

A complex network diagram with various sized grey circles connected by thin grey lines, forming a web-like structure. A thick dark grey vertical bar is on the right side of the page.

ODR

VALIDEZ Y EFICACIA
en Argentina, Colombia
y Nicaragua para
aportarle al ODS 16

A complex network diagram consisting of numerous interconnected nodes and lines, forming a web-like structure. The nodes are represented by circles of varying shades of gray, some with a white center. The lines are thin and gray, connecting the nodes in a dense, non-uniform pattern. The overall aesthetic is clean and modern, suggesting a digital or organizational network.

ODR

VALIDEZ Y EFICACIA
en Argentina, Colombia
y Nicaragua para
aportarle al ODS 16

ODR : validez y eficacia en Argentina, Colombia y Nicaragua para aportar al ODS 16 / Eduardo Andrés Calderón Marengo ... [et al.]. - 1a ed. - Concepción del Uruguay : Espacio Editorial Institucional UCU, 2022.
200 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3928-46-8

1. Derecho. 2. Internet. 3. Comercio Electrónico. I. Calderón Marengo, Eduardo Andrés.
CDD 347.05

Diseño de cubierta y diagramación interior: Fernando Piciana

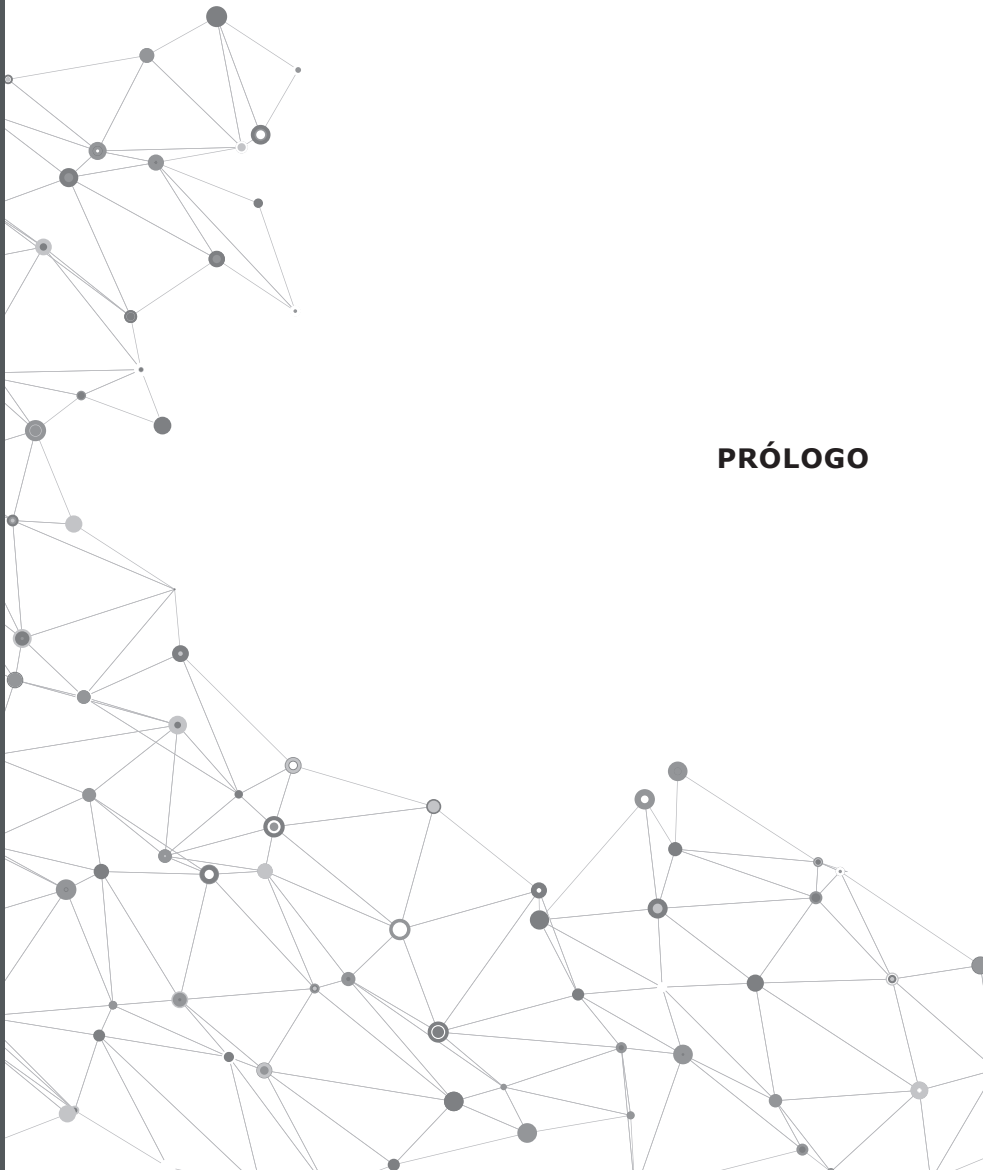
Coordinación Editorial: Cristian Rougier

©Espacio Editorial Institucional UCU, 2022.
8 de Junio 522. Concepción del Uruguay, Entre Ríos.
editorial@ucu.edu.ar
www.ucu.edu.ar/editorial

Hecho el depósito que prevé la ley 11.723

Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la editorial y el autor.



PRÓLOGO



Resultado de la gentil petición del distinguido maestro y colega en la RIINSJ (Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Investigadores e Investigadoras. Nodo Socio Jurídico) doctor Eduardo Calderón Marengo, me cumple el honroso deber de prologar la presente obra, que reúne las opiniones versadas de distinguidos investigadores en el área del Derecho, la cual se vierte en cuatro artículos sobre los cuales paso a referirme:

En el primer artículo, titulado “**Desmitificando los Online Resolution (ODR)**”, sus autores, Eduardo Calderón Marengo y Guillermo Oscar Sal, abordan con meridiana claridad la influencia que ejercen las nuevas tecnologías en los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, siendo que aquellos se han constituido en un mecanismo eficaz para la descongestión procesal en los sistemas de Justicia de los distintos países Latinoamericanos, que comparten este denominador común de represamiento de causas judiciales.

Examinando desde la óptica del comercio electrónico, soliviantan al lector en el análisis de la validez del medio electrónico y en la importancia de los principios de equivalencia funcional, autonomía de la voluntad y otros, en los contratos que se celebran en esta órbita. Se explaya el análisis hacia el horizonte nuevo que representan para los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, la presencia de los Online Dispute Resolution, entendidos como aquellos mecanismos que se operan desde una plataforma tecnológica que facilita la interacción de las partes en conflicto para llegar a consensos, a través de una intermediación real entre los intervinientes; para terminar su investigación haciéndonos conocer la forma en la que los ODR se hermanan de manera plena con los objetivos de desarrollo sostenible propuestos por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, particularmente con aquel anhelo de garantizar a los habitantes de los distintos países miembros, un acceso efectivo y cada vez mayor a la justicia, en sus distintas materias, disminuyendo, como dicen los autores, la brecha que impide una eficaz salvaguarda de los derechos de los usuarios de los sistemas judiciales.



Avanzando en sus páginas encontramos el artículo que titula **“La conciliación extrajudicial en derecho en Colombia bajo modalidad Online”**, de autoría de Marien Yolanda Correa Corredor, en cuyo texto, con docto criterio, se encaja al lector en la historia y evolución normativa de la conciliación en Colombia, y cómo la escalada de su aplicación ha permitido la utilización de la tecnología en su empleo, destacando sobremanera el innegable vínculo entre la conciliación extrajudicial en derecho (entendida como medio alternativo de solución de conflictos) y la meta 3 del ODS 16 de la Asamblea General de la ONU, al constituirse la aludida conciliación en una eficaz manera de resolver conflictos sin necesidad de judicializarlos. Avanza su investigación haciendo una exposición del alcance jurisprudencial constitucional, abarcando con suficiencia la concepción que se tiene de la conciliación como una modalidad de la mediación, en la que, además de contarse con el concierto de voluntades de las partes, también se encuentra la figura del tercero facilitador, quien hace el papel de proponente de fórmulas de arreglo; pero va más allá cuando analiza el requisito de procedibilidad y la manera en la que éste ha sido abordado por la Justicia Constitucional Colombiana.

Cuando trata sobre “Las nuevas dinámicas de la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia”, analiza el tránsito de las tecnologías a través del tiempo, hasta llegar a introducirse en el ámbito de la justicia y su acceso en el caso Colombiano, mediante la implementación de sistemas tecnológicos, de consulta de datos en un inicio, pasando por la inclusión del uso de TIC dispuesto en el Código General del Proceso, avanzando con la incorporación de sistemas de información a la vanguardia, en el Plan Decenal de Justicia, hasta llegar a las decisiones que han debido adoptarse con ocasión de la emergencia mundial sanitaria por COVID-19.

La autora destaca el rol que juega en tiempos actuales el conciliador, personaje que, actuando como tercero en la resolución de un conflicto, debe acoplarse a las exigencias de la actualidad tecnológica, de manera que permita una real intermediación entre las partes, quienes estando distanciados físicamente, por obra de la tecnología, interactúan



en tiempo real en las diligencias de solución de conflictos. Se analizan las desventajas relacionadas a criterio de algunos autores, para concluir alumbrando los beneficios que aportan estas nuevas formas de interacción virtual en la solución de controversias, empleando entre otros mecanismos, la conciliación extrajudicial en derecho, como herramienta válida para lograr dicho cometido.

La investigadora Tania Rodríguez Palacios, en el tercer artículo de la obra, con el tema **“La admisibilidad de los laudos arbitrales provenientes de un ODR en los ordenamientos jurídicos de: Nicaragua, Argentina y Colombia”**, destaca al ODR como herramienta del arbitraje al emplearlo como medio de solución de conflictos en el ámbito del comercio electrónico. Aborda luego la temática del Laudo Arbitral Virtual que, siendo la expresión de voluntad de los árbitros y de obligatorio cumplimiento, requiere ser reconocido en la legislación interna de los estados, enfocando su análisis en tres países: Nicaragua, Argentina y Colombia.

La autora en su investigación empieza por introducir al lector en el entendimiento de las fortalezas del arbitraje a través de los ODR, resaltando sus características de adaptabilidad, celeridad, especialidad, reducción de costos, entre otras. Luego, en un segundo apartado, se refiere al Laudo Arbitral Virtual, planteando inicialmente el inconveniente que representa en muchos casos y en varias legislaciones nacionales, el tema de su admisibilidad, la cual es tratada lúcidamente a través de la comparación entre laudo tradicional y laudo arbitral, para sumergirnos en la forma en que se trata el tema en las legislaciones de los países analizados.

Se finaliza con la conclusión clara de que para que un arbitraje pueda ser considerado como un ODR ineludiblemente todo su proceso debe ser evacuado virtualmente, y con la intervención obligada del administrador de la plataforma, quien actuara como el personaje que cumple el estelar rol de garantizar acceso y confidencialidad a las partes; y la reflexión de la falta de regulación clara del arbitraje virtual en la normativa interna de los países.



Cierran la publicación los autores David Mancera y Jaime Torres, con su artículo titulado: **“La protección del consumidor y los Online Dispute Resolution en Colombia”**, abordando la temática propuesta a lo largo de cuatro apartados claramente diferenciados. El primero de ellos versa sobre *La protección al consumidor en Colombia*, ubicándonos en la evolución de las relaciones comerciales y la manera en la que su transformación marcó diferencias en la noción de voluntariedad y el apareamiento de conductas abusivas en contra del consumidor; continuando con la ubicación marco jurídico y los elementos de la relación del consumo en Colombia, a saber: el productor, el consumidor, el producto y el acto de consumo.

Continúan en la segunda parte destacando la relación de desigualdad entre las partes y la obligación estatal de protección del consumidor, lo que se consigue con la expresión de los principios, derechos y deberes que surgen y rigen la predicha relación.

Avanza el estudio con la exposición de los *Mecanismos de protección al consumidor*, señalando el carácter poliédrico del Derecho del consumo, en términos de la Corte Constitucional Colombiana y la forma en la que se norma dicha característica en la Ley 1480 de 2011, en la que se regulan las *acciones jurisdiccionales* y las *actuaciones administrativas* como mecanismos de tutela.

Finalizan la investigación con el análisis de *Los ODR como mecanismos alternativos de solución de controversias en las relaciones de consumo*, señalando en este apartado que el estatuto del consumidor colombiano deja abierta la alternativa de utilización de métodos de solución de controversias alternativos al administrativo o judicial predichos, siendo éstos, el arreglo directo, la conciliación y el arbitraje.

De lo expuesto, la obra que ahora se pone a disposición del foro y del público en general, constituye sin dudarle un aporte mayúsculo para la formación del criterio jurídico en la temática tratada, por lo que se convertirá en medio de consulta obligatoria para estudiantes y catedráticos del derecho, así como para los doctrinarios de la Ley y los



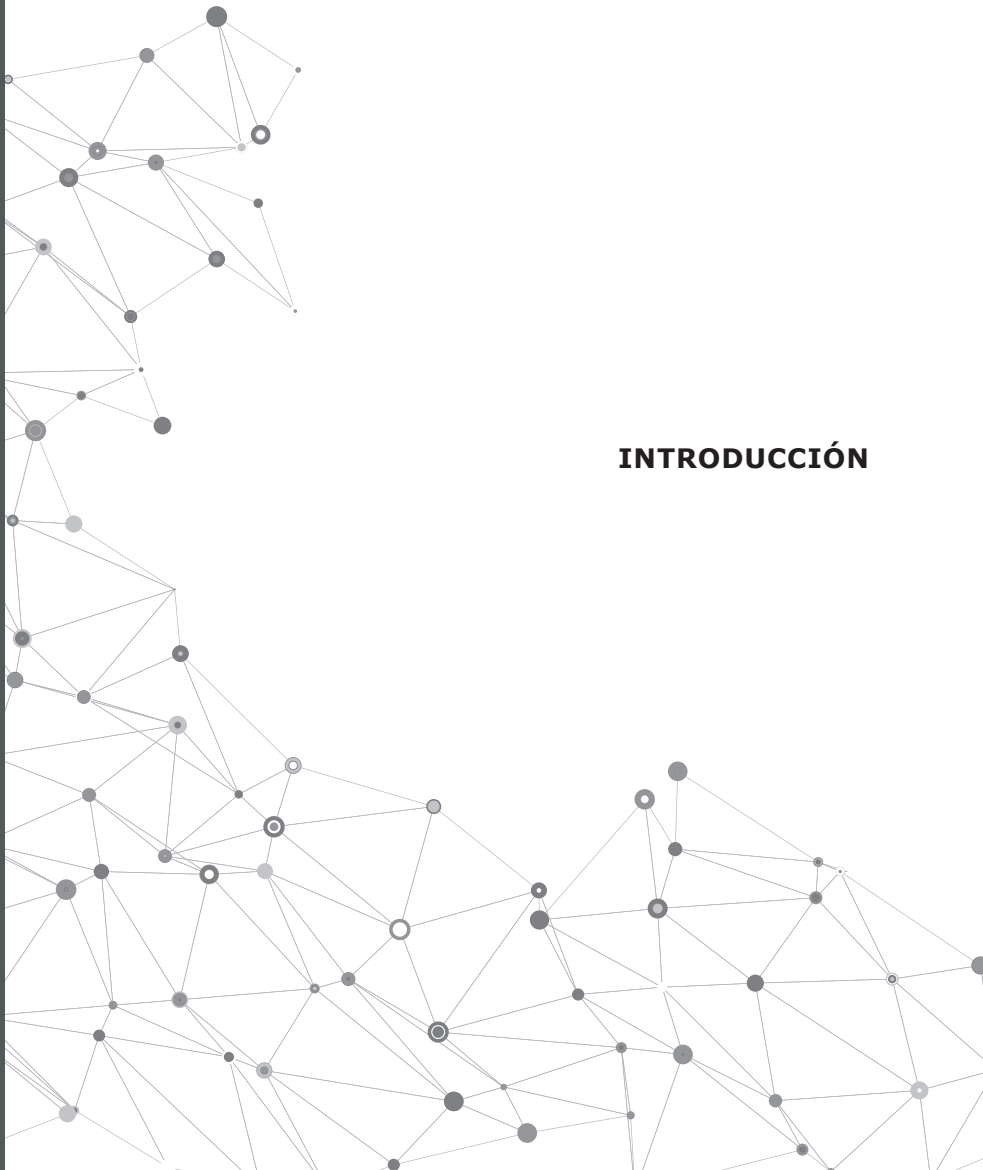
Abogados litigantes que disponen a partir de ahora, de la valiosa opinión y criterio de los preclaros autores que han colaborado.

Siempre honrado...

David Fernando Torres Rodas

Coordinador ante la RII/INS

Universidad de Cuenca (Ecuador)



INTRODUCCIÓN



El mejoramiento del sistema de justicia nacional ha sido un tema candente de discusión durante décadas, especialmente en América Latina. La sobrecarga de estos sistemas y la acumulación de procesos judiciales es un secreto a voces que conduce al acceso a la justicia, es decir, la incapacidad del Estado para brindar un poder judicial sólido, lo que afecta negativamente las aspiraciones del pueblo. Desde principios del siglo pasado, el proceso de privatización judicial se ha dado con fuerza, especialmente en el sector comercial. La resolución alternativa de conflictos está diseñada para abordar problemas en los sistemas de justicia nacionales. Presuntamente, la mediación, el arbitraje, la conciliación y la negociación brindan soluciones a los conflictos privados. En materia comercial internacional, el arbitraje se distingue por su especificidad y, además, promueve soluciones alejadas de los conflictos de leyes que se plantean en esta materia.

A medida que evolucionaron la tecnología, el comercio electrónico y los contratos, se introdujo una nueva dinámica. Esto ha permitido la diversificación y democratización de los negocios legítimos a escala global, principalmente entre comerciantes y consumidores (B2C), pero a su vez, estas relaciones pueden generar conflicto cuando hay una disputa o incumplimiento del contrato. Estas relaciones plantean serios problemas a los consumidores online ya que se encuentran ante una relación que en muchos casos se ha mudado, se desconoce el domicilio del comerciante, o las reglas se aplican a relaciones contractuales no especificadas, etc.

Debido a la necesidad de abrir un espacio para las discusiones en línea sobre el uso de las alternativas de resolución de conflictos (MASC) en Colombia, especialmente la mediación, se ha utilizado un enfoque cualitativo para proceder a la investigación teórica y documental, apoyada en una revisión del derecho normativo. Información obtenida por la organización a través de las Líneas de Interés en respuesta al objetivo planteado en el presente estudio, interdisciplinario e internacional "Eficacia y efectividad de la ORD en Argentina, Colombia y Nicaragua para el ODS 16", que pretende divulgar los elementos y determinación



efectiva de MASC a través de las TIC en Colombia y otros dos países de América Latina. En definitiva, dado que la tecnología ha penetrado en todos los comportamientos humanos del mundo, no se puede descartar un comportamiento en el ámbito jurídico. En particular, el debate sobre el caso Colombia, con las barreras psicológicas que han acompañado a los abogados y procuradoras así como a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley a lo largo de los años, permite comprender que el acceso a la justicia debe hacerse público desde muchos medios informáticos. Sin embargo, las reticencias de diversos colectivos, incluidos los usuarios de los servicios públicos judiciales, se imponen a las voces decisivas en cuanto a la capacidad de pensar en términos cibernéticos. Hablando de acceso a la justicia, esto también incluye la capacidad de utilizar las tecnologías de la información y la comunicación para iniciar la mediación o el arbitraje.

Nadie debe subestimar los pros y los contras de Internet, sobre todo en términos de relaciones sociales. Aun reconociendo que el uso de Internet por parte de las Naciones Unidas es un derecho humano y que no todos lo disfrutan, los arquetipos en la estructura ideológica siguen líneas tradicionales de manera que hace que algunos funcionen, por ejemplo cuando ya es un intermediario. Sin embargo, cuando surgió el enemigo invisible pero real (COVID19), la comunidad legal comenzó a reconocer la necesidad de recurrir a la resolución de disputas en línea (ODR). Como es bien sabido, la urgente necesidad de proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia ha llevado a las fuerzas del orden público colombianas a emitir un decreto que permite a los centros de mediación y organismos públicos jurídicos prestar servicios de mediación fuera de la Corte. En el caso de audiencias virtuales sincrónicas o asincrónicas, la jurisdicción del mediador extrajudicial también se considera que corresponde a los requisitos actuales de este administrador de juicio. Sobre todo porque los programas de formación ordenados por el gobierno no se adaptan a la nueva realidad.

Los mecanismos de resolución de conflictos por medios informáticos y tecnológicos han sido descritos en diversos ordenamientos jurídi-



cos, con el fin de adaptarlos a las necesidades del ciberespacio. Surge entonces la necesidad de crear mecanismos normativos que fijen los criterios para el buen desarrollo de estos procesos y generen efectos normativos entre las partes intervinientes. Por lo tanto, *Online Dispute Resolution* - ODR comenzaron a potenciarse como un medio eficaz de resolución electrónica de disputas, con las características de mayor eficiencia, menor costo y más fácil acceso a la justicia.

Sin embargo los derechos de consumo se generan a partir de la necesidad de descubrir el saldo en una relación legal debido a las entidades con un alto acceso a la información y el acceso a la información, en comparación con los que vienen a las necesidades del mercado. En este sentido, el desarrollo de la materia, dado de los años sesenta en el mundo y en Colombia desde la década de 1980, se indica en una serie de regulaciones en las que el llamado Estado del consumidor (Ley 1480 2011), hay un sistema de seguridad específico que se ha creado, incluida la lista de derechos y obligaciones, así como algunas de sus formas protectoras, en las que una parte específica para los consumidores en comercio electrónico.

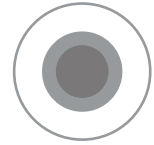
Siendo así cada vez más dinámico y nuevo el progreso en las tecnologías de la información y la comunicación no solo desarrollan nuevas formas de personas relacionadas que representan el contenido provisto de bienes, servicios o experiencia en aquellos que conocemos es una red, que tiene acceso a más actores para los mercados desarrollados así como el caso de los nuevos consumidores. En el caso del consumo por minuto, excediendo la observación actual o la capacidad de observación en el estado de Colombia, existen muchos conflictos que surgen entre fabricantes, bienes comerciales o sus servicios y sus clientes que aún no tienen un marco jurídico en el cual entrar a resolverlos de manera rápida, pero que pueden llegar a encontrarlos en los ODR.



**DESMITIFICANDO
LOS ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)**

*Eduardo Andrés Calderón Marengo
Guillermo Oscar Sal*





EDUARDO A. CALDERÓN MARECO Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Doctor en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA) y la Universidad Externado de Colombia mediante el programa de co-tutela. Actualmente es estudiante del programa posdoctoral de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de Zaragoza, España. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia (CIFAD). Docente y tutor de trabajos de investigación de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Docente de la Maestría en Derecho Económico Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Docente del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Americana (Nicaragua). Evaluador de artículos científicos de revistas indizadas. Miembro del comité editorial de la Revista Vox Juris de la Universidad San Martín de Porres de Perú y de la Revista Aportes al Derecho de la Universidad de Flores de Argentina. Investigador Junior del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTeI de Colombia. Coordinador General de la Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Investigadores e Investigadoras. Nodo Socio Jurídico. Autor y colaborador de diversas publicaciones.

GUILLERMO O. SAL Abogado. Mediador Nacional.

Profesor Titular de la Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Universidad de Concepción del Uruguay (UCU). Miembro Titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Entre Ríos (2017-2019 y 2019-2021). Profesor invitado por la Universidad Cooperativa de Colombia (UCC), Diplomado en Derecho Comparado entre el Derecho Argentino y el Italiano –Università Degli Studi di Bari - Universidad de Concepción del Uruguay–, Tesina: “Las condiciones preexistentes del paciente y la relación de causalidad”, defendida y aprobada con Honores Académicos (2006-2007). Director del Posgrado Internacional de Derecho de Daños entre la Università degli Studi di Bari y la Universidad de Concepción del Uruguay, Tema: “La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Nuovi scenari negli ordinamenti italiano, comunitario e argentino”.

Ex Docente Universitario en la Cátedra de Medicina Legal en la Universidad Adventista del Plata (UAP), Facultad de Ciencia de la Salud - Medicina. Director del Programa de Capacitación en Responsabilidad Civil y Penal, de los Operadores Sanitarios, organizado por la Secretaría de Salud de la Provincia de Entre Ríos y la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Ex Secretario Parlamentario en el Honorable Congreso de la Nación Argentina.





TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN. 1. Las nuevas tecnologías y su influencia en los MASC. 1.1. El medio electrónico y su validez. Apuntes desde el comercio electrónico. 1.2. Los MASC y el uso del medio electrónico. 2. *Online Dispute Resolution*, un nuevo horizonte para los MASC. 2.1. Génesis y concepto. 2.2. ODR, comercio electrónico y Cyberconsumidor. Ventajas y desventajas. 2.3. Experiencias e Inicativas para la regulación de los ODR. 2.4. Los ODR en la Agenda 2030. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Con la llegada de las nuevas tecnologías al derecho, surgen nuevos retos para resolver los conflictos derivados del ciberespacio que permitan cumplir con las exigencias y necesidades de este, es por ello que los ordenamientos jurídicos se vieron en la necesidad de crear mecanismos de resolución que sitúen pautas para un correcto desarrollo de procesos que produzcan efectos jurídicos a los sujetos involucrados. Es así como arriban los *Online Dispute Resolution - ODR*, es decir la adaptación de los mecanismos de resolución de conflictos tradicionales, a través de la utilización de medios informáticos y tecnológicos para asegurar que un proceso sea ejecutado a través de medios electrónicos, respetando la autonomía de la voluntad de los intervinientes al decidir su interés en adoptarlos. Dicho lo anterior, el presente capítulo busca hacer claridad sobre los ODR rescatando su importancia, características, ventajas y desventajas propias que los diferencian de los MASC celebrados de forma tradicional (presencial). Por lo tanto, se pretende poner en evidencia las cualidades de los ODR y desmitificar la noción errónea que se tiene sobre ellos. Lo cierto es que el papel de la tecnología es tomado como esa cuarta parte fundamental de la teoría básica de los MASC en línea, rasgo principal de distinción de estos mecanismos para resolver controversias y alcanzar una justicia digital que permita cumplir con el ODS 16, específicamente la meta número 3.

Palabras claves: MASC, ODR, ODS, concepto, consumidor, tecnología.



ABSTRACT

With the arrival of new technologies to law, new challenges arise to resolve conflicts arising from cyberspace that allow meeting the demands and needs of this, which is why legal systems found it necessary to create resolution mechanisms that place guidelines for a correct development of processes that produce legal effects to the subjects involved. This is how the Online Dispute Resolution - ODR arrived, that is, the adaptation of traditional conflict resolution mechanisms, through the use of computer and technological means to ensure that a process is executed through electronic means, respecting autonomy of the will of the intervening parties when deciding their interest in adopting them. Having said the above, this chapter seeks to clarify the ODRs by rescuing their importance, characteristics, advantages and disadvantages that differentiate them from the MASC held in a traditional way (in person). Therefore, it is intended to highlight the qualities of ODRs and demystify the erroneous notion that is had about them. The truth is that the role of technology is taken as that fundamental fourth part of the basic theory of online MASC, the main distinguishing feature of these mechanisms to resolve controversies and achieve digital justice that allows compliance with SDG 16, specifically goal number 3.

Keywords: MASC, ODR, ODS, concept, consumer, technology.

INTRODUCCIÓN

El mejoramiento de los sistemas de justicia nacionales ha sido un punto álgido de discusión durante muchas décadas, especialmente en Latinoamérica. Es un secreto a voces la congestión de estos sistemas y el represamiento de las causas judiciales, lo que conlleva a una vulneración del acceso a la justicia, en otras palabras, la incapacidad del Estado para proveer instituciones de justicia sólidas impacta negativamente en las aspiraciones de los usuarios del sistema, quienes pretenden ver resarcidos sus derechos.



Desde inicios del siglo pasado, cobró auge la privatización de la justicia, concretamente en el sector comercial. Los Medios Alternos de Solución de Conflictos se han consagrado como una respuesta a las problemáticas de los sistemas de justicia nacionales. Puede enunciarse que la mediación, el arbitraje, la conciliación y la negociación han permitido soluciones en conflictos de índole privada. En materia de comercio internacional ha sobresalido el arbitraje por sus características propias, además de propiciar soluciones alejadas de los conflictos de leyes que se presentan en este ámbito.

Con el desarrollo de la tecnología, se instaló una nueva dinámica, el comercio y la contratación electrónica. Esto permitió la diversificación y masificación de negocios jurídicos por todo el globo principalmente de empresarios con consumidores (B2C), pero a su vez estas relaciones generan conflictos cuando acontecen inconformidades o incumplimientos contractuales. Estas relaciones presentan problemáticas profundas para el *cyberconsumidor*, toda vez que se encuentra ante una relación, en muchas ocasiones, deslocalizadas, donde no se conoce el domicilio del empresario, o bien, se desconoce las legislaciones aplicables a la relación contractual, etc. Dado lo anterior, desde los años 90's, por iniciativa y puesta en práctica de diversas empresas estadounidenses, nacieron los *Online Dispute Resolution* (ODR).

Los ODR, son la combinación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC'S) y los MASC tradicionales, sin embargo, en la actualidad se suelen confundir con la simple permisión de la utilización del medio electrónico en algunos MASC. Por lo anterior se hace imperativo analizar el alcance conceptual y la validez jurídica que hasta hoy han tenido los ODR, con énfasis en la realidad latinoamericana, por ellos se realizará una revisión teórica de las principales acepciones conceptuales, así como la regulación que han tenido en el ámbito internacional y comunitario. El presente capítulo procura dar respuesta a la siguiente interrogante problemática ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de los ODR para determinar la importancia de su implementación y reconocimiento en el espacio jurídico latinoamericano?, asimismo para hilar



el desarrollo de la investigación es pertinente dar una respuesta concreta frente la interrogante secundaria ¿Cuál es el aporte que generan los ODR para paliar las brechas creadas por los sistemas de justicias nacionales y así aportar al cumplimiento del ODS 16?

Esta investigación es de corte teórico con enfoque cualitativa. Así, se adoptó el método inductivo, toda vez que se parte de premisas particulares, como la identificación de los ODR, para luego evidenciar su utilidad y aplicabilidad al desarrollo de la justicia derivado del comercio electrónico, o bien, para otros conflictos de otra índole. Igualmente, se realizó un proceso de fichaje de recursos de información, libros, artículos de revista científica, jurisprudencia, instrumentos internacionales y legislación, con la finalidad de crear argumentos y contraargumentos para dar solución a la problemática planteada.

1. Las nuevas tecnologías y su influencia en los MASC

Desde hace un par de décadas atrás, especialmente con la disrupción del medio electrónico y el auge del comercio electrónico, muchas instituciones jurídicas han tenido que adaptarse o transformarse para integrar la tecnología en su desarrollo o implementación, tal como ha acontecido con la contratación electrónica. Asimismo, Los Mecanismos de Solución de Controversias no han quedado por fuera de estas nuevas tecnologías, han tenido que mudar a lo virtual para lograr una mayor eficiencia, inclusive, muchas legislaciones nacionales han sido permisibles para utilizar el medio electrónico en este tipo de procesos. Un ejemplo de lo expresado anteriormente es el arbitraje virtual, para Abdel Wahab citado por Namén Barquero (2015) "en estricto sentido, *e-arbitration*, significa la integración de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los procedimientos arbitrales hasta el punto en el que son conducidos total o parcialmente en línea" (p. 4).

Así, tomando como ejemplo el arbitraje, puede indicarse que este medio de solución alterna de conflictos se entenderá como virtual cuando se efectuó utilizando las TIC'S, no obstante, debe precisarse que el medio electrónico puede utilizarse en algunas de sus etapas procesales (Namén



Barquero, 2015). Es necesario indicar en este momento que la permisión del uso del medio electrónico en algunas o todas las etapas procesales de los MASC, no los convierte en *Online Dispute Resolution* (ODR), sobre esto se ampliará en líneas posteriores. Tal como se mencionó en precedencia, el medio electrónico se utiliza en los diferentes MASC. Dependiendo del conflicto se utilizará el MASC más adecuado, no obstante, el comercio electrónico ha sido la punta de lanza para la implementación de estos a través de medio electrónico, especialmente el arbitraje, por tales razones se hace imperativo analizar esta actividad económica electrónica (comercio) para comprender el desarrollo de estos.

1.1. El medio electrónico y su validez. Apuntes desde el comercio electrónico

El comercio electrónico, no es un simple concepto, como es sabido, desde la década de los 80's y 90's, ha sido un proceso revolucionario para el ser humano, definitivamente ventajoso para empresarios y consumidores, pero también presenta desventajas e interrogantes, concretamente desde el aspecto jurídico. La mayoría de los trabajos que se han gestado desde las organizaciones internacionales han procurado crear las bases para brindar seguridad jurídica a sus usuarios. Sin temor a duda el comercio electrónico ha cambiado fundamentalmente la corriente de la vida humana, además que elimina muchas de las limitaciones de los negocios que se realizan de forma tradicional. Con la existencia de mercados virtuales que no ocupan ningún espacio físico, permite comprar y vender en cualquier parte del globo.

De manera precisa comercio electrónico es el intercambio de bienes y servicios a través de medios electrónicos, estos medios deben interactuar con una red cerrada o abierta, dicho de otra forma, es el conjunto de transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos. Así, el comercio electrónico para medir su eficiencia debe estar intrínsecamente vinculado con la contratación, la cual se realiza por estos mismos medios (Calderón Marengo & Torres Buelvas, 2021). Si bien la contratación electrónica no es un término uniforme, es posible encuadrarla como un proceso de formación de un contrato que



involucra exclusivamente el uso de medios electrónicos, que deriva en la formación y perfeccionamiento del contrato. Para la contratación electrónica es indiferente la forma de entrega del bien o servicio y el medio de pago, sin embargo, es indispensable que el consentimiento se exprese a través del medio electrónico. A partir de lo anterior, toma especial relevancia el medio electrónico para materializar, tanto la actividad comercial como el contrato mismo (Calderón Marengo & Torres Buelvas, 2021).

Como se mencionó, algunas organizaciones internacionales han realizado trabajos, en su mayoría *Soft Law*, que han delineado una posible regulación del comercio electrónico, entre ellas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), quien en el año 1996 emitió la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en el año 2005 la Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. La labor de la Ley modelo desembocó en la mentada Convención, aunque la primera tuvo mayor éxito que la segunda, empero no se le resta importancia al objetivo que ambos trabajos pretendieron, y es que, desde el inicio del uso de medios electrónicos de comunicación en el comercio, los esfuerzos se encaminaron construir un cuerpo de Derecho para regular adecuadamente el uso de dichas comunicaciones. El objetivo fue y ha sido lograr un cierto grado de neutralidad de los medios de comunicación para que los mensajes y archivos electrónicos puedan ser considerados válidos para satisfacer las reglas que requieren la producción de escritos y las firmas electrónicas, así lo consideró Alba (2009) y Calderón Marengo (2020), pero el trabajo más destacable es la materialización de los principios del comercio electrónico para crear la base jurídica de la validez de los mensajes de datos, las comunicaciones electrónicas y el documento electrónico.

De la Maza Gazmurui (2009) y Calderón Marengo (2020) coinciden que los contratos por medios electrónicos se caracterizan por acoger términos y condiciones, que regularmente son innegociables. En este mismo sentido Calderón Marengo (2020) también coincide Alfar, Bus-



tos, González y Loroño (2005) que estos términos son perjudiciales para el principio de la autonomía de la voluntad del consumidor. Por otra parte, y alejado de estas posiciones, se encuentra lo indicado por De la Rosa (2017) quien considera que la expansión del comercio no sería igual sin estos términos.

En primer orden el principio de equivalencia funcional es considerado como la piedra angular del comercio electrónico; de él se derivan las disposiciones fundamentales que regulan esta nueva actividad mercantil. Este principio es recogido en ambos instrumentos e implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto (Torres Torres, 2010), es decir que el mensaje de datos contenido en una comunicación electrónica tiene la misma validez que el documento físico. En segundo orden se resalta el principio de la autonomía de la voluntad, el cual ha tomado pleno valor en sede internacional dado que los individuos son capaces de diseñarse a sí mismos la estructura, el funcionamiento y el Derecho del instituto contractual que por sus propias declaraciones negócias han creado (Estrella Faria, 2006). Existe otros principios, no obstante, para hilar la discusión de esta investigación se hace imperativo la descripción de los dos principios comentados. Lo pretendido fue otorgar el mismo valor jurídico a los contratos celebrados por medios electrónicos y, además, respetar la autorregulación de las partes a través de la confección de sus propias cláusulas contractuales.

La CNUDMI indica que con base a la Ley Modelo sobre comercio electrónico se ha promulgado legislación en 77 Estados en un total de 156 jurisdicciones, mientras que la Convención ha sido ratificada por 11 Estados únicamente. Para ejemplar lo expresado se trae a colación la Ley 527 de 1999 de Colombia, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Esta normativa otorga a los documentos electrónicos un trato igual que el brindado a la información contenida en



soporte de papel, como bien lo indica el artículo: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (art. 2).

El criterio de equivalencia funcional es con el cual se les da validez jurídica a los nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, siempre que estos se asimilen a los medios tradicionales, a tal punto de cumplir sus mismas funciones (Ortiz Jiménez & Jacome Navarrete, 2020). Para jurado (2011):

El principio de equivalencia funcional se orienta hacia la afirmación según la cual el contenido de un documento electrónico surte los mismos efectos que el contenido de un documento en soporte papel. En otras palabras, la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, lo cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos (p. 53).

Por otra parte, las normas procesales de los ordenamientos jurídicos nacionales también hacen eco al principio de equivalencia funcional, por ejemplo, en el *Código General del Proceso* (2012) de Colombia, en el artículo 247 estipula que: “Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. (...)”. A partir de lo expresado en precedencia es claro y contundente que los mensajes de datos, comunicaciones y documentos electrónicos que viajan por un medio electrónico tienen plena validez, es un capítulo consolidado que surgió a partir del auge del comercio electrónico y de los esfuerzos de organismos internacionales que crearon las bases para su regulación.

