciudadanos, favoreciendo esta coyuntura la comercialización de bienes y servicios por medios electrónicos, lo cual permitiría un ambiente favorable para el desarrollo de las contrataciones internacionales “en línea”.

En lo referente a la protección de los consumidores que realizan operaciones mercantiles dentro del comercio electrónico, MERAZ ESPINOZA señala que “algunos países tienen ciertas disposiciones de carácter legal que regulan tales actividades en sus ámbitos internos y que en gran medida les resuelven las dificultades propias de su comercio nacional. En el ámbito internacional, materia esencial del presente trabajo, son pocos los países que tienen reglamentada la figura del consumidor en el contexto de las operaciones mercantiles derivadas del comercio electrónico cuando éste rebasa sus fronteras y se enfrenta a una jurisdicción que no siempre pertenece a las naciones directamente involucradas”¹⁸.

La compra y venta electrónica de bienes, servicios e información que se realizan por la Red, ya sea como comercio indirecto (“off line” o pedido electrónico de bienes tangibles) o como comercio directo (“on line” o entrega en línea de bienes intangibles),

¹⁷ VAZQUEZ FERREIRA, Roberto y ROMERA, Oscar E. *Protección y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Edit Depalma, 1994. p. 13. ISBN: 950-14-0791-8.

¹⁸ MERAZ ESPINOZA, Ana Isabel. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional*. Madrid: Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Univ. Complutense de Madrid. Fac. de Derecho, 2006. pp. 164-165. ISBN: 978-84-669-2888-5

han propiciado también un nuevo concepto de consumidor que en el contexto de la sociedad de la información está representado por el usuario o destinatario del servicio, mismo que adquiere otra dimensión y supera por mucho el tradicional concepto que en el comercio ordinario o real se le ha dado¹⁹.

Los problemas derivados de Internet y específicamente del comercio electrónico como actividades transfronterizas, en relación con la esfera personal del individuo que interviene en éstas como consumidor, son de diversa índole. Los ámbitos vulnerados por los riesgos de la Red pueden ser aquellos relativos a un mal uso de los datos personales de los consumidores, así como el atentar contra su intimidad, dignidad y honor. Los temas agrupados o sistematizados de acuerdo a varias cuestiones pueden consistir en las siguientes: garantizar al consumidor del comercio electrónico un nivel equivalente al comercio tradicional; evitar las prácticas desleales en materia de comercio, publicidad y marketing; facilitar la información en línea respecto a las empresas y los productos que ofrecen; mecanismos de pago en línea; reglamentar el derecho y la competencia judicial aplicable; proteger la vida privada y los flujos transfronterizos de carácter personal; educar a los consumidores sobre el comercio en línea y la cooperación internacional a través de iniciativas elaboradas de manera conjunta entre las empresas, consumidores y gobiernos²⁰.

Las normas de protección de los consumidores en el Paraguay tienden a la solución de estos conflictos. En efecto, la Ley N° 1.334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” constituye un avance, puesto que, a más de reglamentar y desarrollar los derechos de los consumidores, a la vez de desarrollar con claridad los derechos constitucionalmente concedidos a los mismos, prevé la utilización de los métodos alternativos de resolución de disputas, en razón de que posibilita a las partes contratantes recurrir a la mediación y a la conciliación para resolver por sí mismas los eventuales conflictos que se originan en los reclamos de los consumidores –donde inclusive la autoridad de aplicación debe actuar como facilitador, sin perjuicio que organizaciones privadas lo realicen–. En igual sentido, permite a las partes derivar sus desavenencias a un arbitraje, con la suscripción de la cláusula compromisoria.

3. MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La particularidad que presenta la mediación aplicada en las relaciones de consumo es que tiene por objeto el tratamiento de conflictos en el ámbito del Derecho del consumidor, de ahí la especialidad de su tratamiento, con la particularidad de que se derivan controversias que presentan una parte más débil en la relación contractual –el consumidor– frente a una parte más poderosa –comerciante o proveedor– en la mayoría de los casos mejor representada, debiendo el mediador velar por la equidad en el tratamiento del proceso. Por esta razón, las normas de protección del consumidor tienen por objetivo final la transparencia de las relaciones comerciales como factor de eficiencia económica.

¹⁹ CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coordinador). *La protección de los consumidores, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*. Madrid: Edit. Aranzadi, 2001. p. 124. ISBN: 84-8410-616-0

²⁰ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. *Protección Internacional de los Consumidores, Contratos y Comercio Electrónico. En Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: Edit. La Ley, 2001, pp. 642-644.

Atendiendo a que en el presente trabajo se pone énfasis en la resolución de conflictos, por la vía de la mediación, en el campo de las relaciones de consumo derivadas de las transacciones comerciales “en línea”, y la consecuente protección que debe ser regulada a favor del consumidor, resulta de fundamental importancia, en este contexto, destacar las diferencias fundamentales que se presentan entre el comercio tradicional y el comercio electrónico. Éstas son: 1) La distancia que existe entre el comprador y vendedor; 2) A causa de tal distancia, el comprador no puede examinar el bien objeto de la compra detalladamente, únicamente podrá observar una fotografía de este o se limitará a leer sus características y condiciones; 3) El comercio tradicional se lleva a cabo en un lugar concreto, a diferencia del comercio en la Red, en el que nos encontramos ante un lugar virtual y, 4) En el comercio tradicional el consumidor adquiere el bien inmediatamente, mientras que en el comercio electrónico, a excepción de determinados servicios o bienes intangibles, habrá que esperar que el producto llegue al domicilio del comprador o donde este haya solicitado²¹.

En este estado de cosas, corresponde cuestionarse: ¿cambia o no el status del consumidor en las relaciones “en línea”? Siendo afirmativa o negativa la respuesta, cabría preguntarse: ¿por qué?

Para el consumidor la contratación “en línea” implica una mayor capacidad de elección, una bajada de los precios derivada de la reducción de costes para el empresario y la posibilidad de disponer de productos cada vez más especializados o incluso totalmente nuevos. A todo ello hay que añadir lo difícil –por no decir imposible– que puede resultar para el consumidor tomar conciencia de la internacionalidad del contrato. Cuando una persona se desplaza al extranjero y, por ejemplo, compra un producto, es perfectamente consciente de que está creando una vinculación jurídica con un ordenamiento diferente al del Estado en el que tiene su centro de vida y de que esa nueva circunstancia puede suponerle unas determinadas consecuencias jurídicas (litigar ante los tribunales de ese Estado, someterse a un ordenamiento extranjero, etc.). Sin embargo, la noción de haber establecido vínculos con un nuevo ordenamiento no resulta tan fácil de percibir en la contratación a través de la red. Desde su propio domicilio cualquier persona está en disposición de “navegar” de página en página, sin ser ni siquiera consciente en muchas ocasiones de que cada una de ellas puede pertenecer a empresas situadas en diferentes países. Y es que en la contratación a través de Internet pueden darse diferentes circunstancias que dificulten sobremanera apreciar este dato. En algunas ocasiones será la configuración de la propia página web la que difumine el elemento de internacionalidad (v.gr., porque utiliza exclusivamente el idioma o la moneda del consumidor, porque opera a través de un dominio geográfico -.es, .uk., etc.- que se corresponde con el país de su domicilio o residencia). En otras palabras, será la estrategia comercial de difusión de la página la que oculte el carácter internacional del contrato (v.gr., cuando el consumidor pueda acceder a la página de una empresa extranjera a través de un banner inserto en la página de una empresa de su propio Estado, cuando la página ha sido anunciada en el país del consumidor fuera de la Red, etc.)²².

