

Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva

CRISTIAN ROMÁN CORDERO

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE CHILE

RESUMEN: El presente trabajo analiza la facultad del Servicio Nacional del Consumidor de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f) de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, en especial cuando esta se ejerce en relación a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

1.- Introducción

El Servicio Nacional del Consumidor, conforme dispone el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, detenta la facultad de “promoción de entendimiento voluntario entre partes”. Conforme a ella, este Servicio, a propósito de conflictos de consumo, ha mediado entre los proveedores y consumidor individual, así como también cuando dicho conflicto dice relación con intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores, en lo que se ha venido en denominar mediación colectiva. El empleo de esta facultad, y especialmente cuando lo ha sido en esta última forma, ha generado ardua discusión doctrinaria, razón por la cual se hace necesario precisar el “procedimiento” conforme al cual sujetar su ejercicio, la naturaleza jurídica de éste, la eventual aplicación supletoria a su respecto de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, y su procedencia en relación a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores; materias todas ellas que precisamente abordará el presente trabajo.

2.- Descripción de la facultad de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” del Servicio Nacional del Consumidor

Dispone el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor:

Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones:

f) Recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor;

Conforme a esta disposición, es función del Servicio Nacional del Consumidor, recibir reclamos de los consumidores que entiendan lesionados sus derechos y dar a conocer el motivo de inconformidad al proveedor, a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. En base a esa respuesta, el Servicio promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. Y si hay acuerdo, el mismo se contendrá en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante de perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor.

Destáquese de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, lo que sigue:

- 1.- El “procedimiento” que consulta esta disposición legal es excesivamente genérico, pues contempla las fases esenciales de cualquier proceso de negociación entre partes intermediadas por un tercero. En efecto, dispone: (i) el Servicio Nacional del Consumidor recibe reclamos de los consumidores que entiendan lesionados sus derechos, (ii) da a conocer el motivo de inconformidad al proveedor reclamado, (iii) en base a la respuesta de éste, promueve el entendimiento voluntario entre las partes, y (iv) si hay acuerdo, éste deberá constar en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial.
- 2.- El “procedimiento” que consulta esta disposición legal es desformalizado, toda vez que no precisa plazos y tampoco determina si debe llevarse a cabo por escrito o en forma verbal. Así las cosas, en nuestra opinión, perfectamente podría, por ejemplo, tener lugar en forma oral y en una sola audiencia, siempre que el acuerdo, de existir, se contenga en un documento, mismo que tendrá el carácter de transacción extrajudicial.
- 3.- El “procedimiento”, si es exitoso, concluye en un acuerdo, el que ha de contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, vale decir su naturaleza jurídica será la de un equivalente jurisdiccional.

- 4.- A nuestro juicio, lo verdaderamente importante del precepto legal no es el “procedimiento”, sino la voluntad del legislador, que en él se evidencia, en cuanto a que los problemas de consumo idealmente puedan resolverse a través de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario” a cargo del Servicio Nacional de Consumidor, antes de instar la vía judicial respectiva. Así las cosas, estimamos que este precepto debe ser interpretado en términos extensivos en función de la maximización de este mecanismo.
- 5.- Asimismo estimamos que este precepto legal no dispone trámites inexcusables, en términos que imperativamente deban tener lugar y en la misma secuencia que previene. De ello se sigue que no es dable exigir un excesivo formalismo en términos de imponer una conformidad absoluta a este “procedimiento”, menos aun si con ello impide o dificulta arribar a un acuerdo entre las partes o que ciertos consumidores puedan instar por esta vía. Dicho esto, estimamos que es admisible que:
- (a) puedan omitirse fases de este “procedimiento”; por ejemplo, en los casos en los que el accidente del consumo es de público conocimiento, no deberá exigirse que los afectados reclamen primeramente al Servicio Nacional del Consumidor, y que luego –sólo si lo anterior acontece– éste ponga en conocimiento los motivos del reclamo al proveedor, puesto que al ser el hecho público y notorio, estará en conocimiento de ambos –y como es lógico, con mayor razón por parte del proveedor–;
- (b) pueda el Servicio Nacional del Consumidor, motu proprio, en su calidad de mediador –o negociador, según se verá–, efectuar al proveedor una propuesta para el “entendimiento voluntario”, sin necesidad de trámite previo alguno. En efecto, conforme al “procedimiento” señalado en el precepto legal en comento, el Servicio Nacional del Consumidor deberá instar por el “entendimiento voluntario de las partes” en base a la respuesta otorgada por el proveedor en relación a la inconformidad de los consumidores, de lo que se podría colegir, si se interpreta equivocadamente en forma estricta, que no podría haber propuesta del referido Servicio si antes no hay dicha respuesta del proveedor.
- (c) pueda entenderse que este mecanismo de “entendimiento voluntario” es aplicable igualmente a hipótesis en las que aparentemente ello no es posible, como acontecería, en razón de la expresión “partes” que utiliza este precepto legal en comento, respecto de los problemas de consumo referidos a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.
- 6.- En correspondencia con lo señalado precedentemente, y adelantando lo que más adelante se razonará, en este “procedimiento” de “entendi-

