

**1º JORNADA ANIVERSARIO DE LA PUESTA EN VIGENCIA DE LA MEDIACION
PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

EL NUEVO ROL DEL ABOGADO:

**REFLEXIONES ACERCA DEL ROL DEL ABOGADO EN LOS CONFLICTOS
ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES.**

INSTITUTO DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Dr. Alan Carlos GOBATO.

Acassuso 310 , 1º “B”, San Isidro

Mayo 2013

1.- Introducción

La ley de defensa del consumidor ha incluido un nuevo paradigma, modificando transversalmente a los derechos civil y comercial, creando nuevas herramientas para la defensa de una mayoría de población con escaso poder de negociación y defensa de sus intereses.

El art. 42 de la Constitución Nacional prevé que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Sin hacer mención expresa de qué métodos deben ser legislados, propone la prevención y solución de conflictos. Además del conocido método de resolución judicial, distintas normas propone el acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos o también llamados Métodos Alternativos de Resolución de disputas, son métodos alternativos al litigio judicial y a la alternativa de hecho (justicia por mano propia), y se justifica su existencia como una necesidad por cuanto la respuesta de la justicia no es satisfactoria por la vía tradicional, falta de inmediatez, costos caros, disconformidad en la medida que los protagonistas no resuelven, dificultad en el Cobro de honorarios, y tiempos de demora que vuelven la demanda antieconómica y pierde sentido litigar.

Algunos de los métodos implementados, son: a) La prevención y evaluación del riesgo, b) La Mediación, c) El Dictamen profesional calificado y vinculante, d) El Arbitraje Pericial, e) La Negociación, f) La Conciliación.-

Con este trabajo pretendo incursionar en los distintos roles que se da a los abogados en la gestión y resolución de los conflictos de consumo, y demostrar que es una incumbencia profesional que aún no cuenta con el debido reconocimiento por las legislaciones específicas, ni por los organismos públicos.

2.- Los métodos alternativos de resolución de conflictos de consumo en la legislación de los derechos del consumidor.

Distintas normas que legislan en el orden nacional y el provincial prevén el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos.

En general las normas específicas en materia de defensa del consumo, han reglado sobre los métodos de la Conciliación y del Arbitraje de equidad, de una manera deficiente, con escaso resultado.

Los procesos de conciliación han sido auspiciados por el art. 174 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires¹ en la competencia de los Juzgados de Paz para los asuntos de menor cuantía, tales como son algunos de los casos de derechos del consumidor.

Durante la etapa previa a la judicial se debe realizar una mediación en cualquier reclamo de naturaleza contractual (tal como son estos reclamos), por los que el consumidor debe sufragar los gastos de la celebración de los mismos, e incluso el honorario de la audiencia fracasada, según los casos. Por ello la necesidad de que los procesos reclamatorios encuentren un solo cause, y la propuesta de que las leyes 24.240 y la 13.133 incorporen a la mediación como procedimiento de gestión del conflicto, y luego con el acta de cierre de la mediación sin acuerdo, pueda el Consumidor acceder a la resolución judicial y/o a la vía administrativa a denunciar las presuntas infracciones, para que la oficina de Defensa del Consumidor, pueda evaluar la imputabilidad de tales conductas, y habilitar en definitiva un nuevo sistema de control judicial en manos de los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo contra las multas o sanciones que pueda adoptar la administración pública.

La legislación ha sido receptiva de los modelos de conciliación, aún cuando el método de la mediación ya se encontraba operativo, y se ha experimentado

¹ **Artículo 174.-** La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominantemente oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal. Se procurará, con preferencia, la conciliación.

incongruentemente, sin tener en cuenta la formación profesional de los operadores de conflictos, que tienen la misma capacitación para ser mediadores como conciliadores. Son ejemplo de ello los art. 45 de la Ley 24240 (modificado por la ley 26361) –Ley de Defensa del Consumidor-, art. 7 de la Ley 757 Ley de procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario de la Ciudad de Buenos Aires, y El art. 46 de la Ley 13.133 -Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires; proponen una instancia previa conciliatoria, una vez formulada la denuncia de un consumidor ante la oficina administrativa de defensa u orientación al consumidor, tan solo como un mecanismo poco eficaz de poder evitar por un lado un dispendio de jurisdicción administrativa, y por el otro de conciliar al consumidor con el proveedor, sin indicar métodos o quienes son los autorizados para gerenciar la técnica conciliatoria en la sede administrativa, ante la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, previendo incluso sanciones de multa para el caso de arribar a un acuerdo e incumplirlo.

Por su parte el art. 59 de la LDC, por su parte, prevé la existencia de Tribunales Arbitrales, manifestando que la autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, previendo que en su integración participen árbitros designados por las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias.