²¹ MONTESINOS GARCÍA, Ana. *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*. Navarra: Aranzadi, 2007. p. 85. ISBN-13: 978-84-470-2518-3

²² HEREDIA CERVANTES, Iván. *Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web*. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación BJU 2000-0268. pp. 72-73. Disponible en Web: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3007/14223_5RJ068.pdf?sequence=1

HEREDIA CERVANTES nos ilustra al respecto: “Permitir sin límite alguno que el simple hecho de ‘colgar’ de internet una página comercial atribuya a cualquier consumidor el status de consumidor pasivo y permita la activación de la regulación tuitiva, supondría una seria amenaza para el desarrollo del comercio electrónico con consumidores, al imponer costes excesivamente elevados a unos profesionales que se verían abocados a comparecer ante los tribunales de cualquier rincón del mundo y a litigar de acuerdo con cualquier ordenamiento nacional”... “Un sujeto que accede a una página Web desde su domicilio o desde el lugar en el que tenga su residencia habitual debe ser considerado como un consumidor pasivo. O expresado a la inversa: en principio, toda página Web de contenido comercial debe ser considerada como activo”²³.

Es dable de destacar que en el Paraguay rige la Ley N° 4.868/2013 de “Comercio Electrónico”, la cual complementa el marco jurídico necesario para otorgar mayor seguridad en éste ámbito, ante la falta regulación especial, pues supone un avance impostergable para el afianzamiento de una forma de negocios que ofrece grandes ventajas, tanto a las empresas innovadoras como a los consumidores. El objeto de la norma es regular la contratación y el comercio electrónicos, así como la actuación de los agentes que intervienen en ambos procesos, es decir, los proveedores de bienes y servicios por vía electrónica, los intermediarios y los consumidores o usuarios; estableciendo obligaciones, límites de responsabilidad y el régimen sancionador en caso de incumplimiento. Si bien la celebración del contrato no requiere para su validez el acuerdo previo de las partes respecto a la utilización de medios electrónicos, la norma sí impone ciertos requisitos vinculados a la protección del consumidor para asegurar su acceso a la información y garantizar el libre consentimiento. A tal efecto, obliga a los proveedores de bienes y servicios a poner a disposición de los usuarios, antes de iniciar el procedimiento de contratación, información que debe ser clara, comprensible e inequívoca respecto a: 1) Trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; 2) Información de si el proveedor va a archivar el documento electrónico en el que se formalice el contrato y el modo en el que se pondrá acceder al mismo; 3) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos; 4) Los métodos aplicables para resolver controversias (Art. 28).

De lo expuesto, se puede afirmar que efectivamente el consumidor se encuentra más protegido en materia de comercio electrónico, puesto que su status no varía en relación a la protección dada en la “Ley de Defensa del Consumidor”, al contrario se establecen más derechos a favor de la parte más débil de la relación contractual –el consumidor–.

En lo que respecta a los métodos de resolución de conflictos en internet es preciso exponer el panorama procedimental, en especial lo concerniente a la resolución de conflictos en este ámbito, determinando cuales son los pasos a seguir ante el surgimiento de la controversia. Sobre el punto, es conveniente pactar una cláusula compromisoria de sometimiento de las partes contratantes ante el eventual surgimiento del conflicto a alguno de los mecanismos de solución de controversias –no adversarial la “mediación”– o en caso de que las partes así lo convinieren –adversarial el “arbitraje”– destacando las características y ventajas que cada uno de ellos ofrece, poniendo énfasis en la conveniencia que presenta en el ámbito de las relaciones de consumo optar por la mediación, atendiendo al “control sobre el resultado” que tienen los mediados, quienes finalmente resuelven el conflicto en base a sus legítimos intereses, preservando sus relaciones.

²³ HEREDIA CERVANTES, Iván. *ob. cit.* pp. 86 y 97.

Si bien, tanto la mediación como el arbitraje se muestran como los dos sistemas alternativos de resolución de conflictos más utilizados, en la práctica –para superar las diversas controversias que puedan surgir en el ámbito de las transacciones internacionales– existe una gran diferencia entre ambos mecanismos, en atención al rol que cumple el mediador, puesto que el mismo sólo favorece el diálogo a fin de que las partes puedan alcanzar por sí mismas un acuerdo; el árbitro es un tercero que impondrá a las partes la resolución que asuma en el laudo arbitral, en el mismo sentido y alcance que un juez, al emitir su decisión por medio de la sentencia.

Entre las múltiples ventajas que ofrece la mediación en el ámbito de las relaciones de consumo, como consecuencia de los conflictos que pudieran surgir en el ámbito de las contrataciones internacionales se encuentra la confidencialidad, que en caso de su aplicación en el ámbito digital o electrónico debe ser entendida con especial celo, ya que se deben poner en marcha los mecanismos necesarios para que la documentación, intercambio de correos electrónicos –*e mails*–, e intervenciones de las partes no sean accesibles a terceros ajenos a la mediación. El uso de la firma digital se erige en una opción adecuada para dar la seguridad necesaria a este procedimiento, debiendo ponerse especial atención, en todos los casos, a la protección de datos de las personas en general, y en especial, dotar de las herramientas necesarias para dejar constancia del consentimiento que debe ser prestado por parte de sus responsables, cuando se está en presencia de niños o adolescentes.

La mediación constituye un mecanismo adecuado en este ámbito, puesto que, a más de preservar las relaciones, surgen los acuerdos duraderos, con ventajas de tiempo, dinero y menor desgaste en los mediados, convirtiéndose en un método adecuado de resolución de controversias en este campo. Otra particularidad a destacar es que en todos los casos el mediador debe cuidar su imparcialidad y neutralidad, velando por la observancia plena de estas cualidades en el desempeño de su función. Un buen mediador debería poseer relevantes aptitudes, a fin de poder adoptar conductas adecuadas, siendo una de las principales cualidades la neutralidad, que consiste en la capacidad de mantener un papel imparcial en medio de una controversia²⁴.

Estos aspectos tan relevantes que acaban de ser analizados convierten a la mediación en un mecanismo de solución de conflictos idóneo para solucionar las controversias de la contratación internacional, protegiendo los derechos de los consumidores, con la salvedad de que no constituye el único método al que eventualmente pueden recurrir las partes, aunque sí es el que mayores ventajas ofrece.

El procedimiento de mediación es el más común y tradicional en lo que respecta a la solución alternativa de conflictos²⁵. En este proceso, el tercero neutral e imparcial, procura que los mediados arriben a un acuerdo, por ello se trata de una negociación asistida. El acuerdo al que lleguen las partes es suscripto por el mediador y los mediados, pudiendo ser finalmente homologado judicialmente, con lo cual adquiere fuerza de cosa juzgada y, ante el eventual incumplimiento de una de las partes, puede ser objeto de cumplimiento de sentencia. Este punto puede ser contemplado en el acuerdo de mediación, pudiendo las partes prever lo concerniente a la jurisdicción aplicable.