1.2. Los MASC y el uso del medio electrónico

Los contratos celebrados por medios electrónicos son plenamente válidos siempre y cuando cumplan con los requisitos esenciales, sujetos, objeto y consentimiento, por ende, de igual forma las cláusulas arbitra-



les adoptadas en ellos son válidas, sin embargo, esto no quiere decir que el arbitraje se celebre por medios electrónicos (Rincón Cárdenas, 2006).

En Colombia, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (2012) en su artículo 23 indica:

En el proceso arbitral podrán utilizarse medios electrónicos en todas las actuaciones y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

Por otra parte, en Nicaragua la Ley de Mediación y Arbitraje expresa que:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o que el mismo se pueda hacer constar por el intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o por cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por otra (art. 27).

Argentina a través de su *Ley de Arbitraje Comercial* (2018) permite que el acuerdo arbitral se establezca por medios electrónicos, además su artículo 9 enuncia que: "Las partes podrán convenir que se realicen notificaciones mediante comunicaciones electrónicas". Como puede evidenciarse, en las legislaciones antes mencionada, es permisible el uso de medios electrónicos, pero de manera concreta para ciertas actuaciones. La normatividad colombiana es un poco más amplia permitiendo que se utilice en todas las actuaciones, inclusive el *Decreto 1074 de 2015* del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en su artículo 2.2.2.4.2.59 permite a las partes, en el marco de la Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre



garantías mobiliarias, pactar conciliación, arbitraje o amigable composición, inclusive por medios electrónicos.

Si bien, el Decreto arriba mencionado es más amplio, comprendiendo que todos los procedimientos de los MASC pueden realizarse por medios electrónicos, no obstante, no puede entenderse que esta permisión significa la implementación de ODR. Sin duda alguna los MASC se han valido del medio electrónico para su desarrollo en algunas o todas sus etapas permitiendo una mayor eficiencia de estos y garantizando procedimientos más expeditos, se ha tenido una confusión frente a los ODR, por tal razón se hace imperativo el estudio de estas nuevas formas aplicadas a los MASC para su correcta implementación y posible reconocimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales.

2. *Online Dispute Resolution*, un nuevo horizonte para los MASC

Como se comentó en el apartado anterior, es innegable las ventajas que ha traído consigo la aplicación del medio electrónico en los MASC. Si bien, arbitraje y mediación, son los medios con mayor incidencia en la resolución de conflictos de orden privado, no obstante, es notorio que para los otros medios también resulta de gran utilidad. En la actualidad, la revolución tecnológica ha permitido automatizar diversos procesos, entre ellos algunos procesos jurídicos, es decir, no solo es la simple aplicación del medio electrónico a diversos procedimientos, sino que a partir de herramientas virtuales puede asistirse a un nuevo espacio en donde se desarrollan completamente, esta ha sido la realidad de los ODR; por tales motivos es imperativo realizar un recorrido desde su conceptualización, validez, importancia y principales instrumentos internacionales que los han reconocido.

2.1. Génesis y concepto

La génesis de los ODR se centra en el desarrollo del comercio electrónico, específicamente, en el auge del consumidor electrónico a partir de la instauración de mercado virtual. La apertura al acceso de bienes y servicios por el medio electrónico amplía la gama de ofertas para el consumidor. Puede identificarse 4 etapas del desarro-



llo de los ODR, tal como lo identifica Mania (2015). La primera fase está comprendida entre 1990 a 1996, llamada como etapa de prueba, la misma coincide con el desarrollo del comercio electrónico, tal como se comentó en precedencia. Entre 1997 y 1998 se crearon los primeros portales web comerciales que ofrecían servicios, elemento esencial para el desarrollo de los mismos. Una tercera fase se ubica entre 1999 y 2000, lo característico de esta fase fueron los proyectos aplicados por muchas empresas, proyectos basados en la resolución electrónica de conflictos. El año 2001 se inició la cuarta fase, denominada institucional, involucrándose los tribunales y las autoridades administrativas (Mania, 2015).

Es posible traer algunos casos a colación sobre las primeras implementaciones de ODR en Estados Unidos de América. *Ombuds Office del Center for Information Technology and Dispute Resolution de la Universidad de Massachusetts*, fue un caso crucial, dado que Ethan Katsh y Janet Rifkin, fundadores de la entidad y considerados los principales promotores de la cuestión de los ODR, iniciaron los procedimientos de mediación únicamente a través de comunicaciones por correo electrónico, lo que finalmente dio lugar a la firma de un acuerdo. Ahora bien, la *Online Ombuds Office* inició el ofrecimiento de servicios de mediación para el portal de subastas eBay, posteriormente (1999), se transformó en el portal *SquareTrade*, uno de los primeros proveedores comerciales de ODR en el ámbito de los conflictos entre consumidores en el mercado estadounidense (Law, 2013).

Por último, puede enunciarse el ejemplo de *CyberSettle*, creado en 1998, tenía por objetivo ofrecer servicios de mediación en línea. A pesar de que durante estos años se notó un auge exponencial de los ODR, dado que su principal ventaja era la funcionalidad adquirida mediante la creación de una red de aplicaciones de Internet especializadas que permitían diversas formas de comunicación, empero, después del año 2000 su aplicación fue en decadencia, sin llegar a extinguir la práctica ya establecida. Es posible verificar los diversos motivos de estos acontecimientos, pero uno de ellos es el más preponderante, el costo



elevado del servicio toda vez que para garantizar la seguridad jurídica debía introducirse tecnologías que protegieran la pérdida de datos y la piratería de la información (Mania, 2015). La experiencia descrita fue trasladada a Europa, concretamente al ámbito del *cyberconsumidor*, aunque su introducción no fue despampanante Europa ha institucionalizado el uso de ODR a través de su normativa comunitaria, este punto se abordará en líneas posteriores.

Enunciada su génesis, es imperativo desarrollar un marco conceptual de los ODR para comprender su diferencia con los MASC tradicionales o el simple uso del medio electrónico en las etapas procesales de estos. A través de los ODR puede llevarse a cabo diversos medios alternativos, inclusive, procedimientos en los que intervienen las administraciones públicas. Fanfeig Wang (2010) acertadamente indica que los ODR no son un simple mecanismo que utiliza el medio electrónico, sino que introduce una aplicación (software) por medio de la cual se realiza el litigio. Ahora bien, el ODR está relacionado directamente con la existencia y el uso de una plataforma.

ODR se ha conceptualizado desde la doctrina y los instrumentos internacionales, pero ambos coinciden que en términos generales ODR es el uso de la tecnología (plataforma) para efectuar el proceso de resolución de conflictos. La plataforma está basada, normalmente, en la web que permite a las partes del proceso enviar información y comunicarse (Cortés, 2017). ODR, al ser un campo que cambia rápidamente, ha desafiado la definición de acuerdo con la nomenclatura existente. Ebner y Zeleznikow destacaron como ODR la interacción entre los campos de las tecnologías de la información y la resolución de disputas (ADR). Ahora bien, con la evolución de la tecnología, ahora puede verse como la inteligencia artificial apoya estos procesos, toda vez que permiten facilitar directamente la resolución de disputas (Quek Anderson, 2018).

Según González Martín y Albornoz (2014) ODR es el resultado de la interrelación entre los MASC con las Tecnologías de la Información y la Comunicación. De este modo, ODR puede aplicarse a mediación, arbitraje en línea, o bien, a la negociación automatizada que se vale de los



procesos de inteligencia artificial. Por otra parte, Yazdani (2020) agrega que los ODR se crearon con el objetivo que el internet permitiera lograr el propósito de resolver disputas a través de él. Es tan cierto, que su uso ha favorecido a la disminución de costos por que hacen posible que las partes eviten viajar y presenten sus documentos y comuniquen cualquier tiempo desde cualquier lugar, incluso cuando las zonas horarias son diferentes. Así, la tecnología, en este caso la plataforma de ODR, reduce la cantidad de tiempo que las partes necesitan viajar para presentarse o los documentos necesarios.

Por último, Hörnle (2012) brinda un concepto muy pertinente:

En pocas palabras, la ODR es la resolución de conflictos fuera de los tribunales, basada en la tecnología de la información y las comunicaciones y, en particular, en el poder de los ordenadores para procesar eficazmente enormes cantidades de datos, almacenar y organizar dichos datos y comunicarlos a través de Internet de forma global y con rapidez. Como concepto, la ODR surgió y se basa en la Resolución Alternativa de Conflictos (ADR), que se refiere a los procesos de resolución de conflictos extrajudiciales, como el arbitraje y la mediación. (p. 2)

Teniendo en cuenta estas consideraciones puede brindarse un concepto más preciso, ODR son mecanismos operados a través de plataformas en las que, desde herramientas automatizadas y en red, se permite espacio para las personas en litigio, o en riesgo de llegar a un acuerdo, pueden negociar y, siendo ese el caso, llegar a un acuerdo consensuado que ponga fin a la disputa (De Sousa Trovão & Mollica, 2020). Es así que, la tecnología es una parte vital para la ejecución de los ODR, por ello es llamada la cuarta parte en el proceso. El papel fundamental de la tecnología en este nuevo espacio es la gestión del procedimiento y el establecimiento de la agenda, orientar eficazmente a los litigantes a una solución consensuada, cuando sea posible, la elección de los medios de comunicación de manera estratégica, intermediación entre las partes y el mediador, conciliador o árbitros.



Ortega Hernández (2019) considera que los ODR son una sinergia entre los tradicionales MASC y la tecnología, tal como lo han expresado los autores anteriormente citados, no obstante, agrega que debe tenerse en cuenta que la naturaleza de estos no cambia, sino que agrega un componente que les permite ser más eficiente. Dicho de otro modo, las prácticas y principios de los MASC son los cimientos de los ODR, de ahí que las ventajas adquiridas son maximizadas por la expansión que permite la tecnología. Se comentó que los ODR fueron pensados para resolver conflictos derivados del comercio electrónico, como aconteció con *e-bay*, empero, estos criterios pueden ser aplicados a un nivel más elevado.

Continuando en la línea de este derrotero, es palpable que el sistema tradicional constituye una triada (partes y tribunal), en el caso de los ODR se convierte en una relación cuadrangular gracias al elemento tecnológico, que es protagónico en este escenario. En los procedimientos de ODR la tecnología asiste al árbitro o mediador como una especie de aliado, pero no forma parte del conflicto. Ortega Hernández (2019) insiste que la tecnología es una herramienta que interactúa de manera sincrónica con la tercera parte, tribunal, pero esta presenta una doble perspectiva, en primer lugar, se puede hablar de los medios tecnológicos propiamente dichos que permiten y potencian la comunicación entre las partes, por ejemplo, un computador, un teléfono móvil, una Tablet, etc. En segundo lugar, el entorno virtual que interactúa con el medio electrónico a través de una red abierta, también denominados espacios virtuales (plataformas, aplicaciones, etc.).

Por lo anterior, expresan Ortega Hernández y Lezcano (2010) que la especialización de los ODR depende de la capacidad de los desarrolladores de *software* para reducir las variables del conflicto y que las partes tengan acceso, es decir que debe procurarse un uso amigable del *software* con la construcción de algoritmos sencillos. De esta manera, las variables deben ser simples, es decir los portales de ODR deben cubrir aspectos muy específicos y reducidos para poder ser efectivos. Se podría afirmar que, el éxito de los ODR recae en la capacidad para tener una



competencia muy reducida en cuanto a la materia, aunado a una proliferación de portales adecuados a las necesidades de los usuarios de la red. Ciertamente, para un desarrollo continuo de las plataformas de ODR los *softwares* deben ser amigables y de fácil acceso para los usuarios.

Para concluir con este entramado conceptual, se tiene que, indubitablemente, los ODR, deben incorporar el uso de las tecnologías, para efectuarse. Por ello, los medios electrónicos en los ODR serán la herramienta de ayuda para el desarrollo virtual del proceso alternativo. Son procesos automatizados que permiten usar soportes asincrónicos, como los correos electrónicos, y sincrónicos como un chat o una videoconferencia, para facilitar reuniones virtuales como si fueran presenciales, mediante plataformas o medios electrónicos. Son escenarios virtuales en los que se desenvuelven, integrando estos recursos que proporcionan las TIC para auxiliar a las respectivas partes en toda la dinámica de comunicaciones electrónicas entre ellos (Rodríguez Palacios, Calderón Marengo & Sal, 2021). Ahora bien, continuando con esta investigación es necesario dar paso al análisis de los ODR frente al comercio electrónico y el *cyberconsumidor*, dado que sigue siendo el espacio con mayor preponderancia se desarrollan estos mecanismos y así comprender su correcta implementación y validez desde lo jurídico.

2.2. ODR, comercio electrónico y Cyberconsumidor.

Ventajas y desventajas

En los apartados precedentes se ha indicado la relevancia del comercio electrónico para el desarrollo e implementación de los ODR. Según Jeretina (2018) comercio electrónico, desde una perspectiva amplia, incluye la compra y venta de bienes, así como prestación de servicios a clientes y/o consumidores realizados a través de un medio electrónico que permita la interacción con una red abierta o cerrada, como el internet o el intercambio electrónico de datos.

El comercio electrónico puede clasificarse según sus intervinientes, B2B (empresa entre empresa), B2C (Empresa a consumidor), B2G (empresa y gobierno) y C2C (consumidor entre consumidor); Ciertamente,



el volumen de comercio electrónico B2B y B2C ha aumentado exponencialmente y continuara aumentando drásticamente, especialmente por el efecto directo causados por la pandemia y las medidas de restricción de movilidad. Así, es lógico y razonable que, al aumentar las relaciones comerciales, eventualmente aumenten las disputas que surjan en Internet entre empresas y empresas, o consumidores y empresas (Muñoz López, 2009). Madrid Parra (2011) comparte que los ODR se han convertido en una cuestión imperiosa para el comercio electrónico. Estos medios son coherentes con el desarrollo de esta actividad económica por el medio electrónico, así, es lógico que se demande también la posibilidad de resolver controversias utilizando esos mismos medios.

De la misma manera, en esta práctica se ha desarrollado el término de *cyberconsumidor*, ese sujeto fundamental en la relación jurídica por medios electrónicos, pero también es el sujeto por excelencia de los desarrollos tecnológicos dispuestos para el mercadeo virtual de bienes y servicios. El mercado virtual ha afianzado el actuar del consumidor a través de estos medios, según Peña Valenzuela (2004), comparte que el *cyberconsumidor* tiene la posibilidad de elección de bienes y servicios a un clic de distancia, participando activamente del comercio internacional a condición simplemente de tener acceso a la red global. Las ventajas del comercio electrónico para el consumidor son muchísimas, igualmente, puede señalarse desventajas de las cuales se han derivado algunos tópicos que deben fortalecerse, dado que han sido de constantes ataques, entre ellos, los medios eficaces de resolución de controversias (Trías, 2007). Indiscutiblemente la virtualidad emula una realidad consumista dado que existen nuevas formas de motivar a los *cyberconsumidores* (Pérez-Fabara, Sánchez-Charro & Quinatoa-Arequipa, 2017).

De manera concreta puede indicarse que *cyberconsumidor* es por regla general una persona natural que ve en los medios tecnológicos una herramienta útil para adquirir bienes o servicios, es una especie nueva que ha tomado mayor fuerza, dada la facilidad para acceder a nuevas formas de comercialización y el abaratamiento de las tecnologías informáticas; es decir, que aunque este tipo de negociaciones a través



de medios electrónicos generen inseguridad para el *cyberconsumidor*, este termina accediendo a dicho negocio, por la comodidad y forma de obtenerlo (Plata Sarmiento & Castro Galán, 2016). Igualmente, la contratación electrónica ha diversificado su tipología, hoy en día es posible hablar de contratos electrónicos. Esta vorágine electrónica ha dado pauta a la creación de los contratos *Wraps*, típicos del comercio B2C. Los contratos *Wraps*, nacieron en el seno de las páginas webs, son el género de todas las nuevas formas de manifestación del consentimiento, se refieren a contratos adhesivos de todo tipo presentados en internet o con interferencia de un medio electrónico, tienen la particularidad de que son exhibidos en diferente formato, esto es, su procedencia y el modo como se muestra ante el usuario que difiere de la forma tradicional.

Estos contratos son figuras análogas de los contratos por adhesión tradicionales, teniendo en cuenta que se configuran como términos y condiciones o condiciones generales del contrato y estas son predisuestas por el oferente como tradicionalmente se hace en varios contratos (Calderón Marengo & Torres Buelva, 2021), dicho de otra manera son contratos que se perfeccionan a través de la aceptación de los términos y condiciones que contiene el contrato electrónico, esta es una aceptación explícita o implícita (*Click wrap o Browse wrap*) puesto que una particularidad de este tipo de contratos es que da a conocer los términos y condiciones al aceptante (Jácome Navarrete, & Villamil Moreno, 2020).

Los contratos *Wraps* intensifican la problemática del *cybersonsumidor*, dado que la masificación del contrato solo permite aceptar o no los términos y condiciones. Actualmente, para paliar esta problemática las buenas prácticas de las empresas ofrecen soluciones de controversia a través de los ODR. Luz Clara (2019) considera que con relación a esta situación surgieron las plataformas electrónicas de resolución en línea, son un sitio web interactivo con el usuario, permitiendo que los consumidores resuelvan sus reclamos extrajudicialmente de modo rápido y eficaz, aportando confianza al comercio electrónico, especialmente para compras transfronterizas, una ventaja indiscutible. Por esta razón, es un punto fundamental



colocar en la agenda internacional de Estados y Organizaciones Internacionales como prioridad, fomentar la reglamentación de estos.

Generalmente, este tipo de plataformas permiten a los usuarios ingresar sus reclamos, a través de formularios en línea, disponibles en distintos idiomas, igualmente permite adjuntar documentos, mantener el intercambio seguro de datos que transmiten las partes, informando sobre sus derechos y mediante su consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Es que se puede llevar a cabo mediante entidades acreditadas y mediante la plataforma que el usuario acepta al interactuar con ella. Ahora bien, debe agregarse que los ODR permiten la utilización de tecnologías, las cuales pueden ser automatizadas o con la intervención humana (Luz Clara, 2019).

En las líneas precedentes se ha dejado establecido el beneficio que conlleva la aplicación de los ODR para el *Cyberconsumidor*, toda vez que ofrece un punto único de entrada a los consumidores y comerciantes que buscan resolver los conflictos extrajudicialmente que hayan surgido de transacciones en línea; además de los ejemplos mencionados en los apartados anteriores puede resaltarse la experiencia de la plataforma de ODR de los consumidores de la Unión Europea, una plataforma basada en la web desarrollada por la Comisión Europea para ayudar a los consumidores y los comerciantes resuelven sus litigios contractuales sobre la compra de bienes y servicios en línea extrajudicialmente a bajo coste y de forma sencilla y rápida; el Centro de Resolución de *eBay*, *Modria.com*, es una empresa derivada de los departamentos de ODR de *eBay* y *PayPal*, ofrece una plataforma basada en la nube en la que las empresas y organismos públicos pueden personalizar y crear sus propios servicios propios servicios ODR; y *WeClaim*, es un sistema de resolución de conflictos parcialmente automatizado de litigios, lanzado en Francia, para ayudar a los particulares a presentar pequeñas reclamaciones y a unirse a acciones colectivas. Ya ha resuelto más de 1.000 reclamaciones y tiene 4.000 pendientes, y cobra una tasa de éxito del 25%. (Barnett, & Treleaven, 2018). Como puede evidenciarse, la mayoría de estas experiencias están dirigidas a ofrecer soluciones alternas a consumidores.



Otras de las ventajas que produce estos medios son la disminución de los gastos de viaje, eliminación de las limitaciones geográficas y desequilibrio de poder, por ello, hoy en día las empresas y los consumidores pueden sentarse en una mesa virtual a negociar y resolver conflictos con empresas más grandes. Igualmente, la mediación en línea puede realizarse por correo electrónico o a través de un sitio web seguro. Entonces, puede resaltarse que la ventaja más reconocida de estos mecanismos es que las partes no tienen que recorrer largas distancias para negociar, esto desemboca en la accesibilidad que representa este medio (Muñoz-López, 2009).

A pesar de lo comentado en precedencia, la accesibilidad es una de las ventajas más notables, empero puede presentarse como una desventaja. De manera concreta, la accesibilidad a los ODR puede dificultarse en las comunidades no representadas y de bajos ingresos, personas con discapacidades físicas y a usuarios que incapacidad de entender el idioma o el proceso. Atendiendo lo anterior, debe tenerse en cuenta algunas apreciaciones que comparte Carlson (2020), las personas de bajos ingresos son más propensas a tener acceso limitado a computadoras y conexiones confiables a Internet, y no son necesariamente conocedoras tecnológicamente. Con el fin de ODR para aumentar el acceso a la justicia para estas poblaciones, el ODR plataforma debe diseñarse teniendo en cuenta estas limitaciones. Con respecto a las personas con discapacidad las plataformas deben diseñarse para evitar exclusiones tomando en cuenta métodos alternativos, asimismo, debe sumársele la posibilidad de traducción integral a otros idiomas, y no basta con la traducción del sitio web, sino la prestación de intérpretes versados en lenguaje jurídico y conceptos se utilizan para traducir la ODR lenguaje de plataforma.

A estos argumentos debe agregarse otra desventaja, la seguridad en el ciberespacio. Al igual que los procesos judiciales requieren fuertes niveles de seguridad y confidencialidad, también es de vital importancia para los ODR, punto que ha sido ampliamente discutido, y es que, a medida que la era tecnológica avanza rápidamente y se almacena más información en línea, la seguridad en Internet es de suma importancia



para todos los sistemas, incluyendo ODR. Para dar posibles soluciones a esta problemática, los sistemas de ODR deben propender a un alto nivel de seguridad creando salvaguardias en el sistema, también puede incluirse otros mecanismos como proporcionar explicaciones y mayores niveles de apoyo, con ello los individuos desarrollarán una sensación de confianza en el contenido del sistema (Carlson, 2020).

Como colofón de este apartado, se tiene que los ODR tienen un gran potencial para aumentar el acceso a la justicia, especialmente para el consumidor, si bien, existen muchas ventajas también pueden observarse las oportunidades de mejoras para disminuir las desventajas de estos medios sobre todo para procurar una mayor accesibilidad. Sin temor a equívocos, los ODR poseen un gran potencial para cambiar el panorama legal tal como se practica hoy en día. Para sustentar estas afirmaciones será necesario revisar las principales experiencias e iniciativas que se han llevado a cabo para regularlos.

2.3. Experiencias e Iniciativas para la regulación de los ODR

Es necesario iniciar este apartado resaltando el trabajo que ha realizado la CNUDMI en todo el orbe sobre comercio internacional, no ha sido distinto para el caso de los ODR. Desde el año 2017, se crearon las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. Este trabajo se inició desde el año 2010 por el Grupo de Trabajo III (O'Sullivan, 2016). Las notas técnicas son precisas al indicar que son descriptivas más no vinculantes, por lo que cada ordenamiento jurídico es el que decide si las adopta a sus modelos o no, pues las mismas no pretenden ser utilizadas como un reglamento exhaustivo de ODR, es decir son un instrumento de *Soft Law*. Las *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea* (2017) acogen una serie de procedimientos y etapas donde se vislumbran el uso del medio electrónico. En resumidas cuentas, el proceso debe iniciar con una negociación mediante la plataforma, esto se realiza mediante la emisión del mensaje al administrador, posteriormente, este le notifica al demandado la existencia del reclamo y una vez se tenga respuesta, el administrador se encarga de comunicarle la respuesta al reclamante (Pedraza Gómez, 2021).



De manera más detallada Ortolani (2015) explica que las notas técnicas tienen dos vías de soluciones con diferencias fundamentales, mientras la primera es un procedimiento de tres fases, la segunda tiene dos. Durante la primera vía, en la primera fase se pretende que las partes lleguen a una negociación, caso que las partes no logren, se inicia una fase de solución facilitada con la asistencia de un tercero neutral. Si la solución facilitada tampoco tiene éxito, el conflicto se remitirá a un arbitraje y el resultado será vinculante para las partes. En cambio, la segunda vía, igualmente tiene una fase de negociación y otra de solución facilitada, pero no incluye la fase de arbitraje vinculante, al final de la solución facilitada, la tercera parte neutral formulará una recomendación sobre la resolución del litigio, pero las partes serán libres de ignorarla y presentar una demanda ante el tribunal estatal competente.

Debe resaltarse que el principal objetivo de las notas técnicas fue establecer un marco normativo internacionalmente aceptado y de confianza para la ODR; la CNUDMI procuró alejarse del derecho nacional de protección del consumidor y adopta una forma de derecho transnacional de protección del consumidor derivado de la característica del comercio electrónico, la deslocalización, así mismo procuró alejarse del derecho internacional privado y de la utilización de los tribunales para hacer cumplir los ODR, confiando en cambio en los mecanismos privados de ejecución en la medida de lo posible. Por tanto, la iniciativa, aun poco implementada en Latinoamérica, se basó en la fuerte convicción de crear un marco jurídico claro y autorizado en forma de normas para ampliar la posibilidad del acceso a la justicia en estas relaciones asimétricas (Hörnle, 2012).

Las normas técnicas han sido un ejercicio aplaudible, no obstante, aún son incipientes, necesarias, pero con muy poca aplicación. Cabe destacar que este no fue el primer ejercicio sobre ODR, la Unión Europea precedió a la CNUDMI. El marco regulatorio se basa en la 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 (DRALC) y el 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) Nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

Ambos instrumentos tienen un objetivo común, aplicar la resolución alternativa de las controversias referentes a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios derivados del comercio electrónico indirecto como al directo, según lo establecido en el art.2 de cada reglamentación. Además, tanto Directiva como Reglamento, se encuentran íntimamente relacionados, dado que el Reglamento proporciona a las entidades alternativas en materia de consumo que cumplan con los principios de la Directiva, una plataforma europea de resolución en línea para tramitar en línea las reclamaciones de los comerciantes y consumidores (Pérez Martell, 2020).

Por su parte, la *Directiva 2013/11/UE* asegura que los consumidores de la Unión Europea puedan dirigirse a organismos de resolución alternativa de litigios certificados cuando tengan un problema con una empresa, empresario, comerciante con respecto a la adquisición de un producto o un servicio, independientemente de si la compra se hizo en línea o no. Debe resaltarse que el considerando 5 de la *Directiva 2013/11/UE*, tuvo en cuenta que, en ese momento, la resolución alternativa de litigios entre consumidores y comerciantes no estaba desarrollada de manera suficiente y coherente lo que constituía un obstáculo al mercado interior. Por tanto, la Directiva, obliga a los Estados miembros garantizar a los consumidores que residen en la Unión Europea la facultad y la probabilidad de solucionar sus conflictos específicos del entorno del consumo, mediante procedimientos efectivos, rápidos, independientes, imparciales, transparentes y justos, con empresarios establecidos en cualquier Estado miembro. A que cada Estado miembro ha de garantizar la existencia de un número suficiente de entidades de resolución alternativa (Pérez Martell, 2020).

Por otra parte, el Reglamento, tal como se mencionó, se aplica a los litigios derivados de los contratos de compraventa o prestación de servicios que se celebren en línea entre un consumidor residente en la Unión Europea y un comerciante establecido asimismo en la Unión,



siempre que la resolución del litigio se lleve a cabo por una entidad homologada, es decir, cualquier entidad que cada autoridad competente nacional haya incluido en un listado al efecto, después de haber comprobado que cumplen con los requisitos exigidos por la Directiva, en su artículo art. 20. El requisito indispensable es que la contratación sea electrónica (Fuenteseca Degeneffe, 2017).

Así las cosas, América Latina no tiene una implementación uniforme de los ODR, especialmente, porque los Estados han aceptado el uso de estos a través de sus legislaciones nacionales tomando como parámetro las Normas técnicas de la CNUDMI. Ortega Hernández (2014) comparte que durante la Séptima Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) Organización de Estados Americanos, se procedió a presentar propuestas para crear generar un marco jurídico que protegiera a los consumidores y la aplicación de los ODR. Se presentaron dos propuestas concretas, la primera sobre una convención de ley aplicable, propuesta por Brasil, Argentina y Paraguay y una propuesta para crear un marco de cooperación en la región sobre ODR realizada por los Estados Unidos de América. La primera propuesta dio paso a la creación de la guía sobre el derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, emitida en el año 2019. No obstante, la propuesta de EUA, quedó en una simple propuesta; alcanzó a ver la luz primeramente la Notas técnicas de la CNUDMI, y como se mencionó en precedencia, aún no ha tenido el impacto esperado en Latinoamérica.

Por lo anterior, puede mencionarse algunos ejemplos adoptados desde las legislaciones internas. Colombia desde la expedición de la Ley 527 de 1999, inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, reconoce el principio de equivalencia funcional, es decir que los mensajes de datos poseen el mismo valor que los documentos escritos. En el año 2018 el Ministerio de Justicia y del Derecho publicó el *Reglamento Modelo Aplicable al Arbitraje por Medios Electrónicos para la Resolución de Controversias sobre Garantías Mobiliarias*



(2018) el cual le permite a los involucrados en controversias relativas o surgidas a raíz del otorgamiento o la suscripción de garantías mobiliarias (reguladas en la ley 1676 de 2013) resolverlas a través de una plataforma virtual. Cabe destacar que este reglamento encuentra su reflejo en el trabajo realizado por la CNUDMI.

El objetivo principal era incentivar y facilitar el acceso a la administración de justicia, suprimiendo etapas procesales innecesarias y promoviendo la conformación de un procedimiento expedito y 100% en línea que cuenta con dos etapas (Lozada Pimiento & Becerra Sánchez, 2018). La primera es la interposición de la demanda mediante un formulario a través de la plataforma REC, dando paso a la etapa de negociación automática a través de un chat, en caso de no llegar a negociaciones se procede a la escogencia del único árbitro, y luego a la etapa probatorio. El proceso culmina con la emisión del laudo arbitral. Únicamente se aplica ODR para controversias que versas sobre garantías inmobiliarias, y es que, como se evidenció en los primeros apartados El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia no hace alusión a la implementación de estos medios.

Para el caso mexicano, en el año 2006 la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), creó un servicio electrónico de resolución de conflictos, Concilianet, que por medio de su portal web y de las tecnologías de la información y de la comunicación facilita el acceso y acerca el procedimiento conciliatorio al consumidor, el proyecto inició hasta el año 2008. Concilianet es un portal de PROFECO que permite la resolución en línea de conflictos entre consumidores y proveedores nacionales de bienes y servicios. Si bien, puede presentarse como un posible ODR, Concilianet no solo se utiliza para la solución en línea, sino que para todo tipo de conflicto. Un punto negativo de la plataforma es que solo puede ser utilizada en conflictos contra empresas que suscriban un Convenio de Colaboración con la Procuraduría, en otras palabras, si un proveedor no ha suscrito un convenio de colaboración para poder resolver quejas mediante Internet, entonces el consumidor tendrá que presentar la reclamación de manera personal en alguna de



las Delegaciones de PROFECO y seguir un procedimiento de conciliación tradicional presencial. Puede decirse que en México proveedores de servicios ODR dedicados en exclusiva a la resolución de conflictos B2C de comercio electrónico de gran volumen, escasa cuantía y de índole transnacional (Nava González, 2020). No obstante, los objetivos de Concilianet son acordes a los ODR, contribuir al acceso de la justicia a través de los medios electrónicos y a bajos costos, accesibles al cyberconsumidor. Esta referencia no ha estado fuera los puntos de la agenda de los Estados y organizaciones internacionales, verbigracia, los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

2.4. Los ODR en la Agenda 2030

A lo largo del presente trabajo se ha hecho hincapié que los ODR presentan una gran ventaja, un mayor acceso a la justicia. Si bien, los MASC se caracterizan por esto mismo, ahora con el uso de la tecnología se acrecienta exponencialmente. Cuando contemplamos las reglas relativas de la reparación o del resarcimiento, como objetivo final de la responsabilidad por daños, ocupa un lugar preponderante y vital en la mayoría de los sistemas jurídicos el denominado principio de reparación integral. Este principio, conocido también en su expresión latina *restitutio in integrum*, se dirige a restablecer tan exactamente posible el equilibrio destruido por el daño y volver a la víctima a la situación que se encontraba, como si el acto dañoso no hubiera tenido lugar. Así se encuentra puesta la exigencia de plenitud de la reparación, de equivalencia cuantitativas entre el daño sufrido y la reparación otorgada (Brun, 2015). Los MASC pretenden ser fiel a este principio, tomando en cuenta la garantía del acceso a la justicia a través de ellos.

Ahora bien, las Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha sido impulsora de la garantía que deben brindar los Estados para acceder a la justicia, esto representa un desafío. Frente a este y otros desafíos, los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, actores de la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado, iniciaron un proceso sin retorno de negociación abierto, democrático y participativo, que resultó en la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sos-



tenible, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, en septiembre de 2015 (Naciones Unidas, 2018).

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible se enmarcan en el programa adoptado por la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de la Asamblea General No. 20/01 de 2015. Ellos pretenden reducir los daños ambientales, resaltar el papel de recursos naturales, el crecimiento económico, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, así como el rol que debe jugar el Estado y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para lograr las 169 metas demandadas.

Uno de los ODS, el 16, Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. Particularmente, busca fortalecer la democracia e instituciones para un mejor acceso a la justicia en todas sus jurisdicciones: penales, civiles, laborales, comerciales, entre otras (Herrero, 2018). De manera más concreta este objetivo "se centra en la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles" (Naciones Unidas, 2018, p. 71). En ese sentido, adquiere total vigencia el reconocimiento y aplicación de los *Online Dispute Resolution* (ODR) como una apuesta sólida para generar un mayor acceso a la justicia, y no únicamente en materia de consumidor. Además, en este contexto, puede afirmarse que, la reparación integral constituye, un principio, un valor jurídico que ha de inspirar el ordenamiento jurídico, tanto en su construcción como su interpretación y aplicación en el caso concreto¹⁴, teniendo en cuenta las particularidades de los derechos en juego (Vicente Domingo, 2013).

Es de conocimiento que, en América Latina los órganos jurisdiccionales presentan alto número de rezago en los procesos judiciales afectándose la construcción de una justicia sólida y, a su vez, con repercusiones en el desarrollo y sistema económico de los países. Por ello, los sistemas judiciales no fortalecidos afectan la inversión, porque los implicados en controversias jurídicas esperan resolverlos en forma expedita. Precisamente, como lo dice el Banco Mundial (2019): "La ne-



cesidad de garantizar el Estado de derecho y una mayor transparencia es una prioridad de desarrollo que goza de creciente aceptación”.

Pero el asunto no es solo falta de inversión y por ende estancamiento del desarrollo económico; sino las realidades sobre el manejo de los conflictos y la necesidad de tener respuestas oportunas para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos mediante acceso real a la administración de justicia para apostarle a la cultura para la paz y la sana convivencia constructiva. A esto se le suma la falta de adecuación de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos para permitir la aplicación de nuevas formas y medios, tales como los ODR.

Como se comentó, el ODS 16 pretende la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, logrando facilitar el acceso a la justicia para todos, para ello es necesario la creación de instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles, igualmente, las leyes y las políticas deben aplicarse sin ningún tipo de discriminación. Las controversias deben resolverse mediante sistemas de justicia y política que funcionen bien. Y es que, la falta de acceso a la justicia conlleva a que los conflictos no se resuelvan y por ende las personas no puedan obtener protección, y mucho menos reparación por el menoscabo de un Derecho. Así, las instituciones que no funcionan con arreglo a la ley son propensas a la arbitrariedad y al abuso de poder (Naciones Unidas, 2017).

Osna (2019) considera que la compatibilidad entre los ODR y el acceso a la justicia está directamente corroborada, es la realidad de una sociedad que se desarrolla y desempeña a través del medio electrónico, por ende, las disputas serán en este ambiente (virtual), por tanto, la resolución de disputas también debe mostrarse lo suficientemente maleable como para acompañar las modificaciones necesarias. Solo así su legitimidad será debidamente preservada. Estos medios se han potenciado a partir del ideal de acceder a una justicia menos costosa y más expedita. Cada vez se hace palpable, el reconocimiento de los ODR es inminente para la realidad latina, por tanto debe tenderse al desarrollo de los mismos, darlos a conocer masivamente, y avanzar en el uso



de las herramientas tecnológicas para un mejor servicio ajustado a las necesidades del siglo XXI, que permita dar soluciones sin llegar a los tribunales constituye un desafío importante para afianzar la justicia y sembrar la cultura de paz, dando cumplimiento de este modo a uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para la Agenda 2030, como es el previsto bajo número 16, así lo comparte.

CONCLUSIONES

Los ODR nacieron en el seno de las relaciones comerciales electrónicas. Si bien, la doctrina ha realizado sendos ejercicios por conceptualizarlos puede decirse que son medios alternos de conflictos que se desarrollan totalmente en el espacio virtual al través del uso de las tecnologías, concretamente, una plataforma que aloja los procedimientos contemplados en diferentes fases. Mediación, arbitraje, conciliación y negociación pueden celebrarse a través de los ODR, no obstante, debe afirmarse que estos no obedecen a una simple permisión del uso de medios electrónicos para cierta fase procedimentales, tal como reconoce las legislaciones: nicaragüense, colombiana y argentina. Los ODR contemplan una cuarta parte, la plataforma y su administrador, permitiendo a las partes su interacción con la resolución del conflicto. Esta impresión conceptual se ha tornado polémica, siendo que los ordenamientos jurídicos que reconocen el uso del medio electrónico no están, verdaderamente, implementando o reconociendo a los ODR.