miento voluntario entre las partes”, el Servicio Nacional del Consumidor, órgano de la Administración, actúa en calidad de mediador, realizando actuaciones que en caso alguno pueden ser calificadas de administrativas. Por tanto, este “procedimiento” no es un procedimiento administrativo y, en consecuencia, a su respecto no cabe aplicar supletoriamente la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

3.- Naturaleza jurídica de la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”

En nuestra opinión, la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, que le corresponde efectuar al Servicio Nacional del Consumidor, en conformidad al artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor, en rigor estricto tiene la naturaleza jurídica de mediación extrajudicial.

A continuación desarrollaremos los argumentos que nos llevan a esa conclusión.

(i).- Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Público y en el Derecho del Consumidor

Cabe, en primer lugar, apuntar que al Derecho Público no son extraños los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, el arbitraje y la conciliación¹. La razón de esta nueva tendencia se debe fundamentalmente a tres causas: (1) la saturación de la jurisdicción contenciosa administrativa, (2) la necesidad de encontrar una “solución al conflicto” dentro de un “plazo razonable”, y (3) la necesidad de facilitar la “solución de conflictos”, especialmente de aquellos caracterizados por su poca magnitud o bien que por su naturaleza precisan de una rápida solución².

¹ Al respecto, en términos generales, véase: Núñez Ojeda, Raúl, *Negociación, Mediación y Conciliación*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. Molina Gana, Hernán, *La conciliación como solución en los conflictos jurídicos*, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001.

² En este sentido Marucci ha observado que “El “espíritu” de estos medios responde a exigencias advertidas con intensidad en la realidad administrativa. Así, presentan una mayor flexibilidad respecto del proceso jurisdiccional, y se configuran como procedimientos desestructurados, no lastrados por formalismos y rigideces procedimentales. Permiten obviar los largos plazos y el exasperante tecnicismo de la justicia formal. Son fórmulas dotadas de mayor celeridad y menos costosas. Permiten encontrar soluciones que se adecuan más fácilmente a los términos del conflicto que el proceso jurisdiccional. Posibilitan tener especialmente en cuenta las “prioridades” de las partes, en cuanto suponen la superación de un modelo de solución de disputa que se basa en el “esquema” de la norma a aplicar. Facilitan la percepción de los intereses concretos que pueden estar detrás de las situaciones jurídicas de las partes. Logran, por último, la emergencia de un contencioso sumergido, formado por aquellas controversias que no llegan al juez por suponer un coste demasiado alto respecto de la cuantificación económica de la disputa evitando así que la parte débil de la relación, no pudiendo recurrir al juez por el alto coste del proceso, sufra una inicuca composición extrajudicial del conflicto” Masucci, Alfonso, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo

Lo propio acontece en el Derecho del Consumidor, pues, conforme ha señalado la doctrina, en esta rama rige “la exigencia de que la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios se lleve a cabo “mediante procedimientos eficaces”. (...) Así, podemos señalar que el arbitraje y la mediación se configuran, efectivamente, como procedimientos eficaces de protección de los consumidores. Eficaces porque, como veremos más adelante, el arbitraje va a traer numerosas ventajas a los consumidores como son la celeridad en el proceso, la gratuidad, la participación de las asociaciones de consumidores o la seguridad jurídica. La mediación, por su parte, aportará la posibilidad de que sean las partes en conflicto las que, con la ayuda de un tercero, lleguen a un acuerdo sin necesidad siquiera de que ese tercero sea el que imponga la solución”³.