²⁴ HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1995. p. 216.

²⁵ Se habla de “solución alternativa” comparando a este mecanismo con el proceso judicial.

La tecnología y, consecuentemente, las formas actuales usadas para comunicarse, contratar y prestar servicios, caminan a pasos acelerados, pero el Derecho se ha estancado, situación que, indefectiblemente, nos somete a un déficit jurídico que trae consigo incertidumbre e inseguridad, especialmente, para uno de los principales y menos protegidos participantes del comercio electrónico, el consumidor²⁶.

Las nuevas tecnologías nos otorgan un inmenso crisol de oportunidades, pero debemos tener en cuenta que también ponen en juego los tradicionales sistemas de justicia, aunque no por ello deben atemorizarnos. Estas tecnologías revolucionan determinadas nociones jurídicas, resultando poco idóneos algunos conceptos jurídicos tradicionales, lo que ha motivado que las legislaciones de los distintos países, por un lado hayan comenzado una tendencia legislativa para regular estas nuevas realidades y por otro, hayan tratado de acoplar la legislación vigente a los nuevos términos, pero no son, en modo alguno, una amenaza para el derecho sino, todo lo contrario: pueden resultar una ayuda para los operadores jurídicos a la hora de actuar con mayor eficiencia²⁷.

Para hablar de solución alterna de controversias en la sociedad de la información se hace necesario contar con un ordenamiento jurídico que valide y brinde eficacia jurídica a las comunicaciones electrónicas. Y es que, en beneficio del correcto funcionamiento de la actividad electrónica se ha previsto un conjunto de normas que generan seguridad en el tráfico de las transacciones y actividades desarrolladas en Internet, las cuales versan entre otras cosas sobre: la firma electrónica; las autoridades de certificación; la validez de los contratos electrónicos y de las manifestaciones generadas en la red; la equiparación del documento electrónico con el escrito; el reconocimiento de los Códigos de Conducta como mecanismos de autorregulación; el dictado de normas específicas para el arbitraje de consumo, y la resolución extrajudicial de controversias, en especial, el arbitraje electrónico²⁸.

Es dable destacar que en el marco de las transacciones comerciales internacionales se ha conformado el Grupo de Comercio Electrónico y Protección al Consumidor –*E Commerce Group*–, el cual ha establecido ciertas pautas a ser seguidas en este marco, principalmente con el propósito de que los comerciantes provean a los consumidores mecanismos para resolver los conflictos, a los que se pueda acceder fácilmente, en una forma justa y oportuna. En el ámbito de la contratación internacional, como consecuencia del incremento de las transacciones comerciales realizadas *on line*, se debe poner en relieve que toda normativa sobre resolución alternativa de disputas “ADR” –su sigla en inglés– (*alternative dispute resolution*) y la resolución de conflictos “ODR” (*on-line dispute resolution*), tiene por objeto asegurar que los consumidores puedan recurrir a entidades de resolución de disputa alternativa para todo tipo de controversias contractuales que tengan con los proveedores de bienes y servicios, constituyéndose una plataforma *on line* para el manejo de conflictos en el ámbito de las relaciones de consumo que provengan de las transacciones en línea.

Ha sido tal la preocupación por el consumidor y las nuevas perspectivas de los ODR que entidades protectoras del consumidor, organizaciones internacionales y entidades gubernamentales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), promueven la

²⁶ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La solución alterna de controversias en la sociedad de la información*, en Revista de Derecho Empresarial. No. 1 febrero 2014, pp. 31-47. San José, Costa Rica. ISSN 2215-373X

²⁷ MONTESINOS GARCÍA, Ana. *ob. cit.* p. 35.

²⁸ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios*. En MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990. p. 223.

previsión de estos métodos de resolución de controversias en las relaciones donde una de los contratantes es consumidor. En general, se parte de las directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, dentro de las cuales recomienda, al referir el tema de resolución de conflictos y recursos, que los consumidores sean “provistos de un acceso real a mecanismos alternativos de resolución de conflictos y recursos que sean justos y en tiempo, sin que impliquen un costo indebido o una carga”, lo cual debe enmarcar una *efectiva resolución de las disputas en forma justa y en tiempo*, mediante la implementación de “tecnologías de la información innovadoras”²⁹.

El comercio electrónico es de carácter transnacional, en esencia es comercio internacional y las redes son su soporte técnico. Entre las grandes ventajas está la ilimitada oferta de productos ofrecidos por Internet a los que se puede acceder desde cualquier parte del mundo, pero entre las desventajas está, entre otras, la entrega de los bienes o servicios en tiempo y forma, la delimitación de fronteras, la identificación de las jurisdicciones competentes y el correspondiente pago de impuestos. Aunque la tecnología avance rápidamente y la infraestructura informática brinde al comercio electrónico una plataforma inmejorable para su proyección, lo cierto es que el soporte jurídico no va a la par de las innovaciones técnicas y de las consecuencias legales que por ellas se susciten, por lo cual el trabajo del legislador debe de estar en constante creación y adaptación de normas a toda situación que se presente, igualmente, los gobiernos tienen la gran responsabilidad de cuidar el libre ejercicio de este tipo de comercio para resguardar las garantías de los ciudadanos que lo utilicen, pues como fenómeno global incide directamente en el ámbito social al cual se le debe dar atención debida para proteger y cuidar el bienestar y la legitimidad de los usuarios³⁰.

CONSIDERACIONES FINALES

La mediación encuentra un ámbito propicio de aplicación en las relaciones de consumo y, en consecuencia, los mediadores cuentan con un campo ideal de crecimiento profesional, en razón de que el manejo efectivo de los conflictos “en línea” puede darse por esta vía, usando las modernas tecnologías de comunicación e información. La gestión preventiva de conflictos “en línea” permite tanto a los consumidores como a los proveedores de bienes y servicios –empresarios– dar seguridad a los negocios, que en la mayoría de los casos son transnacionales o transfronterizos, en el abordaje de la controversia, con un manejo efectivo poniendo en relieve la “autocomposición”, el mantenimiento de todos los derechos y, en especial, de las relaciones.

Los mecanismos de resolución de conflictos de carácter “no adversarial”, entre ellos la mediación, pueden instituirse en instrumentos eficaces e idóneos para someter las controversias que eventualmente puedan suscitarse en el ámbito de las relaciones consumo, en general, y en especial en las contrataciones “en línea”.

²⁹ Sobre el punto: “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea frente a los conflictos B2C”. Disponible en Web: <http://www.alfa-redi.org/node/9448>

³⁰ MERAZ ESPINOZA, Ana Isabel. *ob. cit.* p. 441.