Ventajas y desventajas han sido señaladas a lo largo del presente capítulo. Debe resaltarse que el objetivo de los ODR es contribuir al acceso a bajo costos a mecanismos alternos de solución de controversia mediante la tecnología, igualmente la agilidad que imprime este medio ha permitido su empoderamiento en las relaciones de consumo. Sin embargo, derivado de sus beneficios también su utilización se ha extendido a otras relaciones privadas distintas al *cyberconsumidor*. La pertinencia, utilidad, viabilidad y validez de los MASC tradicionales es un capítulo consolidado, por tanto, las mismas ventajas de estos son observadas en los ODR, sobre todo porque la tecnología elimina otras limitantes, como la distancia. Si bien,



las ventajas son palpables, aún presentan desventajas, verbigracia, la seguridad en el ciberespacio de los datos de los usuarios, o bien, el diseño de plataformas que impiden su manejo por personas con discapacidad. Igualmente, se resalta la falta de acceso al medio electrónico de ciertos sectores con menos recursos económicos. Por otro lado, los ODR presentan límites, por ejemplo, en Latinoamérica aún no existe una regulación nacional o internacional para su reconocimiento, únicamente, existen ejercicios aislados como es el caso colombiano para la resolución de controversias de garantías mobiliarias. Empero, determinadas sus ventajas es posible demostrar que su reconocimiento es totalmente pertinente e importante para la realidad de la región.

Con el ánimo de abatir estas limitantes, han surgido iniciativas para su reconocimiento y regulación. La Unión Europea despuntó en este ejercicio emitiendo 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 (DRALC) y el 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/CE. Como es evidente, únicamente se aplican para las relaciones de consumo. La CNUDMI no se quedó atrás y en el año 2017 emitió un instrumento de *Soft law*, las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, aunque lo pertinente hubiera sido la creación de una ley modelo para ser acogida por los Estados. Hasta hoy en nuestra región no ha tenido mayor incidencia. Como se comentó en precedencia, los ODR se han implementado por las buenas prácticas de organismos y empresarios, verbigracia, el caso mexicano de Concilianet, aunque no es un ODR propiamente. O bien, el caso colombiano que aplicó los ODR a través de reglamento a las controversias sobre garantías mobiliarias.

Así, no puede quedar por fuera de este espacio conclusivo el aporte que hacen los ODR a los ODS, específicamente al número 16, Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. El mayor aporte que realizan los ODR es



la disminución de la brecha al acceso de la justicia para salvaguardar los derechos de los usuarios del sistema, esto resulta de mayor envergadura para América Latina, dado el contexto, por ende, es necesario recalcar la propuesta de reconocimiento de los ODR a través de una Ley Modelo, o bien, mediante un instrumento de *Hard Law* que apunte a un Derecho uniforme.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alba, M. (2009). Electronic Commerce Provisions in the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. *Texas International Law Journal*, (44), 387–416.
- Asamblea Nacional (24 de junio del 2005). Ley de Mediación y Arbitraje [Ley 540]. DO: 122.
- Banco Mundial (2019). Perspectivas de las autoridades. *Informe mundial 2019*. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/about/annual-report/leadership-perspectives>
- Barnett, J. y Treleaven, P. (2018). Algorithmic Dispute Resolution—The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies. *The Computer Journal*, 61 (3), 399-408.
- Brun, P. (2015). Responsabilidad Civil Extracontractual. Perú: Instituto Pacífico.
- Calderón Marengo, E. A. & Torres Buelvas, J. (2021). La autonomía de la voluntad y los contratos wraps. En, C. Reyes Díaz, R. Martínez Regino & H. A. Ramírez Medina, *Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México* (191-228). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carlson, W. (2020). Increasing Access to Justice through Online Dispute Resolution. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 7 (1), 17-31.
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil [CNUDMI]. (2017). *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea*. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil [CNUDMI]. (1996). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce



- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil [CNUDMI]. (1996). *Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 8489.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1564 de 2012]. DO:48.489.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de agosto de 1999). Ley 527. *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. DO: 42745.
- Cortés, P. (2017). *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*. Cambridge University Press.
- Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. (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) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo)*. Diario Oficial de la Unión Europea.
- Estrella Faria, J. A. (2006). British Institute of International and Comparative Law The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Introductory Note. *The International and Comparative Law Quarterly*, 55 (3), 689–693.
- Fanfeig Wang, F. (2010). *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*. Cambridge University Press.



- Fuenteseca Degeneffe, C. (Coord.). (2017). *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR Y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) Nº 524/2013)*. Editorial Reus. <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2280/es/ereader/ucc/46678?page=215>.
- González Martín, N. y Albornoz, M. M. (2014). Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y Desarrollo. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (12), 1-21. <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.12>
- Herrero, M. S. (2018). *ODS en Colombia: Los retos para 2030*. https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODS/undp_co_PUBL_julio_ODS_en_Colombia_los_retos_para_2030_ONU.pdf
- Hörnle, J. (2012). *Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond - Keeping Costs Low or Standards High?* <https://ssrn.com/abstract=2154214> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2154214>
- Jácome Navarrete, L. F. y Villamil Moreno L. M. (2020). La utopía de la intimidad en los contratos de las redes sociales. En, *Décimo Encuentro Nacional y Octavo Internacional de Investigación de Facultades de Derecho, versión 2020 de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pereira – Cartago, Campus Cartago, Facultad de Derecho*. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/20600>
- Jeretina, U. (2018). Consumer Online Dispute Resolution (ODR) – A Mechanism for Innovative E-governance in EU 1. *Central European Public Administration Review*, 16 (2), 45-67.
- Jurado, A. (2011). Valor probatorio del documento electrónico. *Cuestiones Jurídicas*, V (1), 51-68.
- Law. K. M. (2013). *Best technology practices of conflict resolution specialists: A case study of online dispute resolution at United States universities* [Tesis de Doctorado, California State University] ProQuest.



- Lozada Pimiento, N. y Becerra Sánchez, J. (30 de abril de 2018). De 20 años a 2 meses: Arbitraje Online en Colombia. *Blog de Derecho de los Negocios*. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/de-20-anos-a-2-meses-arbitraje-online-en-colombia/>
- Luz Clara, B. B. (2019). Plataformas colaborativas de comercio electrónico y resolución de conflictos. En Martino, A.A. (Comp.), *III Congreso Interactivo de Justicia Electrónica* (pp. 39- 48). Astrea.
- Luz Clara, B. B. (2021). La transformación digital y el servicio de justicia para el siglo XXI. En *Congreso Interactivo de Justicia Electrónica* (p.p. 22-29). Astrea. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2446/reader?b=9800001>
- Madrid Parra, A. (2011). Electronificación del arbitraje. En *Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (2), 1-27.
- Mania, K. (2015). Online dispute resolution: The future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, 1 (1), 76-86.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (26 de mayo de 2015). Sector Comercio, Industria y Turismo. [Decreto 1074]. DO: 49.523.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (31 de julio de 2018). *Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias*. <https://www.minjusticia.gov.co/normatividad-co/Circulares/CIRCULAR%20No%20CIR18-0000082%20del%2031%20de%20julio%20de%202018.pdf>
- MuñozLópez, J.E. (2009). Internet Conflict of Laws: A space of opportunities for ODR. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (14), 163-190. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562009000100007&script=sci_abstract&tIng=pt
- Naciones Unidas [U.N.]. (2017). Paz, justicia e instituciones sólidas: Por qué es importante. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2017/01/Goal_16_Spanish.pdf



- Naciones Unidas [U.N.]. *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf
- Namén Baquero, D. (2015). Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano. *e-mercatoria*, 14, (3), 3- 49.
- Nava González, W. (2020). Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado. *ACDI*, 13, 187-208. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7524>
- O’Sullivan, T. (2016). Developing an Online Dispute Resolution scheme for New Zealand consumers who shop online—are automated negotiation tools the key to improving access to justice? *International Journal of Law and Information Technology*, 24 (1), 22–43.
- Ortega Hernández, R. J. (2014). El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana. En, *43º Jornada Argentina de Informática – JAIIO 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID*. Universidad de Salamanca. <https://43jaiio.sadio.org.ar/proceedings/SID/6.pdf>
- Ortega Hernández, R. J., y Lezcano, J. M. (2010). El camino hacia nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. *Revista CES Derecho*, 1(1). <https://bbibliograficas.ucc.edu.co/scholarly-journals/el-camino-hacia-nuevos-paradigmas-en-la/docview/1734278821/se-2?accountid=44394>
- Ortiz Jiménez, D., & Jacome Navarrete, L. (2020). La prueba electrónica: una crítica a su valoración en la legislación colombiana. *Revista De Derecho*, (27), 99–117. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9257>
- Ortolani, P. (2015). Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36 (3), 595-629.



- Osna, G. (2019). Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. *Revista de la Facultad de Derecho*, 83, 9-27.
- Pedraza Gómez, C. (2021). Alternativa de solución de controversias jurídicas, a través del online dispute resolution (ODR). *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, 6 (17), 15-43. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i17.367>
- Peña Valenzuela, D. (2004). Tecnologías de la información y derecho del consumo –tendencias y perplejidades–. *Con-Texto*, 19, 55-68.
- Pérez Martell, R. (Coord.) (2020). *La tecnología y los objetivos de desarrollo sostenible*. Bosch Editor. <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2280/es/ereader/ucc/174448?page=260>
- Pérez-Fabara, M. A., Sánchez-Charro, R., & Quinatoa-Arequipa, E. E. (2017). Motivación y esferas del consumidor digital motivación y esferas del consumidor digital. *Revista*, 4 (12), 269-282.
- Plata Sarmiento, E. D. P., & Castro Galán, M. A. (2016). Los derechos del consumidor frente al comercio electrónico: un tema sin fronteras, análisis desde el derecho colombiano. *Iustitia*, 12, 279-297. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i12.1500>
- Quek Anderson, D. (2018). Ethical Concerns in Court-Connected Online Dispute Resolution. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 5 (1/2), 20-38.
- Reglamento (UE) No 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2013, 21 de mayo). *Sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*. Diario Oficial de la Unión Europea.
- Rincón Cárdenas, E. (2006). *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Universidad del Rosario.
- Rodríguez Palacios, T. S., Calderón Marengo, E. A., & Sal, G. O. (2021). ODR para una Justicia Digital. *Integración+Divulgación de trabajo científicos*, 1 (1), 1-15.

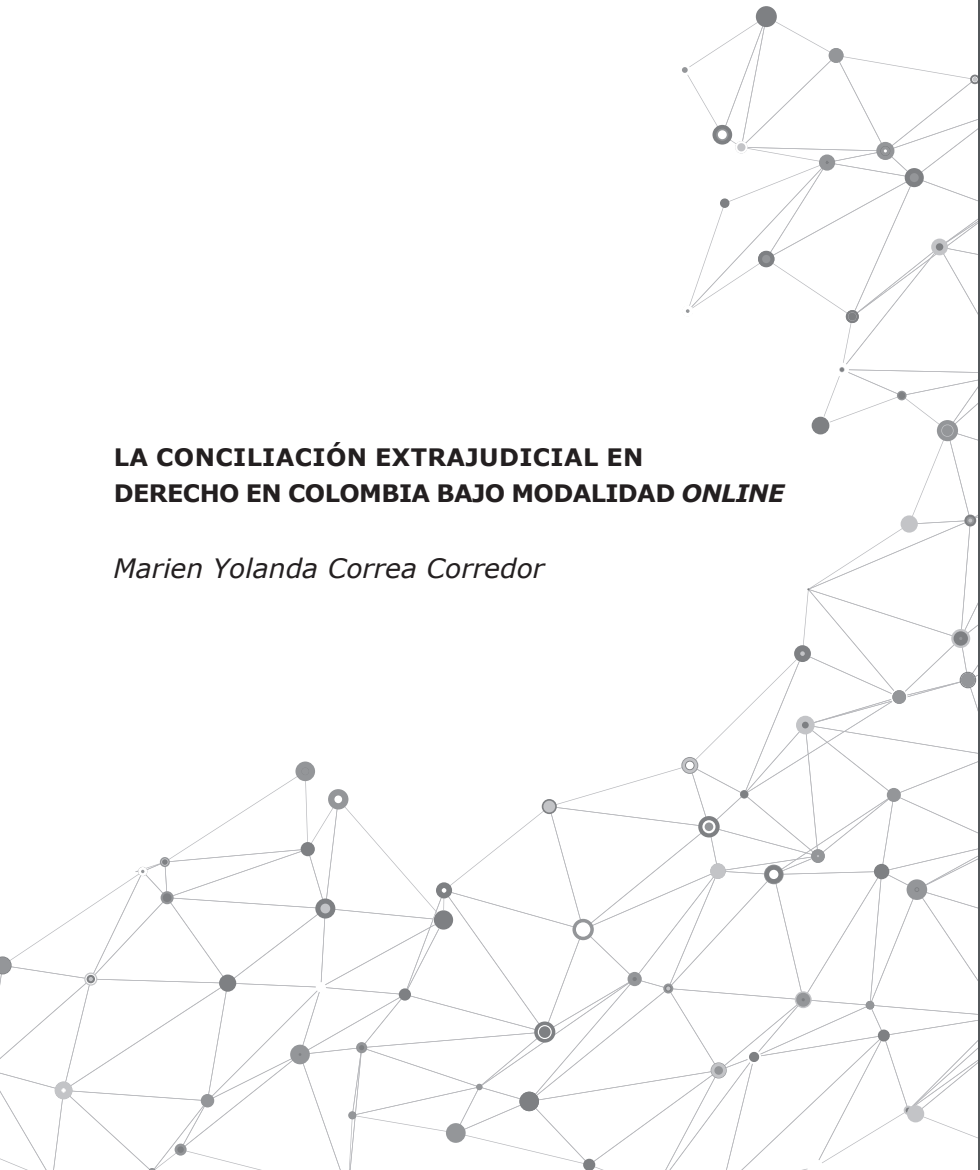


- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (26 de julio de 2018). Ley de Arbitraje Comercial. [Ley 27449 de 2018]. DO: 33919.
- Torres Torres, A. Y. (2010). Principios de la contratación electrónica. *Principia Iuris*, (13), 15–32.
- Trías, A. (2007). Protección al consumidor en el comercio electrónico. *Revista de Derecho*, 6 (12), 217–226.
- Vicente Domingo, E. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil* (2da ed.). Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Yazdani, F. (2020). Online Dispute Resolution in a Traditional Justice System. *International Journal of Online Dispute Resolution*, (1), 94-100. <https://dx.doi.org/10.5553/ijodr/235250022020006001009>



**LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN
DERECHO EN COLOMBIA BAJO MODALIDAD *ONLINE***

Marien Yolanda Correa Corredor





MARIEN YOLANDA CORREA CORREDOR Licenciada en Ciencias de la Educación; abogada; especialista en Derecho Empresarial; magíster en Relaciones Internacionales y estudiante de doctorado en Derecho. Con estudios en medios alternativos de transformación y resolución de conflictos; convivencia pacífica; justicia de paz; justicia alternativa, entre otros. Igualmente, conciliadora en derecho. Fue decana de la Facultad de Derecho - Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Bucaramanga; docente en cursos de pregrado y posgrado. Actualmente, profesora de la Especialización en Derecho Procesal, Universidad Santo Tomás en Bucaramanga, módulo Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Ejerció como: asesora externa de contratación estatal en dos entidades gubernamentales de Colombia; asesora educativa en justicia comunitaria en la ONG COMPROMISO; subdirectora administrativa y financiera en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, regional Santander; coordinadora regional de conciliación en el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia; becaria pasante en la Comisión General de España Justicia y Paz; y formadora de: conciliadores en derecho y en equidad, mediadores, jueces de paz y árbitros. Estuvo en la lista de conciliadores y de árbitros de dos centros autorizados. Es investigadora del grupo Los Mediadores - línea Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, con publicaciones y ponencias.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN. 1. Advenimiento de la conciliación en Colombia. 1.1. Un poco de historia. 1.2. Evolución normativa. 1.3. Alcance jurisprudencial constitucional. 2. Las nuevas dinámicas de la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia. 2.1. La conciliación en Colombia permeada por la TIC. 2.2. ¿Son competentes los conciliadores extrajudiciales en derecho para responder a las nuevas exigencias en el desarrollo de audiencias virtuales? 2.3. La brecha del acceso a la justicia a través de la conciliación extrajudicial en derecho bajo modalidad Online. 3. La conciliación extrajudicial en derecho *online* frente a la meta 3 del ODS 16. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El relacionamiento de las personas en el mundo dio un viraje inesperado a partir de la declaratoria de la pandemia a nivel mundial, con su consecuente emergencia sanitaria y medidas de aislamiento ordenadas por los poderes públicos. Surge temor y ansiedad, comprensibles frente al riesgo de contagio de COVID-19, al punto que, a pesar del incremento de cierta clase de conflictos, principalmente en el ámbito familiar, nadie quería o podía salir de su casa para reclamar apoyo de las autoridades correspondientes. En el caso colombiano, muchos trámites ya se venían haciendo por medios virtuales, excepto la mayor parte de las diligencias judiciales y extrajudiciales, habida cuenta de la postura tradicional sobre cómo asumir situaciones en el ámbito jurídico; entre ellas la conciliación. Esta exigencia de la inmediatez presencial en las audiencias, no es acorde con el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación; pero fue el cambio abrupto ante la exigencia del aislamiento, que llevó al poder político a la necesidad de proteger el derecho fundamental del acceso a la justicia con medidas normativas que incluyen la realización en línea de conciliaciones extrajudiciales en derecho, como atributo de una justicia digital bajo nuevos paradigmas.

Palabras clave: *Conciliación extrajudicial en derecho, Tecnolo-*



gías de la Información y la Comunicación, Resolución de Disputas en línea, Conciliación en línea.

ABSTRACT

Relationships among people in the world took an unexpected twist due to the worldwide declaration of a pandemic, and the subsequent health emergency and distancing measures put in place by governments. The risk of COVID-19 contagion led to understandable fear and anxiety, to the point that, despite increases in certain types of conflict, especially at the family level, nobody wanted or could leave home and ask for the support of the relevant authorities. In Colombia, many processes were already being done virtually except for most of judicial and extrajudicial proceedings, due to the traditional posture about how to face circumstances in the legal field; among them were conciliation proceedings. This demand for immediate presence in hearings is not consistent with access to technologies of communication and information; but the abrupt change due to the demand for isolation was what led political powers to accept the need to protect the fundamental right of access to justice with normative measures that includes performing extrajudicial legal conciliations online, as an attribute of digital justice under new paradigms.

Keywords: *Extrajudicial legal conciliation, Information and Communication Technology, Online Conflict Resolution, Online conciliation.*

INTRODUCCIÓN

Con la necesidad de abrir espacios de discusión alrededor del uso de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) *online* en Colombia, en particular la conciliación, se adelantó una investigación teórica, documental, con enfoque cualitativo, y sustentada en revisión normativa, jurisprudencial y doctrinal. Organizando por líneas de interés la información obtenida, con el propósito de responder al objetivo planteado en la investigación multicampus, interinstitucional e internacional "Validez y eficacia de los ORD en Argentina, Colombia y Nicara-



gua para aportar al ODS 16”, que pretendió exponer los elementos jurídicos con los cuales se determine la validez y eficacia de los MASC efectuados a través de las TIC en Colombia y en otros dos países de América Latina. Este capítulo se refiere solo a la conciliación.

Lo anterior, porque la tecnología ha permeado todas las actuaciones del ser humano en el mundo y no podían quedar por fuera las enmarcadas en el campo jurídico. En particular, se argumenta sobre el caso colombiano, dada la barrera mental que por años acompañó a abogados y juristas, así como a funcionarios de la rama judicial, para comprender que el acceso a la justicia debería estar abierto a permitirse desde los diferentes medios informáticos. No obstante, la renuencia desde varios grupos poblacionales, incluidos los usuarios del servicio público de justicia, imperó más que aquellas voces que fueron determinando la viabilidad de pensarse en términos cibernéticos. Al hablar de acceso a la justicia también se incluye el poder desarrollar conciliaciones o procesos arbitrales con el uso de las TIC.

Nadie ha desconocido las ventajas y desventajas del Internet, especialmente desde el relacionamiento social. Incluso, reconociendo que para las Naciones Unidas el acceso al Internet es un derecho humano, que sea de paso decirlo no todas las personas están disfrutando del mismo, los arquetipos dentro de la estructura del pensamiento siguieron líneas tradicionales en la forma de realizar ciertas diligencias, como ha sido el caso de la conciliación. Pero cuando aparece el enemigo invisible pero real (la COVID19), hay un despertar de la comunidad jurídica sobre la necesidad de acudir a los *Online Dispute Resolution* (ODR). Bien se afirma, fue la necesidad imperiosa de proteger el derecho fundamental al acceso a la justicia el que llevó al Ejecutivo colombiano a proferir un decreto legislativo para que, centros de conciliación y entidades públicas prestadoras de la conciliación extrajudicial en derecho, reasumieran la oferta del servicio.

En el desarrollo de este capítulo se hace una aproximación a la forma como la conciliación fue teniendo auge en Colombia, para luego pasar a las nuevas dinámicas de la conciliación extrajudicial en derecho,



en particular desde el sentido que se le debe dar al uso de las TIC para fortalecer la justicia, porque a pesar de la amplia trayectoria que el país tiene frente a la conciliación, no fue precisamente a este mecanismo al que se le abrieron puertas legales para realizarse virtualmente como sí sucedió con el arbitraje desde la Ley 1563 de 2012, Art. 23, en donde se estipuló la viabilidad de los medios electrónicos en diferentes actuaciones y, con especial énfasis en el manejo de las comunicaciones, sin negar que mediante algunas circulares del Ministerio de Justicia y del Derecho se sugiriera la posibilidad de la solución vía medios electrónicos de cierta clase de conflictos.

También se caviló sobre el alcance de las competencias de los conciliadores extrajudiciales en derecho para adaptarse a las actuales exigencias que se esperan de este administrador de justicia, cuando se realizan audiencias virtuales sincrónicas o asincrónicas. En particular, porque el programa formativo reglamentado por el gobierno nacional no responde a las nuevas realidades. Asimismo, se plantean unas breves reflexiones sobre la conciliación en línea. Además, se esbozaron algunas disquisiciones sobre las dificultades que viven algunos segmentos de la población, que queriendo acceder a la conciliación *online* no pueden hacerlo por carencia de recursos económicos o de medios de acceso a Internet.

A posteriori se expone esa fuerte conexión que existe entre la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia, como uno de los medios alternativos de solución de conflictos, y la meta 3 del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16, en particular desde la facilidad de su acceso *online* porque contribuye a responder a los problemas complejos del sistema de justicia y a consolidar una cultura que diversifica las maneras de resolver conflictos con efectos jurídicos y sin necesidad de agotarse en litigios judiciales, haciendo uso de medios tecnológicos. Una cultura que requiere dejar de ver a la conciliación como un medio alternativo que descongestiona, y sí, por el contrario, interiorizarla como un camino hacia la paz y la convivencia a pesar de las diferencias y dificultades entre los seres humanos.



Finalmente, se presentan las conclusiones en las que se reiteran los hallazgos para responder a las expectativas de este ejercicio investigativo, que satisfizo muchas inquietudes, pero también abrió otros interrogantes para seguir trabajando en procura de una transformación social.

1. Advenimiento de la conciliación en Colombia

1.1 Un poco de historia

Haciendo evocación a la época decimonónica se encuentran referencias de la existencia de la conciliación en la legislación colombiana de los años 1821, 1825, 1829 y 1855. Ya entrando al Siglo XX hubo disposiciones que también la contemplaron, como fue en los años 1920, 1931, 1934, 1944 y 1948; en este último fue cuando se expidió el Código Procesal del Trabajo, dentro del cual establece la conciliación extrajudicial en materia laboral y ante funcionarios administrativos. Es decir, esta institución tuvo su evolución legislativa aun cuando con muy poco énfasis en ramas diferentes a la laboral; situación que cambió para finales del siglo XX al apropiarse la conciliación para las demás áreas del derecho, inclusive para los conflictos entre el Estado y los particulares.

Fue un secreto a voces el hecho de que en esa época (1989 a 1999) se generaran reformas en los procesos a cargo de la rama judicial con incorporación de instituciones que fueron dando paso a la viabilidad de resolver conflictos con mayor celeridad que la espera de una sentencia judicial. La cuestión fue que, más allá de pretender agilidad en las respuestas del poder judicial, o de buscar la descongestión judicial anunciada, había otros intereses neoliberales de fondo derivados de los propósitos del Consenso de Washington (1989).

Se recuerda que ese Consenso fue presentado como parte de una conferencia de John Williamson con destino al Instituto de Economías Internacionales y con diez políticas pensadas en América Latina ante su alta deuda externa. Propuestas avaladas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los



Estados Unidos (Castañeda & Díaz, 2017), quienes ya venían orquestando llamados al gobierno colombiano para que hiciera ajustes a su legislación. No es tópico de este libro analizar tales medidas, pero sí señalar que como quiera que una de ellas estaba destinada a favorecer la inversión extranjera concomitante con privatización de varios servicios, hizo prever la necesidad de medidas ágiles para resolver conflictos económicos que pudieran suscitarse con los inversionistas; de ahí, la trascendencia que se le dio al arbitraje, aunque también con paso a la conciliación ante centros de conciliación privados.

Contexto anterior concordante con una acumulación de procesos en los despachos judiciales, caracterizándose por la sentida crisis del sistema judicial que originó también el llamado a buscar formas expeditas para dirimir las controversias jurídicas entre los particulares y entre éstos y el Estado, introduciendo elementos de los *Alternative Dispute Resolution (ADR)* que se promovían en Estados Unidos. Por esto, se presentó la conciliación como camino hacia la descongestión de los juzgados, aunque también se argumentó su importancia para “promover la convivencia social y solucionar los conflictos de manera pacífica entre los ciudadanos” (Silva, 2018, p. 151). Claro que asimismo se le dio el atributo de ser un medio resolutivo no violento que asegurara acuerdos cooperados entre los contrincantes.

Justamente, en 1989 se modificó el Código de Procedimiento Civil de 1970 mediante el Decreto 2282 de 1989 que hizo famoso su Artículo 101 en el que se planteaba que, para procesos ordinarios y abreviados, “luego de contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere” el funcionario judicial citaba a las partes para realizar audiencia de conciliación, entre otras diligencias inmersas en la misma audiencia. Incluso, en varias de las jurisdicciones creadas con sus respectivas codificaciones, incorporaron la institución de la conciliación judicial.

La llegada de la conciliación no quedó solamente en lo judicial, sino que para 1991 se expide la conocida Ley de Descongestión Judicial (Ley 23, 1991) con cinco capítulos dedicados a la conciliación extrajudicial, dando cabida a dos figuras nuevas en el ordenamiento jurídico colom-



biano: los centros de conciliación y la conciliación en equidad. Es decir, de alguna manera se abrió paso a la participación ciudadana antes de que naciera a la vida jurídica la actual Constitución Política de Colombia¹.

La Corte Constitucional en su Sentencia C-1195 de 2001 expresó que la conciliación, como procedimiento “alternativo”, surgió dentro de la llamada tercer ola de la reforma a la justicia destinada “a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos”, incorporando “la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación” entre los contradictores, teniendo la potestad de “proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”. Una postura jurisprudencial que resalta de la conciliación su destino a consolidar la convivencia pacífica desde la salvaguardia del derecho fundamental de acceder a la justicia. Inclusive, en este famoso fallo se dan dos acepciones de la conciliación: una jurídico procesal (referida al trámite extrajudicial o judicial) y otra jurídico sustancial (el acuerdo *per se*).

1.2 Evolución normativa

Es en la Carta Política de 1991 en la que se le da piso constitucional a la conciliación aplicada por particulares, al establecerse que éstos administran justicia cuando ejercen como conciliadores (Art. 116, inc. final), sin modificaciones en este sentido desde el Artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 2002. Norma que se toma como referente en la Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, en dos de sus cánones: el Art. 8º, al determinar la viabilidad legal para que se resuelvan conflictos por vías diferentes a la judicial, siempre respetando el debido proceso, y el Art. 13.3, sobre el ejercicio de función jurisdiccional por “conciliadores o árbitros habilitados por las partes, (...)”.

Posteriormente se profiere la Ley 446 de 1998, derogatoria de varias de las disposiciones de la Ley 23 de 1991, aludida antes, en cuya Parte III, Título I, Artículo 64, definió a la conciliación como el “mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas

¹ La Ley 23 fue publicada el 21 de marzo de 1991 y la Constitución Política de Colombia se promulgó el 4 de julio de ese mismo año.



gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador". En ese año 1998 se expidió el Decreto 1818 o Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, compilando las disposiciones que sobre la materia se habían proferido. Sin embargo, no fue una norma exitosa porque incorporaron disposiciones derogadas y a posteriori, en aras de la derogatoria de artículos insertos en las Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998 por parte de la Ley 640 de 2001, ese estatuto desaparece del ordenamiento jurídico.

Así siguieron las reformas y la expedición de nuevas leyes regulatorias de la conciliación judicial y/o la conciliación extrajudicial en Colombia. Es decir, esta institución llegó para quedarse. Precisa aclararse que, en los diferentes pronunciamientos legales se es claro en el sentido de que la conciliación y otros medios alternativos para resolver conflictos no pueden aplicarse cuando se trata de derechos no renunciables, que para el entendimiento de algunos sería una restricción a su garantía, como en el caso de los "derechos constitucionales en situaciones de abusos de personas jurídicas o más privilegiadas que su contraparte" (Cortes, 2015, p. 92), a diferencia de las controversias sobre derechos patrimoniales. La cuestión es que, hay normas de orden público impositivas sobre las relaciones sociales que no permiten la disposición particular, para evitar también atropellos en contra de los mismos titulares de tales derechos.

Aún más, en particular desde 2001 (Ley 640) y sin desconocer algunos intentos anteriores, se previó que es obligatorio acudir a la conciliación antes de iniciar un proceso judicial en ciertas áreas del derecho, sobre determinados conflictos y frente a algunos procesos. Requisito de procedibilidad que da lugar, como lo determina el Código General del Proceso colombiano, a inadmitir la demanda en caso de no haberse agotado aquella (Art. 90, inc. 3º.7) sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia en los términos del Art. 2º, con algunas excepciones, como las previstas en el Art. 613, inc. 2º, *Ibíd.*, en el que reza:



No será necesario agotar el requisito de procedibilidad [de la conciliación] en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

Se considera preciso adicionar una aclaración al respecto y es el hecho de que aunque en el Código General del Proceso se determine la no necesidad de cumplir con el requisito de procedibilidad antes iniciar un proceso ejecutivo en cualquier jurisdicción, la Ley 1551 de 2012 estableció, *contrario sensu*, la conciliación prejudicial previa a iniciar procesos ejecutivos contra los municipios, bajo las reglas de esta institución en lo contencioso administrativo, sin que se le exija al acreedor el derecho de postulación ni opere la homologación judicial del acuerdo. Aunque es una contradicción normativa se aplica el principio general del derecho "*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*", al tenor del Art. 5.1 de la Ley 57 de 1887, que dice: "Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Asimismo, en el 2015 se profirió el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho (Decreto 1069) en el que integraron normas relativas a la conciliación, entre otras, con su correspondiente derogación al tenor del Artículo 3º de la Ley 153 de 1887, salvo las expresamente excluidas de este efecto.

También hay otras normas especiales regulatorias de ciertos asuntos como la que promueve el acceso al crédito y a las garantías mobiliarias (Ley 1676, 2013) en donde se plantea la potestad de las partes de acudir a cualquiera de los MASC, entre ellos la conciliación, para dirimir conflictos derivados de "la constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución y liquidación de una garantía mobiliaria", concordante con el Decreto 1074 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Comercio,



Industria y Turismo). Sin embargo, tampoco se regula la conciliación virtual aun cuando se tomen como referentes por el Ministerio de Justicia y del Derecho en su Circular CIR18-0000082-DJU.1500 del 31 de julio de 2018, en la que entregan el “Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias”, estableciéndose pasos específicos para la conciliación dentro de aquellos trámites arbitrales.

Así que, la conciliación en Colombia no es una figura nueva, así como tampoco su requisito de procedibilidad; provino del sistema jurídico español, tuvo su desarrollo en otras regiones del mundo sobre los años 70 y al país llega como una copia deficiente del sistema norteamericano² con evolución legislativa y sustentada por la jurisprudencia nacional. Un medio alternativo para resolver disputas que mantiene su “carácter autocompositivo, porque son las mismas partes las que deciden qué solución le darán a su conflicto”, dado que el rol que cumple el tercero neutral denominado conciliador es de “facilitador que solo ayuda a las partes a entablar la comunicación, a transformar la relación que existe entre ellas o a resolver sus conflictos mediante un acuerdo” (Silva, 2018, p. 155).

Sin embargo, como se estudiará en el numeral 2º de este capítulo, es aparentemente novedoso el hecho de que se permita realizar audiencias de conciliación desde el ciberespacio. Esa condición de “aparente” se afirma porque sin existir una ley que sustentara esta posibilidad, el hecho de que mediante acto administrativo del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia se incluyera como un tema para los cursos de formación de conciliadores, fue generando inquietudes en algunos centros de conciliación antes del 2020.

2 La académica Silva Pabón (2018) hace referencia en su texto sobre el aporte que dio Frank Sander en 1977 dentro de la Pound Conference, en su condición de profesor de la Universidad de Harvard, para reducir la congestión judicial que se vivía en Estados Unidos, a partir de lo que él llamó un *multidoor courthouse*. Especie de filtro de casos para direccionar a los implicados en caminos distintos acordes con la clase de conflicto. El sistema de los ADR en Estados Unidos alude a esas diferentes opciones, mas no, como en el caso colombiano, a verse como alternativo al litigio. De tal manera, que la autora invita a no seguir afirmando que la conciliación es “alternativa” al proceso judicial, sino “complementaria”.



1.3 Alcance jurisprudencial constitucional

Sin negar la trascendencia que desde la Corte Constitucional se ha dado a la conciliación, con posturas coherentes a pesar de criterios diferenciales sobre la exigencia o no del requisito de procedibilidad, se coincide en su surgimiento como una modalidad de la mediación, dado que, siendo consensual y confidencial hay un tercero facilitador del proceso comunicativo, quien tiene además la responsabilidad de proponer fórmulas de arreglo cuando las mismas personas en controversia no logran encontrar un punto en común frente al modo de dirimirla. Pero, además, “forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia” y a garantizar la tutela judicial efectiva, dado que, “la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos”, reconociéndose otros caminos menos formales que inciden en la “resolución pacífica de los conflictos” (Corte Constitucional, C-1195, 2001).

El Estado prevé que “los particulares resuelvan las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, por fuera de los estrados judiciales, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado”, porque su participación conduce a la convivencia pacífica en un contexto de relaciones sociales armónicas, “reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado” (Corte Constitucional, C-893, 2001). Una institución instaurada que depara seguridad jurídica para los intervinientes, dado que el acuerdo al que se llega “es obligatorio y definitivo para las partes que concilian”. Se destaca que este medio alternativo es “excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación” (Ibíd.). Afirmación esta que confirma lo expresado en párrafos anteriores frente a que no todos los asuntos se pueden dirimir en forma directa por las partes y ante un conciliador.

En cuanto al requisito de procedibilidad, el Alto Tribunal afirma que exigir una audiencia de conciliación antes de acudir a la vía jurisdic-



cional no afecta el derecho fundamental de acceder a la justicia, dado que sólo se obliga a asistir a la diligencia, pero no a resolver el asunto dentro de la misma, bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes; al punto de tener la posibilidad de expresar al inicio de la diligencia su intención de no conciliar, si ese fuere el caso. Luego, constituye un límite temporal previo al acceso a la rama judicial sin que implique que este MASC desplace totalmente a la justicia en cabeza del Estado (Corte Constitucional, C-834, 2013).

En asuntos laborales, dado el carácter social que los derechos de los trabajadores tienen, no aplica la exigencia del requisito de la conciliación previa al proceso, sin perjuicio de la voluntad que aquellos tienen de conciliar las diferencias con su empleador, acudiendo ante el funcionario público competente, porque no es permisible que tengan que sufragar los costos de una audiencia de conciliación ante centros de conciliación (Corte Constitucional, C-891, 2001 y C-204, 2003).

Sobre asuntos contencioso-administrativos, en la Sentencia C-033 de 2005, siguiendo la misma línea de 1999, se determinó que cualquier norma de carácter especial en este ámbito “no comporta una vulneración del derecho a la igualdad” por cuanto “la certeza sobre el trato legal disímil y especialmente riguroso” dado el “amplio margen de configuración legislativa”, es constitucional al estar en juego intereses de carácter público. Por ello, para acudir a un proceso judicial desde los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, así como los ejecutivos contra municipios, se debe agotar la audiencia de conciliación previamente.

Luego la exigencia del requisito de procedibilidad en palabras de la Corte Constitucional deriva de la libre disposición de las partes para llegar a acuerdos antes de pretender demandas judiciales; sin que, se reitera, signifique coartar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Es una oportunidad, dicen la Alta Corte, para analizar la viabilidad de tal acuerdo prejudicial pero no para imponerse que deba encontrar la solución en esa audiencia de conciliación.



En todo caso, indagar sobre la audiencia de conciliación antes o durante el desarrollo de un proceso judicial, implica comprender el alcance que esta institución tiene. En efecto, sus elementos sustanciales son la existencia de un conflicto sobre derechos disponibles, la intervención de un tercero debidamente autorizado para actuar con criterio ético y neutral, sin obstaculizar el derecho de los contradictores a decidir la forma de dirimir el asunto, con la expectativa de impactar positivamente en las relaciones entre partes (Corte Constitucional, C-902, 2008). Así que, al determinarse como paso previo a una demanda judicial, considera el Alto Tribunal que ello tiene como finalidad:

(i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas y, finalmente, (v) descongestionar los despachos judiciales. (Corte Constitucional, C-598, 2011).

Ha de asumirse que la conciliación “también hace efectivo el derecho a la administración de justicia”, a pesar de su informalidad cuando se adelanta ante particulares, porque su existencia en el ordenamiento jurídico supera la mera descongestión judicial y permite ventilarse asuntos para encontrar una solución en forma más expedita y económica. Como lo adiciona la Sentencia C-533 de 2013, esa autocomposición apunta a la convivencia pacífica al propiciar el diálogo en el que se atiende al otro como “interlocutor válido”, y así interiorizar una cultura diferente a la del pleito al permitirse superar los paradigmas de que uno gana y el otro pierde.