En este sentido, preciso es recordar que las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985⁴, disponen expresamente que “Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimiento oficiales o extraoficiales que sean rápido, justos, poco costosos y asequibles. Al establecer tales procedi-

de la experiencia francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, N° 178, Op. Cit. p. 13 y 14.

En el mismo sentido, véase: Merino Merchán, José Fernando, El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; Del Olmo Alonso, “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en el Derecho Administrativo”, tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 1996; Rodríguez-Arana, Jaime, La mediación en el derecho administrativo, *Revista de Derecho Público*, N° 74, 2011, p. 113 y ss. Rivero Ortega, Ricardo, “Repensando el estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, en Sosa Wagner, Francisco, *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. pp. 2487 y ss.

³ Herrera de las Heras, Ramón, “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo.” *Microjuris MDJ941*.

Asimismo, Guerrero Bécar: “La relación proveedor-consumidor, atendidos los intereses existentes en el conflicto, más allá de las posiciones iniciales, estimamos es especialmente propicia en muchos casos para la negociación y métodos de resolución alternativa de conflictos (...) debemos destacar que el propio legislador insta a la negociación directa. Sin embargo, el problema principal de una negociación directa es la desigualdad de las partes en negociación, de ahí que puede ser muy efectivo como método alternativo de solución de conflictos incorporar la mediación, mecanismo más conocido en el país, permitiendo que un tercero neutral, especializado en materia de mediación pueda contribuir a que las partes negocien en igualdad e condiciones, lo que el mediador puede lograr a través de técnicas adecuadas de búsqueda de equilibrio de poder y confianza entre las partes, de modo que las partes terminen el procedimiento sintiendo que ambos han logrado un resultado positivo; el consumidor normalmente que obtenga una solución al inconveniente que le ha producido el incumplimiento de su proveedor y el proveedor en orden a poder contar nuevamente con ese cliente y mantener su prestigio comercial”. Guerrero Bécar, José Luis, “Acciones de interés individual en protección al consumidor en la ley N° 19.496 y la incorporación de mecanismo de resolución alternativa de conflictos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI*, 2005, p. 183.

En este sentido, además, véase: Marcos Francisco, Diana, “El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, N° 1 2011. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

⁴ Directrices para la protección del Consumidor. Resolución 39/248, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de abril de 1985.

miento deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos”, “Los Gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimiento extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores”. Todo lo cual se advierte ampliamente en el Derecho Comparado⁵.

(ii).- Concepto de mediación

Para la doctrina, la mediación es “un procedimiento a través del cual dos partes en conflicto tratan, en presencia y bajo la guía imparcial de un tercero (el mediador), de llegar a un acuerdo resolutorio del litigio. En efecto, la “mediation” es un procedimiento que busca la composición de un litigio con la intervención activa de un tercero (mediador) imparcial e independiente. Consiste en una sucesión de actos (no es casual que sea definido en el Derecho anglosajón como “*mediation process*”) que se desarrollan en presencia de un tercero (mediador), el cual trata de “facilitar” la solución del conflicto. Es así perfectamente comprensible que haya sido considerada, en expresión feliz, como una “*facilitated negotiation*”, una mediación incitada⁶; o bien, “un método alternativo de resolución de conflictos que promueve el protagonismo de las partes en la búsqueda de la mejor solución a su diferendo, mediante un acuerdo negociado, proceso en el cual son asistidos por el mediador. (/) Es una negociación asistida por un tercero neutral. Es un proceso que se basa en el beneficio mutuo. Es un proceso informal y flexible, pero con una estructura y reglas de funcionamiento que son explicadas previamente a los participantes. Es confidencial. Los participantes controlan el proceso y la decisión final. (/) Como ventajas diríamos que tiene un mayor dinamismo y rapidez en la resolución de las diferencias, menores costos relativos en el proceso, contribuye a la reconstrucción del consenso y la armonía de las relaciones de los participantes. Es un acuerdo negociado que augura su posterior cumplimiento espontáneo y mejora las relaciones entre los participantes”⁷.