En este ámbito resulta de fundamental importancia la educación, no sólo a los consumidores tanto en materia de consumo, como en relación a sus derechos y sobre las posibilidades de accionar ante cualquier violación de los mismos; sino también la formación a los prestadores de servicios en relación con estos aspectos; previendo la inclusión de temas sobre la materia en la enseñanza escolar, el empleo de los medios de difusión masiva y publicaciones para dotar al consumidor de un vasto conocimiento sobre las cuestiones que, en este sentido, deben ser de su interés. La divulgación y educación sobre el consumo y protección a los derechos del consumidor debe ir vinculada a una educación jurídica, tanto de la población como de los proveedores o prestadores de servicios. En la medida en que cada uno conozca lo que está establecido legalmente con relación a esta temática, se propicia aún más el equilibrio entre las partes que intervienen en el tráfico jurídico de bienes y servicios en masa.

La importancia de este trabajo radica en el hecho de que el consumidor virtual – en particular en Paraguay– adoptó el comercio electrónico para el pago de servicios básicos (luz, agua, teléfono), viajes, vestimentas, comidas, telefonía celular (aplicaciones) y otros, a través de las cada vez más extendidas redes virtuales, lo cual conlleva inexorablemente a la idea de proteger al consumidor y a prever un sistema de resolución de conflictos que las partes contratantes crean conveniente, el cual resulta ser la mediación, atendiendo a las múltiples ventajas que ofrece, con relación a los demás mecanismos. El éxito del comercio electrónico se da principalmente por el fácil acceso y aumento en el uso de los teléfonos celulares inteligentes –*smart phone*– que permite una conectividad más ágil y facilidad en la concreción de las transacciones comerciales.

La transnacionalidad del “acceso a justicia” o “acuerdos *on line*” permite a los usuarios y proveedores optar por el mecanismo que ellos crean adecuado para la solución de su conflicto, siendo fundamental la intervención de mediadores con preparación en el campo del derecho del consumidor, así como de otras áreas vinculadas, tales como como la empresarial, la comercial, puesto que el bagaje de conocimientos necesarios para desplegar su tarea excede un ámbito especial de aplicación y, finalmente, es útil la experiencia de los profesionales de distintas disciplinas, lo cual hará que el servicio ofrecido apunte a la excelencia, generando, por ende, confianza en todos los que acudan a él.

La protección de los derechos del consumidor se encuentra circunscripta a los derechos humanos de “tercera generación” – entre los cuales se encuentran el “derecho a la solidaridad, a la paz, al desarrollo y al medio ambiente”– debiendo ser objeto de una adecuada “tutela judicial efectiva”, posibilitando con ello el tan anhelado “acceso a justicia”, posibilitando todo esto la utilización de este método –la mediación– para la solución de controversias en los contrataciones “en línea”. Vivimos en los albores de un nuevo mundo que nos exige recurrir a modernos mecanismos que nos permitan sacar provecho de las utilidades que el mundo cibernético y digital, así como la electrónica nos brinda, sin perder de vista que finalmente todos estos adelantos tecnológicos y científicos son puestos al servicio del ser humano, lo cual conlleva necesariamente a reflexionar acerca de la idea de la humanización del sistema, volviendo a las fuentes y poniendo en relieve al hombre como eje central de nuestras actividades.

BIBLIOGRAFÍA.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Ediciones Civitas, 1992. ISBN 9788447000074

BOUZA VIDAL, Nuria. *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. 2004. pp. 1-51. Disponible en Web:

http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf

CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coordinador). *La protección de los consumidores, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*. Madrid: Edit. Aranzadi, 2001. ISBN: 84-8410-616-0

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*Contratos en general*” en *El Código Civil del Siglo XXI. Perú y Argentina*. Coordinada por MUÑIZ ZICHES, Jorge; ALTERINI, Atilio Aníbal y SOTO, Carlos Alberto. Lima: Edic. Jurídica, 2000. t. I.

FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y usuario*. Buenos Aires: Edit. Astrea, 1995. ISBN 978-950-508-830-0

GARCÍA MORENO, Francisco. *La relación ciencia y tecnología en la sociedad actual*. 2004. pp. 105-148. Disponible en Web: http://institucional.us.es/revistas/argumentos/7/art_4.pdf

GUASTAVINO, Elías P. *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*. Buenos Aires: Edit. La Rocca, 1987. ISBN 950-9714-05-4.

HEREDIA CERVANTES, Iván. *Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web*. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación BJU 2000-0268. Disponible en Web: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3007/14223_5RJ068.pdf?sequence=1

HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1995.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios*. En Ministerio de Sanidad y Consumo. Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990.

IMBACHÍ CERÓN, Jair Fernando. *La protección del consumidor en el entorno digital*. Publicado en Revista de Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, pp. 405-455, enero-diciembre 2008. ISSN 1900-6381

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseOb01FuentesA.htm>

MERAZ ESPINOZA, Ana Isabel. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional*. Madrid: Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Univ. Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 2006. ISBN: 978-84-669-2888-5

MONTESINOS GARCÍA, Ana. *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*. Navarra: Aranzadi, 2007. ISBN13: 978-84-470-2518-3

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Autonomía contractual transfronteriza en el Paraguay: ¡Habemus jurisprudencia!* En la obra: *Derecho internacional privado y Derecho de la integración*. Asunción: CEDEP. 2013. pp. 373-386.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La solución alterna de controversias en la sociedad de la información*, en Revista de Derecho Empresarial. No. 1, febrero 2014, pp. 31-47. San José, Costa Rica. ISSN 2215-373X

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Raquel y JORDÁ GARCÍA, Rafael. *La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales*. En “Anales de Derecho”. Número 31, 2013, pp. 19-55 ISSN: 1989-5992. Disponible en Web: <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

SCHULTZ, T.; KAUFMANN-KOHLER, G.; LANGER, D.; BONNET, V. *Online Dispute Resolution: The state of the Art and the Issues. E-Com Research Project of the University of Geneva*. Génova, 2001. Disponible en Web: <http://www.online-adr.org>

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. *Protección Internacional de los Consumidores, Contratos y Comercio Electrónico*. En “Comercio electrónico y protección de los consumidores”, Madrid: Edit. La Ley, 2001.

VAZQUEZ FERREIRA, Roberto y ROMERA, Oscar E. *Protección y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Edit Depalma, 1994. ISBN: 950-14-0791-8.

ZAVALA, Diego. *La Ley 1.334/98 de Defensa del Consumidor y Usuario*. Publicado en: La Ley Paraguaya. Asunción. Año: 1999.

RELATORÍA GRUPO MEDIACIÓN Y RELACIONES DE CONSUMO

Los trabajos aquí presentados tienen en común la búsqueda de un sistema de mediación que no disuada a los consumidores del ejercicio de sus derechos, debido a la complejidad o los costos asociados al mismo, sobre todo en los conflictos de escasa cuantía. Solo así la mediación puede presentarse como una verdadera alternativa a la vía de protección judicial.