Asimismo, la Corte Constitucional establece en la Sentencia C-214 del 2021 que, si bien es cierto el Art. 116 de la Constitución Política determina el acceso a la administración de justicia para resolver disputas mediante el arbitraje o la conciliación, ésta última no implica actividad judicial en sentido estricto “ni desde el punto de vista orgánico, ni desde el punto de vista material”, porque son las personas implicadas en la controversia quienes deciden cómo resolver el asunto, dado que la in-



intervención del tercero ajeno “no corresponde a la aplicación de normas jurídicas en casos concretos conforme al Artículo 230 de la Constitución Política”. Postura similar a la determinada en la Sentencia C-160 de 1999, pero que requiere claridad meridiana por cuanto el Constituyente de 1991 estableció a la conciliación como instrumento de administración de justicia, que, en efecto, no ha de confundirse con la actividad judicial determinada en el canon 230 de la Carta Política, pero sí como función pública transitoria que viabiliza el acceso a la justicia.

Las anteriores sentencias son solo algunas de las varias proferidas en vía de resolver demandas de inconstitucionalidad presentadas, sin ningún pronunciamiento sobre la viabilidad de la conciliación virtual; obviamente por la inexistencia de leyes que la incluyeran en el ordenamiento jurídico colombiano, hasta que, como ya se expresó, llega la pandemia por la COVID-19 y hay que actuar en respeto al derecho de acceso a la justicia, visibilizándose el camino de la virtualidad.

Bajo el control automático de constitucionalidad respecto del Decreto Legislativo 491 de 2020, dictado en el marco del estado de excepción que vivió Colombia en el 2020, para la Corte Constitucional el hecho de autorizar la implementación de las TIC en el trámite de la conciliación, entre otro MASC, “permite que los asuntos puedan continuar de forma remota a pesar de las restricciones al contacto personal”, obrando además de manera “racional” al autorizar un tiempo para adecuar las condiciones que faciliten la virtualidad y no se constituyan en “barrera de acceso para los ciudadanos”; incluso, consideró ajustado a la Carta Política el que se suspendieran excepcionalmente los procedimientos cuando existieran dificultades técnicas. Por ello, determinó que las medidas aplicables a los centros de conciliación solo respondían a evitar tropiezos ante la no posibilidad de obrar presencialmente (Sentencia C-242, 2020)³.

En esa misma providencia la Corte Constitucional reconoce que para algunos usuarios el acceso a medios tecnológicos puede constituir una barrera; pero, en concordancia con pronunciamientos de años anterior-

³ Previamente, la Corte se había pronunciado en la Sentencia C-179 de 2020 frente a la viabilidad del acceso a servicios en Comisarías de Familia en forma no presencial, atendiendo al control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 460 de 2020.



res, determina el uso potestativo de acudir a un centro de conciliación y la condicionalidad a no llevarse a cabo estas diligencias bajo tal modalidad, “cuando alguno de los interesados no esté en capacidad de concurrir”. Así que, en términos generales para esta Corte hay proporcionalidad entre las medidas tomadas y los derechos y deberes de las partes y de los centros de conciliación, e insiste en su excepcionalidad durante la emergencia económica, al indicar que:

6.233. Efectivamente, una vez finalicen las restricciones sanitarias y pueda retornarse a la presencialidad en los trámites, el sacrificio de la celeridad de los procedimientos por la virtualidad y, en especial, por la ampliación de términos y la posibilidad de suspensión de las actuaciones carecería de una compensación en función de la satisfacción de otro bien constitucional. (Corte Constitucional, C-242, 2020)

En consecuencia, aun a pesar de haberse incorporado legislativamente en Colombia el acceso a los Online Dispute Resolution (ODR) para el arbitraje, pero no para la conciliación, hubo que ajustarse ante las circunstancias que obligaron a ello debido a la COVID-19 y el aislamiento, como se dijo antes, sin que se pueda evidenciar un desarrollo a la par de lo sucedido en otros hemisferios.

2. Las nuevas dinámicas de la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia

En época pretérita hubo un medio de acercamiento de comunicación con personas en la distancia a través de mensajes remitidos mediante el telégrafo, como avance tecnológico de trascendencia. Desde algunas miradas como la de Standage⁴ este sistema fue el Internet de la época victoriana. Ahora, con la “desmaterialización extrema, apertura de protocolos de comunicación y globalidad planetaria que ha alcanzado el tráfico telemático” (Bauza, 2001, p. 49) desde un Internet como nuevo

⁴ La obra de Tom Standage donde presenta un recuento acerca del telégrafo, se denomina: *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-line Pioneers*. No se consultó para este trabajo; solo se parafraseó parte del título del libro, cuya primera publicación fue en 1998.



sistema impuesto para la transmisión de datos, implica desafíos en el relacionamiento entre seres humanos. Conexiones que se direccionan desde herramientas tecnológicas que, se quiera o no, influyen en el significado del hacer, sentir, decir, pensar, saber, entre otros importantes verbos propios en el dinamismo social.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han ido evolucionando hasta permear el acceso a la justicia en cualquiera de sus formas. Para el caso colombiano se tiene en cuenta la Ley 527 de 1999, mediante la cual se reglamentó, entre otros, “el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales”, como una norma de avanzada para ese entonces dado que reconocía los efectos jurídicos, la validez y/o la fuerza obligatoria de las informaciones que emanaran de mensajes de datos; es decir, que fluyeran a través de Internet.

La administración de justicia de Colombia inició con el Sistema de Información de procesos Justicia Siglo XXI, finalizando la década de los noventa, como un medio telemático de consulta sobre el estado de los procesos, a través de la red de datos que vincula a los despachos judiciales responsables de mantener actualizada la información de cada causa, considerándose en ese momento un avance al incursionar en la tecnología digital. También hubo algunos indicios frente a procesos penales, con realización de diligencias vía teleconferencia, en aras de la seguridad de ciertos sujetos implicados.

Años después se profiere el Código General del Proceso (CGP) (Ley 1564, 2012) en cuyo Artículo 103 se determina la potestad de hacer uso de las TIC en las actuaciones judiciales con el propósito, dice la norma de “facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura”. Norma que constituyó un paso enorme dentro de un sistema tradicionalmente exigente con la intermediación de las partes en los procesos, aun cuando por varios años solo fue letra muerta por la no adecuación de los sistemas judiciales a estas nuevas posibilidades, más allá de la adquisición de algunos medios de audio, video o filma-



ción, sin que significaran un paso impactante, aun con la expectativa de la digitalización de los expedientes.

El canon en mención señaló la necesidad del Plan de Justicia Digital “integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea”. Un plan previsto desde lo sucedido en otras latitudes, dado que muchas áreas ya venían incursionando en el acceso a Internet para desarrollar sus funciones misionales, contrario al estatismo del área jurídica.

Precisamente, en la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales (CMTI) del 2012 hubo análisis interesantes sobre la relación entre el derecho a acceder a Internet y el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hasta llegar a la inclusión en el texto del Preámbulo del Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales (RTI), de apartes relacionados con el derecho soberano estatal de reglamentar las telecomunicaciones, reafirmando la importancia de respetar y cumplir las obligaciones sobre derechos humanos, así como el reconocimiento sobre el “derecho de acceso de los Estados Miembros a los servicios internacionales de telecomunicación” (UIT, 2012, p. 21).

El Plan Decenal de Justicia 2017-2027 incorpora la implementación de sistemas de información acordes con los avances tecnológicos, tanto con conectividad, como con compra de software, hardware, y la cualificación a los funcionarios judiciales sobre el uso y manejo de las TIC, como parte de la política digital transversal desde varias políticas nacionales. Ello, concordante con el Plan Estratégico Tecnológico de la Rama Judicial del 2012 y con un presupuesto para hacerlo efectivo. Pero como el mismo gobierno nacional escruta:

Más allá de los desarrollos normativos y los avances que de allí se desprenden y se reconocen plenamente, en materia de justicia el proceso de implementación y uso de las TIC



ha sido mucho más complejo, lo que ha llevado a que irremediablemente la modernización y desarrollo tecnológico se califique de moderado o modesto. Una serie de factores han influenciado dicho fenómeno, como por ejemplo la brecha digital que aún persiste; la multiplicidad de actores con disímiles capacidades institucionales e insuficientes mecanismos de coordinación; limitados presupuestos, debilidades para arraigar una visión realmente estratégica e integral de justicia digital; así como el mismo diseño del esquema institucional y las dificultades en el proceso de uso, apropiación, desarrollo de habilidades y competencias TIC por parte de los mismos operadores de justicia. (Minjusticia, 2017, p. 60).

Claro que, la Corte Constitucional colombiana viene trabajando con un sistema bajo la inteligencia artificial para ser más diligentes en la decisión de acciones de tutela, a partir de su propio precedente jurisprudencial (PNDU, 2020).

No obstante, solo fue hasta varios años después que el Consejo Superior de la Judicatura comprendió el alcance y la necesidad de vincular la administración de justicia en Colombia con las TIC. No exactamente por un análisis concienzudo sobre nuevos modelos de gobernanza en Internet o en procura de agilizar los procesos judiciales para garantizar la tutela judicial efectiva contenida en la Carta Política colombiana, sino ante la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional luego de la declaración mundial de la pandemia derivada de la COVID19. Un mismo sentido que se extiende a los llamados en Colombia Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), con el ánimo de no entorpecer la viabilidad de que los sujetos de derecho pudieran dirimir las controversias jurídicas mediante al acceso a aquellos a través de los Online Dispute Resolution (ODR).

Circunstancias anteriores que difieren de la previsión enunciada a inicios del Siglo XXI por algunos autores como Goodman (2003), para quien la resolución de conflictos a través de las TIC fue creciendo en forma considerable.



2.1 La conciliación en Colombia permeada por la TIC

En la Ley 1563 de 2012, conocida como Estatuto del Arbitraje, viene el Art. 23 donde se señala la potestad de utilizar medios electrónicos en las actuaciones arbitrales para las comunicaciones, notificaciones y realización de audiencias, incluso para su archivo. En esa norma se estipula la participación remota de las partes en las audiencias, dejando en cabeza de los centros de arbitraje la prestación de la colaboración necesaria a árbitros y partes con los “recursos tecnológicos idóneos, confiables y seguros”.

Sin embargo, a pesar de las diferentes disposiciones regulatorias de la conciliación, antes de la pandemia, se reitera que ninguna previó la modalidad de los medios electrónicos para la realización de las audiencias respectivas. Cuando se hace referencia a la Ley 640 de 2001, incluyendo sus normas modificatorias, se encuentra en el Parágrafo 2º de Artículo 1º la exigencia de la presencialidad obligatoria de las partes en la audiencia, con o sin apoderado, salvo que su domicilio no esté en el municipio donde se realice la diligencia o porque se encuentre fuera del país; casos en los cuales podrá actuar a través de apoderado. Se diría, parafraseando a Bauzá (2001) que fue un marco regulatorio incipiente con grandes desafíos de espaldas al avance que desde los años 80 venían teniendo las TIC con el auge de Internet.

Arboleda, et al (2018) reafirman las ventajas del uso de las TIC frente a la solución de conflictos, por cuanto reduce distancias, viabiliza la participación de quienes tengan problemas de movilidad o dificultades de tiempo, e incluso de quienes se encuentren en municipio o país diferente. Situaciones contextuales que no contrarían los propósitos de un acuerdo cooperado y amigable entre partes, incluyendo la modalidad de diligencias a través de medios tecnológicos. En el Plan Decenal Sistema de Justicia 2017-2027 se subraya que siendo uno de los fines esenciales del Estado el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la potestad de administrar justicia transitoriamente por conciliadores particulares (Const., 1991, Art. 116, inc. final) es una respuesta a la trascendencia de la participación ciudadana en los asuntos que les concierne, porque facilita



el acceso a la justicia. Una intervención que no necesariamente debe ser con presencia física, sino que bien se puede cumplir mediante instrumentos tecnológicos.

El acceso a la justicia implica una apertura para todas y todos sin distingo alguno, mucho más si se trata de personas con dificultades económicas u otras formas de vulneración. Así lo previó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2007) al encontrar que “ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, (...) se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia” (p. 18). Circunstancias que llevaron a exigir de los Estados miembros “la prestación de servicios legales gratuitos orientados a facilitar su acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos” (p. 20). Pero no solo es el acceder, sino el tener una respuesta ágil y oportuna que proteja los derechos reclamados; lo cual implica que haya cumplimiento de lo ordenado por el juez o lo acordado en una conciliación o proceso arbitral. La expectativa de los ciudadanos es que desde la administración de justicia se restablezcan “equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales” (p. 69); siendo uno de los caminos para ello el acceso a los MASC.

El escenario de construcción de paz en el que se encuentra el país realza el papel de los métodos de resolución de conflictos tanto por su relación directa con la gestión de conflictos, como por su aporte a la construcción de la confianza, al poner como base de su operación el diálogo y el consenso entre las personas, y entre estas y el Estado. (Minjusticia, 2017, p. 95)

Consecuentemente, el acceso a la justicia sea a través de los órganos jurisdiccionales o mediante cualquiera de los MASC que lo permiten, entre ellos la conciliación, constituye un derecho fundamental aun cuando no se exprese textualmente en la Constitución Política, porque corresponde a los cánones constitucionales 29 y 229 (Cortes, 2015).



Efectivamente a la conciliación, como uno de los MASC en Colombia, se le otorgan cualidades en el ámbito de la democracia y de la justicia, por su “aporte para la construcción de la convivencia y coexistencia humana” (Ibíd., p. 96), sin perjuicio de las censuras que el Departamento Nacional de Planeación (2015, pp. 22-35, citado por Minjusticia, 2017, p. 98) le hicieran a esta institución por el hecho de ser implantada en Colombia sin un previo análisis de la clase de conflictos propios del entorno, por su adhesión al derecho y su exagerado rigorismo, entre otras críticas. No son negaciones a las ventajas que la conciliación ofrece, sino perspectivas que obligan a repensar que el hacer uso de ella sea para:

(...) transitar del plano en el que se atienden y tramitan ciertos problemas, a un escenario en el que se realizan esfuerzos conjuntos entre la población y el Estado no solo para atender y tramitar, también para prevenir su escalonamiento y resolver, es decir, para transformar sus conflictos. (Ibíd., p. 95)

La cuestión es que, cuando se analiza la conciliación en el marco de la legislación colombiana, no solo por el hecho de su imposición sin un análisis sociológico de los conflictos propios de las diferentes regiones, sino por la misma condición de percibirse como alternativo al proceso judicial y no como complementario a ésta o alternativo a otras opciones diferentes, tal cual se concibió en la cultura norteamericana cuando se generó el movimiento de los ADR, se halla que antes de las normas emanadas con ocasión de la emergencia sanitaria, la conciliación virtual se incluyó tímidamente dentro de las temáticas para capacitar a conciliadores extrajudiciales en derecho (Resolución 221, 2014, Art. 1º, literal I). Norma a partir de la cual hubo algunas experiencias de audiencias de conciliación bajo esta modalidad⁵.

Esa emergencia sanitaria fue declarada inicialmente por el Ministerio de Salud y Protección Social con Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, base para la expedición de un sinnúmero de disposiciones del orden nacional, como lo fue el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020

⁵ Por ejemplo, en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, entre otros.



mediante el que se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en toda Colombia, con sustento constitucional; en cuya virtud el Ejecutivo quedaba con potestad para emitir decretos con fuerza de ley durante ese período. Precisamente, con el Decreto 457 del 20 de marzo de 2020 se ordenó el aislamiento obligatorio como medida sanitaria preventiva contra la COVID19 hasta el 13 de abril de ese mismo año. Lo que inicialmente parecía un asunto de corto tiempo se extendió, dando lugar a otros sendos decretos presidenciales, como el 637 del 6 de mayo de 2020 que declara por un lapso adicional el Estado de Emergencia señalado.

En esa circunstancia particular se profiere el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, con medidas para garantizar la prestación de los servicios públicos en cabeza de los servidores estatales y de particulares con funciones públicas, así como otras determinaciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Como lo expresa su Art. 3º, para “evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social (...)” se propició el trabajo en casa a través de las TIC.

El Artículo 10 del Decreto en mención, en lo concerniente a la conciliación, ordena su continuidad con el acceso a tecnologías de la comunicación y la información. Fijando responsabilidades en cabeza de los centros de conciliación y de las entidades públicas facilitadoras de la conciliación extrajudicial en derecho, en el sentido de proveer “los medios electrónicos y virtuales necesarios para el recibo de documentos y de realización de reuniones y audiencias”. Permitiendo, si no se contaren con tales recursos, celebrar convenios con otras entidades. También amplió el plazo de los tres meses para realizar las audiencias de conciliación a partir de la recepción de la petición, hasta en cinco meses. Eso sí, dejó a voluntad de las partes su participación en esta modalidad de conciliación virtual, con manejo de datos bajo lo regulado en la Ley 527 de 1999.

Debe indicarse que, previo al Decreto Ley 491 de 2020, la Procuraduría General de la Nación había emitido la Resolución 127 del 16 de



marzo de 2020 con medidas para garantizar la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos "a través de comunicación simultánea o sucesiva" con acceso a medios electrónicos. Interesante propósito, aun cuando se fijaba un término perentorio de media hora para que las partes expresaran lo que correspondiera de acuerdo con los intereses que representaran; pero al no hacerlo en ese tiempo, se entendía "como inasistencia". Lo cual, debe expresarse, se percibió como vulneración al debido proceso.

La misma Procuraduría fue modificando su intento anterior al expedir la Resolución 312 del 29 de julio de 2020, determinando dos modalidades de audiencias no presenciales; una asincrónica, con el "envío simultáneo o sucesivo de documentos a través de correos electrónicos" o la sincrónica, usando tecnologías con audio y video e intervención simultánea en la realización de las audiencias. Inclusive, si el Procurador conciliador asistía a las oficinas, aunque las partes no lo hicieran, se entendería presencial. Cualquiera de los modos empleados requería su ejecución al tenor de la Ley 640 de 2001 y del Decreto 1069 de 2015.

Como se puede observar, más allá de las necesidades de modernizar el servicio de la conciliación mediante el acceso a las TIC, fue la exigencia imperante de continuar con un servicio público de acceso a la justicia el que llevó a tomar esas medidas de urgencia. Entonces, siendo Colombia un país de leyes surge la pregunta si se regulará la conciliación en línea a futuro o se permitirá su avance bajo las normas base de esta institución, con la diferencia de que no se requiera la presencia física de los involucrados y el conciliador, sino una gestión sincrónica remota o asincrónica virtual.

No obstante, en otras partes del mundo vienen en una avanzada desde décadas atrás. Goodman (2003) informa sobre ciertas plataformas estadounidenses que apoyan procesos de negociación innovadora con programas de computador que ayudan en la búsqueda de acuerdos justos, con mayor o menor intervención humana e incluso con ninguna. Resalta



dentro de las ventajas los menores costos y dentro de las desventajas el tornarse en un procedimiento impersonal y de menor acceso para ciertas comunidades; aunque en este último aspecto considera que el avance de la tecnología y el mayor acceso a Internet va superando esta dificultad. Son experiencias interesantes sincrónicas o asincrónicas, pero siempre con el apoyo de softwares que consolidan la información para direccionar formas de solucionar controversias sobre derechos disponibles. Entre ellas, algunas dan lugar a la participación de un facilitador que escucha a las partes, presencial o remotamente, para orientarlas en la especificación de lo fáctico y de sus intereses, necesidades y pretensiones, hasta “modelar un problema de negociación” y diligenciar el respectivo formulario que luego se registra en el software, desde donde se “desarrollan paquetes de acuerdos para que las partes los consideren” (p. 4), sin perder el contacto con el tercero ajeno quien ayuda a las personas a seleccionar dentro de lo propuesto y, finalmente, el mismo software realiza mejoras en procura de beneficios mutuos hasta llegar a un acuerdo que se traslada a un escrito para la firma de las partes.

Lo anterior, sin perjuicio de sistemas virtuales de mediación a través de tecnologías en línea⁶ que contactan las personas en conflicto y permiten su relacionamiento con el facilitador, quien ayuda en la comprensión de la disputa y el camino hacia un acuerdo.

Para llegar a esas diferentes modalidades de ODR en Colombia, aún hay camino por recorrer sin que sea imposible lograrlo.

2.2 ¿Son competentes los conciliadores extrajudiciales en derecho para responder a las nuevas exigencias en el desarrollo de audiencias virtuales?

La nueva modalidad de audiencias de conciliación virtuales permea a los demás medios alternativos al consentir su ejecución en forma remota pero sincrónica, sin que por ello se pierda la esencia de la co-

⁶ En Colombia se está surtiendo este sistema de mediaciones en línea, a través de chat, por parte de algunas entidades administrativas como las Superintendencias, en particular la Superintendencia de Industria y Comercio, frente a quejas de los consumidores.



municación dialógica y la importancia de “imponer desde lo jurídico un cambio cultural” (Arboleda, 2015, p. 90) para que todos los conciliadores interioricen un nuevo paradigma y lo transmitan a las partes. Es decir, más allá del medio empleado para realizar las audiencias, lo básico es la comunicación asertiva, siendo indispensable “que el conciliador actúe con conocimiento interdisciplinario, que comprenda el actuar, el sentir y el expresar de las partes en conflicto, donde se hagan valer los derechos resaltando la importancia del otro y reconociendo los derechos de la contraparte” (Ibíd., p. 91).

En efecto, esa cualificación interdisciplinaria de un conciliador para asumir con mucha propiedad su rol de tercero mediador entre las partes en controversia, va de la mano con su ética. En palabras de Arboleda, et al (2018), la conciliación es una experiencia ética que supera el simple criterio de la descongestión judicial y arriba a una cultura narrativa en la que cada uno expresa hechos, sentimientos, necesidades, intereses y pretensiones, con la expectativa de ser escuchados. Por ende, en un encuentro en línea el conciliador debe ser muy flexible para propiciar “una comunicación más reflexiva” (Arboleda, 2015, p. 93) dada la naturaleza de esos encuentros a través de las TIC, en los que suele primar la impersonalidad y cierto grado de dificultad para expresar la emocionalidad, sumado a la difícil lectura del lenguaje corporal.

Los conciliadores extrajudiciales en derecho deben estar preparados para el cambio de dinámicas que implican el acceso a la justicia mediante los ODR. Son actores protagónicos que facilitan que la comunidad ejerza ese derecho “sin importar su condición social, religiosa, étnica, etc., incluso, la edad no debería ser impedimento si en realidad se cuenta con un Estado social de derecho, en donde lo que importa es el ser humano” (Cortes, 2015, p. 84). Esas personas que aceptan voluntariamente acudir a una conciliación bajo modalidad no presencial también tienen derecho al debido proceso; luego desde una ética del conciliador no pueden desconocerse los mismos principios aplicables en una audiencia presencial, como la confidencialidad, la autonomía de la voluntad de las partes, entre otros.



La cuestión es que, aunque para algunos ese intento de dirimir a través de pantallas de computadores una relación conflictiva tiene sus desventajas, como se indicó antes, el superar distancias geográficas, la rapidez en el encuentro, la economía para evitar desplazamientos, y la flexibilidad esperada, son aspectos favorables (Arboleda, 2015). De ahí la necesidad de un conciliador con mente abierta, paciencia y buen escucha; capaz de reducir los niveles de tensión entre las personas; con metodologías comunicativas que superen las barreras de la tecnología y óptimo direccionamiento de las partes sin afectar su voluntad; creador de ambientes de confianza para que sucedan los acercamientos; y con argumentaciones válidas que sustenten las propuestas de solución. La confianza, como sustantivo abstracto, debe ser propiciada por el conciliador para que las partes creen en él y en el proceso a través de las TIC, a fin de que cooperen en la resolución del asunto (Monahan, 2021). Además, ese tercero facilitador debe carecer de inhabilidades, impedimentos o recusaciones, al tenor de la legislación colombiana, para evitar intervenciones subjetivas (Arboleda, et al, 2018).

El hecho de que las audiencias de conciliación sean virtuales no descalifica la validez de los consensos a partir del entendimiento esperado en el proceso comunicativo. Como lo dijo Habermas (2020) al referirse a los acuerdos como resultados de acciones comunicativas que parten de comprensiones recíprocas y de conocimientos compartidos, en donde la confianza y la concordancia son necesarias, con la expectativa mutua de una solución que “descansa sobre la base del reconocimiento de cuatro correspondientes pretensiones de validez: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud” (p. 301), a partir de expresiones con significados claros sobre las intenciones que acompañan a los interlocutores. En consecuencia, el rol del conciliador se enmarca dentro de estrategias muy puntuales para las cuales debe estar cualificado a fin de orientar la acción de los sujetos intervinientes hacia el entendimiento en doble vía dentro de sus actos de habla que podrían estar interrumpidos o con obstáculos técnicos por condiciones de los sistemas de información y comunicación tecnológica empleados.



Conjuntamente con las exigencias anteriores, el legislador demanda de los conciliadores extrajudiciales en derecho el cumplimiento de unos requisitos mínimos antes de ejercer su rol. Por ejemplo, deben ser abogados titulados e inscritos y formar parte de las listas de conciliadores de un centro de conciliación, habiendo cumplido y aprobado primero con un formación reglamentada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, además de los requisitos exigidos por cada centro; en el caso de los estudiantes de Derecho de los Consultorios Jurídicos, también realizan la cualificación exigida, aun cuando su permanencia solo corresponde al tiempo de vinculación como miembro activo del respectivo consultorio (Ley 640, 2001, Art. 11, Par. 2º)⁷. Los demás conciliadores extrajudiciales en derecho no requieren más allá que la vinculación en el cargo correspondiente⁸.

Para responder la pregunta formulada en el título de este acápite se revisó el programa de cualificación para fungir como conciliador extrajudicial en derecho, reglamentado por el gobierno nacional colombiano en la Resolución 221 de 2014 emitida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, sustentada en lo exigido por el Decreto 1829 de 2013 que fue incorporado al Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho (Decreto 1069, 2015), en cuyo Artículo 2.2.4.2.8.3 determina que aquella tiene tres módulos: “básico, entrenamiento y pasantía”, con mínimo 60 horas cada uno de los dos primeros y no menos de dos audiencias “acompañadas por un docente conciliador” para el tercer módulo.

La Resolución en comento se limita a indicar lo anterior, más las temáticas mínimas a desarrollar, entre las cuales se incluye a la conciliación virtual como uno de los doce tópicos del módulo básico. Solo en un ejercicio matemático, se diría que mínimo cada uno debe tener cinco horas para su desarrollo. La cuestión es que, sin demeritar la trascendencia de lo jurídico en cada área del derecho que se desarrolla en el módulo, cada entidad avalada para realizar los cursos debe ser responsable en la asignación del tiempo para cualificar a los concilia-

⁷ Mediante la Ley 2113 del 29 de julio de 2021 se regula, entre otros aspectos, el servicio de conciliación y similares que pueden prestar los estudiantes del Consultorio Jurídico.

⁸ Notarios, inspectores, procuradores judiciales, personeros, cuando aplique, comisarios de familia, defensores de familia, como ejemplos.



dores sobre estrategias comunicativas, procedimentales y también con referentes de validez de los acuerdos y respeto por el debido proceso, propias en esta modalidad de audiencias, dado que surgen varias inquietudes en la comunidad académica.

Dentro de esas dudas, se pueden dar como ejemplos los siguientes: aun cuando haya autorización de los intervinientes para grabar la sesión, ¿estaría violándose el principio de confidencialidad al hacerlo? La grabación en sí misma, siguiendo un poco la experiencia de quien teme hablar ante un micrófono, ¿obstaculizaría la tranquilidad en el emisor de los mensajes por temor a decir lo que piensa y lo que siente, a sabiendas de que queda en un vídeo el registro? ¿Mantendrán los participantes la intención en mientes con la intención ejecutada durante la audiencia, siendo requisito necesario para la inteligibilidad que exige la validez de la comunicación, según Habermas (2020)? De otra parte, si se cruzan correos electrónicos entre los participantes y el conciliador, pero alguno de ellos pierde la conexión a Internet, ¿en qué condiciones queda lo avanzado en la audiencia cuando aún no se tiene un acuerdo estructurado? ¿Se puede aceptar como medio para realizar estas diligencias la comunicación vía WhatsApp, tal cual lo hacen algunos conciliadores en asuntos contencioso administrativos? Hay muchas más preguntas que requieren análisis desde lo sustancial y desde lo formal, que en corto tiempo de la capacitación podrían quedarse con argumentaciones inconclusas.

Otra inquietud tiene que ver con el módulo de entrenamiento; debe ser una exigencia de los formadores aun cuando la norma no lo diga, en transversalizar el ejercicio de las audiencias por medios tecnológicos en cada uno de los temas señalados y los adicionales que se planeen. Los aspectos mencionados sobre las teorías comunicacionales a través de las TIC, así como las explicativas de ciertos comportamientos humanos, deben estar inmersos bajo miradas pragmáticas. Rincón (2014) hace un llamado a que la conciliación se “desvincule tanto de las tendencias procesalistas como de las negociales, sin que esto implique el desconocimiento de estos dos elementos” y se perciba como “una rama del de-



recho en construcción que requiere de esfuerzos teóricos que concreten su objeto de estudio dotándolo de dinamismo y efectividad” (p. 111).

Entonces, los compromisos en el proceso formativo de conciliadores extrajudiciales en derecho exigen total conciencia del significado de la conciliación, mucho más si se quiere seguir fortaleciendo su inmersión en los ODR.

Además, no se puede seguir cualificando en una línea tradicional de la conciliación a pesar de las múltiples opciones que se vienen aplicando en otros lugares del mundo. Un compromiso que debe emanar desde la formación de los futuros abogados, desafiando una enseñanza acorde con instrumentos internacionales que orientan sobre la resolución de conflictos online. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la Mediación, conocida como Convención de Singapur sobre la Mediación (2018), que si bien es cierto moldea arreglos provenientes de transacciones sobre conflictos comerciales internacionales, promueve la mediación como un MASC eficaz. Instrumento internacional concordante con la que fuera la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)⁹ emanada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) modificada y denominada en el 2018 como Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación.

2.3 La brecha del acceso a la justicia a través de la conciliación extrajudicial en derecho bajo modalidad Online

La conciliación online requiere un cambio de paradigma de los conciliadores y de quienes constituyen los extremos de una relación jurídica sustancial en controversia, previa interiorización de las ventajas de abordar estos procesos a través de las TIC, porque más allá de ahorrar costos o de acortar distancias geográficas, el acceso a la conciliación por medios tecnológicos permite, incluso, llevar a las partes a un nivel

⁹ Aun cuando se consideró en su construcción para conflictos internacionales quedó abierta la posibilidad de incorporarla a las legislaciones internas.



de madurez y reflexión antes de determinar cuál sería la propuesta de solución, pudiendo “editarla” previo a enviarla y así no incurrir en manifestaciones impulsivas como suele suceder cuando se está en tiempo real y cara a cara con la contraparte (Goodman, 2003).

De otro lado, Monahan (2021) es consciente del cambio que a nivel mundial se dio en cuanto al uso y acceso a la resolución de conflictos en línea y como consecuencia de la COVID19. Plantea un antes y un después. En primer lugar, reconoce como fue creciendo progresivamente el acceso a los ODR por la misma reducción de desconfianza hacia la tecnología. En el escenario a partir de la pandemia con nuevas lecturas del relacionamiento con los demás, hace, dice el autor, que sea más importante ahora pensar en los medios alternativos en línea, porque la presencialidad se convirtió en un gran temor “de ser infectado por otros participantes” (p. 6), llevando a la ciudadanía a cumplir sus tareas desde casa con el apoyo de las TIC.

Dentro de las consideraciones que Monahan refiere, se reitera cómo para la profesión de los abogados no era viable pensar en manejar asuntos jurídicos por medios tecnológicos. Colombia no ha sido la excepción, al punto que, aun existiendo desde 2012 la norma que determinaba el acceso a las TIC en los despachos judiciales, solo se hicieron leves intentos que quedaban en grabación de diligencias dentro de los juicios orales, o algunas diligencias por video conferencia en cierta clase de procesos, pero sin una contundencia que permitiera tener expedientes electrónicos y tramitar muchas diligencias por vía de la virtualidad. Adicional a que estos minúsculos avances se dieron solo en algunas ciudades capitales, pero no en los municipios más pequeños para cuyos despachos judiciales no hubo suministro de medios por parte del Consejo Superior de la Judicatura y en algunos casos se estuvo a la buena voluntad e inversión de los mismos funcionarios judiciales (Palmera, 2018).

Por ello, en palabras de Monahan, solo cuando llegó el “enemy at the gates” [enemigo a las puertas], aludiendo a la COVID19, fue que despertó a la comunidad jurídica sobre la trascendencia de los ODR.



Eso sí, esta modalidad de resolución de disputas también tiene desventajas, pudiéndose enunciar algunas (Goodman, 2003), tales como:

(1) La restricción para ciertos asuntos; no porque legalmente esté prohibida su negociación, sino porque hay situaciones básicas que se encontrarían limitadas en ese ejercicio cibernético; por ejemplo, algunos casos de familia en donde no hay disputas económicas sino emocionales. No es que no se puedan adelantar por vía de los ODR, pero también es cierto que presentan cierta dificultad a menos que se esté con personas previamente preparadas y, reiterando, con conciliadores con alto nivel de formación para asumir estos asuntos. En todo caso, las sociedades se han enfrentado a otras formas de conflictividad derivadas de la COVID-19, afectándose la cohesión social a partir de los serios conflictos en el núcleo familiar por efectos negativos ante la pérdida del empleo, negocios cerrados, recarga ocupacional en el hogar, entre otros factores.

(2) Se convierte en una paradoja frente a la esencia de la conciliación en la que se valora la comunicación en doble vía, dándole trascendencia al lenguaje verbal pero mucho más al no verbal. La conciliación virtual termina siendo impersonal ante la restricción en la expresión de emociones y sentimientos. Aunque, como lo analiza Monahan (2021), revisando a otros autores, el comportamiento humano sigue unas líneas o códigos que modelan la conducta de las personas en el ciberespacio, hasta generar adaptaciones inimaginables antes para cada uno de los implicados. Plantea también como, hasta las diferencias en las plataformas a través de las cuales se conecten las personas, influyen en el hacer de los participantes y en el vaivén de las audiencias online, porque, al igual que en una diligencia presencial, "si el formato en línea se altera" (Ibíd., p. 8) debe verificarse cómo no perder la confianza de los participantes.

(3) A diferencia de los conflictos que emanen de una transacción dentro del comercio electrónico, en donde sus participantes tienen cierto grado de manejo de las TIC, la situación para otras personas menos familiarizadas con el uso de computadores, e incluso quienes no tienen



conectividad a Internet, será más compleja. Posiblemente tengan que acceder a servicios pagos por horas o acudir a terceras personas para que los conecte o les escriba lo que requieren, quedando expuestos y vulnerables sobre su propia situación.

Esta última desventaja presentada por Goodman genera reflexiones alrededor de la comunidad más vulnerable por ubicación social y económica, dado que no todos los colombianos tienen disponibilidad de Internet. Es decir, no todas las personas con derecho a acceder a la justicia estarían dispuestas a pagar, así quisieran un acuerdo por este medio, los costos que generarían la conexión necesaria para cumplir con las sesiones o diligencias indispensable en procura de plantear propuestas a partir de la determinación del conflicto que les atañe.

En ese sentido, y dado que la conciliación virtual “se ha convertido en el método principal de resolución de disputas gracias a la pandemia COVID-19” (Monahan, 2021, p. 20), es preciso trabajar en la superación de las restricciones de acceso a Internet que vive un alto porcentaje de población residente en Colombia, a fin de propiciar confianza entre los participantes, incluyendo al conciliador y a los abogados. Se requiere una justicia responsable centrada en las personas, para evitar “más exclusión de grupos marginados”, siendo indispensable darle fuerza a “la innovación y el trabajo inteligente resolviendo casos en línea” y con apoyo a “otros proveedores de justicia para prestar sus servicios virtualmente” (Steven, et al, 2020, p. 5).

3. La conciliación extrajudicial en derecho online frente a la meta 3 del ODS 16

Es de conocimiento mundial que las Naciones Unidas en el 2015 aprobaron la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible, con 17 Objetivos (ODS) que abarcan diferentes tópicos de alta preocupación para la humanidad. Uno de ellos es el 16, tendiente a desarrollar sociedades justas, pacíficas e inclusivas, bajo el lema “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. La meta 3 pretende:



Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”, siendo necesaria una corresponsabilidad entre gobierno, sociedad civil y comunidad, en aras de buscar “soluciones duraderas que reduzcan la violencia, hagan justicia, combatan eficazmente la corrupción y garanticen en todo momento la participación inclusiva”. (ONU, s.f., p. 2)

En ese orden de ideas y entendiendo que los conflictos que no se resuelvan significan una negación de la justicia dentro de sistemas con estructuras no sólidas y con posibles sesgos en el tratamiento de quienes requieren la protección de sus derechos sustanciales, el poder público del Estado colombiano tiene responsabilidad para proteger el principio de acceso a la justicia, como atributo del Estado social de derecho, con medidas que garanticen dicho derecho fundamental consagrado en la Carta Política, como se señaló en páginas anteriores. En este sentido se deben hacer alianzas estratégicas de apoyo entre los Ministerios de Justicia y del Derecho y el de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, con los centros de conciliación y los programas de Derecho de las instituciones de educación superior, para desarrollar proyectos que vayan más allá de los cursos y/o herramientas de capacitación, a fin de asegurar que miembros de la comunidad residentes en áreas clasificadas como estratos 1, 2 o 3, o incluso en peores condiciones, tengan también la oportunidad de escoger si desean que sus conflictos sean manejados mediante audiencias de conciliación online.