A su vez, nuestro derecho positivo, en la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, a propósito de la mediación en salud, la define como “un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”⁸.

⁵ En este sentido puede verse: Guerrero Bécar, José Luis, Op. Cit., pp. 183 y ss.

⁶ Masucci, Alfonso, Op. Cit., pp. 15 y 16.

⁷ Sendic de Santiago, María, Ley N° 19.966 vista por los ojos de un mediador, *Revista Ius publicum*, N° 15, pp. 140-141.

⁸ Artículo 43, inciso final, de la ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud.

(iii).- La “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, como mediación

A nuestro juicio, la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, a la que se refiere el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene la naturaleza jurídica de mediación extrajudicial. Ello, pues, en armonía con lo que se ha expresado precedentemente, consiste en un procedimiento no adversarial, entre el proveedor y el o los consumidores, ante un mediador (Servicio Nacional del Consumidor), y que tiene por finalidad arribar a una solución extrajudicial de la controversia (transacción extrajudicial).

Se sostiene por un sector doctrinario que este “procedimiento” no podría ser calificado de mediación, toda vez que el Servicio Nacional del Consumidor actuaría sin la imparcialidad que singularizaría a un mediador, dado que estaría afecto a un deber general de protección del consumidor, en conformidad a lo previsto en el artículo 58 inciso 1° y letra g) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor. Entonces, plantean que, en rigor estricto, sería propiamente una conciliación o negociación asistida⁹. En este contexto, cabe replicar que el legislador nacional denomina mediación a aquella que consulta la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, conocida como “mediación en salud”, no obstante que en ella se advierte exactamente ese mismo vicio, pues está a cargo del Consejo de Defensa del Estado, Servicio Público que, conforme previene el artículo 1° de su ley orgánica, “tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado”¹⁰, y que incluso podría llegar a representar judicialmente a una de las partes que –obligatoriamente¹¹– concurren al referido procedimiento de “mediación en salud” (v.gr., un Servicio de Salud).

Independientemente de si la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” es o no una mediación, conforme al prístino concepto elaborado por la doctrina, estimamos que sí puede ser entendida como mediación al menos en un sentido amplio, equivalente a negociación asistida o lisa y llanamente a negociación. En efecto, en este sentido cabe recordar que conforme a la norma legal en comento, este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”: (a) tiene por finalidad que las partes lleguen a un acuerdo que contenido en un documento tendrá el carácter de transacción extrajudicial (equivalente jurisdiccional), (b) es voluntario para las partes, y (c) precisa la existencia de un tercero que promueva el entendimiento entre ellas (Servicio Nacional del Consumidor).

⁹ Guerrero Becar, José Luis, Op. Cit., p. 182.

¹⁰ DFL. N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda.

¹¹ Cabe, además, observar que el legislador nacional llama mediación a la “mediación en salud”, a pesar de ser obligatoria, en circunstancias que doctrinariamente la voluntariedad sería un elemento de la esencia de la mediación.

Asimismo, preciso es señalar que esta norma legal (artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496) más que señalar un “procedimiento” en específico, con arreglo al cual conformar esta “promoción de entendimiento voluntario”, lo que hace es mandar al Servicio Nacional del Consumidor para que dirija las negociaciones que correspondan a fin de que los problemas de consumo puedan resolverse satisfactoria y oportunamente en sede extrajudicial, bajo el entendido que aquello siempre es beneficioso no sólo para el consumidor, sino que también para los proveedores. Bajo este predicamento, la discusión sobre la naturaleza jurídica de dicho “procedimiento” (mediación o no), y eventuales limitaciones que el tenor de dicho precepto legal impondría a los intereses generales de los consumidores, colectivos o difusos, a fin de instar por este mecanismo negociado, devienen, en nuestra opinión, en irrelevantes, según ya hemos adelantado y tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Finalmente, cabe apuntar que, en armonía con todo lo razonado precedentemente, la Contraloría General de la República, en el Dictamen 26.297-2009, ha señalado claramente que este “procedimiento” tendría la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial. En efecto, en lo medular ha señalado:

Enseguida, y en lo que interesa, la letra f) del mismo artículo 58, señala que le corresponderá “recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes”, agregando que el “documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor”.

Sin perjuicio de lo anterior, los consumidores que vean afectados sus derechos pueden dirigirse ante el juez de policía local competente, el que de conformidad al artículo 50 A de la Ley N° 19.496 –agregado por la Ley N° 19.955– es el llamado a conocer de todas las acciones que emanen de ese texto legal, con las excepciones indicadas en el inciso final del citado artículo, relativas a casos en que se ve afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, conforme a las reglas generales.

Como es dable deducir de lo expuesto, las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor, en lo relativo a conflictos que se susciten entre consumidores y proveedores, se reducen al ejercicio de una mediación extrajudicial entre las partes involucradas, promoviendo el entendimiento voluntario entre ellas, pero no se extienden a la facultad de decidir acerca de la vigencia o interpretación de las cláusulas de los contratos respectivos.

En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, esta Contraloría General concluye que dicho organismo público se ha ajustado a derecho en los procedimientos a que han dado lugar las reclamaciones del interesado.

4.- Eventual aplicación supletoria de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos en relación al procedimiento de “promoción de entendimiento voluntario”, al que se refiere el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, y a los actos que en su contexto emite el Servicio Nacional del Consumidor

(i).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos

Conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la ley se aplicará con carácter supletorio”, vale decir, dicha supletoriedad dice relación sólo con procedimientos administrativos especiales.

(ii).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en relación al procedimiento señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor

El “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, según ya hemos observado, tiene la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial, misma que, de tener éxito, concluye en un acuerdo entre las partes que deberá contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, esto es, un equivalente jurisdiccional (que no contiene voluntad o decisión alguna de la Administración, sino de las partes). Así las cosas, la actuación que le corresponde al Servicio Nacional del Consumidor, como mediador, no puede entenderse como actividad propiamente administrativa, sino que, en razón de que ella, como todas las que se desarrollan en el marco de dicho “procedimiento”, tiene por finalidad propender a esta solución alternativa del conflicto, como cuasijurisdiccional.

Así las cosas, a nuestro juicio, respecto de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” no es dable aplicar con carácter supletorio la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, por más que en él incida, como mediador, un órgano de la Administración, como lo es el Servicio Nacional del Consumidor.

En apoyo de esta tesis cabe recordar que en el caso de la mediación en salud, análoga a la mediación que tratamos, que se sigue ante el Consejo de Defensa del Estado, en conformidad a la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, no se le aplica, con carácter supletorio, la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. En efecto, la referida Ley 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, entendiendo que en razón de la naturaleza del “procedimiento” de mediación no le era aplicable en forma supletoria la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (lo que habría sido de suyo evidente si este “procedimiento” tuviera el carácter de procedimiento administrativo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de este cuerpo legal); para hacerle aplicable ciertas materias (sobre las citaciones), tuvo que señalarlo expresamente. Es así como el artículo 52 de la referida Ley N° 19.966, inserto en el párrafo referido a la mediación, expresamente señala: “Artículo 52.- Las citaciones que este Párrafo establece se registrarán por lo dispuesto en el Párrafo 1° del Capítulo III de la Ley N° 19.880”.