La posición de la Unión Europea es la de potenciar la utilización de la mediación y de otras formas de resolución de conflictos que ayuden a evitar las molestias, las dilaciones y los costos que suponen las acciones judiciales, y de esta manera contribuir a que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos de un modo efectivo. Como puso de manifiesto la Comisión en su Comunicación relativa a «la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios», las vías extrajudiciales de solución de litigios están llamadas a desempeñar un papel clave en el acceso a la justicia de los consumidores a nivel individual, y para garantizar la confianza de los consumidores en el mercado interior, es necesario proponer mecanismos eficaces que les ofrezcan posibilidades reales, a un coste asequible²⁷³. Esa importancia que en el plano comunitario se otorga a los ADR se ha traducido en diferentes iniciativas políticas y normativas, y en una serie de exigencias de calidad e idoneidad ligadas al proceso de mediación y a la figura del mediador, tal como lo plantea el profesor Manuel Izquierdo en su presentación del tema. Se trata de unos “principios mínimos” sobre la creación y funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo, que respondan al deseado alto nivel de protección de los consumidores. Se destacan además los cambios introducidos por el Reglamento comunitario de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Se trata todavía de una misma preocupación: el recurso a las nuevas tecnologías para la búsqueda de un sistema de mediación de fácil acceso para los consumidores y la necesidad de ofrecer confianza a consumidores y a los empresarios de que sus posibles conflictos serán tratados de un modo equitativo y eficaz. En efecto, esos dispositivos en línea o *ODR*, nos enseña el profesor Lindojon Bezerra, deben ofrecer un sistema o plataforma electrónica de tramitación de asuntos que permita a las partes tramitar en línea el procedimiento de mediación y llegar a un acuerdo. Iniciativas como las del portal consumidor.gov.br, o la de Concilianet en México apuntan a esta dirección. Sin embargo, si se parte de la experiencia mexicana, la herramienta esta diseñada para que la mediación se haga con aquellas empresas que se encuentran registradas ante la autoridad federal de protección al consumidor, por lo que puede concluirse que su utilización es todavía limitada.

El uso de nuevas tecnologías debe además permitir una mejor difusión de los

²⁷³ Comunicación de la Comisión relativa a «la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios», COM/2001/0161.

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárte (Coord.)

mecanismos de mediación entre consumidores. Si de asegurar un mayor acceso a la mediación se trata, los mediadores deben ser conocidos por el público. En Francia, por ejemplo, una encuesta del CREDOC sobre los “recursos efectivos de los consumidores en Francia”, concluía que si bien la noción de mediación en consumo era conocida por tres cuartas partes de los franceses, solo el 50% de éstos era capaz de identificar al mediador competente en un sector profesional determinado²⁷⁴. Siguiendo con el caso francés, en 2013, una encuesta realizada por *Energie Info*, muestra como solo 1 de cada 4 franceses conoce la existencia del mediador nacional de la energía. Esta dificultad puede estar ligada a la complejidad de algunos sectores profesionales. En el campo de los seguros, el mediador de la federación francesa de sociedades de seguros en su informe anual de 2012 señala que “la distribución de roles entre los organismos del sector es imprecisa y es fuente de confusión”²⁷⁵.

Estas complejidades se presentan en efecto para ciertas categorías de consumidores, como lo expone en su trabajo el profesor Cristiano Heineck a propósito de los planes y seguros de salud, en donde existe además un vínculo entre la relación de consumo y la realización y protección del derecho fundamental a la salud, tal como es reconocido por el artículo 196 de la Constitución brasilera. Por hallarnos en estados sentados sobre el sistema económico de mercado, el consumo envuelve buena parte de la satisfacción de necesidades e intereses próximos a la subsistencia y a la dignidad humana, en el sentido de que a través de los actos de consumo es que se concreta el acceso a los bienes y servicios con los que se satisfacen las necesidades básicas, así como a las condiciones materiales con las cuales se concretan las opciones de libertad individual, igualdad material y no discriminación que definen el ideal de existencia de las personas dentro de los Estados sujetos a una Constitución. El desconocimiento y vulneración o la afectación ilegítima de los derechos del consumidor, reclama por tanto de mecanismos de acceso a la justicia eficaces y eficientes, capaces de disolver el conflicto, restablecer los derechos, y en su caso reparar las lesiones o perjuicios producidos con ocasión de la mala calidad, deficiente información o por los defectos dañosos producidos por bienes o servicios recibidos.

¿Son necesarias entonces soluciones específicas para estas categorías especiales de consumidores? El profesor Lorenzo Villegas nos muestra que, para el caso del consumidor en las comunicaciones, la CRC colombiana apunta en esta dirección, al proponer un modelo de mediación sectorial, voluntario y opcional en el que la negociación directa entre usuarios y proveedores se haga en un centro de Resolución de controversias, distinto o por fuera de los canales de peticiones, quejas y recursos (PQR) que se tramitan en sede de empresa. Ahora bien, la búsqueda de soluciones especiales para ciertos sectores profesionales no significa otra cosa que llevar la preocupación común general identificada de cómo mejorar el acceso de los consumidores al sistema de mediación, al campo específico o sector respectivo.

²⁷⁴ Enquête CREDOC sur les recours effectifs des consommateurs en France, Résultats 27 septembre 2011.

²⁷⁵ Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, Ministère de finances et des comptes publics, Ministère de l'économie, du redressement productif et du numérique, *Rapport du Président et Recommandations*, mai 2014, disponible en: http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/publications_externes/rapport_president_recommandations_mediation.pdf, consultado : 31/10/2014.

¿Qué orientaciones se pueden sugerir a partir de las conclusiones expuestas?
¿Cómo lograr que las estructuras de mediación alcancen un nivel óptimo de funcionamiento?

Un primer grupo de iniciativas están encaminadas a asegurar el respeto de criterios de calidad asociados al proceso de mediación. Dentro de éstas, se encuentran la de retener el principio de gratuidad de la mediación en los conflictos de consumo para el consumidor, así como la ausencia de piso financiero para recurrir a la mediación en tales conflictos. En cuanto al uso de nuevas tecnologías, el grupo de trabajo de mediación y relaciones de consumo encuentra necesario estimular su uso a través de la adopción de plataformas o sistemas que permitan garantizar el acceso de los consumidores y de las empresas en condiciones de igualdad, al dispositivo de mediación y que sean rápidos y flexibles. Un segundo grupo de iniciativas están encaminadas a asegurar la eficacia del acuerdo de mediación. Se propone eliminar requisitos y formalidades, como la formalización del acuerdo, para que éste produzca sus efectos, y establecer sistemas para que los mediadores puedan registrar los acuerdos o dejar constancia de los mismos. Esto último tiene además una finalidad estadística, al permitir ejercer a través de las autoridades de protección de los consumidores la vigilancia del cumplimiento del acuerdo por las partes. Un tercer grupo de iniciativas están relacionadas con los instrumentos o canales de mediación y se concentran en la voluntariedad de la mediación en sede de empresa, estableciendo parámetros de calidad e idoneidad de los mediadores y fórmulas que permitan asegurar su independencia e imparcialidad frente a la parte fuerte de la relación de consumo. Estas fórmulas pueden incluir un período fijo, la designación por parte de un órgano colegiado en el que estén representados los consumidores, programas de formación, el registro ante autoridades de inspección, vigilancia y control, un régimen de incompatibilidades e inhabilidades, no tener vínculo jerárquico o profesional con la empresa, y un presupuesto autónomo o distinto. Asimismo, este tercer grupo de iniciativas prevee la obligatoriedad de la mediación como servicio público a cargo del Estado. Un servicio público preferiblemente local, que facilite el acceso de los consumidores a la mediación, sea a través de unidades de servicio que se creen al interior de las administraciones locales, sea a través de herramientas como la mediación en línea que, sin importar el domicilio o lugar de residencia del consumidor, éste pueda acceder a la mediación.