Más allá de la improvisación que se generó por la pandemia, hay recomendaciones para flexibilizar estrategias como, “asignar más atención y recursos para los mecanismos alternativos de resolución de disputas” (Steven, et al, 2020, p. 20), que es el caso de la conciliación online con efectos positivos al aumentar la eficiencia en la solución de conflictos y reducir costos y tiempo. Si se garantiza que las personas con controversias sobre derechos disponibles y con un margen dentro de la autonomía de su voluntad, acudan a la conciliación extrajudicial con conexión ga-



rantizada a Internet y respetando el debido proceso, serán oportunidades que aumentan los indicadores de acceso a la justicia. En palabras del PNDU (2020) estas experiencias se convierten en pautas para componer el tejido social a partir de las políticas dirigidas a la seguridad jurídica

Ahora, si la Agenda 2030 anuncia el desarrollo sostenible “centrado en las personas”, el acceso a la justicia debe tener ese mismo lineamiento: “Justicia centrada en las personas” con facilidad para todas y todos de satisfacer su derecho fundamental de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, pudiendo lograrse a través de los ODR con mayor aproximación, en el caso que ocupa este capítulo, a la conciliación, con iniciativas accesibles que empoderen a las personas en su autonomía y dignidad. Ello significa que, paralelo al desarrollo tecnológico y la facilitación de conectividad para la población colombiana, también se precisa promover el liderazgo constructivo con participación ciudadana (PNDU, 2020).

CONCLUSIONES

La conciliación como sistema alternativo y complementario para dirimir y transformar conflictos en Colombia no es una institución nueva en la legislación nacional porque tuvo sus orígenes en el Siglo XIX traída del ordenamiento jurídico español y con evolución legislativa en los siglos XX y XXI, aunque sin regulación específica para su realización por medios virtuales o en línea. Inclusive, cierto empuje que tuvo a fines del siglo pasado respondió a exigencias de organismos supranacionales con la finalidad de favorecer la inversión extranjera, incorporándola como diligencia judicial en varias jurisdicciones. Complementado con la creación de los centros particulares para ofertar el servicio de la conciliación extrajudicial al lado de otros medios alternativos como la amigable composición y/o el arbitraje.

Inicialmente se pensó en la conciliación extrajudicial en derecho para superar el problema de acumulación de procesos judiciales, siguiendo la línea del movimiento estadounidense Alternative Dispute Resolution (ADR), sin negar su incidencia en la convivencia pacífica y la



reconstrucción del tejido social. Escenario que permitió la participación ciudadana y, al tenor de la Constitución Política de Colombia, con facultades transitorias a los conciliadores particulares para que administraran justicia. Correspondió este auge de la conciliación a la tercera ola de la reforma a la justicia en aras de garantizar el acceso a la misma.

Uno de los aspectos que se impuso desde diferentes leyes regulatorias de la conciliación fue su exigencia como requisito de procedibilidad en ciertas áreas del derecho y frente a determinados procesos. Para la Corte Constitucional esta exigencia no afecta el derecho fundamental de acceso a la justicia por cuanto la obligatoriedad es de acudir a la diligencia mas no de conciliar; pero si con la oportunidad para las personas de consensuar antes de inmiscuirse en procesos judiciales desgastantes.

A pesar de ese silencio legislativo sobre la conciliación extrajudicial en derecho online, y de una tímida referencia a aquella en el 2014 dentro de la norma que determina los contenidos para formar conciliadores extrajudiciales en derecho, fue el enemigo oculto o el enemigo a las puertas como llamó Monahan (2021) a la COVID19, el que dio lugar a proferir el Decreto Legislativo 491 de 2020 en donde se establece la regulación de la conciliación a través de medios tecnológicos direccionados desde Internet. En tal sentido, la Corte Constitucional valoró la implementación de las TIC en el trámite conciliatorio al viabilizar el acceso a la justicia, sin ocultar las dificultades que algunas personas tienen en temas de conectividad; casos en los cuales no están obligadas a acudir a esta modalidad. Un aspecto que llamó la atención fue su manifestación sobre la excepcionalidad de la realización de audiencias virtuales mientras dura la emergencia sanitaria, aunque particularizó sobre los tiempos adicionados para viabilizar las diligencias mientras los responsables del servicio adecuaban las condiciones logísticas.

Se afirma entonces que, este avance normativo obligado por las circunstancias no corresponde con la evolución de las TIC en distintos campos de las relaciones sociales, admitiendo el mayor atraso en el campo jurídico. Ello a pesar de distintos intentos que la administración de justicia colombiana ha venido fijando, así como la determinación desde las



Naciones Unidas de que el acceso al Internet es un derecho humano. Queda la expectativa de saber qué pasará cuando se supere la emergencia sanitaria frente a la regulación prevista en el Decreto Legislativo 491 de 2020 acerca de la conciliación mediante el uso de las TIC.

Otro de los asuntos de reflexión es sobre la cualificación que reciben los estudiantes de Derecho y los abogados para fungir como conciliadores. Hay serias dudas sobre la efectividad de las capacitaciones reguladas por el Ministerio de Justicia y del Derecho frente a las competencias que requiere el conciliador para asumir con mayor responsabilidad su rol en ese escenario comunicativo a través de medios virtuales, como valor agregado a las exigencias que ya debía tener frente a las conciliaciones presenciales. Más allá del manejo de las TIC, se precisa una experticia para comprender los alcances que tiene el acceso a la justicia mediante los ODR, a fin de garantizar la validez de los acuerdos logrados por esos medios.

Finalmente, surge otra responsabilidad para la academia y para los centros de conciliación, así como para el mismo gobierno colombiano a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones. Deben trabajar mancomunadamente para cerrar esa brecha del acceso a la justicia a través de la conciliación extrajudicial en derecho bajo modalidad Online. No significa que, de ahora en adelante todas las diligencias deban realizarse por medios tecnológicos; pero sí se requiere que se mantenga la oportunidad para que todos y todas sin distinciones de clase socioeconómica puedan elegir si a bien tienen esta modalidad. Al fin y al cabo, como se expresó en este texto, la viabilidad de distintos procedimientos para acceder a la conciliación extrajudicial en derecho con el propósito de resolver los conflictos que permiten su autocomposición, es una forma de garantizar el acceso a la justicia y por ende otro camino para tributar al logro de la meta 3 del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, cuyo lema es "Paz, Justicia e Instituciones Sólidas".



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda López, A.P. (2015). Conciliación interdisciplinaria virtual. *Revista Lasallista de Investigación*, 12(2), 84-93. Obtenido en <http://repository.lasallista.edu.co:8080/ojs/index.php/rldi/article/view/834/586>
- Arboleda López, A.P., Ramírez Arango, C., Mancipe Vanegas, G.S., Garcés Giraldo, L.F. & Arboleda Cardona, S. (2018). La conciliación virtual extrajudicial en Derecho; reflexiones frente a la ética. *Justicia*, 34, 372-384. Universidad Simón Bolívar. <https://doi.org/10.17081/just.23.34.2897>
- Bauzá, M. (2001). Los derechos de autor en internet. *Revista de la Facultad de Derecho*, 20, 47-60. Obtenido en <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/219>
- Castañeda Rodríguez, V. M., & Díaz Bautista, O. (2017). El Consenso de Washington: algunas implicaciones para América Latina. *Apuntes del Cenes*, 36(63), 15-41. <https://doi.org/10.19053/01203053.v36.n63.2017.4425>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2007). I. El derecho de acceder a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar derechos sociales. V. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de afectaciones a derechos sociales. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Documento 4, 9-20 y 69-89. Obtenido en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (21 de marzo de 1991). Ley de descongestión judicial. [Ley 23 de 1991]. DO: 39.752.
- Congreso de la República de Colombia. (7 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745.



- Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.380.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de agosto de 1999). Ley de Comercio Electrónico. [Ley 527 de 1999]. DO: 43.673.
- Congreso de la República de Colombia. (5 de enero de 2001). Ley de Conciliación. [Ley 640 de 2001]. DO: 44.282.
- Congreso de la República de Colombia. (6 de julio de 2012). Modernización de la organización y funcionamiento de los municipios. [Ley 1551 de 2012]. DO: 48.483.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Estatuto del Arbitraje. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 42.745.
- Congreso de la República de Colombia. (20 de agosto de 2013). Acceso al crédito y garantías mobiliarias. [Ley 1676 de 2013]. DO: 48.888.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de agosto de 2001) Sentencia C-893. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (15 de noviembre de 2001) Sentencia C-1195. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de marzo de 2003) Sentencia C-204. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de enero de 2005) Sentencia C-033. [MP Álvaro Tafur Galvis].



- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (17 de diciembre de 2008) Sentencia C-902. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de agosto de 2011) Sentencia C-598. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (15 de agosto de 2013) Sentencia C-513. [MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de noviembre de 2013) Sentencia C-804. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (9 de julio de 2020) Sentencia C-242. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (8 de julio de 2021) Sentencia C-214. [MP Jorge Enrique Ibáñez Najar].
- Cortes Albornoz, I.R. (2015). El acceso a la justicia a la luz del Estado social de Derecho en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 13(16), 81-103. Obtenido en <https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/32/441>
- Goodman, J. (2003). The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites, 2 *Duke Law & Technology Review*, 1-16. Obtenido en <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=dltr>
- Habermas, J. (2020). ¿Qué significa la pragmática universal? (1976). *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos*, 299-368. (9ª ed.). Madrid: Cátedra.
- Ministerio de Justicia y de Derecho de la República de Colombia [Minjusticia]. (5 de mayo de 2014). Programa de formación de conciliadores extrajudiciales en Derecho. [Resolución 221 de 2014].
- Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia [Minjusticia]. (2017). 3.1.3 Métodos de Resolución de Conflictos (Gestión de conflictos). Plan Decenal Sistema de Justicia 2017-



2027, 94-120. Obtenido en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>

Ministerio de Justicia y de Derecho de la República de Colombia [Minjusticia]. (18 de julio de 2018). Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias. Circular No CIR-18-0000082-DJU.1500. Obtenido en <https://www.minjusticia.gov.co/normatividad-co/Circulares/CIRCULAR%20No%20CIR18-0000082%20del%2031%20de%20julio%20de%202018.pdf>

Monahan. J. (2021). Enemy at the Gates: Online Dispute Resolution in the Time of COVID-19

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (s.f.). Objetivo 16. Obtenido en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2017/01/Goal_16_Spanish.pdf

Palmera Henao, C.A. (2018). Incidente del uso de las TIC incluidas en el Código General del proceso, en el acceso al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en los juzgados. (Monografía jurídica como trabajo de grado). Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga.

Steven, D., De Langen, M., Muller S. & Weston, M. (2020). Justice in a Pandemic - Briefing One: Justice for All and the Public Health Emergency. Pathfinders for Peaceful, Just and Inclusive Societies. Center on International Cooperation. Obtenido en <https://www.justice.sdg16.plus/>

Presidencia de la República de Colombia. (7 de octubre de 1989). Introduce modificaciones al Código de Procedimiento Civil. [Decreto 2282 de 1989]. DO: 39.013.

Presidencia de la República de Colombia. (7 de septiembre de 1998). Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. [Decreto 1818 de 1998]. DO: 43.380.

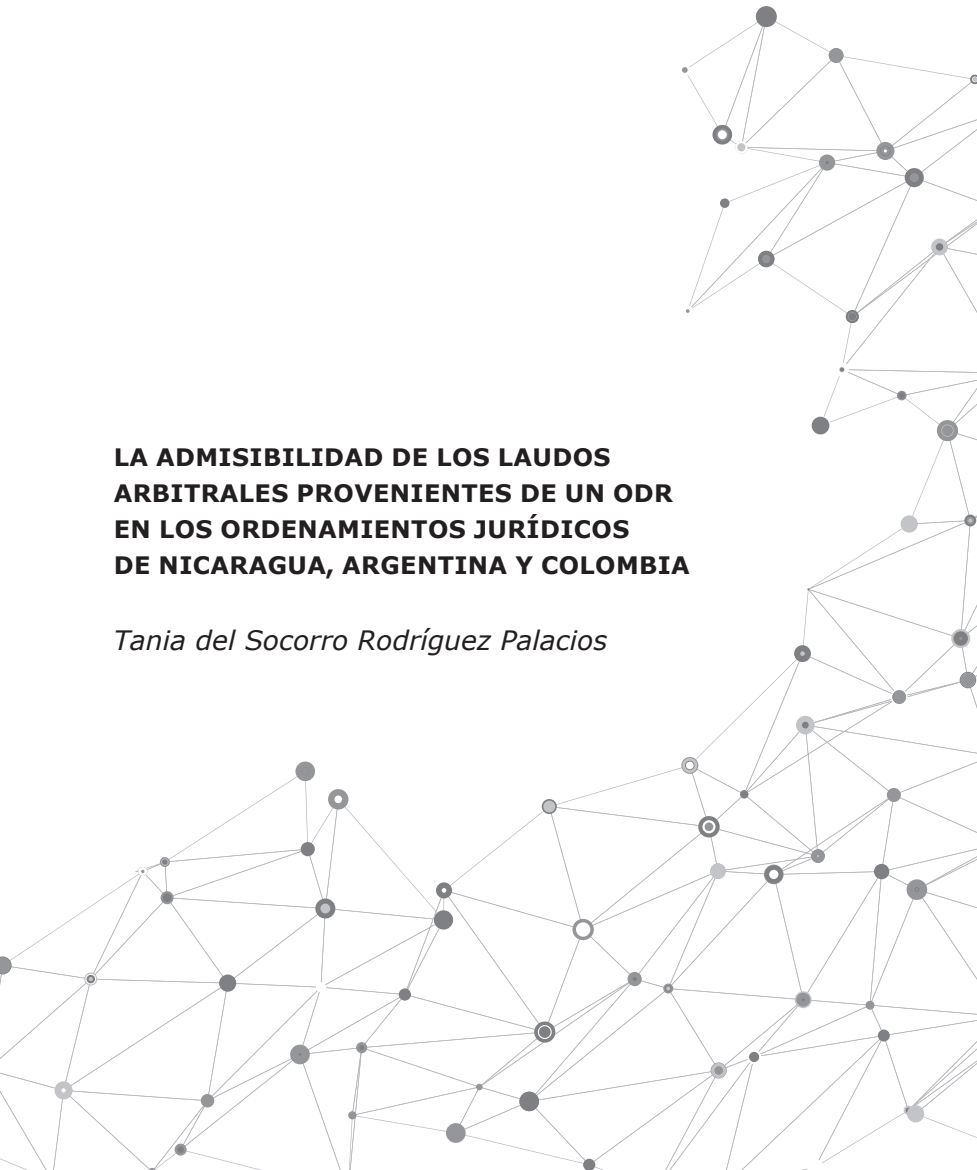


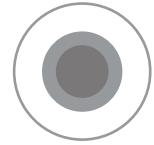
- Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. [Decreto 1074 de 2015]. DO: 49.523.
- Presidencia de la República de Colombia. (28 de marzo de 2020). Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. [Decreto 491 de 2020]. DO: 51.270.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (26 de noviembre de 2020). Innovación, resiliencia y transformaciones urgentes hacia una justicia inclusiva en América Latina y el Caribe. Obtenido en <https://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/Democratic%20Governance/UND-RBLAC-VersionEspanol1DIC.pdf>
- Rincón, A. (2013). Sobre una teoría trialista de la conciliación. DIXI, 15(18), 101-111. <https://doi.org/10.16925/di.v15i18.649>
- Silva Pabón, M.J. (2018). La conciliación judicial y extrajudicial en Colombia. Rueda Fonseca, M.S. [Comp.] Puesta en práctica del Código General del Proceso, 149-185. Obtenido en <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2327/#WW/vid/777687145>
- Unión Internacional de Telecomunicaciones [UIT]. (Diciembre de 2012). Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales. (2012). Actualidades de la UIT, 10, 10-28. Obtenido en <https://www.itu.int/bibar/ITUJournal/DocLibrary/ITU011-2012-10-es.pdf>



**LA ADMISIBILIDAD DE LOS LAUDOS
ARBITRALES PROVENIENTES DE UN ODR
EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS
DE NICARAGUA, ARGENTINA Y COLOMBIA**

Tania del Socorro Rodríguez Palacios





TANIA DEL SOCORRO RODRÍGUEZ PALACIOS

Doctoranda del programa doctorado en Derecho de la Universidad Americana (UAM), en cotutela con la Universidad de Salamanca. Es Máster en Derecho de Empresas con especialidad en Asesoría Jurídica, Graduada Máxima Cum Laude, Universidad Centroamericana (UCA); Licenciada en Derecho con especialización en Derecho Económico. Universidad Centroamericana (UCA). Socia Directora de Rodríguez Asistencia Legal. Abogada y Notario Público, debidamente autorizada por la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Arbitro del Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Americana (UAM), Coordinadora Académica de la Maestría en Derecho Empresarial Corporativo de la UAM. Tiene más de 11 años de experiencia en consultorías sobre aspectos empresariales; tales como PLA/FT, Derecho Corporativo, Derecho Laboral y de Seguridad Social y Derecho Tributario. Además, cuenta con más de tres años de experiencia en Negociaciones Internacionales. Su trayectoria profesional ha sido desarrollada tanto en Firmas Internacionales (Deloitte Touche Tohmatsu), así como en el sector público (Ministerio de Fomento, Industria y Comercio). Fue parte del equipo de Tax & Legal de Deloitte Touche Tohmatsu, Nicaragua; además, fue parte del equipo negociador de tratados internacionales del MIFIC, donde apoyo en las negociaciones del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea; en temas como Acceso a Mercados, Inversiones, Reglas de Origen, Solución de Controversias, etc. Asimismo, darle continuidad a la aplicación de los diversos tratados comerciales en los que Nicaragua es socio (China Taiwán, Chile, DRCAFTA, entre otros). Se desempeñó como Gerente Legal de la Firma BDO Nicaragua, se ha desempeñado desde el año 2013 como docente universitario, tanto en pregrado como posgrado en la Universidad Americana (UAM), Universidad Centroamericana (UCA) y el Instituto Latinoamericano de Ciencias Jurídicas y Empresariales (ILAJE), en materia de Derecho del Comercio Internacional, Introducción al Estudio del Derecho, Derecho Mercantil, Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho Tributario, Resolución Alternativa de Conflictos, entre otros y además se desempeña como capacitador en materia de Prevención de Lavado de Activos.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN. 1. Arbitraje a través de ODR. 1.1. Características, ventajas y complicaciones 2. Laudo Arbitral Virtual 2.1. Admisibilidad del laudo arbitral 2.1.1. Colombia 2.1.2. Argentina. 2.1.3. Nicaragua. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Es de todos conocidos que con la aparición del internet el mundo cambió, de igual manera, las formas de hacer comercio han variado a lo largo de la historia; actualmente, se habla de comercio electrónico, al no encontrarse este, claramente regulado, los sujetos de derecho se ven obligados a forzar los ordenamientos jurídicos, para poder regular, de cierta manera, estas nuevas tendencias. Consecuentemente resulta menester, actualizar los mecanismos de resolución a las disputas que se puedan generar entre los sujetos de comercio electrónico. El arbitraje, es el mecanismo de resolución alterna de conflictos preferido, por los sujetos de comercio internacional, debido a las ventajas que este presenta, por esta poderosa razón, se necesita regular el arbitraje comercial a través de un *Online Dispute Resolution*, ODR. Llegados a este punto, se debe valorar, el laudo arbitral virtual, el cual será el que emitan los árbitros, en virtud de conflictos originados en el comercio electrónico, mismo que debe estar conforme lo dispuesto en la ley aplicable y será de ineludible cumplimiento, la interrogante que se presenta es ¿podrán estos laudos arbitrales virtuales ser admitidos en Nicaragua, Argentina y Colombia? Dicho lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo analizar la admisibilidad de los laudos arbitrales virtuales provenientes de un ODR, en Nicaragua, Argentina y Colombia.

Palabras claves: MASC, ODR, Arbitraje comercial, Laudo, tecnología.

ABSTRACT

It is well known that with the appearance of the internet the world changed, likewise, the ways of doing business have varied throughout



history; nowadays, electronic commerce it's a new of these ways, since it is not clearly regulated, the subjects of law are obligatory to force the legal systems, in order to regulate, in a certain way, these new trends. Consequently, it is necessary to update the resolution mechanisms for the disputes that may be generated between the subjects of electronic commerce. Arbitration is the preferred alternative dispute resolution mechanism for international trade subjects, due to the advantages that it presents, for this powerful reason, it is necessary to regulate commercial arbitration through of an Online Dispute Resolution, ODR. At this point, the virtual arbitration award must be assessed, which will be the one issued by the arbitrators, by virtue of conflicts originating in electronic commerce, which must be in accordance with the provisions of the applicable law and will be inescapable compliance, the question that arises is, can these virtual arbitration awards be admitted in Nicaragua, Argentina and Colombia? That said, the objective of this chapter is to analyze the admissibility of virtual arbitration awards product of ODR, in Nicaragua, Argentina and Colombia.

Keywords: ADR, ODR, commercial arbitration, arbitral award, technology.

INTRODUCCIÓN

La utilización de mecanismos de resolución de conflictos a través de medios informáticos y tecnológicos se ha venido delineando en diferentes ordenamientos jurídicos, pretendiendo su adaptación a las exigencias en el ciberespacio. Por consiguiente, se observa la necesidad de crear mecanismos de regulación que dispongan de criterios para el correcto desarrollo de estos procesos con efectos jurídicos entre los intervinientes. Así que, se empiezan a fortalecer los *Online Dispute Resolution* – ODR (en adelante ODR), como medios eficaces para resolver controversias electrónicas, con incremento de eficiencia, disminución de costes y facilitación del acceso a la administración de justicia.



Sin lugar a dudas, el desarrollo de la tecnología, sumado a la forma de administrar los Mecanismos Alternos de Solución de controversias (en adelante MASC), han propiciado el camino de estos métodos hacia los ODR, como se ha expuesto por estudiosos del tema: los ODR, son la combinación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TIC) y los MASC tradicionales. A lo largo de este texto, se evidenciará, cuáles son los elementos necesarios para que el uso de medio virtual, sea considerado un ODR, porque no basta con hacer uso de una videoconferencia a través de cualquier plataforma digital, para que ese MASC, que este siendo utilizado, sea considerado un proceso de ODR.

En consecuencia, se hace menester analizar la admisibilidad, del laudo electrónico o virtual, proveniente de un ODR, tomando como punto de partida tres países de América Latina: Argentina, Colombia y Nicaragua. Por ende, llegados a este punto, necesitamos valorar, el laudo arbitral virtual a través de un ODR, el cual será el que emitan los árbitros, en virtud de conflictos originados en el comercio electrónico, mismo que debe estar conforme lo dispuesto en la ley aplicable y será de ineludible cumplimiento, la interrogante que se presenta es ¿Podrán estos laudos arbitrales virtuales ser admitidos en Nicaragua, Argentina y Colombia? Dicho lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo demostrar la admisibilidad de los laudos arbitrales virtuales (a través de un ODR) en Nicaragua, Argentina y Colombia.

Este capítulo estará dividido en cuatro secciones, en el primero se introducen conceptos básicos y se hará especial enfoque en la figura del arbitraje y los ODR, exponiendo las ventajas y características de este procedimiento, así como las problemáticas de una falta de regulación exacta de estas figuras. Para proceder a analizar el laudo electrónico o virtual y su admisibilidad, en los países señalados anteriormente.

Atendiendo que la presente investigación es teórica con enfoque cualitativo, el método a utilizar es analítico-sintético siendo que se pretende dividir el objeto de estudio que gira alrededor del tema de investigación para analizar cada uno de sus componentes y posteriormente integrarlo en posibles soluciones para el reconocimiento



del laudo proveniente de un ODR en la legislación nicaragüense, colombiana y argentina. Otro método que se tendrá presente será; el método de Derecho Comparado, para identificar el origen de los ODR y analizar la articulación de sus principios en los ordenamientos jurídicos de referencia. De igual forma, se aplicará una metodología de orden teórico al realizar recolección de datos, específicamente documentos bibliográficos, legislaciones, principios generales del Derecho, etc., a través del fichaje y clasificación de la información; todo relacionado al tema para adoptar posiciones y crear nuevas tendencias en torno a la solución del problema en el derecho positivo del ámbito geográfico seleccionado.

1. Arbitraje a través de ODR

El arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo alternativo de solución de controversias, más utilizado por los sujetos de derecho comercial. Esto gracias a las bondades que trae consigo, como, por ejemplo, las soluciones expeditas y eficaces. En palabras sencillas arbitraje, no es más que, una institución jurídica en la cual, por autonomía de la voluntad de las partes, estas, deciden otorgar a árbitros la potestad de dirimir sus controversias. Este mecanismo ha venido a lo largo de su desarrollo o uso, obteniendo auge, y cada vez más y más son las personas que acuden a sus directrices, para resolver sus conflictos.

Las características generales de este método alternativo para resolver conflictos, son similares en países como Nicaragua y Argentina, esto se debe a que los cuerpos legislativos de estos ordenamientos jurídicos, están inspirados en la ley modelo de la CNUDMI. Colombia, en cambio en su ley 1563 de 2012 Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, la cual se encuentra más actualizada a tiempos actuales, por ejemplo, detalla la cuantía de los procesos arbitrales, en cuanto al laudo se refiere a laudo de derecho, equidad y técnico, pero sobre todo en su art. 23 que versa expresamente y de manera más amplia que las otras dos legislaciones, sobre la utilización de medios electrónicos. No obstante, este punto nos viene bien, para dejar claro que el permiso que dejan contemplado esos tres países latinoamericanos, sobre uso de los me-



dios electrónicos en el arbitraje, no lo equipara de manera automática a un ODR. Además, como asevera Obi-Farinde (2020):

De hecho, las TIC, la "cuarta parte", son utilizadas por terceros como una herramienta para ayudar en el proceso. Por lo tanto, el uso de las TIC como recurso en la resolución de disputas no reemplaza al tercero imparcial y neutral.

Cualquiera pensaría que hablar de ODR, se trata de un tema nuevo sin embargo como afirma: Law (2013) quien cita Rule & Nagarajan, 2010; Wahab, Katsh, & Rainey, 2012:

la resolución de litigios en línea, se originó en el mundo empresarial de eBay y PayPal. Debido a la aparición de las compras en línea durante la última década, las disputas en línea han aumentado. Las estimaciones oficiales sitúan el número de disputas online resueltas con éxito en eBay y PayPal en más de 60 millones al año.

En la actualidad dichos foros, comúnmente dirigidos a la resolución de disputas de consumo electrónico, han venido evolucionando, actualmente ebay cuenta con dos foros de ODR. En este punto es necesario definir entonces de que se trata un ODR, así: Fanfeig (2010) retomando el concepto de la ABA Task Force on E-Commerce and ADR ofrece una definición genérica de ODR:

ODR es un término amplio que abarca muchas formas de ADR y procedimientos judiciales que incorporan el uso de Internet, sitios web, comunicaciones por correo electrónico, medios de transmisión y otras tecnologías de la información como parte del proceso de resolución de conflictos. Es posible que las partes no se encuentren nunca cara a cara cuando participan en un ODR. En su lugar, pueden comunicarse únicamente en línea.

Para mayor claridad Rodríguez, Calderón & Sal (2021) citando a Vázquez (2014) definen los ODR como procesos automatizados que



permiten usar soportes asincrónicos, como los correos electrónicos, y sincrónicos como un chat o una videoconferencia, para facilitar reuniones virtuales como si fueran presenciales, mediante plataformas o medios electrónicos. Son escenarios virtuales en los que se desenvuelven, integrando estos recursos que proporcionan las TIC para auxiliar al tercero apoderado para solucionar y a las respectivas partes en toda la dinámica de comunicaciones electrónicas entre ellos.

Es decir, cuando se lleva un proceso arbitral por ODR, hablamos que entra en juego una cuarta parte, el administrador de la plataforma, cuya función es asistir a las partes y a el tribunal arbitral en todo el proceso virtual. En consecuencia, esta nueva forma de llevar los procesos arbitrales, debe ser estudiada y analizada a profundidad para lograr su correcta regulación y aplicación.

Siguiendo esta línea de pensamiento Osna (2019) expresa:

los medios de ODR exigen una nueva comprensión general del sistema resolutivo. No se trata solo de reproducir, en vía digital, algo que ya ocurre en el ambiente material. Por el contrario, la virtualización del proceso multipuerto impone nociones inéditas —creando nuevos parámetros provistos de un impacto innegable—.

Ahora bien, otros estudiosos del tema hablan de arbitraje virtual como aquel mecanismo alternativo de resolución de conflictos en donde dos o más personas deciden someter una controversia surgida en el comercio electrónico, a un tercero (árbitro virtual), para que este emita una decisión (laudo arbitral virtual) (Canga, 2005).

La autora citada con anterioridad, destaca una característica que deberá ser tomada en cuenta por los usuarios de los MASC de manera virtual; donde se deja plasmado el requisito que la controversia que origine la puesta en marcha del proceso debe haber surgido a causa del comercio electrónico (Canga, 2005, p. 440); sin embargo, esa aseveración, llama la atención, ya que, que puede impedir que un negocio jurídico que no se origina en el comercio electrónico y los



sujetos involucrados en la disputa manifiesten que se someten al arbitraje virtual, apegándose al principio de autonomía de voluntad de las partes, en otras palabras cuando se trate de un arbitraje nacional, por ejemplo, y estos decidan por razones de ahorro de costes, someterse a un ODR, aun cuando la causa de la disputa se origine en comercio y no en comercio electrónico específicamente. ¿podría ser permisible? Se trata de pautas que de igual manera deben ser analizadas al momento que se regule formalmente el tema de los ODR, a nivel internacional o bien ya en los ordenamientos jurídicos locales; podría ser válida la petición del supuesto expresado, ya que en Nicaragua y en la mayoría de países donde se rigen los MASC, prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes, además por ejemplo en la ley 540 Ley de mediación y arbitraje en Nicaragua y como se citó anteriormente en la legislación colombiana, se deja abierta la puerta al uso de las TIC, en estos métodos.

Asimismo, lo expresa Obi-Farinde (2020)

Los ODR utilizan las oportunidades que ofrece Internet y la tecnología en general. Poco a poco, los nigerianos estamos comenzando a aceptar que el Internet es parte de nuestras vidas y, a medida que interactuamos en línea, debemos proporcionar necesariamente los medios para resolver las disputas que se generan en línea o fuera de línea, tierra que es donde los ODR son más apropiados.

Siguiendo esta misma línea Ortega (2014) afirma que:

Hoy día, los ODR forman parte del marco regulatorio internacional y por consiguiente derecho positivo. Si bien, muchas de estas iniciativas regulatorias se encuentran todavía en etapas de gestación parece haber consenso en regular lo inevitable, el crecimiento del comercio electrónico transfronterizo, donde el consumidor es el protagonista quien necesita medios de reclamación (p. 57).



El mismo autor sostiene que en el seno de las Unidas, UNCITRAL/CNUDMI ha establecido un grupo de trabajo para la implantación de un reglamento sobre ODR global transfronterizo para el comercio electrónico B2B y B2C (p. 57).

En el comercio electrónico y en el arbitraje virtual existen una serie de complicaciones, partiendo de que la contratación mercantil se ve también afectada por la globalización y el internet, es evidente, que ésta también deberá adaptarse a las nuevas tecnologías. De manera tal, que surge la necesidad como aseveran estudiosos de la materia y con quienes coincidimos, la construcción de una *lex electrónica* como conjunto de normas jurídicas en sentido material y formal. Por supuesto lo anterior, traerá beneficios, pero a la misma vez, implicaciones tales como: la seguridad en la red y las transacciones, protección de los derechos de propiedad intelectual, copyright en el entorno digital, gestión de los sistemas de pago, legalidad de contratos electrónicos y otros aspectos distintos de la jurisdicción en el ciberespacio (Comercio Electrónico Legal, 2020). Asimismo, debe sumarse, la resolución conflictos que puedan surgir de este tipo de contratación, donde se nos complica ubicar el domicilio de la contraparte, por ejemplo, al alojarse en dominio de carácter global, no obteniendo relación directa con su origen.

Continuando, dentro de las problemáticas que pueden derivarse de la aplicación y reconocimiento, podemos destacar: la validez, de estos, y la aceptación por parte de las jurisdicciones. Resaltando, la exposición de datos cuando estamos dirimiendo disputas a través de medios electrónicos, critica, que se le hace a los ODR.

Por otro lado, Rodríguez (2004), citado por Canga (2005) opina que el problema de la inseguridad radica no tanto en detalles técnicos, sino en otros aspectos como la inexistencia y falta de difusión de normas relativas a las empresas. Es decir, los mismos vendedores virtuales carecen de reglamentos, donde establezcan procedimientos de verdadera resolución de conflictos típicos de una empresa, verbigracia: la devolución de un producto que se adquirió de manera online. Es decir, la seguridad jurídica en la red en la actualidad no es confiable al cien



por ciento por los usuarios, ya que las empresas que se dedican al comercio electrónico, carecen de las normativas que se mencionaron anteriormente. Por consiguiente, es menester la observancia de las normas internacionales, cuyo objetivo es coadyuvar a la seguridad en la red en cuanto a ecommerce se refiere.

Como se ha venido evidenciando la resolución de disputas para los negocios generados en línea, tienen su origen en la contratación electrónica y por lo tanto por esta misma vía es donde los usuarios deberían acceder a la solución de las mismas. En esta línea de sentido, se expresa Canga, 2005:

Como se ha podido observar, cada actividad llevada a cabo en la sociedad tiene su reflejo en el ciberespacio, por lo tanto no es extraño que en esta sociedad también existan conflictos entre los usuarios. Estos dilemas no deben quedar en el vacío, todo lo contrario, la misma sociedad virtual debe brindar a los usuarios un marco de seguridad en el uso de la propia red. Internet se ha constituido como un espacio sin límites fronterizos, sin embargo, actualmente los usuarios respetan "costumbres" y normas éticas, de manera que ante la presencia de un conflicto la solución al mismo resulta muy adecuada y beneficiosa aplicar también las nuevas tecnologías, puesto que de tocar los aspectos jurisdiccionales cada estado surgiría un problema otro mayor, debido a los conflictos de leyes (p. 440).

Es menester citar a Benyekhlef (2005) cuando hace referencia a la seguridad de los ODR:

La mayoría de los proveedores de servicios ODR publican políticas para informar a los usuarios sobre lo que pasa con la información que circula por sus sistemas. Además de estas políticas de protección de la privacidad, la seguridad y la confidencialidad de los intercambios pueden garantizar la seguridad y la confidencialidad de los intercambios mediante



la creación de una infraestructura tecnológica que incorpore, por ejemplo:

- Protocolos como SSL231, S-HTTP232 y SET233 que garantizan la confidencialidad y autenticidad de los intercambios mediante el cifrado de los datos;*
- Cortafuegos que permiten filtrar el flujo de información entre una red interna y una red pública y así neutralizar los intentos de penetración en el sistema interno desde la red pública;*
- Acceso a una plataforma ODR protegida por una contraseña, y gestionada y protegida por el proveedor de servicios;*
- Herramientas de mensajería interna para evitar el uso de correo electrónico no protegido, y el Protocolo de Intercambio de Correo de Internet Multipropósito Seguro (S/MIME), que permite autenticar el origen de cada correo electrónico, garantizando al mismo tiempo la confidencialidad e integridad de su contenido, lo que hace muy difícil que el remitente pueda repudiarlo o que el destinatario o un tercero lo falsifique (la firma electrónica también puede servir para los mismos fines).*

Como evidencia el autor antes señalado, se puede brindar seguridad jurídica en la red, solo se necesita, contar con las herramientas necesarias, para mantener los principios del arbitraje (como el de confidencialidad) inalterables en el ciberespacio. De manera que aportes como el citado, deben ser tomados en cuenta cuando se regule tanto la lex electrónica como los ODR.

Aportando al tema y a la viabilidad del desarrollo de los ODR, Carlson (2021) establece que:

el ODR tiene un gran potencial para aumentar el acceso a la justicia. El Proyecto de Datos de la FCMC examina cómo el



ODR ya está proporcionando un mayor acceso a la justicia en la práctica. En términos de proporcionar una mayor accesibilidad, todos los demandantes deben ser considerados, incluyendo aquellos con discapacidades, hablantes de inglés no nativos y aquellos con acceso limitado a la tecnología. Con el fin de aumentar efectivamente el acceso a la justicia a través de ODR (p. 30)

1.1 Características, ventajas y complicaciones

Hoy en día cada vez son más los centros que ya se han actualizado para llevar a cabo arbitrajes de manera virtual, en Latinoamérica por ejemplo el cibertribunal peruano, donde predomina la característica de ser llevado a cabo, este mecanismo alternativo de conflictos, de total manera virtual, acercándonos cada vez más al concepto de ODR. Así, este procedimiento (arbitraje a través de ODR en Perú) da inicio con el ingreso de la solicitud (la cual puede ser descargada en el su sitio web) en segundo lugar, se hace el nombramiento de los árbitros, para posteriormente pasar al período de pruebas, de requerirse audiencias, estas deberán ser llevadas a cabo en línea, mediante la TIC, que se considere más útil, para el procedimiento (chats, videoconferencia, etc.), y por supuesto una vez concluido lo anterior se procederá a emitir un laudo arbitral, el cual lleva la característica de ser un laudo virtual. (Canga, 2005, p.445).

En principio, el arbitraje virtual se llevará a cabo, cuando nazcan disputas generadas de un negocio jurídico pactado en internet (e-commerce). Se trata de un proceso a distancia, no se tiene contacto físico con las partes, ni el árbitro o árbitros ni el encargo de administrar la plataforma donde se llevará a cabo el e-arbitration.

Otro aspecto clave, es el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en cual también prima en el arbitraje virtual. Se debe tener presente siempre, que se trata de un sometimiento voluntario, que es aplicable a la universalidad de disputas que puedan surgir en el comercio electrónico, en temas diversos tales como: propiedad intelectual,



materia de seguros, y todo tipo de relación de índole patrimonial. Sin embargo, se deberá tomar en cuenta siempre la materia arbitrable, respetando siempre lo dispuesto en las legislaciones nacionales, de manera que no cause conflictos al momento que se quiera ejecutar un laudo electrónico en un país determinado.