Que en cuanto a las normas procesales, sostiene que regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

El Decreto 276/1998 (P.E.N.), del 11 de marzo de 1998, impulsó y reformó la propuesta de la propia ley de Defensa del Consumidor, con la implementación del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, como tribunal de equidad, integrado por un Árbitro (o tres, de acuerdo al monto a reclamar) que se denomina precisamente “arbitro o amigable componedor”. Este profesional resuelve según su “leal saber y entender y en equidad”, dándole a la ley el mayor margen en la búsqueda de solución a la controversia planteada. Funciona en la sede de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación.

Este decreto establece que los TRIBUNALES ARBITRALES DE CONSUMO se integrarán con tres (3) Vocales, los que serán asistidos por un (1) Secretario, dos

(2) vocales serán designados, uno (1) entre los representantes de las asociaciones de consumidores, el otro entre los representantes de las asociaciones empresariales, y el tercer miembro será designado entre los inscriptos en el Registro de Árbitros Institucionales. El cargo de Secretario del Tribunal será desempeñado por un agente de la Subsecretaria de Comercio Interior, dependiente de la Secretaria de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con título de abogado, que será designado por el Tribunal.

Propone que el Arbitro institucional deberá poseer título de abogado y cinco (5) años en el ejercicio de la profesión, como mínimo. Los árbitros sectoriales deberán poseer, como mínimo, título universitario y cinco (5) años en el ejercicio de la profesión.

Se reglamenta también que las partes podrán actuar por derecho propio o debidamente representadas y que no será obligatorio el patrocinio letrado .

En cuanto a la Mediación, las leyes 26589 (de Mediación y Conciliación Obligatoria) de la Nación, y la ley 13951 (de Mediación de la Provincia de Buenos Aires), legislan en lo especial el proceso de Mediación Obligatoria en todo lo que se desprenda de las relaciones contractuales, incluyendo las relaciones contractuales de consumo.

En todos los casos, se requiere del Mediador, el título de abogado, antigüedad superior a los tres años en el ejercicio de la profesión, una capacitación especial y una matrícula expedida por el Ministerio de Justicia.

<p>3.- Los métodos alternativos de resolución de conflictos. Algunas nociones necesarias desde la óptica de los operadores.</p>
--

a) **NEGOCIACIÓN**

En la negociación tenemos dos partes conflictuantes, (pueden ser instituciones, personas, países) que ante un conflicto determinado tratan de acercar sus posiciones, y dirimir sus problemas mediante un proceso comunicacional directo, y de inmediata satisfacción.- Las partes tratan de construir ellos mismos las soluciones.- Es un proceso absolutamente informal, que se va a estructurando de

acuerdo con las pautas que determinen los negociadores.

La negociación no está prevista en la legislación de consumo como método, aunque es de evidente aplicación, en tanto es absorbida por la conciliación y la mediación.

El negociador profesional, conoce sus intereses, y analiza estratégicamente como expresar, manejar sus emociones para presentar sus posiciones, arman una agenda de temas de la negociación, y estudia que concesiones estaría dispuesto a dar.

La profesionalidad de un negociador se adquiere por el estudio de las técnicas y estilos de negociación, que se adquiere en los cursos y carreras de postgrado que se abocan al estudio.

De suyo la mediación se vale del proceso de la negociación de las partes, ya que el mediador colabora ayudando a las partes a negociar.

b) CONCILIACIÓN

Se trata de una forma alternativa de resolución de conflictos, no adversarial, mediante la cual las partes buscan por sí mismas, con ayuda de un tercero imparcial, la solución de su conflicto. Se diferencia de la mediación en cuanto a través de este método las partes pueden arribar a un acuerdo efectuando una transacción, es decir, una renuncia recíproca de derechos.

La conciliación se aplica en los procesos civiles y comerciales, e incluso a los de consumo, como hemos señalado antes en los procesos administrativos, y conforme el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que se celebrará una audiencia donde se invitará a las partes a una conciliación. También se aplica la *Conciliación Laboral*. A partir de la vigencia de la ley 24.635 en el orden nacional, la Conciliación Laboral se constituye en una instancia obligatoria previa al reclamo judicial. Los acuerdos a que arriben las partes auxiliadas por el conciliador laboral, deben ser sometidos a homologación del Ministerio de Trabajo a través de la oficina del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO).

c) MEDIACIÓN

Se trata de un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los

interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como lo es en el caso de una sentencia judicial.