Esperamos que las conclusiones derivadas de las sesiones de trabajo del Grupo de mediación y relaciones de consumo, durante el primer encuentro de Global Mediation Rio 2014, así como de los trabajos que integran la presente obra, contribuyan a alimentar el debate entorno al lugar que puede llegar a tener la mediación como alternativa eficaz de solución de los conflictos que se originan de dichas relaciones. En este sentido, las propuestas aquí formuladas permiten ver que son varios los interrogantes y los puntos de discusión que están abiertos con relación al diseño, medios de control y puesta en marcha de los mecanismos de mediación, que sin duda darán lugar a interesantes y futuras reflexiones.

ANÍBAL ZÁRATE

GT Mediación y relaciones de consumo

PROGRAMAÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014

24/11

Local: Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno
Avenida Erasmo Braga, 115, Centro (sujeito à mudança)

18h00

FORMAÇÃO DE MESA DE HONRA

- Ministro Ricardo Lewandowski – Presidente do Supremo Tribunal Federal
- Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi – Superior Tribunal de Justiça
- Dr. Eduardo Paes – Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro
- Desembargadora Leila Mariano – Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ
- Embaixador Jorge Chediek - Representante Residente do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- Desembargador Sérgio Schwaitzer – Presidente do TRF2
- Desembargador Carlos Araujo Drummond – Presidente do TRT2
- Dr. Sérgio Zveiter - Deputado Federal, Relator do Projeto de Lei da Mediação
- Desembargador Roberto Guimarães – Presidente do Instituto dos Magistrados do Brasil - IMB
- Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho - Pres. do Conselho Federal da OAB
- Jornalista Luiz Mauricio – Secretário Geral do Global Mediation Rio

Execução do Hino Nacional

Homenagem especial à Ministra Nancy Andrichi, pelo Desembargador Agostinho Teixeira e pela Desembargadora Leila Maria Carillo Cavalcante Ribeiro Mariano

19h30

Conferência Magna

Ministra Nancy Andrichi – Corregedora Nacional de Justiça

25/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

09h00 – 10h00

PAINEL I - Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Mariano Beltrame - Secretário de Estado de Segurança do Rio de Janeiro

Tema: Programa de Polícia Pacificadora e os desafios da mediação de conflitos

10h00 – 10h30 - Intervalo

10h30 – 11h30

PAINEL II - Conferência Nacional



Conferencistas:

Profa. Pós doutora Bárbara Mourão – Pesquisadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec/UCAM) e

Cel. Frederico Caldas – Coordenador de Polícia Pacificadora/PMERJ

Tema: A mediação como mecanismo de proximidade

Debatedor: Prof. Mestre André Luiz Rodrigues – Coordenador do ISER – Instituto de Estudos da Religião - Rio de Janeiro

11h30 – 12h30

PAINEL III - Conferência Nacional



Conferencistas: : Prof. Dr. Pedro Strozenberg – Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos do Rio de Janeiro

Anna Maria Di Masi – Coordenadora do Núcleo de Mediação de Conflito – Ministério Público/RJ

Tema: Mediação de Conflitos: teoria e prática

Debatedor: Maj. Leonardo Mazzurana – Assessor da Subsecretaria de Educação, Valorização e Prevenção/SESEG-RJ

12h30 – 14h00 - Intervalo para almoço

14h00 – 17h00 - Visita Técnica ao Núcleo de Mediação de UPP (exclusivamente para delegações internacionais)

17h00 - Encerramento de Atividades

26/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)
Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárte (Coord.)

08h30

PAINEL IV – Conferência Nacional



Conferencista: Desembargadora Leila Mariano – Presidente do TJRJ - Brasil
Tema: Soluções Alternativas de Conflitos e os Desafios da Jurisdição Brasileira
Debatedor 1: Dra. Ana Tereza Basílio - Juíza TRE
Debatedor 2: Desembargador Fábio Dutra - TJRJ

09h15

PAINEL V - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. César Landa, ex-Ministro da Corte Constitucional da República do Perú, Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional - Perú
Tema: Controle constitucional dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos: a mediação
Debatedor 1: Prof. Doutorando Ricardo Alexandre Oliveira Ciriaco – Advogado e representante do Grupo de Ensino Devry Brasil
Debatedor 2: Desembargadora Jacqueline Montenegro - TJRJ

10h00

PAINEL VI - Conferência Nacional



Conferencista: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA - Brasil
Tema: Negociação de Conflitos Coletivos e Penais – Desafios e Possibilidades no manejo de Termos de Ajustamento de Condutas
Debatedor 1: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura – MPES
Debatedor 2: Prof. Dra. Juliana Magalhães – Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

10h45

PAINEL VII - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Fernand de Varennes, Observatoire International des Droits Linguistique - Canadá
Tema: Mediação e Direito Idiomático: Uma perspectiva a partir dos Direitos Humanos
Debatedor 1: Dr. Michel Betenjane Romano - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo
Debatedor 2: Mahmoud S. Elsaman – Universidade do Cairo - Egito

11h30 – 13h15 - Intervalo para almoço

13h30 - 14h00

PAINEL VIII - Conferência Internacional



Conferencista: Dra. Liv Larsson - Presidente do Centro de Mediação da Suécia
Tema: Mediação e comunicação Não-Violenta

14h00 - 14h30

PAINEL IX - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Pos.Doc. Mark Vlasic – Georgetown University- EUA

Tema: Mediação e direitos humanos na perspectiva de heranças culturais

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO I: Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública – O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública.

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura (MPES) e Dr. Daury Cesar Fabriz (Prof. do Programa de Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória)

Conferencistas: **Dra.** Cynthia Jones – American University – Washington College of Law – EUA

Dr. Mahmoud Elsaman – Universidade do Cairo – Egito

Dr. Américo Freire Jr. - Juiz Federal, Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor da FDV

Dr. Nelson Camata Moreira Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Advogado

GRUPO DE TRABALHO II – Mediação e Direitos Humanos

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dra. Elda Bussinguer e Prof. Dr. Ricardo Goretti - Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Conferencistas: **Dra.** Rosa Maria Freire – Sócia fundadora do GMME – Grupo de Magistrados Europeus de Mediação – Espanha

Dr. Emiliano Carretero Morales – Subdiretor Máster em Mediação, Negociação e Resolução de Conflitos – Universidad Carlos III – Madrid

Dra. Juliana Loss - Mediadora. Professora de negociação e mediação. Membro da CEMCA - Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e da Comissão para Relações com a França.

Dr. José Luiz Bolzan

GRUPO DE TRABALHO III - Mediação e Relações de Consumo

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenador: Prof. Dr. Anibal Zárata Pérez, Doutor por Universidade Paris II de Parthéon-

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárata (Coord.)