Abel Wahab (2013) sostiene que:

el papel que juega la tecnología con respecto al ODR varía según el grado de utilización de herramientas tecnológicas modernas y aplicaciones de software, y el equilibrio entre el factor humano y el elemento electrónico en el proceso. En un análisis de escala -y de acuerdo con el papel que juega la tecnología en el proceso- los esquemas de ODR podrían agruparse en tres categorías: (a) Mecanismos de ODR asistidos por tecnología, donde el papel de la tecnología se limita a la provisión de un medio adecuado y seguro de intercambio de comunicación e información; (b) Mecanismos de ODR basados en tecnología donde se utiliza una aplicación completa de tecnología de punta para resolver disputas; y (c) Garantías de prevención de disputas en línea ("ODP") facilitadas por la tecnología, que ayudan reducir el riesgo de posibles disputas electrónicas y aumenta de manera incontrovertible la confianza y la seguridad en el comercio electrónico (p. 402).

De lo anterior destaca que, si bien es cierto, la tecnología representa una gran ventaja para este tipo de procedimientos y explicadas las categorías de los ODR y la tecnología, no podemos dejar por fuera el factor humano, es decir el rol importante del árbitro, el cual en nuestros días todavía no ha sido sustituido por las TIC (Abel Wahab, 2013 p. 402).

Una característica importante del arbitraje es que se trata de una institución sumamente beneficiosa puesto que es capaz de adaptarse a varios sectores, así se logra evidenciar en la ley 540 de Nicaragua,



cuando deja abierta la materia aplicable al arbitraje, solo limitándola de manera expresa en su cuerpo normativo.

Una de las grandes ventajas que trae con sí el arbitraje virtual es la celeridad así Medina y Peña (2001) otra de las ventajas que destacan estos autores es el principio de especialidad, puesto que los árbitros que conocerán de estas disputas son expertos en temas relacionados a los litigios provenientes de internet. Otras características del e-arbitration son la disponibilidad de la plataforma (24/7 365 días) y por supuesto la reducción de costos, en el cual representa una ventaja que llama poderosamente la atención de las partes en la controversia.

Ahora, trasladándonos nuevamente al plano virtual todo lo anterior encuentra cabida, pero resulta imperante, hablar de pacto arbitral virtual, para ser más específicos, traigamos a colación el art. 2 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.



La expresión “acuerdo por escrito”, resalta importancia, puesto que otra vez nos topamos con el inconveniente que llevará a una parte de la doctrina a determinar que se hace necesario un documento físico donde se plasme el compromiso arbitral. Por consecuencia, se desvirtúa la naturaleza del ODR (procedimiento 100% virtual) y no solo del laudo virtual proveniente de un ODR, también, cualquier laudo que sea emitido por medio electrónico. En este sentido, es oportuno citar a Namén (2015), quien afirma que, existe un grupo de la doctrina que se inclina por una interpretación más exegética y sostienen que el artículo dos de la convención, contiene una lista concreta de lo que se entiende por escrito y por tanto requiere de una actualización, la cual, solo se logra mediante la adopción de un protocolo adicional, que incluya tanto a los acuerdos concluidos por medios informáticos, como la firma digital.

Es preciso resaltar lo dispuesto en la: Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), específicamente en su art. 20: Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales, donde deja establecido que se admitirán comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte, y la primera que se menciona es la: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958); de manera tal que aquí se abriría la puerta para poder admitir un laudo arbitral virtual, provenga este de un ODR (proceso 100% con plataforma como cuarta parte) o simplemente se trate de una arbitraje llevado a cabo por medio de videoconferencias (recordemos que esto, no convierte al arbitraje en un arbitraje por ODR). El detalle se encuentra, en que esta convención de 2005, son estados parte tan solo 15 países, entre ellos Colombia, más no Nicaragua y Argentina.

En el plano nicaragüense, relacionado a la ley 540 en su art. 27 segundo párrafo, deja claro que puede considerarse por escrito y va un poco más allá cuando establece:



El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o que el mismo se pueda hacer constar por el intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o por cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por otra.

De manera tal, que sí podría en regla de principio, aceptarse un acuerdo arbitral por un medio electrónico en Nicaragua, esto representa un paso adelante en el reconocimiento de la aplicación de los medios electrónicos tanto en la contratación electrónica como en la resolución de disputas de manera virtual; no obstante, la ley 540 de Nicaragua, se refiere al acuerdo arbitral o incluso a la demanda y contestación, pero no se refiere al laudo como tal, el escenario se pondría peor cuando se analice su admisibilidad por parte de la autoridad competente, tema que será abordador con mayor énfasis más adelante.

2. Laudo Arbitral Virtual

Los ODR son regulados más formalmente en materia de arbitraje de consumo, por ejemplo en el país de España, a través del Sistema Arbitral de Consumo; sin embargo, aun con el tema un poco más avanzado, no deja de presentar inconvenientes y más cuando se trata de la admisibilidad de los laudos virtuales.

Para una parte de la doctrina (Borgoño, 2007), en relación al tema, aducen que existen ciertas dificultades legales con el cumplimiento forzado de los laudos en determinados Estados, máxime si es dictado electrónicamente. Incluso, contando con el respaldo de la Convención de New York, es decir los laudos arbitrales, son susceptibles de no ser admitidos, ya que no todos los Estados son Parte de dicha convención



y algunos de los que la han ratificado lo han hecho con ciertas reservas que el mismo tratado permite aplicar, como se mencionó líneas atrás.

Las leyes tanto colombiana, nicaragüense y argentina, no definen lo que es un laudo arbitral virtual, se limitan a definir el laudo tradicional, así: según la ley 1563 de Colombia, laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje (art. 1), esta decisión arbitral tiene fuerza de sentencia en segunda instancia en Nicaragua, de manera tal que es inapelable, definitiva y vinculante para las partes, se encuentra revestida con el valor de cosa juzgada.

Las actuaciones arbitrales finalizan con el laudo definitivo art. 58 ley 540 de Nicaragua, para el caso de este país se trata de una decisión pronunciada por el tribunal arbitral, por el cual se resuelve el fondo de la controversia, su contenido formal y material equivale a una sentencia en segunda instancia.

Aterrizando a lo que sería el laudo arbitral virtual, es aquel que emiten los árbitros que han conocido de la disputa, originada en el comercio electrónico, el cual debe estar conforme a lo alegado y aprobado por las partes intervinientes en el proceso y emitido con la característica de la virtualidad. Es aquí donde encuentran eco las palabras de Namén (2015).

Es decir, no se pierde la esencia del laudo tradicional, puesto que la intelección genética del arbitraje no cambia, simplemente se encuentra desarrollado por otro medio, específicamente el medio electrónico. De igual manera será entonces, la decisión a la que arriben los árbitros, la cual será emitida conforme a Derecho, con la salvedad que será a través de un documento electrónico, firmado digital.

Cabe señalar a este punto, que el laudo electrónico o virtual, será el mismo que, el que proviene por un ODR, o por un arbitraje virtual (no en un procedimiento 100% virtual) procedimientos que finalizaran cuando se dicte el laudo virtual, que lógicamente será emitido de esta misma forma. En este mismo sentido la guía de arbitraje virtuales del Centro de Arbitraje Internacional de AMCHAM Perú (2020) deja sen-



tado que el artículo 27 (4) del reglamento (AMCHAM) establece que, para la deliberación y adopción de decisiones, incluido el laudo, los árbitros lo pueden hacer mediante medios electrónicos, más adelante en su texto, también establecen que es válida la firma electrónica del árbitro en el laudo.

2.1 Admisibilidad del laudo arbitral virtual

Asimismo, para que la equivalencia sea total, los opositores consideren, que las legislaciones nacionales deben adaptarse poco a poco a los medios electrónicos, como ha sido el caso de Inglaterra y Estados Unidos de América. En el primero de estos dos países, la ley de arbitraje de 1996, señala: "las partes son libres de acordar la forma del laudo", y en el segundo, la revisión a la Ley Uniforme de Arbitraje del año 2000 en su sección 19, autoriza a los árbitros a usar la firma electrónica. Estas experiencias, pueden servir de ejemplo para la introducción de nuevas tecnologías y hacer más benigno el tratamiento legal de los laudos electrónicos. (Namén, 2015) para quien representa uno de los mayores obstáculos en el arbitraje cibernético, se trata de la tendencia a considerar que el laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros (como lo exige incluso la ley modelo de la CNUDMI para el laudo offline). Continúa el autor y narra que: un sector de la doctrina, intenta reconciliar estos requisitos, con los medios electrónicos. Otro, por el contrario, duda que el laudo electrónico sea suficiente para que se entiendan cumplidas estas exigencias.

Es una verdad latente que, en el arbitraje online en la mayoría de los casos, las partes cumplen de manera voluntaria el laudo, sin tener que recurrir a la ejecución del mismo en un plano físico. Esto es debido a que las partes que realizan transacciones en línea, acuerdan de previo resolver su disputa en un arbitraje en línea, de manera que persiguen una solución virtual y no les interesa regresar a las convencionalidades de cada ordenamiento jurídico.

El problema que representan estos laudos arbitrales virtuales, es la admisibilidad de los mismos, en los ordenamientos jurídicos naciona-



les, ya que dichos sistemas jurídicos, no se encuentran preparados con leyes que los reconozcan de manera expresa, que faciliten su regulación, manifestando claramente un proceso no solo de admisibilidad, si no también de ejecución y validez jurídica.

Para Ponce de Faustinelli (1996), refiriéndose al documento electrónico, "Existen diversos intereses en juego: a) La necesidad de permitir una amplia y eficaz utilización de los nuevos medios tecnológicos; y b) la necesidad de tutelar adecuadamente a los miembros de la comunidad, brindándoles eficacia jurídica y seguridad a los nuevos documentos".

En este sentido encontramos lo expuesto por Carrasco (2015), acerca de los de la seguridad jurídica del comercio electrónico, lo que se pretende, es que los usuarios en materia de contratación electrónica y por tanto disputas electrónicas, en cuanto al tema de seguridad jurídica, esta sea similar o superior al comercio escrito. En este orden, el mismo autor, resalta la importancia del Principio de equivalencia funcional:

Establece que aquella tecnología que permita cumplir las mismas funciones en las redes que una determinada institución jurídica debe recibir los mismos efectos. Es decir, comienza a tener importancia la función que cumpla, y no el medio que se emplee en aras de ser válido como documento contractual. Ya en la Ley Modelo de (p.93) Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la codificación del Derecho Mercantil Internacional se recoge la noción de documento escrito, en su artículo 6.º, inciso 1, que establece que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que contiene este es accesible para su ulterior consulta". De este modo, podemos entender el mensaje de datos según su definición contenida en la misma ley: "la información generada, enviada, recibida



o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI, por sus siglas en inglés), el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax” (p.94)

De anterior se puede complementar, aquí es donde resalta la importancia de los principios en materia de contratación como: el principio de equivalencia funcional, el cual pretende darle el mismo valor que el documento escrito, permite que se le de validez a aquellos datos que viajan en sistema electrónico, encontrando que no es necesaria la firma, ya que con el consentimiento electrónico basta. Es importante, no perder de vista que, la esencia del arbitraje no cambia, solo el medio donde se está desarrollando (como ya se explicó previamente). Vale la pena, traer a colación a su vez, el principio de neutralidad tecnológica, el cual recoge que se debe regular de manera abstracta, es decir dejarlo abierto para tecnologías que incluso no se han inventado, para no vernos en la problemática, de tratar de encajar figuras nuevas en un marco jurídico ya configurado. Es evidente, que esto otorgaría seguridad jurídica en el tema del comercio electrónico, tanto para su inicio en la contratación, como para las vías de resolver las disputas que se generen por esta misma vía.

Asimismo, se expresa Castellani (2015) refiriéndose a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de noviembre de 2005:

una cláusula de seguridad se introdujo en el artículo 9(3)(b) (II) de la E-CC para asegurar que cuando sea posible identificar al firmante de una comunicación electrónica y su intención con respecto a la comunicación firmada, dicho signatario no pueda repudiar la firma sobre la base del método o la naturaleza de la firma. Sin esta disposición, una comunicación que sería válida de otra forma podría ser invalidada si el método de la firma no fuera tan fiable como sería apropiado,



permitiendo posiblemente, de esa manera, que el signatario se eximiera de sus obligaciones contractuales²⁹. Este test se conoce como "fiabilidad en la práctica", mientras que el test contenido en el artículo 9(3)(b)(I) de la E-CC se denomina "fiabilidad en la teoría". (p. 89)

A pesar, del aporte que ha realizado la convención de 2005 antes señalada, y aun con todo el uso y aplicación de medios electrónicos para celebrar arbitrajes, lamentablemente no existe demanda de la aprobación de la convención, por parte de los usuarios del arbitraje.

Dicho esto, analizaremos estos supuestos desde cómo se encuentra regulado el arbitraje en Colombia, Argentina y Nicaragua, actualmente, para lograr dilucidar si es posible que se admita un laudo arbitral virtual en estos países de Latinoamérica.

2.1.1 Colombia

En palabras de Namén (2015):

El nuevo Estatuto Arbitral Internacional Colombiano, pareciera inclinarse por la oposición a la equivalencia funcional. Su artículo 104, explícitamente consagra: "El laudo se preferirá por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros". Una interpretación literal de esta norma, permitiría concluir que el laudo debe estar contenido en un documento físico, lo que nos sitúa en la innecesaria tarea, en el arbitraje virtual, de imprimir la decisión final para su eficacia. No obstante, ese culto al papel no responde a los avances tecnológicos, ni fortalece los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea. Tampoco, puede desatenderse que Colombia desde el año 1999, se vió en la necesidad de alinearse a las exigencias del comercio electrónico, reconociendo el principio de la equivalencia funcional y la importancia de la firma digital. Por tanto, es preciso entender que los requisitos de escrito y firma a los que refiere la norma, podrían cumplir-



se a través de un soporte electrónico, siempre y cuando el laudo contenga la firma digital de los árbitros, dando fe de su integridad y autenticidad. Para reforzar la autenticidad de la que hablamos, podría acompañarse un certificado digital expedido por una entidad de certificación debidamente acreditada en Colombia.

El autor hace referencia a los cuerpos normativos colombianos, en este sentido se podría concordar que, el estatuto deja la puerta abierta para admitir documentos electrónicos, y completando con la legislación colombiana que permite el uso de la firma digital, sería posible a través de un documento electrónico; eso sí, requisito sine qua non, que ese documento cuente con la firma digital de los árbitros, cumpliendo de esta manera también lo dispuesto en la ley modelo de las naciones unidas.

En este sentido Carrasco (2015), deja sentado que la ley colombiana (ley 527, Comercio Electrónico) se expresa acerca mensajes de datos, comercio electrónico y firma digital:

Esta ley consta de 4 partes y 47 artículos y fue promulgada el 18 de agosto de 1999. En general, su basamento sigue el LMCE, por lo que haremos un resumen de su articulado más representativo. Así, en el artículo 2.º de definiciones y en el literal a) relación a los mensajes de datos, hace ver que se puede contratar en forma electrónica por el EDI, Internet, correo electrónico, telegrama, télex o telefax, cuya relación no es limitativa (como pudiera ser entre otros) lo que permite ampliar otros sistemas, servicios o terminales que existen o que en el futuro se inventen. El literal b) define sobre lo que comprende el comercio electrónico, haciendo ver que la gama de operaciones que abarca el comercio electrónico puede ser contractual y no contractual. La contratación electrónica está comprendida dentro de las posibilidades del comercio electrónico. Ahora bien, la articulación pertinente



a la contratación por medios electrónicos se detalla en los artículos 14.º al 25.º.(p.99).

Puede apreciarse, que, en Colombia, su legislación se está adaptando a las nuevas tendencias de hacer comercio (ecommerce), esto representa un gran avance, se reconocen principios como la equivalencia funcional y el de neutralidad tecnológica.

Ahondando en el tema, Florez (2014) expresa el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000:

además de las precisiones realizadas acerca del documento electrónico, aprovechó la ocasión para desarrollar el concepto de firma digital reseñada, destacando sus bondades para identificar a una persona como autora de un documento proporcionando plena certeza de que fue esa persona la que participó exclusivamente en el acto de firmar, así como la asociación de esa persona con el contenido del documento. De dichas ventajas se desprende que el mensaje de datos unido a una firma digital ofrece todas las garantías necesarias con respecto a la absoluta seguridad para los usuarios de medios digitales a la hora de usar mensajes de datos en el ejercicio de actividades que impliquen consecuencias jurídicas. Inclusive, la firma digital puede alcanzar grados de confiabilidad superior al ser en todos los casos igual, a diferencia de la firma manuscrita que se reputa similar a la original. (Cfr. 8. P. 55) (p. 55).

Así también lo expresa Parra (2015): al hacer referencia a la sentencia del 8 de junio del 2000, con ponencia de Dr. Fabio Morón Díaz: "El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento" (p.13).

Colombia, se acerca a lo establecido en Derecho comparado, por ejemplo, Mania (2015) establece, acerca del tema:



Además, los reglamentos enmendados de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) entraron en vigor el 15 de agosto de 2010. Las disposiciones también tienen en cuenta el impacto de Internet en la realidad de la realización de procedimientos de arbitraje en la esfera del comercio internacional, por ejemplo, en relación con la regulación de las entregas por medios electrónicos de comunicación, por lo que dicen que las tendencias internacionales deben reflejarse en la legislación nacional (p. 80).

Se puede afirmar que después, de ser consultada la doctrina y la jurisprudencia, de Colombia, es posible que se admita un laudo virtual, aun cuando no se tiene regulado de manera expresa, en sus cuerpos legales. No obstante, a ello, encontramos el reconocimiento de los principios de contratación mercantil, además como se cito en las sentencias, la sala constitucional, otorga el valor al documento electrónico, acreditando su validez.

2.1.2 Argentina

En el país de Argentina se nos presenta un escenario similar al de Colombia, se cuenta con los mismos requisitos para lograr la ejecución de un laudo, entre ellos destaca la forma escrita, pero en palabras de Medina y Peña (2001)

Al hablar de un cyberlaudo el concepto de escrito también se extiende a los requisitos formales de presentación del laudo ante un tribunal estatal para su ejecución, exigido por todos los textos de fuente interna y convencional y que serán bastante difíciles de salvar (por ejemplo, la presentación del laudo firmado y debidamente legalizado).

Pero no solo estos obstáculos deberán ser tomados en cuenta, en palabras de las autoras antes mencionadas, también la contraparte podrá oponer una serie de excepciones, dentro de las cuales destaca, la



violación al orden público internacional. Detalle que no solo aplica para el ordenamiento jurídico argentino, si no para todos, ya que recordemos que el laudo electrónico no se encuentra reconocido expresamente en la convención de New York de 1958, convención que como ya los que manejan el tema saben, es la encargada de reconocer laudos extranjeros, vinculados a todos los países signatarios a reconocer y por lo tanto ejecutar los laudos provenientes de un país firmante de la convención.

Sí bien es cierto que Argentina cuenta con una ley que regula la firma digital (Ley 25.506), en regla de principio podríamos optar por algo similar a lo discutido en el caso colombiano; en este sentido Rivolta (2007) asevera que existen escasos fallos al respecto, pues la Ley de Firma Digital es del año 2001, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de la capital federal en el año 2002, se refiere a la valoración de prueba de una videograbación así:

"Autónomamente de la valoración que quepa a la videograbación como medio de prueba en sede criminal, en el ámbito del proceso civil constituye probanza admisible, cuya atendibilidad dependerá de la apreciación que, al igual que respecto del resto de los medios probatorios, habrá de hacer el sentenciante, es decir, en tanto no se contradiga u oponga a otro medio de equiparable credibilidad." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala H, "BASSINO, Jorge Alberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Nulidad de Acto Jurídico", Febrero 2002).

Se logra apreciar como el tribunal argentino, admite el mensaje de datos, en este caso se trata de una videograbación; estaría en correlación, con el artículo 3 de la ley 25.506.

Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.



¿Estaríamos aquí frente la puerta de acceso para que un laudo virtual sea admitido en Argentina? Se debe primero revisar el art. 86 de la ley, 27449, ley de arbitraje comercial internacional de Argentina, el cual establece: "El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros..." debe analizarse, que esta ley es de 2018 y la de firma digital de 2001, donde ya se dijo, que queda establecida que la firma digital se admitirá cuando la ley obligue a la firma escrita. Como se logra apreciar, es una encrucijada, una ley posterior a la ley de firma electrónica, sigue hablando de firma y no especifica si admite una digital; de manera que se quedaría a la interpretación del juez que se le oriente la labor de admitir un laudo virtual. Es aquí donde habrá parte de la doctrina que considere necesaria una regulación expresa sobre MASC online, en orden que se logren garantizar derechos fundamentales para las partes, que al no poder contar con una normativa expresa, podrían para algunos encontrarse violentados.

También, no debe obviarse, que podría la resolución de cierta disputa, al generar su laudo electrónico o virtual, crear una nueva controversia al momento de la ejecución de ese documento electrónico, cuando se intente la admisibilidad de este laudo virtual en Argentina, generando atrasos, más costes, etc.; consecuentemente, estaríamos desvirtuando las características y beneficios que trae consigo este MASC online.

2.1.3 Nicaragua

Para el caso de Nicaragua, tanto la ley 540 en su artículo 57, deja establecido que para efectos de validez y eficacia del laudo debe contar por escrito, debe estar firmado por los árbitros, la fecha y hora, todo en concordancia con lo regulado en la ley modelo. Nicaragua, es suscriptora de la convención de New York, cuyo es objetivo es reconocer los laudos extranjeros, como se expresó antes.

Para llevar a cabo la ejecución de un laudo dictado en Nicaragua, se necesita del original del laudo y original del acuerdo de arbitraje, en cuanto al procedimiento interno, la autoridad competente para



conocer es el juez de distrito civil, se trata de títulos no judiciales de ejecución, por lo tanto, el tratamiento procesal, es acorde al art. 641 y siguientes del capítulo I, título III, del código procesal civil de Nicaragua (Ley 902).

Cuando se pretende ejecutar un laudo extranjero, la autoridad competente para conocer será: la sala de lo civil, de la corte suprema de justicia. Este órgano se encargará de remitir a la autoridad de primer grado, quien será el encargado de dar cumplimiento al laudo, se trata entonces del juez de distrito civil, del domicilio del ejecutado. Por supuesto, se deberá cumplir con el proceso de legalización en la vía diplomática.

La ley 729 (2010) es en Nicaragua la encargada de regular la firma electrónica, por consiguiente, en su artículo primero versa:

La presente Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica y a los certificados digitales y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación.

De manera tal que al igual que los otros dos ordenamientos jurídicos referidos con anterioridad, en Nicaragua, se podría, a través de una interpretación extensiva de la ley, por parte de autoridad competente, reconocer la firma de los árbitros en el laudo arbitral virtual. Tema de análisis, que podría resultar una tarea complicada; en este sentido, se deberá tomar en cuenta que el procedimiento ha sido llevado virtualmente en totalidad, pero al momento de ejecutar el laudo, por fuerza, se deberá recaer a un contexto físico, lo cual trae con sí, un sin número de requisitos y formalidades (antes mencionados). Ahora bien, no será tarea fácil y expedita, que la autoridad competente lo acepte, deberá cada caso presentar una debida sustentación, la cual tampoco encuentra cabida como se encuentra regulada esta figura jurídica en Nicaragua, actualmente.



De por sí, cuando las partes persiguen ejecutar un laudo de un arbitraje offline, se encuentran con ciertos obstáculos en el proceso, esto aun siguiendo el procedimiento establecido en la convención de New York. Nemén (2015) menciona algunas:

El primero, deviene de la lectura Art. I de la Convención de Nueva York, el cual refiere a su ámbito de aplicación. El segundo problema, tiene que ver con las causales 1 (d) y 2 (b) del Artículo V de la Convención de Nueva York, que tratan de la denegación de laudos arbitrales cuando se incurre en una violación al debido proceso ó se viola orden público del foro. Finalmente, nos encontramos con el problema relativo a los requisitos de escrito y firma del laudo electrónico, bajo el entendido de la Convención de Nueva York.

Sobre los obstáculos antes mencionados, el autor se refiere al arbitraje común, el que en regla de principio se encuentra regulado con todas sus letras y aun así presenta inconvenientes al momento de su ejecución.

Resulta oportuno, en plano nicaragüense aportar lo regulado en el ya citado código procesal civil de Nicaragua, este cuerpo normativo en su art. 25 deja establecida la:

obligatoriedad de la actividad jurisdiccional Las autoridades judiciales no pueden en ningún caso dejar de resolver a las partes sus pretensiones. Cuando no haya ley que prevea el caso o duden acerca de la aplicación del derecho, se observarán las siguientes reglas en orden de prelación:

- 1. Lo que esté previsto en la legislación para casos semejantes o análogos;*
- 2. La jurisprudencia, que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de forma reiterada establezcan tres o más sentencias de la Corte Suprema de Justicia;*



3. Los principios generales del derecho o lo que dicte la razón natural; y

4. La opinión sostenida por los intérpretes o expositores del derecho o por lo que se disponga en legislaciones análogas extranjeras, inclinándose siempre en favor de las opiniones más autorizadas.

De manera, que el caso que hoy se analiza, quedaría en manos del juez que este encargado de admitir un laudo virtual, para que sea ejecutado en el país de Nicaragua, se encuentra obligado por ley a resolver, podrá hacer uso incluso del derecho comparado, los principios generales del derecho, que cabe resaltar que Nicaragua, no cuenta con un reconocimiento, como lo hace Colombia acerca del principio de equivalencia funcional, restando de esta manera una aproximación a la solución del planteamiento en este artículo. Jurisprudencia en el país, acerca del tema no se tiene, por cual, de este modo, podemos deducir el panorama para la admisión y reconocimiento del laudo arbitral electrónico, en Nicaragua, hoy por hoy, no estaría tan sencillo llevarlo a feliz término.

Una vez abordado lo anterior, es oportuno citar, de manera breve, una parte de la doctrina que busca soluciones más simples, al tema que hoy ocupa. Es así que Ortalani (2015) expresa sobre lo que él llama "darwinismo jurídico", cuando hace referencia a los mecanismos de autoejecución de los ODR, el autor sostiene que es necesario para sobrevivir en el entorno del comercio electrónico, los sistemas ODR, ellos mismo deberán crear mecanismos privados para su propia ejecución, es decir que no dependan del apoyo de los tribunales locales. Continúa el mismo autor sobre el tema y establece:

La necesidad de la autoaplicación se ha reconocido expresamente en el contexto de la CNUDMI: en palabras de la Secretaría, sólo los sistemas de ODR que incluyen un mecanismo de aplicación incorporado pueden proporcionar "una ventanilla única" para las partes que buscan resolver una



controversia". Esto es cierto no sólo en los casos en que el resultado del procedimiento ODR es directamente vinculante para las partes, sino también cuando las partes han aceptado voluntariamente el resultado de la propuesta que se ha hecho al final del procedimiento. A modo de ejemplo, si el comerciante ha aceptado devolver el dinero al comprador, pero no cumple dicho acuerdo de liquidación, surge la necesidad de hacerlo cumplir sin recurrir al aparato coercitivo del Estado. Por lo tanto, el éxito de los esfuerzos reguladores, tanto europeos como transnacionales, depende no sólo de la adecuación de la arquitectura procesal, sino también de la posibilidad de hacer cumplir el resultado de forma privada. Por este motivo, la fase de ejecución tiene consecuencias fundamentales en la consecución de los objetivos de rapidez y eficacia enunciados en el artículo 1 de la Directiva sobre ADR. La realidad actual de los ODR ofrece algunas ideas fundamentales sobre cómo puede aplicarse la autoejecución.

CONCLUSIONES

Para que un arbitraje pueda ser considerado un ODR, no basta con el uso de algún método virtual, será arbitraje virtual como ODR, sí y solo sí, el proceso es llevado en su totalidad de manera virtual, entrando en este sistema, la conocida cuarta parte, el administrador de la plataforma, encargado de brindar acceso y sobre todo garantizar la confidencialidad y seguridad en todas las comunicaciones, pruebas, audiencias y demás etapas del proceso del e-arbitration.

Respecto a la validez del laudo, se tiene la percepción que por tratarse de un laudo emanado de un centro de arbitraje ubicado en plataformas digitales y no en un espacio físico de un centro de mediación y arbitraje tradicional, este carezca de validez y eficacia; sin embargo, el laudo cuenta con las mismas formalidades de uno emanado de un arbitraje offline, solo que se encuentra contenido en documento digital.



En los ordenamientos jurídicos de Nicaragua y Argentina, si bien para alguna parte de la doctrina, podría ser ejecutado un laudo virtual, a través de una interpretación extensiva de los cuerpos legales que cada uno de estos países, sin embargo, habrá por otro lado, quienes consideren necesaria una regulación expresa sobre MASC online, en orden que se logren garantizar derechos fundamentales para las partes y no se vea violentado el orden público internacional, como hasta la fecha algunos especialistas lo consideran.

La ejecución de laudo en proceso arbitral tradicional, como se evidencia en el texto, en ocasiones presentan inconvenientes. De este modo, podemos deducir el panorama para la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral electrónico, en países como los que hemos expresado (y la mayoría de Latinoamérica) en los cuales hoy por hoy, no estaría tan sencillo llevarlo a feliz término.

El ordenamiento jurídico colombiano, como se evidencia en el texto de este artículo, podría admitir un laudo electrónico, incluso se evidencian sentencias, ya reconociendo el principio de equivalencia funcional, dando igual validez a los documentos electrónicos; aunque, no se exprese en los cuerpos normativos la admisión de un ODR, como tal.

Para el caso de Nicaragua, esta claro, que, al no reconocer el principio de equivalencia funcional, se encuentra lejos de poder brindar seguridad jurídica para quien intente que un laudo arbitral virtual, sea admitido en este país, como se encuentra la legislación actualmente, quedaría a criterio de la autoridad competente su admisibilidad o no. En el país argentino, si bien es cierto, es un escenario cercano al planteado en Nicaragua, va un poco más avanzado, con lo dispuesto en ley de firma digital; no obstante, el camino no es del todo claro, por lo tanto, presentaría complicaciones, al momento de decretar la admisibilidad del laudo virtual.

Se necesita como se estableció en el cuerpo de este capítulo, una regulación adecuada sobre el tema tanto de la contratación electrónica y sus mecanismos para resolver disputas. Gracias a ello, no se per-



derían esfuerzos, haciendo técnicas para lograr insertar estas nuevas figuras a los ordenamientos jurídicos nacionales, como se encuentran regulados en la actualidad. En resumen, se carece de un sistema digital viable y regulado (elementos jurídicos que le otorguen seguridad, validez y eficacia) para desarrollar los *online dispute resolution* en Nicaragua, Colombia y Argentina.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, deben actualizar el concepto de la formalización por escrito de la cláusula de elección de foro, flexibilizando la interpretación de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958, que regula la validez y eficacia de la cláusula arbitral ante los tribunales estatales y los requisitos que deben reunir los laudos arbitrales, para que a través del principio de equivalencia funcional, sean reconocidos los acuerdos electrónicamente celebrados, como Colombia lo ha venido haciendo.

Finalmente podemos afirmar, que un proyecto de regulación del arbitraje virtual, se encuentra algo lejos de estar definido, lamentablemente los cuerpos normativos legales que cada ordenamiento, están siendo forzados, para poder aplicar las figuras jurídicas como la admisión de los laudos electrónicos, y poder brindar respuestas a supuestos de esta índole y así propiciar seguridad jurídica en el ciberespacio. En este sentido, debería de tomarse nota, acerca de la figura que los propios ODR, creen su propio método de ejecución, de manera que se supere el tener que recurrir a los ordenamientos locales para lograr su ejecución, la cual podría representar una manera más expedita, como se planteo de previo.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Wahab, M. S. (2013) ODR and e-arbitration. Online Dispute Resolution Theory and Practice. <https://www.mediate.com/pdf/wahabearb.pdf>
- Asamblea Nacional (2005). Ley No. 540, Ley de mediación y arbitraje. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 122 del 24 de junio del 2005. Managua, Nicaragua.
- Asamblea Nacional (2015) Ley No. 902, Código Procesal Civil de la República de Nicaragua. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 191 del 09 de octubre de 2015. Managua, Nicaragua.
- Benyekhlef, K. y Gelinas, F. (2005). Online Dispute Resolution. *Lex Electronica*, 10 (2). <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1336379>
- Borgoño Torrealba, J.L. (2007). Arbitraje Comercial Internacional Online José Luis Borgoño Torrealba. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/22092>
- Cámara de Comercio Americana de Perú. (2020) Guía de arbitrajes virtuales. <https://amcham.org.pe/nota-de-prensa/centro-internacional-de-arbitraje-emite-guia-de-arbitrajes-virtuales-y-modifica-su-reglamento/>
- Canga, María Eugenia (2005). El arbitraje virtual como medio alternativo para la resolución de los conflictos surgidos en el comercio electrónico y su legalidad en la normativa vigente venezolana. *Telos*, 7(3),439-461. [fecha de Consulta 15 de Octubre de 2021]. ISSN: 1317-0570. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99318837008>
- Carlson, W. (2020). Increasing Access to Justice through Online Dispute Resolution. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 7 (1), 17-31.



- Carrasco Salazar, C. (2015). Sistema de contratación por medios electrónicos y el perfeccionamiento contractual. *Vox Juris*, 29(1), 85-102.
- Castellani, L. G. (2015). La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas. *Revista de Derecho Privado*, (29), 75-99. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662015000200004
- Comercio Electronico Legal. (2020) <https://akelaasesores.com/comercio-electronico-legal/>
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil [CNUDMI]. (1985). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Con las enmiendas aprobadas en 2006*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005). https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications
- CONGRESO de la Republica de Argentina (04 de julio de 2018) Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Ley 27449. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). *Estatuto del Arbitraje*. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489.
- Fanfeig Wang, F. (2010). *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*. (1. ed). Cambridge University Press.



- Flórez, G. D. (2014). La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia. *Verba Iuris*, (31), 43-71. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.54>
- Law, K. M. (2013). Best technology practices of conflict resolution specialists: A case study of online dispute resolution at United States universities [Tesis de Doctorado, California State University] ProQuest.
- Mania, K. (2015). Online dispute resolution: The future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, 1(1), 76-86.
- Medina, F. y Peña, V. (2001). El ciberarbitraje: ¿Mito o realidad? Argentina. www.jornadas-civil.org/jornadas2001jconclision7Imedina%20U'irth.pdf
- Namén Baquero, D. (2015). Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano. *e-mercatoria*, 14, (3), 3- 49.
- Obi-Farinde, M. (2020). Online Dispute Resolution (ODR): A Viable Solution To Speed and Efficiency Issues in ADR. <https://www.mediate.com/articles/obi-farinde-ODR-Solution.cfm>
- Ortega Hernández, R. J. (2014). El acceso a la justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/42108>
- Ortolani, P. (2015). Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36 (3), 595-629.
- Osna, G. (2019). Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. *Revista de la Facultad de Derecho*. 83, 9-27
- Parra Ibáñez, O., & Cárdenas Rincón, E. (2015). El acto administrativo



electrónico y las nuevas tecnologías de la información. *Revista - Civilizar Ciencias Sociales y Humanas [389]*, 1–36. <http://hdl.handle.net/11232/257>

Ponce de Faustinelli, M. I. (1996). El Documento Electrónico. *Revista Notarial 2(72)*, pp 1-10

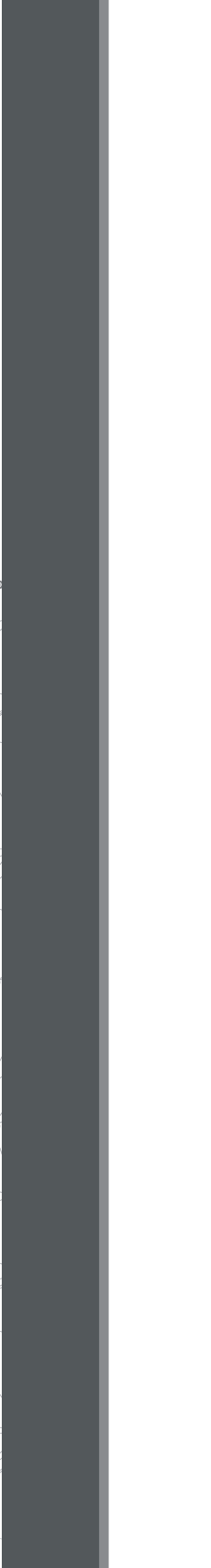
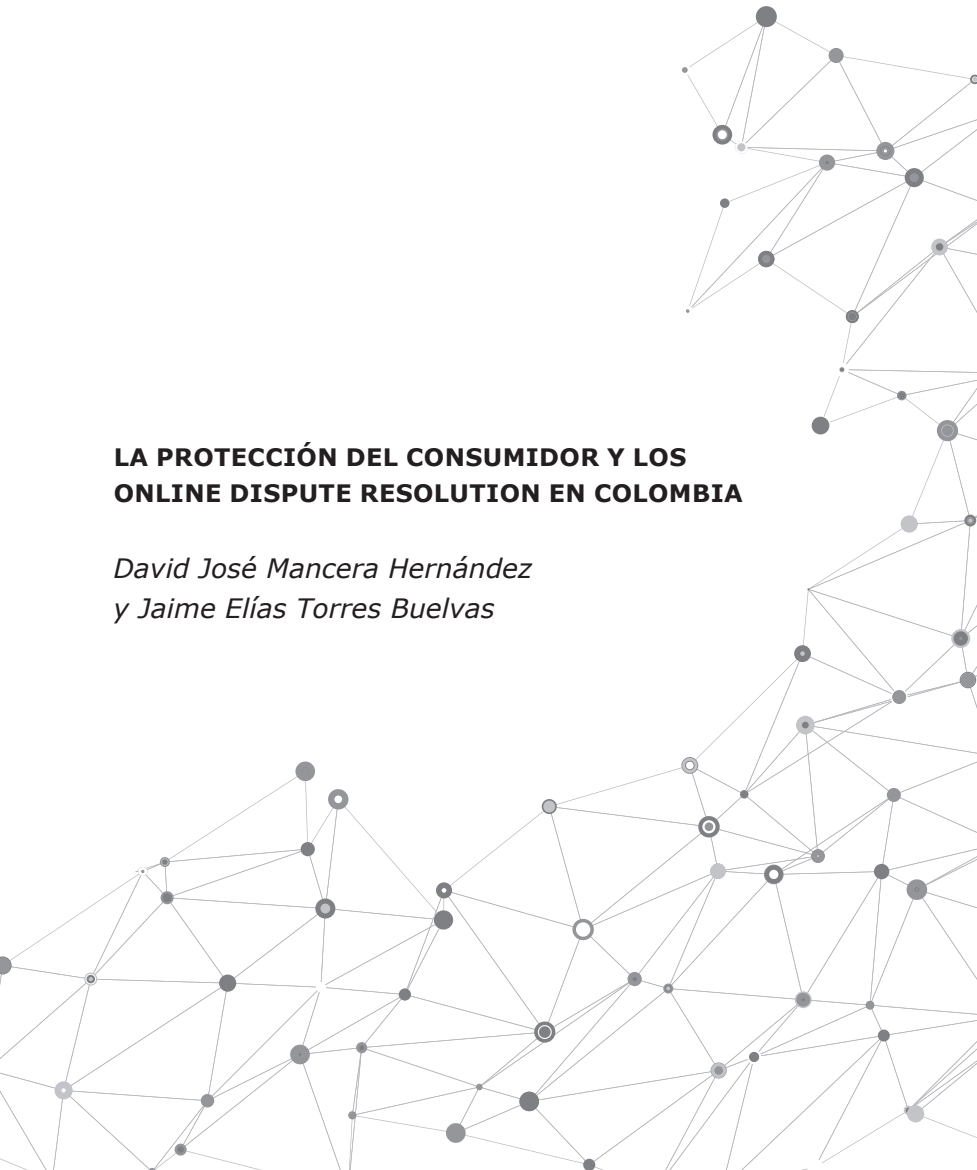
Rivolta, M. (2007). Medios de prueba electrónicos: estado de avance en la legislación argentina. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc070049-rivolta-medios_prueba_electronicos_estado.htm

Rodriguez Palacios, T. S., Calderón Marenco, E. A., & Sal, G. O. (2021). ODR para una Justicia Digital. *Integración+Divulgación de trabajo científicos*, 1 (1), 1-15.