- Elementos de la mediación:

La mediación se caracteriza por:

1. Ser una instancia eminentemente voluntaria. Las partes deciden participar o no en el proceso de mediación y ponerle fin en cualquier momento y no están obligadas a llegar a un acuerdo.
2. Estar basada en el principio de confidencialidad. Es decir, que el mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las sesiones; salvo autorización expresa de los mediados.
3. No estar sujeta a reglas procesales. El procedimiento es absolutamente informal y flexible. Con la sola condición de las normas que fija el director del proceso, a saber el respeto mutuo, la confidencialidad, y la neutralidad del operador.
4. Poseer una real inmediatez. Las partes actúan por sí mismas.
5. Ser efectivamente cooperativa. Las partes actúan, negocian y proponen las soluciones. El acuerdo parte de los propios interesados, protegiendo así los intereses de ambos. El operador gestiona neutralmente, sin tomar partido por ninguno de ellos, siendo su único interés el proceso.

- Qué cuestiones pueden ser mediadas:

Existen experiencias de mediación familiar y penal, pero que intereses sectoriales sesgan del menú de incumbencias de los mediadores nacionales o de la provincia de Buenos Aires. La mediación en materia de consumo es incumbencia tanto en la mediación obligatoria prejudicial en Nación y Provincia de Buenos Aires, pero no es previa a la intervención en materia del proceso administrativo. Lo que estamos proponiendo, es ampliar su aplicación previa a los procesos administrativos como un procedimiento formal instituido en las leyes de consumo-- El mediador, profesional especialmente capacitado para dirigir este tipo de procesos, actuará, en los casos que lo considere necesario, asistido por un co-mediador de diferente especialidad, cuya presencia en las sesiones se resuelve de acuerdo a la conveniencia de cada caso concreto.

Su función es la de un tercero imparcial a quien los interesados delegan la tarea de mediatizar entre ambos y ayudarlos a procesar los datos que generan el conflicto.

Su rol es objetivante, asistiéndolas en el cotejo de sus respectivas posiciones con la realidad.

4.- El rol del abogado en los procesos alternativos.-

Básicamente, en todas las asignaturas se educa al futuro abogado en las acciones que existen para la defensa de los derechos. Hasta que Remo Entelman desarrollara su teoría general de los conflictos, no existía un estudio de las causas que los generaban, ni una técnica de abordaje y gerenciamiento. Lo único que existía era la cultura del litigio.

No se educa en las alternativas que ofrecen los métodos no adversariales, de hecho existen varias asignaturas previstas para los procedimientos civiles y comerciales, penales y laborales. De suyo va, que actualmente se concurre a la mediación, por que es obligatorio pasar por el proceso de mediación antes de la presentación del juicio, y se ha legislado como tal, no pudiéndose instaurar una cultura de los métodos alternativos de resolución de conflictos.- Siendo que el abogado formado en estos procesos puede obtener resultados eficaces en el corto plazo, a esperar años la resolución de un litigio.

Así, el abogado, tiene varias alternativas de ejercicio profesional, en los métodos alternativos de resolución de conflictos :

- a. El rol de abogar como asesor o defensor de los intereses del cliente.

El abogado contribuye asesorando a su cliente en relación con la construcción de las mejores opciones negociales y legales que surgen del proceso, y del control de legalidad y neutralidad del mediador.

Asistir que su cliente tenga opción a la inclusión de cláusulas, condiciones, modalidades de cumplimiento, o asesorarle la opción de otros métodos, tales como el arbitraje de derecho, o de equidad.

Habida cuenta de lo largo que resultan los procesos judiciales, lo saturados que están los tribunales, proponer otras opciones, contribuyen a una resolución protagónica y una construcción de una solución acordada.

El abogado es por esencia un negociador idóneo, con conocimientos en derechos civil, comercial y del consumo, tiene una idoneidad profesional que le habilita, y certifica que es un operador responsable.

.b) El abogado como operador de la gestión y resolución de conflictos.

b.1. Como gerenciador de riesgos.

El abogado asesor de personas y empresas, es un gerenciador de riesgos, que asesora para evitar que su cliente caiga en la ilegalidad por una decisión equivocada o ilegal, y que ello pueda traerle sanciones por la comisión de conductas prohibidas por el ordenamiento legal

b.2 . Como negociador.

El abogado ejercitando sus habilidades por cuenta y orden de su mandante, representa en una negociación a su parte, y opera como un maximizador de las opciones contractuales y legales que tiene su representado, en un proceso de negociación.

b.3. Como árbitro, mediador o conciliador.

La normativa legal justifica la capacitación profesional, experiencia en el ejercicio, y la habilitación del Ministerio de Justicia a los operadores de conflictos.

Los abogados requieren de una larga capacitación, que inicia en su formación de grado, y continúa en la certificación profesional que le otorgan las capacitaciones de las entidades formadoras para ser Mediadores o Conciliadores, según los casos.

En el ámbito de la Ley de defensa del consumidor, se observa que esta condición aún no está cumplida, ya que tanto en los procesos administrativos, se prevé la conciliación previa sin legislar, ni exigirse condiciones particulares a los operadores.