Assas, Universidad Externado Colombia

Conferencistas: Prof. Manuel Izquierdo Carrasco – Dr. em Direito pela Universidade de Córdoba – Espanha

Prof. Lorenzo Villegas Carrasquilla - Catedrático da Universidade dos Andes – Colombia

Dr. Cristiano Heineck Schmitt – Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Seccional do Rio Grande do Sul

Dr. Guilherme Magalhães Martins – Titular da 3ª. Promotoria Cível da Capital do Rio de Janeiro

Dra. Fabiana Rodrigues Barletta - Diretora Adjunta de Comunicação do Instituto BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Dr. Lindojon G. Bezerra dos Santos – Presidente e Conselheiro do Conselho de Usuários de Telecomunicações da Região Nordeste do Grupo AMX - ANATEL

27/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

08h30

PAINEL X - Conferência Internacional



Conferencista: Profa. Dra. Soraya Amrani Mekki - Conselho de Direitos Humanos da República Francesa - França

Tema: Mediação e processo: desafios e possibilidades pela reforma civil e de direitos sociais na França

Debatedor 1: Prof. Doutorando Francisco Lima Soares, Cientista Político-Social da Universidade de Sorbonne - França

Debatedor 2: Prof. Doutor Alberto Manuel Adorno Poletti – Universidad Columbia Del Paraguay

09h15

PAINEL XI – Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Antônio Fichtner - advogado e Professor

Debatedor 1: Dra. Patricia Félix Tassara - Subprocuradora Geral do Município do Rio de Janeiro

Debatedor 2: Dr. Luiz Eduardo Cavalcanti Corrêa - Procurador do Município do Rio de Janeiro

Tema: Administração de processos de mediação

10h00

PAINEL XII – Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Alberto Elisavetsky – Observatório de Conflito da Universidade Nacional da Argentina e Fundador da Resolução de Conflitos on Line da América Latina - Argentina

Tema: Estado de arte da resolução de conflitos e de novas tecnologias – os

desafios da América Latina

Debatedor 1: Profa. Dra. Alicia Millan - Diretora do Centro de Negociação e Mediação e do Conselho Profissional de Ciências Econômicas da cidade de Buenos Aires.

Debatedor 2: Prof. Dr. Manuel Izquierdo Carrasco – Decano de Direito da Universidade de Córdoba – Espanha

10h45

PAINEL XIII: - Conferência Internacional



Conferencista: Juiz András Sájó - Corte Europeia de Direitos Humanos União Europeia / Hungria

Tema: O processo de resolução alternativa de litígios e proteção dos direitos humanos no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - requisitos de equidade.

Debatedor 1: Dra. Juliana Pereira da Silva – Secretária Nacional do Consumidor - SENACON

Debatedor 2: Dr. Flavio Croce Caetano – Secretário Nacional de Reforma do Judiciário

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 - 14h00

PAINEL XIV: - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Tema: A mediação de conflito no ambiente escolar do continente europeu

14h00 - 14h30

PAINEL XV: - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Sergio Ramiro Peña Neira – Universidad de Chile

Tema: Jurisdição penal e mediação. Perspectivas e realidade na República do Chile

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO IV: Mediação, Processo Penal e suas Metodologias

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115, 4º and. Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay e Prof. Dr. Weliton Sousa Carvalho

Conferencistas: Dra. Claudia Criscioni Ferreira – Membro da comissão nacional de estudo da reforma do sistema de justiça criminal – Paraguai

Prof. Máster Dr. Nicolás Rucci – Procurador Cybercrime. Ministério Segurança e Justiça da Provincia de Buenos Aires – Argentina

Prof. Mario Camilo Torres – Justiça Criminal – Paraguai

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárate (Coord.)

Sra. Claudia Velazquez - Treinadora de Negociação de Conflitos do Centro de Arbitragem e Mediação - Paraguai

GRUPO DE TRABALHO V: Mediação Comunitária

Local: AUDITÓRIO Des. Nelson Ribeiro Alves-Av.Erasmo Braga, 115, 4ºand. Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Dr. Michel Betenjane Romano (MPSP) e Professor Doutor Adolfo Braga Neto – Presidente do IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil

Conferencistas: Dra. Tatiana Rached – Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo.

Dr. Guilherme de Almeida – Prof. pós doutorado no Freiburg Institute of Advanced Studies (FRIAS)

Dra. Célia Nobrega Reis – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos de Angola

Dr. Alejandro Nató – Provedor de Justiça de Buenos Aires - Argentina

GRUPO DE TRABALHO VI: Mediação Familiar, Infância, Idoso e Gênero

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Pos.Doc. José Manuel Peixoto Caldas - Diretor do Observatório Iberoamericano de Saúde e Cidadania, Universidade do Porto, Pesquisador Visitante FIESP e Prof. Pos.Doc. Artenira Silva e Silva, Prof. Doutor Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, UFOP.

Conferencistas: Dr. José Manuel Mendez Tappia – Mestre em Medicina Social da Universidade - México

Dr. Leila Tardivo – Pres. da Comissão de Cultura e Extensão do Instituto de Psicologia da USP

Dr. Dierle José Coelho Nunes – Mestre pela PUC-Minas e pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Dra. Almudena Manso -Doutora em sociologia do departamento de comunicação II e ciências sociais na Universidade Rey Juan Carlos.

28/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

8h30

PAINEL XVI - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Mo Jing Hong - China

Tema: Os desafios de resolução de conflitos entre as diferentes culturas - novas fronteiras de jurisdição internacional sob o conceito de direitos universais.

Debatedor 1: Des. Federal Fausto Martin De Sanctis – TRF3

Debatedor 2: Luciano Badini–Promotor de Justiça de Minas Gerais–Brasil

09h15

PAINEL XVII - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Gerry Rooney - Presidente do Instituto Irlandês de Mediação (Irlanda)

Tema: A experiência Irlandesa na reforma legislativa na adoção da mediação e os desafios ao legislador e à jurisdição

Debatedor 1: Dr. Paulo Assed Estefan – Juiz Diretor do Fórum de Campos dos Goytacazes–RJ - Mestre em Direito Constitucional

Debatedor 2: Des. Federal Luiz Stefanini TRF3

10h00

PAINEL XVIII - Delegações Internacionais

10h45

PAINEL XIX - Conferência Nacional



Conferencista: Min. Marco Aurélio Buzzi - STJ

Tema: Ressurgimento dos Meios Adequados de Resolução de Conflitos

Debatedor 1: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ

Debatedor 2: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 – 17h15

GRUPO DE TRABALHO VII: Mediação e Conflitos Internacionais

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Christian Djefal – Universidade de Berlim/Alemanha e Prof. Dr. Raphael Vasconcelos

Conferencistas: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay
Dr. Cassius Guimarães Chai – MPMA

GRUPO DE TRABALHO VIII: Mediação, Linguagem, Comportamento e Multiculturalismo

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Mestre Décio Nascimento Guimarães – Universidade Estadual do Norte Fluminense e Profa. Dra.

Bianka Pires André - Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF)

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárata (Coord.)

Conferencistas: Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Dra. Martha Vergara Fregoso – Coordenadora de Pesquisa do Centro Universitário de Ciências Sociais e Humanas da Universidade de Guadalajara

GRUPO DE TRABALHO IX: Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio-Ambiente

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – TRT 16ª.