(iii).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en relación a los actos emitidos por el Servicio Nacional del Consumidor en base al procedimiento señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor

En el marco de un “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario”, en los términos referidos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, en caso de que se siga en forma escrita (a lo que no se está obligado, pues, conforme hemos señalado, podría desarrollarse perfectamente en forma verbal –y en una sola audiencia–), el Servicio Nacional del Consumidor, en su rol de mediador, emitirá una serie de actos en forma escrita, tales como propuestas, contrapropuestas, etcétera. En nuestra opinión, al emitir tales actos en forma escrita, el Servicio Nacional del Consumidor no lo hace en ejercicio de potestad pública o competencia administrativa alguna, razón por la cual no pueden ser entendidos dichos actos como actos administrativos. De ello se sigue que no tienen las características que los singularizan, tales como, por ejemplo, la exigibilidad a sus destinatarios. Así, si el Servicio Nacional del Consumidor remite una “propuesta de entendimiento” al respectivo proveedor, ella en caso alguno puede entenderse dotada con fuerza vinculante en relación a sus destinatarios en términos tales que les sea exigible.

Si es tramitado por escrito el “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, éste puede terminar en acuerdo o sin acuerdo. En el primer caso, necesario será contenerlo en un documento el cual tendrá carácter de transacción extrajudicial. En el segundo caso, puede concluir tácitamente, por ejemplo, cuando se ejercen las acciones judiciales respectivas por

el consumidor, o en forma expresa cuando el mediador -el referido Servicio- hace constar dicha situación a través de un acto en forma escrita. Este acto, que en sí no es necesario, y que se enmarca en el ejercicio de una función que hemos calificado como cuasijurisdiccional, no es administrativo, y por tanto a su respecto no cabe aplicar las normas de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, entre ellas las que disponen sus requisitos, como por ejemplo la motivación, y las que establecen sus mecanismos de impugnación, entre ellos el instituto de la invalidación, en los términos previstos, respectivamente, en los artículos 41 y 53 del referido cuerpo legal.

5.- El especial caso de la “promoción de entendimiento voluntario”, en los términos referidos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, en relación a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores

Según hemos señalado, el procedimiento de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene una naturaleza de mediación, al menos en su concepto amplio comprensivo de negociación asistida o lisa y llanamente negociación. De la misma manera hemos observado que lo importante de ese precepto legal no es el “procedimiento” que precisa –que señalábamos era muy genérico–, sino más bien el mandato que impone al Servicio Nacional del Consumidor en orden a instar por soluciones alternativas a los conflictos en el ámbito del consumo. Bajo este predicamento, entendemos que la interpretación de este precepto en cuanto al “procedimiento” que fija debe ser realizada en términos extensivos, de suerte tal que permita a más consumidores y a más conflictos de consumo emplear este mecanismo negociado en pos de una solución satisfactoria y oportuna del mismo; ello en razón del beneficio que reporta, en caso de darse este acuerdo extrajudicial entre las partes, no sólo para el consumidor, que ve resuelto prontamente el conflicto y restablecido en sus derechos, sino también para el proveedor, que de esta forma no ve mancillado su prestigio comercial.

En este contexto, entendemos que las fases de este “procedimiento” que señala el referido precepto legal no deben cumplirse estrictamente en la forma que previene el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sino que pueden faltar algunas de esas fases y además alterarse el orden entre ellas. Decimos esto especialmente en cuanto a que los consumidores reclamen ante el Servicio Nacional del Consumidor y luego que este comunique al proveedor el motivo de la inconformidad, ya que, especialmente en los casos de afectación de los intereses, generales o difusos, cuyos problemas de consumo adquieren la calidad de público y notorio, ellos son desde ya de conocimiento tanto del Servicio

Nacional del Consumidor como del proveedor. Así, por ejemplo, si la matriz de agua de una empresa sanitaria colapsa y a consecuencia de ello se inunda una extensa zona residencial, y por ello el tema se hace de público conocimiento, el Servicio Nacional del Consumidor como el respectivo proveedor tomarán conocimiento del hecho, en cuyo caso no es dable exigir, a fin de que opere el “procedimiento” de mediación, que primeramente dicho Servicio reciba reclamos y que los ponga en conocimiento del proveedor. De la misma manera el orden de las fases puede verse alterado, por ejemplo en el caso que señalamos, es dable que sea el propio mediador, vale decir el Servicio Nacional del Consumidor, quien emita primeramente una propuesta de entendimiento al proveedor respectivo (antes que éste haga lo propio respecto de dicho Servicio, como parece disponer el referido precepto legal).