A mi criterio, esto es un error de derecho, ya que se trata de una incumbencia propia de los abogados como operadores de conflictos, y que no puede dejarse a personas que no tengan una formación profesional que asegure las garantías del proceso, la neutralidad requerida, y demás condiciones específicas.

Su función es preventiva, o reparadora, ya que evita que se cometa la conducta antijurídica, o contribuye a la reparación del daño causado.

En el mundo vertiginoso que vivimos, cada vez más, por la constante y vertiginosa evolución, las nuevas tecnologías y la "superespecialización", exigen juristas expertos y especializados en cada materia.

También, se requiere el auxilio de terceros no abogados, pero que los abogados y los operadores de conflictos saben seleccionar de acuerdo al interés jurídico en juego.

Las leyes de mediación permiten la participación de terceros no abogados, que tengan formación académica como mediadores, con la capacitación o especialización requerida para que auxilien en otras disciplinas científicas, así como también consultores de partes, al igual que hacen los jueces o los árbitros auxiliándose de peritos.

Así, no ya como operadores de conflictos, sino como auxiliares del mediador, se debe contar, cuando el caso lo requiera, con ingenieros, auditores, expertos informáticos, etc.

Por otra parte, no hay que olvidar el importante asunto de los honorarios profesionales. Y creo que también en este aspecto, la intervención del abogado (tanto si ejerce de mediador como si está asesorando a cualquiera de las partes) en la mediación, reporta ventajas para las partes en conflicto e, incluso, para el propio abogado.

En las controversias y conflictos (arbitrajes, juicios), los abogados suelen percibir sus honorarios en forma de cuota litis, esto es, mediante un sistema de retribución que consiste, básicamente, en un porcentaje de la cuantía en disputa. Este método, cada vez más denostado (y ya en desuso para otro tipo de trabajos del abogado, como el asesoramiento) sigue siendo, sin embargo, bastante utilizado en todo el mundo en caso de procesos jurisdiccionales o arbitrales.

Sin embargo, en los procesos de mediación, el mediador suele percibir sus honorarios mediante el sistema, más lógico, de cobro por tiempo trabajado, es

decir, que se factura al cliente una cantidad fija y predeterminada por cada hora de trabajo dedicada al asunto. Este método, no sólo es más justo para el cliente, sino que, en el caso concreto de la mediación, afirmo que la hora de trabajo del mediador o del abogado de parte, es la hora más rentable. ¿Se figuran cómo renta un asunto que se puede solventar con, aproximadamente, menos de un cinco por ciento del tiempo que se le dedica a un arbitraje , y aún menor proporción en caso de juicio, -que, además, se facturan "a la antigua", independientemente del tiempo que se invierta en ellos-?

5. PROPUESTA FINAL.

Desde este análisis se propone que la legislación sea recepticia de esta propuesta de incluir dentro de los métodos alternativos de resolución de los conflictos de consumo, a la mediación o conciliación previa operada por abogados, para que en cada Municipio, Región, Departamento, se pueda contar con un convenio marco adecuado, para que los Colegios de Abogados departamentales, puedan realizar la mediación previa en la etapa prevista en los artículos 45 de la Ley 24240 y 36 de la Ley 13133, mediante el sorteo de un mediador de la nómina del Colegio de Abogados local o por el procedimiento que el Ministerio de Justicia o la Suprema Corte de Justicia determinen, a fin de garantizar una mayor independencia, transparencia de gestión, e imparcialidad de los mediadores.

Particularmente cuando se trate de asuntos de menor cuantía, que las áreas de gestión social de los Colegios (Patrocinio Jurídico Gratuito y Centros de Mediación) intervengan sin costo para el consumidor.- En los casos de mayor cuantía, que los honorarios y gastos de los mediadores sean incluidos en las costas del proceso, a cargo de una o ambas partes o de la propia administración pública de defensa de los intereses del consumidor, pero sin que el mediador sea absorbido en la planta funcional de la administración pública, tal como disponen la ley 13951, y el Decreto reglamentario, que fija las escalas de honorarios de acuerdo con el monto del acuerdo.

Esta propuesta, encuentra su razón de ser en los fines previstos por los art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires² y 3º: Ley 13.133³, como

² Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y **a una información adecuada y veraz.** La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos

superadora de los escasos recursos que prevé la propia ley 13.133 y la Nacional N° 24.240.

Fin del documento.-

eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

³ □ La acción gubernamental de protección a los consumidores y usuarios tendrá, dentro del marco constitucional de competencias entre otros, los siguientes objetivos: a) Políticas de regulación del mercado en materia de protección a la salud, seguridad y cumplimiento de los standards mínimos de calidad. b) Políticas de acceso al consumo. c) ***Programas de educación e información al consumidor*** y promoción a las organizaciones de consumidores. d) Políticas de solución de conflictos y sanción de abusos. e) Políticas de control de servicios públicos. f) Políticas sobre consumo sustentable.