Região/Maranhão, Prof. Dra. Herli de Sousa Carvalho - Universidade Federal do Maranhão – UFMA e Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e Prof. Esp. Mariana Lucena Sousa Santos

Conferencistas: Prof. Dr. Filinto Elisio de Aguiar Cardoso (Cabo Verde) – Vice-Presidente da Multilingual Schools Foundation (Portugal)

Profa. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão

Profa. Nícia Regina Sampaio – Ministério Público do Espírito Santo

CLAUSURA

PLENÁRIA - Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno

Avenida Erasmo Braga, 115 - Centro

CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

O *Global Mediation Rio*, por seus Conselhos Acadêmico e Científico, bem como pela Coordenação Científico-Internacional e pelas Coordenações dos seus Grupos de Trabalho reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no mês de novembro de 2014, nos dias 24 a 28;

Considerando que o conflito social manifesta-se multifacetariamente e, portanto, inscreve-se na riqueza do mundo da vida e se conforma na gramática de práticas sócio-institucionais naturalizadas;

Considerando que a Mediação é coetaneamente método e procedimento e pode ambientalizar um contexto para fortalecer o *sentimento de pertencimento* e de identidade constitucionais nas experiências democráticas objetivando a pacificação social;

Considerando a abertura semântica intercultural e transdisciplinar plasmável na Mediação, impondo um permanente exercício crítico-construtivo da efetividade da realização de Justiça Social e densificação da cidadania;

Admitindo que os processos decisórios oficiais devem acolher a condição ínsita aos princípios do devido procedimento legal e do contraditório enquanto oportunidade de ser ouvido em paridade de reconhecimento e de consideração;

Admitindo a inalienabilidade de permanente proteção aos Direitos Humanos;

Admitindo que está reservado ao Poder Judiciário o papel institucional de protetor dos Direitos Humanos e que tal condição à um Estado Democrático não elimina a possibilidade de convivência com um sistema *multidoor* para conhecimento, apreensão e solução de conflitos; e,

Admitindo que é curial romper-se com a mentalidade conformada em pré-compreensões teóricas de que a legitimidade de decidir bastar-se-ia na literalidade da lei,

Adota os seguintes enunciados:

- I. O acesso à justiça social deve ter na figura do Poder Judiciário o garantidor último e residual como possibilidade institucional factível de pacificação social;
- II. Os Poderes Republicanos articuladamente devem convergir para uma política de Estado no estabelecimento de outros meios de solução de controvérsias, firmando parcerias e fomentando a atuação das Instituições essenciais à administração da Justiça;
- III. A Mediação como serviço público nas políticas de Estado deve reger-se pela informalidade, flexibilidade, gratuidade, confidencialidade e independência do mediador, preconizando um processo difuso para conhecer conflitos privados e públicos;
- IV. Os instrumentos institucionalizados de Mediação, públicos e ou privados, em especial os empresariais, devem dispor de meios tecnológicos que sejam capazes de democratizar o acesso eficiente, ágil e facilitado a todos os interessados;
- V. A Mediação Penal, quando adequado, deve ser pensada e realizada como meio de prestigiar a composição e a reparação civil dos danos causados às vítimas com preponderância sobre as alternativas de encarceramento;
- VI. O princípio da oportunidade regrada para o manejo da Ação Penal deve ser considerado como vetor do agir ministerial público sempre e quando o bem lesionado for disponível e os resultados forem mais representativos para a pacificação social;
- VII. A Mediação deve ser possibilitada em toda e qualquer fase processual, na execução penal inclusive, como meio de concretizar a pacificação social e promover com mais efetividade processos de ressocialização;
- VIII. A Mediação comunitária, enquanto mecanismo de emancipação, de autocomposição, de autodeterminação e de empoderamento social, deve ser prioritariamente conduzida por seus atores sociais, habilitados e conduzidos a desenvolverem competências para identificar, elaborar e ambientar espaços para a solução de seus conflitos;
- IX. Compreender o contexto do conflito e as características subjetivas, de vulnerabilidade física, psíquica e socioeconômica, são condições necessárias para condução do processo de autocomposição ou de auxílio ao processo de

- autocomposição visando alcançar a sua diluição e a superação de disputas;
- X. A autodeterminação dos povos e a soberania são princípios que devem fortalecer a afirmação do preceito do não uso da força, e prestigiar a solução pacífica de controvérsias com o compromisso de não renúncia de proteção da pessoa humana e de sua dignidade, sua história e sua memória;
- XI. O processo de Mediação dos conflitos deve ser abordado como um meio integrativo no qual a identificação das diferenças, compreendida dentre elas a linguagem e seus maneirismos, convirja para um diálogo a ser estabelecido com clareza de conceitos, e igual respeito e consideração;
- XII. A Mediação de conflitos laborais, individuais ou coletivos, deve ultimar-se preservando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos não patrimoniais e o direito de acesso à justiça, com as garantias que lhe são conferidas, respeitado o direito fundamental de escolha consciente;
- XIII. A Mediação em matéria de meio ambiente deve transcender a resolução de conflitos consolidados, para alcançar a construção de um mundo sustentável para as gerações futuras;
- XIV. Os processos de aprendizagem, em todos os seus níveis, áreas e setores, devem ser urdidos a partir da consciência de sua capacidade de formar uma mentalidade com competências capaz de empoderar o cidadão, e de lho conduzir ao fortalecimento de uma cultura de pacificação de conflitos;
- XV. A Mediação em matéria de saúde deve preservar ao máximo os direitos fundamentais devendo o Estado adotar controle dos recursos materiais e humanos, promovendo de modo facilitado e inclusivo a correta informação sobre seus serviços e procedimentos, atentando para as inovações tecnológicas e de insumos, observando a transparência e a eficiência administrativas.

Rio de Janeiro, Novembro 24 a 28 de 2014.

Conselho Acadêmico

Ministro Marco Aurélio Buzzi - STJ

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

Cássius Guimarães Chai (Org.), Aníbal Zárate (Coord.)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ
Desembargador Fabio Dutra - TJRJ
Desembargador Guaraci de Campos Vianna - TJRJ
Desembargador Roberto Guimarães - TJRJ
Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ - Advogado
Desembargador Federal Fausto De Sanctis - TRF3
Desembargador Federal Luiz Stefanini - TRF3
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA

Coordenadores Científicos

Desembargador Fábio Dutra
Desembargador Guaraci Vianna
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

Conselho Científico Editorial e Coordenadores de Grupos de Trabalho

Doutor Adolfo Braga Neto
Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno
Professor Doutor Alexandre de Castro Coura
Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Professor Doutor Anibal Zárate Pérez
Professora Doutora Artenira da Silva e Silva Savaia
Professora Doutora Bianka Pires André
Professor Doutor Cássius Guimarães Chai
Professor Doutor Christian Djefal
Professor Doutor Daury Cesar Fabríz
Professor Mestre Décio Nascimento Guimarães
Professora Doutora Elda Bussinguer
Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho
Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas
Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa
Professora Especialista Mariana Lucena Sousa Santos
Doutor Michel Betenjane Romano
Professor Doutor Raphael Vasconcelos
Professora Heloisa Resende Soares - Assistente Editorial

Coordenação Executiva

Dr. Décio Nascimento Guimarães