Por tanto, el “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario”, a cargo del Servicio Nacional del Consumidor, debe ser desformalizado y expedito, en orden a evitar así caer en formalismos que, según hemos observado en razón de la naturaleza jurídica del mismo (mediación extrajudicial), no son tales; todo ello en pos de facilitar y no entorpecer las posibilidades de acuerdo extrajudicial entre las partes en un conflicto de consumo, que es lo verdaderamente importante para el legislador, según se ha explicado.

En el mismo sentido, entendemos que si bien el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, hace referencia a entendimiento entre “partes”, tal expresión en caso alguno puede entenderse referida sólo al consumidor –interés individual–, sino que, a nuestro juicio, también a los intereses generales de los consumidores, sean éstos colectivos o difusos. En otras palabras, entendemos que, conforme al Derecho nacional, es dable admitir la existencia de una mediación colectiva, seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, a propósito de la afectación de intereses generales de los consumidores, sean estos colectivos o difusos. Planteamos esto esencialmente en base a los siguientes argumentos:

- 1.- La referencia a las “partes” que realiza el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, debe entenderse en términos amplios en pos de maximizar las hipótesis susceptibles de soluciones negociadas en el ámbito del consumo, por los beneficios que reporta no sólo para los consumidores, sino que también para los proveedores.
- 2.- Tal interpretación igualmente armoniza de mejor manera con el principio de la reparación oportuna del consumidor, conforme al cual éste, cuando resulta lesionado por accidentes de consumo, debe ser prontamente reparado. En este sentido no puede olvidarse que, conforme al artículo 3°, letra e) del referido cuerpo legal, los consumidores tienen derecho “a la reparación de indemnización adecuada y oportuna de todos los

daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que franquea la ley”.

- 3.- Una interpretación restrictiva, esto es, que sólo pueden someterse a la mediación señalada en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, los consumidores, entendidos como titulares de intereses individuales, excluyendo así los intereses generales, colectivos o difusos de los mismos, produciría una discriminación a todas luces arbitraria.
- 4.- El artículo 58, letra f) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, que pertenece al texto originario de la ley, debe ser entendido actualmente en armonía con el restante articulado, que mediante la reforma introducida a través de la Ley N° 19.955, de 2004, reconoce acciones judiciales destinadas a resguardar intereses, colectivos o difusos, de los consumidores (artículos 51 y siguientes del referido cuerpo legal).
- 5.- Asimismo, si el Servicio Nacional del Consumidor puede accionar judicialmente en razón de intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496), y a su vez instar en dicha sede por mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como por ejemplo la conciliación (artículo 52, inciso 8°, de la Ley N° 19.496), no se advierte razón alguna por la que dicho Servicio no pueda instar a lo mismo en forma extrajudicial, conforme al mecanismo de “promoción de entendimiento voluntario” contemplado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 18.496, sobre Protección del Consumidor.
- 6.- Del mismo modo, cabe apuntar que las instancias de solución alternativas de conflictos referidos a intereses generales de los consumidores, ya sean colectivos o difusos, son reconocidas en el Derecho Comparado¹².

¹² Así se ha señalado: “No podemos perder de vista que, como la propia Comisión Europea ha informado en su Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, adoptado por la Comisión el 27.11.2008 (COM -2008- 794 final) 57, “la mayor parte de los mecanismos de solución alternativa de conflictos en la UE se ocupan principalmente de denuncias individuales” (p. 12). Pero, pese a esto y a la valoración personal que acabamos de realizar sobre el arbitraje de consumo colectivo, también es verdad que, si la propia Comisión ha propuesto la opción o posibilidad en el mismo Libro Verde de que los principios recogidos en las Recomendaciones sobre los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se apliquen a los que resuelvan conflictos colectivos y ha propuesto también como posible solución o forma de regular las acciones o recursos colectivos de los consumidores la de dictar una Recomendación o Directiva que, o bien permita a los Estados elegir la modalidad de establecimiento de mecanismos de solución alternativos de conflictos colectivos, pudiendo adaptar los ya existentes o crear nuevos, o bien (en el caso de una Directiva) les exija crear mecanismos de solución alternativos de conflictos colectiva estándar fácil de utilizar que habría de observar determinados elementos (p.