**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LOS
ONLINE DISPUTE RESOLUTION EN COLOMBIA**

*David José Mancera Hernández
y Jaime Elías Torres Buelvas*





DAVID JOSÉ MANCERA HERNÁNDEZ Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de tiempo completo en la Universidad Cooperativa de Colombia, profesor de las cátedras de Derecho Romano y Contratos Civiles y Derechos del Consumidor de la Universidad El Bosque (Bogotá, Colombia). Se ha desempeñado como docente asesor del Consultorio Jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia, profesor de tiempo completo y secretario de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Los Libertadores (Bogotá, Colombia), asesor jurídico de la Dirección de Investigación y Extensión de

la Universidad Nacional de Colombia (sede Bogotá), como asesor jurídico del Centro de Extensión y Educación Continua de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; también ha sido coordinador jurídico/ abogado asistente de la firma Rincón-Cuéllar & Asociados y practicante del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFÍN). Es miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) y de la Red Juvenil de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Colombia).

JAIME ELÍAS TORRES BUELVAS Abogado de la Universidad del Norte de Barranquilla, Especialista en Derecho Internacional Privado de la Université Paris 2 Panthéon Assas, Master en Negocios y Comercio Internacional con Países Emergentes Université Paris XIII. Master en Estudios Políticos Económicos Internacionales Contemporáneos de la Universidad Externado de Colombia, Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia adscrito a la Facultad de Derecho y miembro del grupo de investigación Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la facultad de Derecho - CIFAD adscrito a las líneas de derecho privado y tendencias contemporáneas del Derecho. Se ha desempeñado



como director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad Cooperativa de Colombia, Coordinador del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UCC. Profesor de pregrado y postgrado en programas de Derecho, Negocios internacionales y Administración de Empresas en universidades colombianas. Investigador del Grupo Derecho y Política de la Fundación Universitaria Los Libertadores en la línea Derecho y Globalización. Consultor empresarial en temas de derecho corporativo y asesor en temas de derecho comercial y del consumo.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN. 1. La protección al consumidor en Colombia. 1.1 Marco Jurídico. 1.2 Elementos de la relación de consumo. 2. Principios, derechos y deberes. 3. Mecanismos de protección al consumidor. 3.1 Las acciones jurisdiccionales 3.2. Las actuaciones administrativas. 4. Los ODR como mecanismos alternativos de solución de controversias en las relaciones de consumo. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El advenimiento de las nuevas tecnologías ha revolucionado las relaciones de consumo, facilitando la realización de operaciones de consumo. Esta situación, de la mano del desarrollo del Derecho del Consumo en Colombia, ha hecho necesaria una regulación específica para la protección de los derechos de los consumidores y ha puesto de presente algunas dificultades en la resolución de las controversias, debido al volumen de estas, superando la capacidad de vigilancia del Estado. En el presente capítulo, se pretende hacer una breve revisión del sistema de protección al consumidor en Colombia, a partir de la Ley 1480 de 2011, con el fin de mostrar las formas de protección vigentes en el país, enfatizando en las formas de protección disponibles dentro de la normatividad, con el fin de evidenciar la oportunidad que se genera con los ODR para la resolución de las controversias en esta materia.

Palabras claves: *Protección al consumidor, contratos, ODR, consumo.*

ABSTRACT

The advent of new technologies has revolutionized consumer relations, making it easier to carry out consumer operations. This situation, hand in hand with the development of Consumer Law in Colombia, has made a specific regulation necessary for the protection of consumer rights and has highlighted some difficulties in resolving disputes, due to their volume, surpassing the surveillance capacity of the State. In this



chapter, it is intended to make a brief review of the consumer protection system in Colombia, based on Law 1480 of 2011, in order to show the forms of protection in force in the country, emphasizing the forms of protection available. within the regulations, in order to demonstrate the opportunity that is generated with the ODR for the resolution of controversies in this matter.

Keywords: *Consumer protection, contracts, ODR, consumption.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho del consumo nace de la necesidad de buscar un equilibrio en las relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la existencia de sujetos con mayor acceso a la información y poder de negociación, frente a quienes llegan con el fin de satisfacer una necesidad dentro del mercado. En este sentido, el desarrollo de la materia, que viene dándose desde los años sesenta en el mundo, y en Colombia desde los años ochenta, se ha concretado en algunas normas, dentro de las cuales cabe destacar el llamado Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), mediante el cual se establece un sistema de protección específico, que incluye un catálogo de derechos y obligaciones, así como también determinadas formas de protección de éstos, dentro de las cuales destaca un acápite específico dedicado a los consumidores en el comercio electrónico.

Los cada vez más dinámicos y novedosos avances de las tecnologías de la información y de las comunicaciones han permitido no solo desarrollar nuevas formas de interconectar a las personas, presentar contenidos, ofertar bienes, servicios o experiencias dentro de lo que conocemos como ciberespacio, sino que le ha dado acceso a un mayor número de actores a los mercados que a través de este se han desarrollado como el caso de los nuevos consumidores. Con un volumen de operaciones de consumo por minuto que supera la capacidad de supervisión o vigilancia actual del Estado colombiano, son muchos los conflictos que surgen entre productores, comercializadores de bienes o servicios y sus clientes que aún no tienen un marco jurídico en el cual entrar a resolverlos de manera rápida, pero que pueden llegar a encontrarlos en los ODR.



La obligación de brindar protección eficaz a sus ciudadanos en las operaciones en las que estos actúan como consumidores, así como la de garantizar la seguridad jurídica dentro de los mercados electrónicos, debe llevar al Estado a plantearse ¿cómo garantizar a los consumidores el acceso a mecanismos de justicia ágiles a través de los ODR? Plantear una respuesta a este interrogante implica analizar tanto las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico nacional para implementarlos, como resolver los desafíos económicos que conlleva el desarrollo de plataformas digitales para su puesta en marcha. Abordar esta discusión constituye el objeto principal de este capítulo.

1. Protección al Consumidor en Colombia

La evolución de las relaciones comerciales representó un cambio en la forma de concebir la noción misma de contrato, cuestión que conllevó la necesidad de repensar algunos conceptos, como el de la libertad contractual y la necesidad de establecer nuevas formas de protección a un nuevo grupo de participantes dentro del mercado: los consumidores.

Circunstancias tales como la concentración de capital (Arrubla Paucar, 2015), la revolución industrial y el desarrollo de la denominada economía de consumo, dieron lugar al fenómeno de la contratación en masa, de donde provienen las condiciones generales de contratación (Fierro Méndez, 2013), que generó nuevas dinámicas en materia de contratación, como la estandarización de los contratos y su formación a partir de la adhesión a éstas, sin la posibilidad de discutir las condiciones (Arrubla Paucar, 2015).

Estas circunstancias, sumadas a las características del sistema tradicional de contratación, dieron lugar a una crisis del concepto de voluntad, debido a su insuficiencia para adaptarse a nuevas condiciones, muy distintas de las aplicadas hasta ese momento, que dieron lugar a prácticas abusivas (Herrera Osorio, 2020).

De la necesidad de regular este tipo de situaciones y de prevenir los abusos presentados, nace el Derecho del consumo. Aunque en los Estados Unidos hubo algunos antecedentes en los años 1900 y 1930, de la



protección de los consumidores (Villalba Cuéllar, 2009), será a partir de la segunda mitad del siglo XX que empiece a reconocerse un conjunto de derechos, dando una dimensión única, con derechos específicos a los consumidores (Ovalle Favela, 2000), noción que, como indica el profesor Guido Alpa (2006), *llegó muy tarde al lenguaje de los juristas*.

Será a partir de la década de 1960 que, en los principales ordenamientos europeos, los legisladores empezarán a intervenir en la protección de los consumidores, por medio de leyes específicas (Alpa, 2006).

Así, Gran Bretaña expedirá la *Fair Trading Act* en 1973 y la *Unfair Trading Act* en 1977; mientras que la República Federal de Alemania será dictada la Ley sobre condiciones generales de los negocios jurídicos en 1973. En Francia, en 1978 se dicta la Ley sobre protección e información del consumidor en 1978; en Austria, en 1979, la Ley federal del 8 de marzo y en Portugal, en 1981, la Ley de defensa del consumidor (Acedo Penco, 2000).

Japón, por su parte, proferirá la Ley fundamental de protección al consumidor en 1968 y, ya en la década de 1970, la mayoría de gobiernos de las prefecturas se encontraban trabajando en normatividades regionales, creando así un sistema completo, que constituiría la columna vertebral del Derecho del consumo, por treinta años (Matsumoto, 2002).

Desde el Derecho comunitario, debe destacarse que la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, ya en 1973 expidió la Resolución 543/73 que contenía la Carta de Protección a los Consumidores y en 1975, la Resolución del Consejo del 14 de abril, sobre el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores (López Camargo, 2003).

En América Latina, resalta el Tratado de Asunción, que dio origen al MERCOSUR, en cuyo derecho la protección al consumidor resulta una pieza clave (A. Piris, 2004). De este tratado, surgieron algunas resoluciones, como la 126 de 1994, la 42 de 1998 o la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, el 15 de diciembre de 2000, que propenden por una armonización del Derecho del consumo en su interior (Camacho López, 2013).



En el caso colombiano, la normatividad en materia de contratación parte de los postulados tradicionales. En el caso del Código Civil, se hace clara la primacía de la voluntad, desde la misma definición de contrato que se establece en el artículo 1495, a saber: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

De igual forma, se destaca, para acentuar el carácter tradicional, que uno de los elementos esenciales de todo contrato, al tenor del numeral segundo del artículo 1502 del mismo código, es el consentimiento libre de vicios. También, los artículos 16 y 1602, en sus textos, dejan en claro la importancia que se le da a la voluntad, al indicar que los límites a la contratación se encuentran en el orden público y las buenas costumbres, ya que *todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes*.

Por su parte, en el Código de Comercio, *se ignoró por completo el asunto de la autonomía contractual* (Arrubla Paucar, 2015), razón por la cual, puede afirmarse que se sigue la misma tendencia del Código Civil, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 822 de aquél, que consagra una remisión a las normas del Código Civil, en relación con los principios de formación de actos, contratos y obligaciones.

Esta situación dio lugar a la necesidad de desarrollar nuevas normas que permitieran una efectiva protección a los consumidores y que, tras varias décadas, darán lugar a distintas normas, que se verán a continuación y que culminarán con la expedición de normas como la Ley 1328 de 2009, de protección al consumidor financiero y, principalmente, la Ley 1480 de 2011, actual estatuto del consumidor.

1.1 Marco Jurídico

Como ya se indicó, los Códigos Civil y de Comercio colombianos, partieron de postulados tradicionales que resultaron insuficientes para adaptarse a la realidad comercial del momento. Esto dio lugar a la expedición de unas pocas normas para la protección de sus derechos, con anterioridad a la Constitución de 1991, a saber:



El artículo 32 de la Constitución del año 1986 estableció la intervención estatal en la producción, utilización y consumo de bienes y servicios; la Ley 155 de 1959, que en su artículo tercero consagra la intervención estatal en materia de pesos, medidas, calidad, empaque y clasificación de productos; la Ley 9 de 1979, que estableció medidas sanitarias en relación con varios productos, como alimentos, medicamentos, cosméticos y artículos de uso doméstico, en aras de proteger la salud del público; la Ley 73 de 1981, que otorgó al Presidente de la República la facultad extraordinaria de regular la distribución y venta de productos, entre otras cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores, destacando, como afirma Caycedo Espinel (2013), *la de establecer la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que ofrecen en el mercado.*

Con ocasión del ejercicio de las facultades atrás señaladas, se promulgaron dos normas de gran importancia en relación con nuestro Derecho del Consumo: el Decreto 1441 de 1982, sobre la organización, reconocimiento y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores, y el Decreto Ley 3466 de 1982, que fue denominado comúnmente como *Estatuto de Protección al Consumidor* (Caycedo Espinel, 2013) y que, como afirma Arrubla Paucar (2012), si bien representan avances en la protección de los consumidores, se quedan cortos en sus funciones y aplicación, cuestión que puede explicarse debido a que, como señala Villalba (2017) —específicamente sobre la segunda norma—, *fue concebido desde una óptica de control estatal sobre el comercio, más que bajo la premisa de protección al contratante débil.*

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se marca una nueva pauta en el desarrollo del Derecho del consumo, que, si bien se dio de manera fragmentada, es importante resaltar, pues será la base para el sistema actual.

En primer lugar, se destaca el artículo 78 de la Constitución, que dispone que la Ley regulará el control de calidad de bienes y servicios, la información que debe suministrarse al público, la responsabilidad por los daños que puedan ocasionarse contra la salud, seguridad y aprovi-



sionamiento de los consumidores. Asimismo, consagra la garantía de participación de organizaciones y usuarios en las disposiciones que les conciernen.

También, el artículo 334 de la Constitución consagra la intervención estatal en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios. Se suma a este, el artículo 365, que señala el especial interés estatal en los servicios públicos, por tratarse de una finalidad social del Estado, dándole la regulación, control y vigilancia de los mismos; y el artículo 369, mediante el cual asigna al legislador la determinación de derechos y deberes de los usuarios de los mismos, junto con su régimen de protección.

Acompañando a estas disposiciones y en garantía de los derechos de los consumidores, el artículo 88 establece las acciones populares (acciones que pretenden la protección de derechos e intereses colectivos) y de grupo (que pretenden el reconocimiento y pago de indemnizaciones de perjuicios causadas a un número plural de personas), que serán posteriormente reguladas, de manera más extensa, en las Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Después del año 1991, se proferirán algunas normas que permitirán el desarrollo del Derecho del consumo. En primer lugar, se destaca la Ley 142 de 1994, conocida también como Ley de servicios públicos domiciliarios, que establece un catálogo de derechos de los usuarios, consagrado en el artículo 9º, la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, en el artículo 34 y la prohibición de cláusulas abusivas, por medio del listado establecido en el artículo 133.

A partir de allí, no habrá un gran desarrollo legislativo en la materia. Serán la Corte Constitucional, tanto en sede de acción pública de inconstitucionalidad, como en sede de acción de tutela; y la Corte Suprema de Justicia, quienes llenen el vacío de protección (Caycedo Espinel, 2013). En este período destacará, por su influencia en la legislación posterior, la sentencia C-1141 de 2000 de la Corte Constitucional.



En el año 2009, se profiere la Ley 1328, por medio de la cual se dictan normas de protección al consumidor financiero y en las que, por primera vez, se encuentra un cuerpo organizado de normas de este tipo en la legislación colombiana, pues establece una estructura que cuenta con un catálogo de principios, una enunciación de derechos y obligaciones, un sistema de atención al consumidor, regulación de prácticas, conductas y cláusulas abusivas, y, como innovación, la figura del defensor del consumidor financiero (institución orientada a la protección especial de los consumidores, quien debe contar con independencia y autonomía para adelantar su labor, como lo indica el artículo 13 de la norma).

En el año 2011, se expide la Ley 1480 de 2011, actual estatuto del consumidor, que establecerá un sistema completo de protección al consumidor con un alcance general y que, como afirma Stiglitz (2013), *adopta el mejor modelo del Derecho comparado: los sistemas jurídicos de protección del consumidor que incluyen normas tendientes a imponer a los gobiernos, el deber de formular y ejecutar políticas de defensa del consumidor.*

El Derecho del consumo en Colombia, a partir de su desarrollo legislativo y jurisprudencial se caracteriza, conforme con las ideas de Caycedo (2013) por contar con un catálogo de principios (dentro de los que destacan la consagración constitucional, el reconocimiento de una asimetría que determina un carácter tuitivo de dichas normas, un doble carácter – colectivo e individual –, una estructura de responsabilidad sin culpa, un ámbito de aplicación definido, de carácter general y un conjunto de restricciones a la autonomía de la voluntad) y un catálogo de derechos.

A estos elementos, será necesario sumar algunas instituciones en las que la norma hace especial énfasis, como el régimen de protección contra la información y la publicidad engañosa, la organización y participación, las normas de protección contractual en distintos ámbitos, el Subsistema Nacional de Calidad y la Red Nacional de Protección al Consumidor.

Aunque, con posterioridad al año 2011 se han expedido algunas leyes relacionadas con la protección al consumidor, como la Ley 1581 de 2012



(tratamiento de datos personales) 1735 de 2014 (acceso a servicios financieros transaccionales), es la Ley 1480 de 2011 la norma central de la materia en Colombia y, por tanto, la que ocupa el centro de las reflexiones de este capítulo y a partir de la cual se desarrollará el mismo.

1.2 Elementos de la relación de consumo

El derecho del consumo es un derecho especial de carácter tuitivo, por lo tanto, no tiene vocación de aplicación general ni está destinado a sustituir el derecho civil (Villalba Cuéllar, 2017).

Debido a su particular desarrollo histórico, el enfoque de este derecho está dirigido hacia el consumidor, sujeto calificado sobre el cual gira la aplicación de normas para su protección, como lo consagra el artículo segundo de la Ley 1480 de 2011, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. OBJETO. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.

Con base en lo anterior, se hace necesario explicar la noción de relación de consumo, que no se indica expresamente en la norma y que puede definirse como *un vínculo obligacional de carácter especial (Villalba Cuéllar, 2017), que surge entre proveedores y consumidores en un ámbito espacio-temporal flexible y complejo (Rusconi, 2013).*



Sin embargo, es necesario desarrollar los elementos de este concepto, con el fin de comprender el ámbito de aplicación de la norma, cuestión que, además, permitirá entender su amplitud y complejidad.

Para esto, es necesario establecer los elementos de la relación de consumo, que, a la luz del artículo citado anteriormente son: un productor o proveedor, un consumidor o usuario, un producto y un acto de consumo. Dichos elementos, en buena parte, se encuentran desarrollados en el artículo 5° de la Ley 1480. No obstante, será necesario realizar algunas precisiones sobre ellos.

1.2.1 El productor o proveedor

De conformidad con el numeral 9° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, productor es:

Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

Por su parte, el numeral 11 de la misma norma, define al proveedor o expendedor, en los siguientes términos:

Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

De esta forma, el legislador colombiano adoptó definiciones amplias sobre estos conceptos, que amparan gran diversidad de circunstancias en las que un sujeto puede verse involucrado en una relación de consumo (Villalba Cuellar, 2011).

También, de lo anterior puede concluirse que una entidad sin ánimo de lucro (ESAL) puede ser considerada como productor o proveedor, toda vez que la norma no realiza una exclusión expresa y, en el caso de los proveedores, de hecho, realiza su inclusión textual.



De estas definiciones, se deduce el reconocimiento del productor o proveedor como comerciante (Tamayo Jaramillo, 2016), en términos del Código de Comercio, que adopta un sistema objetivo (Madrriñán de la Torre & Prada Márquez, 2013), según el cual se reputan que tienen dicha calidad quienes se dedican profesionalmente a la realización de actos de comercio, como está consagrado en el artículo 10° de dicho estatuto, independientemente de que se encuentren inscritos en el Registro Mercantil que administran las Cámaras de Comercio en el país.

Adicionalmente, se deriva de lo anterior que el productor, proveedor o profesional (noción utilizada en otras legislaciones) forma parte de la cadena de comercialización o producción del bien o servicio (Moreno, 2018), que comprende desde el diseño, hasta la comercialización de un producto, cuestión que resultará importante, cuando no decisiva, al momento de analizar situaciones de responsabilidad solidaria.

1.2.2 El consumidor o usuario

El artículo 5° de la Ley 1480 de 2011 define, en su numeral 3° al consumidor, en los siguientes términos:

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Esta definición, desde la perspectiva doctrinal, se enmarca dentro de una corriente finalista o subjetiva, según la cual, el criterio determinante para categorizar al consumidor se encuentra en la destinación que se vaya a dar al producto adquirido o utilizado (Villalba Cuéllar, 2017; Rusconi, 2013; Moreno, 2018).



De esta perspectiva se derivará una necesidad probatoria concreta, a efectos de lograr la aplicación del Estatuto del Consumidor: la demostración de existencia de un acto de consumo.

Fuera de lo anterior, la definición citada presenta una serie de particularidades que deben comentarse, con el fin de lograr una comprensión de esta.

En primer lugar, debe comentarse la calidad del consumidor dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido, la norma indica que podrá ser una persona natural o jurídica (que para parte de la doctrina se denomina consumidor-empresario), cuestión que, desde una perspectiva teórica, marca la aplicación de la corriente finalista de forma atenuada para un sector de la doctrina (Rusconi, 2013), mientras que, para otros, amplía el alcance de dicha teoría (Villalba Cuéllar, 2017).

En segundo lugar, destaca el hecho de que la norma equipara los conceptos de consumidor y usuario, equiparando así a quien adquiere bienes y a quien contrata o disfruta de servicios, dando uniformidad al concepto y haciéndolo comprensivo de distintas situaciones.

En tercer lugar, es necesario indicar que, de la norma, se desprende una clasificación de los consumidores, a partir de su relación con el productor o proveedor: los directos y los indirectos o conexos (Rusconi, 2013).

Los primeros, son quienes tienen un vínculo directo con el proveedor o productor, quienes adquieren el producto o lo utilizan con destino final; los segundos, son quienes reciben el producto por formar parte del círculo familiar o social del consumidor directo (independientemente de que se trate de una relación onerosa o gratuita) y que, en esa medida, le permiten ejercer los derechos correspondientes al primero (Rusconi, 2013).

Adicionalmente, existen otro grupo específico de consumidores que el Estatuto del Consumidor protege, de manera especial, considerando sus condiciones específicas, más vulnerables dentro del mercado: los niños, niñas y adolescentes (Villalba Cuéllar, 2017).



En lo que atañe a este grupo, el artículo primero de la norma, en su numeral quinto, regula como un principio general su protección especial, que debe darse de conformidad con las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Asimismo, el artículo 28, ordena la reglamentación del derecho a la información (cuestión que fue regulada por medio del Decreto 975 de 2014) y el artículo 52 consagra la obligación de los proveedores de tomar medidas que permitan verificar la edad del consumidor, así como también de dejar constancia de la autorización expresa de los padres en las transacciones que se hagan utilizando herramientas de comercio electrónico.

Para terminar, es importante indicar que el parámetro de conducta de las normas de protección al consumidor en Colombia, es el de un consumidor medio, es decir, quien se comporta de forma medianamente informada (Villalba Cuéllar, 2017), que ha sido el parámetro usual en materia de protección al consumidor, específicamente en el ámbito de la publicidad engañosa (Jaeckel Kovacs, 2005), y que es la forma como ha sido aplicado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en casos como el de la sentencia 1518 del 11 de febrero de 2019.

1.2.3 El producto

El artículo 8° de la Ley 1480 de 2011 establece que un producto es *todo bien o servicio*. La amplitud de la definición legal amerita una especificación, con el fin de permitir una mejor comprensión de dichos conceptos.

Se entiende por producto un bien, cosa, artefacto o, inclusive, un servicio, cuya característica radica en haber ingresado al mercado tras un proceso en virtud del cual se alteran, modifican reordenan o potencian sus características, propiedades, usos o condiciones (Ramírez Sierra, 2018).

De conformidad con el artículo 653 del Código Civil, *los bienes consisten en cosas corporales e incorporales*, definición que adolece de im-



precisión y que la doctrina ha delimitado, al señalar que se trata de una cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos y que es susceptible de valoración económica (Velásquez Jaramillo, 2019).

En cuanto a los servicios, el artículo 2063 del Código Civil presenta dos nociones sobre los servicios: de un lado, la noción de obra inmaterial, definida como aquella en que “predomina la inteligencia sobre la obra de mano”; del otro, los llamados servicios inmateriales que, conforme con el artículo 2064 del mismo código, refieren a aquellos servicios que consisten en una larga serie de actos.

La noción de servicio, entonces, resulta bastante amplia desde la perspectiva legal, circunstancia que, si bien desde la óptica de los contratos civiles resulta problemática, por la atipicidad que los caracteriza (Brantt Zumarán & Mejías Alonzo, 2016), resulta necesaria en el ámbito del Derecho del consumo, por la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse.

En conclusión, la noción de producto refiere a una amplia gama de posibilidades, que incluye no solamente a cosas que pueden estar dentro del patrimonio de un sujeto de derechos y ser susceptibles de valoración económica, sino también a obras en las que predomina la inteligencia sobre la obra manual.

1.2.4 El acto de consumo

La legislación colombiana no cuenta con una definición de acto de consumo, toda vez que, como se vio, se parte de una teoría finalista para definir al consumidor y, en esa medida, podría afirmarse que resulta innecesaria.

No obstante, con el fin de sistematizar las diferentes conductas que pueden llevar a establecer una relación de consumo, resulta importante adoptar esta noción, con el fin de tener una mayor claridad en torno a los elementos de aquella.

En la doctrina extranjera, se ha indicado que el acto de consumo es un título o negocio jurídico que permite al consumidor disfrutar de un



producto y, también, el acto material de utilizarlo (Lara González *et al.*, 2006) citado por (Fuenzalida Robledo, 2018).

Otra definición, señala que se trata de la adquisición de un bien, el uso y goce de un bien, o de un servicio a un proveedor, por parte de un consumidor, con el fin de obtener el provecho ofrecido, en el marco de un mercado formal (Rodríguez Grez, 2015) citado por (Fuenzalida Robledo, 2018).

Para efectos de este texto, se hablará de acto de consumo para hacer referencia al hecho o negocio jurídico que permite al consumidor satisfacer una necesidad propia, familiar, doméstica o empresarial (que no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica).

Debe aclararse que las relaciones de consumo no se encuentran circunscritas únicamente a contratos de consumo (Fuenzalida Robledo, 2018), que pueden definirse como vínculos jurídicos especialmente protegidos entre un productor o proveedor y un consumidor, en virtud de los cuales surgen obligaciones de entregar un producto o prestar un servicio para su consumo, a cambio de una remuneración (Herrera Osorio, 2012).

Se incluyen dentro de esta noción otro tipo de relaciones, como es el caso de los contratos de carácter gratuito que celebre un consumidor con su productor o proveedor (como es el caso de la entrega gratuita de muestras, cortesías, bonificaciones, etc.) (Rusconi, 2013), pues la norma no realiza distinciones en torno a esta circunstancia.

También, representan actos de consumo aquellos hechos o negocios jurídicos que no implican una relación directa con el productor o proveedor y sobre las cuales se establece la noción de consumidor indirecto, comentada atrás.

Así, la donación de un objeto o la contratación que hace una persona de un servicio para que sea disfrutada por otra, representa un acto de consumo, teniendo en cuenta que el rasgo determinante de la calidad de consumidor se encuentra en la satisfacción de una necesidad.



Como indica Bourgoignie, una vez utilizado el bien o servicio, no importa la forma (contractual o no) como el consumidor entró en contacto con el mismo (Rusconi, 2013).

2. Principios, derechos y deberes

Como afirma Villalba (2017), el derecho del consumo tiene como finalidad la protección del consumidor en las relaciones de mercado que entabla con productores o proveedores, a partir de una situación de asimetría que se materializa en diferentes circunstancias, a saber:

Una situación de inferioridad manifiesta, que se materializa en una posición de mercado del consumidor (se recuerda que acude al mercado a satisfacer necesidades, mientras que el productor o proveedor tiene un carácter profesional e intención de lucro); la diferencia en la capacidad de negociación y acceso a la información sobre los productos y sobre el mercado (Caycedo Espinel, 2013).

A estas, pueden sumarse otras, como el escaso poder de litigio del consumidor, pues no cuenta con poder de disuasión frente al productor o proveedor, así como a las características de los contratos que celebra, que, al ser de cuantías muy bajas, hacen que no esté dispuesto a hacer mucho para defenderse (Villalba Cuéllar, 2017).

Este compromiso se encuentra plasmado en el artículo primero del Estatuto del Consumidor, al señalar que el objetivo de la Ley es “proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”.

En relación con lo anterior, la Ley 1480 de 2011 se estructura sobre cuatro grandes ejes temáticos: aspectos dogmáticos, mecanismos sustanciales de protección, aspectos procedimentales e institucionales y el derecho a la participación (Correa Henao, 2013). De estos, corresponde hacer unas menciones específicas sobre los primeros dos, dentro de este acápite, especialmente en torno a los principios, derechos y deberes.



2.1 Principios

El artículo primero de la Ley 1480 consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. PRINCIPIOS GENERALES. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

- 1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.*
- 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.*
- 3. La educación del consumidor.*
- 4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.*
- 5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.*

Con respecto a la expresión *principios generales*, la doctrina nacional ha hecho crítica, teniendo en cuenta que *la voz "principio general" hace pensar en un catálogo coherente y sistemático de principios que serán enunciados, sin embargo, la norma en seguida pasa a enunciar los objetivos de la ley* (Chamie, 2013).

Estos objetivos, o principios, como los denomina la Ley, permiten la adecuada interpretación de la norma (Villalba Cuéllar, 2012) y están integrados por los distintos derechos y deberes que la misma establece, así como también sirven de pauta para la creación de disposiciones de protección a consumidores, como normas integradoras y herramientas de interpretación o aclaración, frente a lagunas



que puedan generarse en relación con su ámbito de aplicación (Pico-Zúñiga, 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, se realizará una breve aproximación a cada uno de los principios indicados en la norma.

Libertad de ejercicio de los derechos de los consumidores

De conformidad con Pico-Zúñiga (2017), este derecho representa un principio cardinal del derecho del consumo, que no solamente implica la posibilidad y la protección del consumidor en torno a las facultades con que cuenta en el marco de las relaciones con productores y proveedores (como la posibilidad de elegir, decidir y ejercer sus derechos), sino también el cumplimiento de las obligaciones y deberes que le son exigibles y que no se agotan en lo consagrado dentro del artículo tercero de la Ley 1480 de 2011.

Respeto a la dignidad e intereses económicos de los consumidores

Para Villalba (2012), la expresión dignidad en relación con los derechos de los consumidores implica que un alcance que va más allá de la parte económica, lo cual, por demás, lleva a que debe respetarse su condición de persona, evitando vulnerar sus expectativas razonables.

La protección de intereses económicos, desde el punto de vista social, implica para el Estado la prevención de la publicidad e información falsa, engañosa, insuficiente o de calidad defectuosa, así como también el deber de ejercer control dentro del mercado, para asegurar una confiabilidad y duración mínima de los productos (Shina, 2017).

Así, la protección que brinda este principio tiene una doble dimensión: de un lado, el respeto del consumidor en su persona, que excede la dimensión económica, entendiendo que el consumidor se encuentra en una categoría socioeconómica; y, del otro, el respeto a sus intereses económicos, es decir, las motivaciones del consumidor para satisfacer sus necesidades, que se concreta en su libertad de decisión (Pico-Zúñiga, 2017).



Protección frente a los riesgos para la salud y la seguridad

El artículo 78 de la Constitución de 1991 consagra la responsabilidad por daños que se generen a la salud y la seguridad de los consumidores. A su vez, la Corte Constitucional, en sentencia C-1141 del 2000, ha resaltado que los defectos que tengan los productos no pueden ser indiferentes para el consumidor, debido a las consecuencias que pueden ocasionar en las vidas de aquellos, razón por la cual es dable exigir de productores y proveedores la responsabilidad correspondiente cuando dichos defectos se presenten.

Sin embargo, este principio no se limita únicamente a la responsabilidad por productos defectuosos (consagrado en los artículos 20 a 22 del estatuto), sino que incluye, también, el régimen de garantía establecido a partir del artículo séptimo de la norma, que puede considerarse como una protección bifronte (Pico-Zúñiga, 2017).

Estos dos enfoques de la norma, garantía y seguridad, permiten afirmar que la protección de la salud y seguridad de los consumidores se da desde una esfera preventiva, como desde una esfera indemnizatoria.

Acceso a información adecuada

La información es uno de los presupuestos fundamentales para una relación de consumo (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018), además de ser el elemento básico para la existencia de un consumidor medio, razonable (Pico-Zúñiga, 2017).

De conformidad con el numeral séptimo del artículo quinto del Estatuto, la información refiere a todo contenido y forma de dar a conocer un producto, cuestión que incluye su naturaleza, origen, modo de fabricación, uso, componentes, volumen, peso, medida, precios, forma de uso, propiedades, calidad, idoneidad, cantidad, riesgos y cualquier otra característica relevante.

La Corte Constitucional, en sentencia C-583 de 2015, ha indicado que el principio de acceso a la información cumple algunas funciones en el ordenamiento jurídico colombiano: representa una garantía del dere-



cho de los consumidores a contar con información relevante sobre los productos, dando sentido al derecho a la información; permite que los consumidores elijan libremente; garantiza la protección y prevención en materia de salud; facilita el seguimiento a los productos por parte de las autoridades correspondientes; garantiza la transparencia en la información que brindan los productores y proveedores, ayudando a disminuir el desequilibrio existente entre estos y los consumidores; y asegura la transparencia frente a las autoridades respecto de los datos relacionados con los productos (Pico-Zúñiga, 2017).

Pero, aparte del acceso de la información, se encuentra el suministro de la misma que, conforme con la definición atrás señalada, está relacionada con cuestiones inherentes al producto ofrecido (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018).

Ahora bien, el principio del suministro de información no se agota en lo indicado atrás, el artículo tercero del Estatuto otorga una doble dimensión a la información: en el sentido indicado antes, es decir, derecho de los consumidores, pero también como un deber de los mismos (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018) (Pico-Zúñiga, 2017), sobre el cual se ahondará más adelante.

En resumen, el principio de acceso a una información adecuada tiene una doble dimensión: la posibilidad de acceder a la información y el deber de suministrarla, así como, también, la obligación de los consumidores de informarse.

Educación

La educación es el derecho máspreciado que puede adquirir y desarrollar una persona (Shina, 2017). En este sentido, como indica Pico-Zúñiga (2017), este principio resulta cardinal dentro del Estatuto, debido a su íntima conexión con todos los demás y, especialmente, con la información.

Este principio, consistente en formar e instruir a los consumidores sobre sus derechos, obligaciones, elementos necesarios y relevantes dentro del mercado y los productos, (Pico-Zúñiga, 2017).



Su materialización debe darse con planes educativos a cargo del Estado, con el objetivo de capacitar a los consumidores para permitir realizar elecciones bien fundadas, así como desarrollar un conocimiento de sus derechos y obligaciones (Shina, 2017) que permita contar con un estándar de consumidor razonable progresivamente más alto (Pico-Zúñiga, 2017).

Libertad de constitución de organizaciones y oportunidad de aquéllas de ser escuchadas

El artículo 78 de la Constitución Política consagra la garantía de participación de las organizaciones de consumidores que, como indica Shina (2017), son organizaciones no gubernamentales, sin ánimo de lucro, que adelantan actividades de control y resguardo de éstos.

La labor de estas organizaciones resulta fundamental, pues, no solamente es una materialización del Derecho fundamental de asociación que está consagrado en el artículo 38 de la Constitución, sino que, además, permite una mejor representación de los consumidores en torno a dos aspectos relevantes: la resolución de los inconvenientes que puedan presentarse en sus relaciones individuales y la elaboración de normas y políticas públicas de consumo (Pico-Zúñiga, 2017).

Por demás, este principio de constitución de asociaciones tiene una doble dimensión: de un lado, el derecho de asociarse y elegir la asociación a que se quiere pertenecer y, por el otro, el derecho a no ser obligado a formar parte de una colectividad, bien de manera directa, bien de forma indirecta (Pico-Zúñiga, 2017).

En síntesis, la libertad de constitución de asociaciones de consumidores y la posibilidad de ser escuchadas en torno a las cuestiones que pueden afectarles resulta un principio importante en relación con la protección de aquellos, pues, no solamente permite un diálogo directo y representativo con el Estado en torno a la normatividad y políticas públicas de consumo, sino que, además, es consecuencia del derecho fundamental de asociación, con la libertad de elegir para el consumidor y hacerse representar frente a reclamaciones individuales.



Protección de niños, niñas y adolescentes como consumidores

La primacía de los derechos de niños, niñas y adolescentes no es una novedad en Colombia, pues ya desde el año 1991, la Constitución Política, en su artículo 44, la había consagrado.