- 7.- Finalmente, preciso es observar que, en el caso que se entendiera que la mediación seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, en relación a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores, no se encuentra amparada por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sí lo estaría por las normas generales que le conceden a dicho Servicio el rol de protector de los derechos de los consumidores (artículo 58, inciso 1°, y letra g) de la ley N° 19.496) y la calidad de legitimado activo en relación a la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496).

Ahora bien, cabe puntualizar que, en el caso de mediación colectiva –a propósito de intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores–, el rol de mediador del Servicio Nacional del Consumidor debe entenderse en un sentido amplio sinónimo a negociador, dado que en esa hipótesis es uno de los legitimados activos para demandar por concepto de protección de dichos intereses (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496). En consecuencia, en esa calidad, podrá proponer al respectivo proveedor pautas o criterios, precisando obligaciones de dar, hacer o no hacer, que estima conveniente que aquél asuma a fin de poner término al conflicto de consumo, las cuales pueden ser acogidas por el proveedor, replicadas (efectúa una contrapropuesta), o lisa y llanamente rechazadas. Cabe destacar que se trata sólo de una propuesta, y en tanto tal no tiene fuerza vinculante respecto del proveedor. Por su parte, la respuesta (siempre que no sea absolutamente negativa) importa manifestación de voluntad tácita en orden a participar en el procedimiento, y además si es afirmativa –pura y simple– en cuanto a la propuesta, forma acuerdo, el que contenido en un documento tendrá el carácter de transacción extrajudicial. Preciso es llamar la atención sobre el hecho que tales “pautas o criterios”, contenidos en la propuestas que efectúa el Servicio Nacional del Consumidor al respectivo proveedor, constituyen probablemente lo mínimo que dicho Servicio, de no haber acuerdo, demandará en juicio por concepto de protección de intereses generales de los consumidores, en los términos dispuestos por los artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496, lo que pone de relieve la importancia y utilidad que tiene este mecanismo, en esta hipótesis, para la satisfactoria y oportuna resolución de los problemas de consumo.

ej., la composición del mecanismo y el procedimiento -vid. p. 12, especialmente puntos 38 a 41-), quizá sea porque piense que en realidad podría llegar a articularse en la práctica una ADR colectiva verdaderamente eficaz.” Marcos Francisco, Diana, “¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo? El arbitraje de consumo colectivo en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 11, 2011, p. 201.

6.- Conclusiones

A la luz de todo lo anterior, podemos concluir:

- 1.- El “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial, misma que, de tener éxito, concluye en un acuerdo entre las partes que deberá contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, esto es, un equivalente jurisdiccional (que no contiene voluntad o decisión alguna de la Administración, sino de las partes).
- 2.- Así las cosas, la actuación que le corresponde al Servicio Nacional del Consumidor, como mediador, no puede entenderse como actividad propiamente administrativa, sino que, en razón de que ella, como todas las que se desarrollan en el marco de dicho “procedimiento”, tiene por finalidad propender a esta solución alternativa del conflicto, como cuasijurisdiccional.
- 3.- Respecto de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” no es dable aplicar con carácter supletorio la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, por más que en él incida, como mediador, un órgano de la Administración como lo es el Servicio Nacional del Consumidor.
- 4.- Si bien el artículo 58, letra f) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, hace referencia a entendimiento entre “partes”, tal expresión en caso alguno puede entenderse referida sólo al consumidor –interés individual–, sino que, a nuestro juicio, también a los intereses generales de los consumidores, sean éstos colectivos o difusos. En otras palabras, entendemos que, conforme al Derecho nacional, es dable admitir la existencia de una mediación colectiva, seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, a propósito de la afectación de intereses generales de los consumidores, sean estos colectivos o difusos.