La razón de esta protección, conforme con la jurisprudencia constitucional son las siguientes: el respeto de la dignidad humana, la indefensión generada por el proceso de desarrollo de facultades y atributos personales de niños, niñas y adolescentes, en relación con su entorno natural y social; y el imperativo de garantizar un futuro promisorio para la comunidad, que se logra mediante el aseguramiento de la vida, la integridad, la salud, la educación y el bienestar (Corte Constitucional, 2004).

Su inclusión específica como grupo de consumidores, obedece a las circunstancias especiales que hacen que tengan una condición de vulnerabilidad superior a la de los adultos dentro de las relaciones de mercado (Villalba Cuéllar, 2017), que hacen inminente que el Estado redoble las exigencias y mecanismos de protección y garantía (Correa Henao, 2013).

Algunas de estas circunstancias son: los niños, niñas y adolescentes no conocen el valor del dinero y, en esa medida, no son conscientes de lo que éste representa; tampoco tienen un control del deseo, puesto que sus filtros de control y restricción aún no se han desarrollado; las marcas ejercen un control sobre los niños más pequeños, por medio de su publicidad y, finalmente, el capricho tiene un lugar predominante en la estructura psíquica de los niños (Shina, 2017).

Con esto, se muestra una clara intención de protección de niños, niñas y adolescentes, desde una perspectiva realista, que toma en cuenta el acceso al mercado de este grupo social y de las implicaciones que puede tener.

Nos obstante, es necesario indicar que el principio no cuenta con mayores desarrollos dentro de la norma y que, como indica Correa (2013), su significado se determina a través de dos fórmulas inconclusas: una



reglamentación en cabeza del Gobierno, que se dio por medio del Decreto 975 de 2014 (bajo lineamientos muy generales); y la toma de medidas para asegurar la identificación del niño, niña o adolescente, y la autorización de sus padres.

Para finalizar, el artículo cuarto de la Ley 1480 de 2011 consagra un principio no incluido dentro del artículo comentado y una disposición que tienen una importancia y aplicación vitales para la efectiva protección de los consumidores: el principio de favorabilidad, denominado también *in dubio pro consumatore* (Correa Henao, 2013) o *favor consumenti* y el carácter de normas de orden público del Estatuto.

En virtud de dicho principio, las normas del Estatuto deben interpretarse en la forma que resulte más favorable al consumidor y, en caso de duda, se resolverá en su favor.

Este principio, que se considera como uno de los ejes del Derecho del Consumo (Shina, 2017), tiene, además una aplicación importante, pues no solamente opera en relación con la interpretación de normas sustanciales, sino también en relación con la carga de la prueba, dentro del ámbito procesal (Correa Henao, 2013).

2.2 2.2 Derechos

El artículo tercero del Estatuto, consagra:

ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos:

1.1. Derecho a recibir productos de calidad: Recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado.

1.2. Derecho a la seguridad e indemnidad: Derecho a que los



productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.

1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.

1.5. Derecho a la reclamación: Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los términos de la presente ley. Las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado.

1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.

1.7. Derecho de elección: Elegir libremente los bienes y servicios que requieran los consumidores.

1.8. Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones.

1.9. Derecho de representación: Los consumidores tienen derecho a hacerse representar, para la solución de las re-



clamaciones sobre consumo de bienes y servicios, y las contravenciones a la presente ley, por sus organizaciones, o los voceros autorizados por ellas.

1.10. Derecho a informar: Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores.

1.11. Derecho a la educación: Los ciudadanos tienen derecho a recibir educación sobre los derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas.

1.12. Derecho a la igualdad: Ser tratados equitativamente y de manera no discriminatoria.

Del texto de la norma, se hace evidente que estos derechos representan un aspecto transversal al Derecho del Consumo, además de que, en general, serán desarrollados a lo largo de todo su articulado.

Por esta razón, algunos autores, como Shina (2017), manifiestan que dicha enunciación debió evitarse, porque no es taxativa, así como tampoco agrega algo nuevo a los principios generales del Derecho, ni a los del Derecho del Consumo.

No obstante, en opinión de Chamie (2013), este catálogo de derechos constituye el estatus jurídico del consumidor y deben entenderse como derechos esenciales o como el núcleo de sus derechos.

Con base en lo anterior, resulta necesario realizar algunas precisiones sobre algunos de los derechos de este catálogo (puesto que ya se ha hecho referencia a otros en el numeral anterior):

Derecho a recibir productos de calidad

Este derecho se concreta en el hecho de que todo producto que se comercialice en Colombia debe contar con características mínimas de



calidad e idoneidad (Villalba Cuéllar, 2017) que los haga seguros y aptos para su circulación en el mercado (Shina, 2017).

De conformidad con el artículo quinto, numeral primero del Estatuto, la calidad es la condición en que el producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que de él se suministre.

A su vez, el numeral sexto de la misma norma consagra la noción de idoneidad, que refiere a la aptitud de un producto para satisfacer la necesidad para la que ha sido producido o comercializado.

Sin embargo, como afirman Oviedo y Moreno (2014), no se justifica realizar una distinción entre las mismas, no solamente por el hecho de que resultan complementarias, sino, además, porque el Estatuto no establece consecuencias jurídicas distintas frente a los defectos en una u otra condición del producto.

Así, puede afirmarse que la calidad y la idoneidad representan el derecho correlativo a la obligación de los productores y proveedores de elaborar productos que correspondan a la calidad anunciada y a las expectativas razonables de los consumidores (Shina, 2017).

La forma de tutelar este derecho es la garantía legal (Oviedo-Vélez & Moreno Vásquez, 2014), que, de conformidad con el numeral quinto del artículo quinto y el artículo séptimo de la Ley 1480 de 2011, es una obligación temporal y solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad ofrecidas o exigibles legalmente.

En concreto, la garantía legal permite al consumidor, en el caso de que haya fallas en la calidad o idoneidad de un bien, exigir al productor y al proveedor la reparación gratuita de los defectos. Si el bien no puede repararse o la falla se repite, aun cuando ha sido reparada, podrá exigir el cambio parcial o total del bien por otro igual o de similares características y, en última instancia, la devolución del dinero pagado, conforme



con lo indicado en el artículo 11 del Estatuto (Oviedo-Vélez & Moreno Vásquez, 2014).

En el caso de los servicios, el numeral tercero del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 permite al consumidor exigir al productor y al proveedor, de forma solidaria, la prestación del servicio en las condiciones que fue prestado (Oviedo-Vélez & Moreno Vásquez, 2014).

Derecho a la seguridad y a la indemnidad

El artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, en su numeral 14, consagra que la seguridad es la condición del producto de acuerdo con la cual un producto no presenta riesgos contra la salud o integridad de los consumidores en escenarios de utilización normal, considerando la información suministrada de conformidad con la norma, la duración, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento (cuando procede).

En concreto, se refiere a que los productos que circulan en el mercado no pongan en peligro la salud e integridad física de los consumidores (Villalba Cuéllar, 2017).

Según Shina (2017), hay dos reglas básicas en torno a este derecho: en primer lugar, los riesgos deben minimizarse desde los procesos de producción, cuestión que puede lograrse si los productores invierten más en su diseño y materiales de mayor calidad. En segundo lugar, por medio de la advertencia sobre productos que puedan conllevar un riesgo a los consumidores, cuestión que se aborda en el artículo 25 del Estatuto, al consagrar que deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles la nocividad, indicaciones y contraindicaciones del producto que por su naturaleza o componentes sea nocivo para la salud.

Así, la exigencia de seguridad de los productos no sólo garantiza la salud e integridad de los consumidores, sino también previene el ingreso de productos rechazados en otras latitudes al mercado nacional, haciendo que Colombia se adapte a estándares internacionales (Corcione, 2017).



El incumplimiento de la condición de seguridad, da lugar a que el producto se considere defectuoso, lo cual, según el artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, en su numeral 15, se define como aquel bien que, en razón a un error de diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la seguridad razonable a que el consumidor tiene derecho (Corcione, 2017).

Este derecho cuenta con varias formas de protección: en principio, obliga al Estado a realizar un control anterior o posterior de la seguridad de los productos (Villalba Cuéllar, 2017). De conformidad con el artículo 19 del Estatuto, este control puede darse por medio de un mecanismo de carácter administrativo, que tiene como objetivo prevenir daños en el evento en el que se haya tenido conocimiento de la existencia de un producto defectuoso por parte de un miembro de la cadena de producción (Ramírez Sierra, 2018).

En segundo lugar, por medio de la acción de responsabilidad por producto defectuoso. Por último, por medio de la garantía legal. Sin embargo, el profesor Tamayo Jaramillo (2016) ha manifestado que ésta no es realmente una garantía, debido a que su consecuencia es la responsabilidad por producto defectuoso, que siempre es extracontractual y opera frente a todas las víctimas del defecto.

De los daños generados por el producto defectuoso, la norma desarrolló un régimen de responsabilidad objetiva (Ramírez Sierra, 2018) (Caycedo Espinel, 2013), que, *responde a la ocurrencia de un perjuicio cuyo riesgo había sido previamente asignado, legal o negocialmente, debiendo el deudor responder en cualquier caso* (Rodríguez Puentes, 2016).

Adicionalmente, Ramírez (2018) indica que hay algunas consecuencias de este régimen, en el marco del Estatuto: la imposibilidad de que el consumidor elija el régimen de responsabilidad aplicable, la remisión al Código de Comercio en caso de insuficiencia legal y la imposibilidad de derogar el régimen de responsabilidad por voluntad de las partes.

Así, puede concluirse que, en relación con el derecho a la seguridad e indemnidad, la norma se preocupa por el bienestar físico de los con-



sumidores, consagrando una noción amplia de seguridad y un régimen que permite la protección tanto por vías administrativas, como por vías judiciales.

Derecho a recibir información

Ya anteriormente se ha anotado el significado y alcance del derecho a la información, razón por la cual este acápite simplemente complementará algunas cuestiones que no fueron abordadas dentro del principio de acceso a la información.

En primer lugar, debe precisarse que, de conformidad el numeral 1.3 del artículo tercero y el artículo 23 del Estatuto, la información debe cumplir con unas características: ser veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea en torno a los productos y los riesgos que puedan derivar de su consumo o utilización, así como también de los mecanismos de protección y formas de ejercer los derechos. Además, incluye la obligación de que la información mínima esté en castellano.

El título V de la Ley 1480 de 2011, que comprende los artículos 23 a 28 de la norma, desarrolla este derecho, regulando algunos aspectos, como la responsabilidad frente al incumplimiento de este derecho, pues, el artículo 23 señala que habrá responsabilidad de productores y proveedores frente a los daños que sean consecuencia de la información insuficiente o inadecuada. Así, en eventos como la falta de veracidad, el suministro inoportuno o la insuficiencia en la información, dará la posibilidad al consumidor de acudir a la administración de justicia, para buscar la reparación de los daños generados (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018).

También, el artículo 24 de la norma establece el contenido mínimo que debe tener la información sobre productos por medio de un listado enunciativo (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018) que comprende, salvo existencia de reglamentación especial, lo siguiente:

Por parte del productor: instrucciones de uso, consumo, conservación e instalación del producto; cantidad, peso o volumen, cuando



resulte aplicable; fecha de vencimiento, cuando sea pertinente; especificaciones.

Por parte del proveedor: información sobre las garantías con que cuenta el consumidor y el precio.

No obstante, aun cuando la norma realiza esta distinción, para Shina (Shina, 2017) resulta innecesaria y genera graves consecuencias, pues *fracciona la responsabilidad* de productores y proveedores, rompiendo con la solidaridad que les es exigible en el marco de la norma.

Adicionalmente, el Estatuto cuenta con algunas normas relacionadas con aspectos puntuales de la información. Así, el artículo 25 obliga a que productores y proveedores indiquen claramente y en caracteres perfectamente legibles sobre la nocividad, condiciones, indicaciones y contraindicaciones de productos que, bien sea por su naturaleza o por sus componentes, pueden ser nocivos para la salud.

También, el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011 impone la obligación al proveedor de informar los precios de venta al público en pesos colombianos (moneda de curso legal en la actualidad) – salvo autorización de la Superintendencia de Industria y comercio – incluidos los impuestos y costos adicionales del producto.

Además, consagra el derecho del consumidor a pagar el precio anunciado, únicamente, de donde deriva una obligación del proveedor de respetar dicho precio en caso de que la información sobre aquel sea defectuosa o incompleta (Shina, 2017). En consecuencia, el castigo para el proveedor será asumir los costos que se encuentren por fuera del precio informado, en estos eventos.

En caso de que existan costos adicionales al precio, tales como estudios de crédito, transporte, etc., surge la obligación del proveedor de informarlos adecuadamente, esto es, con indicación del motivo y valor de aquellos.

Como protección adicional, en el caso de que se presenten dos precios o más, o cuando existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor estará obligado a pagar el precio más bajo.



El artículo comentado, termina con la indicación de que, cuando el precio haya de ser fijado por un organismo estatal, deberá publicarse en el Diario Oficial y en por lo menos dos diarios de amplia circulación nacional.

El artículo 27 de la norma consagra el derecho del consumidor a exigir la expedición de la constancia de cualquier operación de consumo que realice, a semejanza de lo consagrado en el artículo 944 del Código de Comercio.

Esta constancia será la factura de venta o el documento equivalente a la misma y, conforme con el texto legal, su presentación no será condición para hacer valer los derechos del consumidor, de donde se infiere la libertad probatoria para demostrar el acto de consumo (Martínez Salcedo & Ortega Díaz, 2018) (Shina, 2017).

Finalmente, los artículos 28 y 52 (en relación con el comercio electrónico), como se ha comentado anteriormente, protegen el derecho a la información de niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como consumidores y dejando en manos del Gobierno la reglamentación del contenido, forma y casos en que deba ser presentada ésta, considerando el parámetro del artículo 34 de la Ley de infancia y adolescencia (1098 de 2006) y que se materializó mediante el Decreto 975 de 2014.

Con esto, se evidencia el interés estatal en proteger uno de los pilares más importantes en el Derecho del Consumo, por medio de una variedad de normas que regulan aspectos generales y relevantes al respecto.

Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa

De conformidad con el artículo 5, numeral 12 del Estatuto del Consumidor, la publicidad es toda forma y contenido comunicativo que tenga como propósito influir en decisiones de consumo. El numeral 13 del mismo artículo, consagra que la publicidad engañosa refiere a aquella cuyo mensaje resulte insuficiente o no corresponda a la realidad, de forma tal que pueda inducir a engaño, error o confusión.



Aun cuando en el Derecho del Consumo la protección se basa en la existencia de una desigualdad entre las partes de la relación, el profesor Jaeckel (2013) ha manifestado que, en el caso de la publicidad engañosa, debe darse por el aprovechamiento de la confianza puesta en lo anunciado.

Independientemente de la posición que se tome, lo cierto es que la protección contra la publicidad engañosa se hace necesaria en el ámbito de las relaciones de consumo y se desarrolla en los artículos 29 a 33 de la Ley 1480 de 2011.

El artículo 29 de la norma, indica que las condiciones objetivas y específicas anunciadas obligan al anunciante en los términos de la publicidad.

El artículo 30, por su parte, manifiesta la prohibición de la publicidad engañosa y señala que el anunciante responderá de los perjuicios que ésta pueda causar. Además, consagra la responsabilidad solidaria del medio de comunicación, cuando se compruebe dolo o culpa grave.

Conforme con el artículo 32, de dicha responsabilidad solamente podrá exonerarse el anunciante cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito, o que la publicidad fue suplantada o adulterada, sin que se hubiera podido evitar.

El artículo 31 del Estatuto, señala la obligación de advertir al público de la nocividad de los productos, bien sea que ésta se presente por su naturaleza o por sus componentes.

Finalmente, y como consecuencia del artículo 29, el artículo 33 consagra que los términos de promociones y ofertas obligarán a quien las realice. Adicionalmente, se consagra la obligación de informar al consumidor, en la publicidad, las condiciones para acceder a éstas, incluyendo circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Derecho a la reclamación

Tal y como lo señala la norma citada anteriormente, este derecho permite la posibilidad de que el consumidor, de manera directa o por



intermedio de apoderado, realice reclamaciones con el fin de lograr la defensa de sus intereses y la indemnización de los daños que haya sufrido con ocasión de la vulneración de sus derechos.

Adicionalmente, permite al consumidor acceder a la justicia por medio de los mecanismos consagrados en el Estatuto y que se estudiarán más adelante, siendo así este derecho la vía para lograr una tutela real y efectiva de sus derechos (Shina, 2017).

Protección contractual

Este derecho refiere a la obligación del Estado de garantizar la protección de los consumidores, como parte débil, en sus relaciones contractuales (Villalba Cuéllar, 2017), que se concreta en la vigilancia de los contratos para evitar cláusulas ruinosas (Shina, 2017).

Quizá sea el más amplio de todo el catálogo, debido a su carácter transversal en la mayoría de relaciones de consumo, que, en un buen número de casos, se adelantan a través de contratos, y se desarrolla en el título VII de la norma, a partir del artículo 34.

Para efectos de brindar algo de claridad a la exposición, se realizarán comentarios a partir de cada capítulo que compone el título señalado:

● *Protección especial*

Los artículos 34 a 36 del Estatuto del Consumidor establecen las denominadas normas de protección especial, que, en general, refieren a tres cuestiones puntuales:

En primer lugar, se establece el principio de *favor consumenti*, al indicar que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable para el consumidor y prevalecerán las cláusulas más favorables para aquel, frente a las que no.

Los artículos 35 y 36 consagran la prohibición de establecer o renovar el ofrecimiento de un producto que no haya sido aceptado expresamente por el consumidor, cuando esto le genere un costo; y la prohibición de ventas atadas, que se presentan cuando se condiciona la adquisición de



un producto a la de otros o cuando se condiciona el recibo de un incentivo a la aceptación de un término contractual (si bien, como señala el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (Jaramillo Jaramillo, 2014), valdría la pena indagar si en efecto corresponde a una venta).

Estas prohibiciones, además, se justifican en la protección de la libertad de elección del consumidor. Su permisión podría afectar la voluntad del consumidor (Jaramillo Jaramillo, 2014).

• **Condiciones negociales generales y contratos de adhesión**

La norma continúa consagrando unas reglas específicas en relación con condiciones generales de contratación, que son *cláusulas establecidas unilateralmente, predispuestas, de forma general, uniformes, abstractas, con vigencia prospectiva e inmutable, cuya finalidad es facilitar la celebración de contratos en mercados masivos* (Herrera Osorio, 2020); y contratos de adhesión o contratos no paritarios, es decir, *aquellos en los que una de las partes tiene un mayor poder de negociación sobre la otra, que le permite la imposición de las condiciones negociales a través de la supresión de la fase de negociación y su reemplazo por la predisposición de las reglas que regirán sus contratos* (Herrera Osorio, 2020).

Así, en el artículo 37 del Estatuto, se señalan requisitos específicos que deben contener dichas condiciones y contratos, y que corresponden a las siguientes:

Informar suficiente y expresamente, de forma anticipada, al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones, que, adicionalmente, deberán estar en castellano; las condiciones deben ser claras, concretas y completas; los caracteres deben ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco.

El efecto del incumplimiento de estos requisitos es la ineficacia liminar, es decir, que se tendrán como no escritas.

Además de lo anterior, el artículo 38 consagra la prohibición de incluir cláusulas que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.



En el artículo 39, se consagra la obligación de productores y proveedores de entregar constancia escrita y términos del acto de consumo, dentro de los tres días siguientes a la solicitud. Adicionalmente, se establece la obligación de éstos de dejar constancia de la aceptación del adherente a condiciones generales.

Todo lo anterior indica que, dentro del sistema de protección al consumidor, resurge la formalización y documentación como una forma de protección de la parte débil de la relación contractual (Plata López & Monsalve Caballero, 2014), fenómeno que se ha denominado neoformalismo (Herrera Osorio, 2012).

El artículo 40 de la norma, además, señala que las normas del capítulo en comento se aplicarán, aunque algunas cláusulas del contrato hayan sido negociadas. Con esto, se evidencia el reconocimiento de la asimetría que caracteriza al derecho del consumo y la importancia de la protección de la parte débil en la relación de consumo, aun cuando exista alguna posibilidad de negociar el contenido del contrato.

Dentro del artículo 41 del Estatuto, se consagra la prohibición de pactar cláusulas de permanencia mínima, como regla general, salvo en los eventos en que el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones normales del contrato, donde podrán pactarse con una duración máxima de un año, o en períodos superiores, siempre que exista autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio.

● ***Cláusulas abusivas***

Los artículos 42 a 44 de la Ley 1480 de 2011 consagran el régimen de prohibición de cláusulas abusivas, es decir, aquellas que producen un desequilibrio injustificado que afecta al consumidor.

Desde un punto de vista teórico, el sistema de protección al consumidor en Colombia adoptó un sistema mixto, partiendo de dos nociones: el sistema de tarifa legal, mediante el cual la norma establece un listado de conductas que serán consideradas como cláusulas abusivas (y que se encuentra en el artículo 43) y que en otras legislaciones se conoce como un sistema de lista negra, y, por el otro, un sistema



basado en una cláusula general (Jiménez Valderrama & Acosta Rodríguez, 2017).

Con esto, la protección a los consumidores en torno a este tipo de cláusulas es amplia y conveniente, pues establece criterios flexibles que permiten a los jueces valorar su existencia (Jiménez Valderrama & Acosta Rodríguez, 2017) y, en consecuencia, brindan una protección más completa.

El efecto de dichas cláusulas, de conformidad con los artículos 42 y 43 de la norma, es la ineficacia de pleno derecho. Adicionalmente, el artículo 44 establece que dicho efecto sólo afectará a la cláusula y no a la totalidad del contrato, siempre y cuando pueda subsistir sin esta o estas. Así, la norma obliga al productor o proveedor a contratar de forma más equilibrada y justa (Shina, 2017).

● ***Operaciones mediante sistemas de financiación***

El capítulo IV del título comentado desarrolla, en un único artículo, obligaciones especiales de información que en el marco de operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o por personas jurídicas que no estén sometidas a vigilancia y control por autoridades administrativas específicas.

Estas obligaciones consisten en brindar la información corresponden con un mínimo de lealtad en la celebración de este tipo de operaciones y comprenden la información previa sobre montos a financiar, intereses, sistemas de liquidación, periodicidad de pagos, número y monto de cuotas que deban pagarse de forma periódica.

Asimismo, la fijación de tasas de interés dentro de los límites legales y siguiendo las reglas generales; la liquidación de intereses moratorios únicamente sobre cuotas atrasadas y la información de conceptos adicionales al precio, como estudios de crédito, seguros o garantías.

También, consagra la obligación de que el número de cuotas de pago de un crédito de consumo sea pactado de común acuerdo con el consumidor, prohibiendo, entonces, la financiación de créditos por un mínimo de cuotas de pago.



• ***Ventas bajo métodos no tradicionales o a distancia***

Los artículos 46 a 48 de la Ley 1480 de 2011 consagran algunas normas relacionadas con las ventas que se realizan por métodos no tradicionales o a distancia.

El concepto de ventas con utilización de métodos no tradicionales, se refiere, conforme con el numeral 15 del artículo 5 de la norma comentada, a las que se celebran por fuera del establecimiento de comercio, sin que el consumidor las haya buscado.

Por ventas a distancia, el numeral 16 del mismo artículo consagra que son las que se celebran sin que el consumidor tenga un contacto directo con el producto adquirido. No obstante, desde el punto de vista doctrinal, refieren a la ausencia presencial o material del comprador y el vendedor, simultáneamente, cuestión que no resulta excluyente de la indicada por la norma (Jaramillo Jaramillo, 2017).

La justificación de una protección especial en estos escenarios está, conforme con lo señalado por la profesora Delia Cuenca, en circunstancias tales como la falta de información que se facilita al consumidor, la escasez de elementos de prueba del contrato, la posibilidad de comisión de fraudes mediante el pago con tarjeta de crédito, ofertas indiscriminadas, envíos forzosos, presiones psicológicas sobre el consumidor, incumplimiento de plazos de entrega, dificultades en la identificación del oferente y, inclusive, la vulneración del derecho a la intimidad (Jaramillo Jaramillo, 2017).

Con base en lo anterior, la norma, entonces, desarrolla algunas obligaciones en cabeza de productores y proveedores, en el artículo 46:

Permitir que el consumidor realice reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original; mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor la identidad del proveedor y del productor, así como también el asiento de su transacción; informar de manera previa a la adquisición de la disponibilidad del producto, tiempo de entrega, término de duración de las condiciones comerciales y la existencia y término del derecho de retracto.



También consagra la obligación de cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice en la dirección indicada por el consumidor, y que aquel ha sido plenamente e inequívocamente identificado.

El artículo 47 consagra el derecho de retracto, que representa una excepción a la regla de firmeza del contrato consagrada en el artículo 1857 del Código Civil (que establece el perfeccionamiento del contrato una vez se ha llegado al acuerdo entre el objeto y el precio) (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017); *es la facultad incondicional, imperativa e irrenunciable en cabeza del consumidor de retractarse del negocio jurídico, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales* (Flórez Rojas, 2018), a saber:

Que se trate de contratos de compraventa o prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o el proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas mediante métodos tradicionales o a distancia; que se trate de productos que no deban consumirse o hayan empezado a ejecutarse antes de cinco días.

Que su ejercicio se haga en el término máximo de cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato de prestación de servicios.

Que no se encuentre dentro de una de las excepciones consagradas por la norma: bienes de uso personal, bienes perecederos, suministro de bienes de rápido deterioro o caducidad; suministro de bienes confeccionados conforme a especificaciones del consumidor o claramente personalizados; suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que excedan al control del productor; y contratos de prestación de servicios que hayan iniciado con el acuerdo del consumidor.

Que el consumidor devuelva el producto por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió, asumiendo los costos de la misma.



Cumplido lo anterior, el consumidor tendrá derecho a la devolución del dinero, en un máximo de treinta días calendario, sin que haya lugar a descuentos o retenciones.

Su efecto, entonces, es la resolución del contrato (Linares Díaz, 2017) y el regreso, en consecuencia, al estado precontractual, mediante las restituciones mutuas (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017).

La finalidad de este derecho, se encuentra en permitir que el consumidor asegure una decisión más madura, reflexiva, definitiva y libre frente al producto adquirido, con el fin de protegerlo de las presiones o intimidaciones a que puede verse expuesto al celebrar el contrato (Flórez Rojas, 2018).

Finalmente, el artículo 48 consagra la obligación de dejar prueba de la aceptación del consumidor a condiciones generales de contratación, en los eventos de que los contratos sean celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares.

● ***Protección al consumidor electrónico***

Los artículos 49 a 54 de la norma consagran el régimen de protección al consumidor en el marco del comercio electrónico.

Esta regulación era más que necesaria, toda vez que, ya desde el año 1999, se regularon los aspectos contractuales del comercio electrónico, por medio de la Ley 527, sin una protección específica para los consumidores, quienes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, teniendo en cuenta algunas circunstancias:

La falta de entrega de productos por mal manejo de inventarios o dificultades logísticas, la recepción de productos con características distintas a las ofertadas, la recepción de productos defectuosos, problemas de facturación y riesgos de fraude en la red (García Salazar, 2018), por mencionar algunos.

Adicionalmente, debe mencionarse que la efectividad de las normas de protección al consumidor electrónico dependerá de factores tales como la labor adelantada por las autoridades competentes, el compro-



miso ético y social de las empresas y el rol del consumidor, que debe actuar de manera prudente y diligente en sus relaciones de consumo (Remolina Angarita & Flórez Rojas, 2013).

Así, el artículo 49 del Estatuto consagra una definición de comercio electrónico, indicando que refiere a la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertador mediante intercambio de mensajes de datos entre proveedores y consumidores, para comercializar productos.

Dentro de este marco de acción, el artículo 50 consagra obligaciones especiales, que incluyen lo siguiente:

A. Información sobre la identificación del proveedor, que debe estar actualizada y ser clara, fidedigna, accesible, suficiente y cierta.

B. Información sobre los productos ofrecidas, que debe contener, específicamente, medidas, pesos, materiales de fabricación, naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, forma de uso, calidad, idoneidad, cantidad y cualquier otro factor pertinente, para permitir al consumidor hacerse una representación lo más fiel posible a la realidad del producto.

C. Información de medios para la realización de pagos, tiempos de entrega, derecho de retracto y cualquier otra que se requiera para permitir una decisión de compra libre.

D. Información del precio total, incluyendo impuestos, costos y gastos en que debe incurrir el consumidor, discriminando los gastos de envío.

E. Publicación de las condiciones generales de contratación.

F. Presentación de la información del pedido, antes de finalizar la transacción, para que el consumidor tenga la oportunidad de verificar



G. Mantener en mecanismos de soporte duradero las pruebas de las relaciones comerciales, especialmente la identidad del consumidor, su voluntad expresa de contratar, la forma de pago y la entrega efectiva del producto.

H. Adopción de mecanismos de seguridad apropiados para la protección de las transacciones y la información del consumidor.

I. Disponer de mecanismos para que el consumidor pueda ejercer su derecho a la reclamación, dejando constancia de la fecha y hora de radicación e incluyendo un mecanismo de seguimiento posterior a dichas reclamaciones.

J. Entrega de productos a más tardar dentro de los treinta días calendario siguientes a la comunicación del pedido.

K. Información al consumidor en caso de que el producto no se encuentre disponible, de forma inmediata.

El artículo 51 consagra la figura de la reversión del pago, cuyo objetivo es que se devuelva al consumidor el dinero cuando haya sido objeto de fraude, operación no solicitada, o que el producto, o no haya sido entregado, no corresponda con lo solicitado, o sea defectuoso (Remolina Angarita & Flórez Rojas, 2013). Esto, siempre y cuando el pago de haya realizado mediante mecanismos de comercio electrónico y con un instrumento de pago electrónico, como una tarjeta débito o crédito.

Para el ejercicio de este derecho, será necesario agotar un procedimiento, cuya reglamentación se dio mediante el Decreto 587 de 2016 y que puede resumirse así:

A. El consumidor debe realizar una solicitud ante el proveedor dentro de los cinco días hábiles siguientes al momento en que tuvo noticia de la situación que habilita el ejercicio del derecho, que deberá contener: la manifestación expresa de las razones que fundamentan la solicitud de reversión; indicación de la causal que sustenta la petición; valor por el que



se solicita la reversión e identificación de la cuenta bancaria, tarjeta de crédito o instrumento de pago al que fue cargada la operación (artículos 2.2.2.51.4 y 2.2.2.51.5)

B. El consumidor debe informar al proveedor que el bien estará a disposición de éste en las mismas condiciones y en el mismo lugar que lo recibió (artículo 2.2.2.51.4).

C. Debe realizarse una notificación al emisor del instrumento del pago electrónico, dentro de los cinco días hábiles con que el consumidor cuenta para realizar la solicitud al proveedor, acompañada del soporte de presentación de la queja ante el proveedor y la notificación de haber satisfecho la obligación de devolver el bien, si es procedente (artículo 2.2.2.51.6).

D. Una vez hecho lo anterior, los participantes del proceso de pago cuentan con un término de quince días hábiles para la devolución del dinero (artículo 2.2.2.51.8).

El artículo 52, trata sobre la protección de niños, niñas y adolescentes en el comercio electrónico. Sin embargo, no se ahondará sobre este punto, puesto que ya ha sido abordado en otros apartes de este escrito.

En relación con los portales de contacto, el artículo 53 de la Ley 1480 de 2011 indica que los encargados de estas deberán exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberá elaborarse un registro, al que tendrán acceso los consumidores que hayan comprado un producto, a efectos de presentar una reclamación.

Finalmente, el artículo 54 de la norma establece la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda imponer medidas cautelares de bloqueo temporal de acceso a los medios de comercio electrónico, cuando existan indicios graves de violación de derechos de los consumidores, por un término de treinta días calendario, prorrogables por otros treinta, mientras se adelanta la investigación administrativa correspondiente.



Así, es claro que el régimen de protección del consumidor electrónico cuenta con amplias posibilidades de protección y da grandes facultades a la autoridad competente, con el fin de dar una efectiva garantía a los derechos de los consumidores.

Derecho de elección

La elección que realizan los consumidores debe cumplir con dos condiciones: ser libre y ser consciente. En este sentido, las manifestaciones de voluntad de los consumidores no deben tener la presión o alteración de técnicas de mercadeo (Villalba Cuéllar, 2017).

La garantía de este derecho se presenta en diferentes normas, como es el caso de la información pública de precios, la protección contra la publicidad engañosa y demás obligaciones que surgen para proveedores y productores en el ámbito del derecho a la información, dentro del Estatuto del Consumidor. Pero, también, en normas ajenas a la regulación de consumo, como es el caso del Derecho de la Competencia, pues la aplicación de sus normas repercute en los consumidores (Archila Peñalosa, 2013).

Derecho a la igualdad

Este derecho, que se enmarca dentro del artículo 13 constitucional, en materia de consumo refiere específicamente a evitar la comisión de actos vejatorios o vergonzosos para los consumidores (Shina, 2017). También, tiene que ver con evitar el trato discriminatorio, que puede darse en dos ámbitos: el económico, que se presenta cuando el consumidor, en el ámbito de las condiciones contractuales, no recibe el mismo tratamiento que los demás consumidores del mismo producto; y en relación con otras razones, como su orientación sexual, raza, religión, condición económica, etc. (Villalba Cuéllar, 2017).

2.3 Deberes

El numeral segundo del artículo tercero de la Ley 1480 de 2011 consagra lo siguiente:



ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

[...]

2. Deberes.

2.1. Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.

2.2. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

2.3. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

De acuerdo con la opinión de Chamie (2013), son normas vinculantes cuya observancia es un deber, imperativos del legislador de han de cumplirse en forma más o menos estricta.

Para Shina (2017), se trata de una enunciación de normas generales que no agregan nada a la materia específica del Estatuto y, en esa medida, no debieron incluirse.

3. Mecanismos de protección al consumidor

Para la Corte Constitucional (2000), el Derecho del consumo tiene un carácter poliédrico, pues su objeto incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial, procesal y participativo.

Es por esto que el título VIII de la Ley 1480 de 2011 hace referencia a los aspectos procedimentales para la protección al consumidor y desarrolla dos formas de protección: las acciones jurisdiccionales y las actuaciones administrativas.

Dentro de este título, se presentan algunas cuestiones que vale la pena resaltar, en aras de contar con una descripción general de los dis-



tintos mecanismos a disposición de los consumidores para la defensa de sus derechos.

3.1 Acciones jurisdiccionales

El artículo 56 del Estatuto del Consumidor señala que hay tres grandes acciones para la protección del consumidor, sobre las cuales se realizarán algunos comentarios.

En primer lugar, se encuentran las acciones populares y de grupo, reguladas, como se indicó en el acápite referido al marco jurídico, en la Ley 472 de 1998.

Las acciones populares son mecanismos de protección de derechos e intereses colectivos, que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravio de dichos derechos, o restituir las cosas al estado anterior, si fuere posible, conforme con lo indicado en el artículo 2º de dicha ley.

Las acciones de grupo, son aquellas que buscan el reconocimiento y pago de indemnizaciones que hayan sido generadas a más de veinte personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa, que dio lugar los perjuicios cuya reparación se busca, como señala el artículo 3º de la norma.

Por otro lado, se encuentra la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso, de las que conocerá la justicia ordinaria, es decir, que su competencia está en cabeza de los jueces civiles, de conformidad con la norma de procedimiento general, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Finalmente, la norma consagra la acción de protección al consumidor, que tiene como objeto decidir los asuntos contenciosos con base en la vulneración de derechos del consumidor por violación directa del estatuto, o en normas especiales de protección; lograr la efectividad de una garantía, la reparación de daños causados a bienes en la prestación de servicios o la protección contra la información o publicidad engañosa, como señala el artículo 56 del estatuto.



La competencia para conocer de esta acción, se encuentra en cabeza de la tienen la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera y los jueces civiles, de conformidad con los artículos 57 y 58 de la norma y el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012.

Aunque la acción de protección al consumidor se tramita como proceso verbal sumario, de conformidad con las normas del Código General del Proceso (artículos 390 a 392), el artículo 58 de la Ley 1480 consagra algunas particularidades para su ejercicio, dentro de las que destacan:

Término de un año como regla general para la presentación de la demanda y la necesidad de interponer una reclamación directa frente al productor o proveedor, como requisito de procedibilidad de la acción jurisdiccional, y la posibilidad de que la Superintendencia falle *infra*, *ultra* y *extrapetita*, así como la facultad de sancionar por el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales y la de sancionar o decretar el cierre temporal del establecimiento comercial del productor o proveedor, en caso de incumplimiento de orden impartida mediante sentencia, conciliación, o transacción. Además, podrá sancionar al consumidor que actúe de forma temeraria.

3.2 Actuaciones administrativas

El artículo 59 da a la Superintendencia de Industria y Comercio algunas facultades administrativas, con el fin de lograr una efectiva protección de los consumidores, a saber:

Velar por la observancia de las disposiciones del Estatuto, tramitando las investigaciones por su incumplimiento e imponiendo las sanciones correspondientes; instruir a los destinatarios de las normas sobre la forma de su cumplimiento, fijar criterios que faciliten el mismo e indicar los procedimientos para su aplicación; interrogar (observando las formalidades del Código General del Proceso) a cualquier persona cuyo testimonio sea requerido para esclarecer hechos en el marco de una investigación, incluyendo la posibilidad de exigir la comparecencia de la persona por los medios que la norma procesal establece (esto incluye la posibilidad de conducirlo por medio de la



autoridad de policía y la de imponer multas, según el artículo 218 de la Ley 1564 de 2012).

Asimismo, la superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para realizar visitas de inspección y otras pruebas consagradas en la Ley, con el fin de verificar los hechos en el marco de una investigación, establecer la información, forma de suministrarla, condiciones que debe reunir ésta, en relación con productos que puedan ser nocivos para la salud o atentar contra la seguridad, o cuando sea para prevenir prácticas que induzcan a error a los consumidores, siempre que su competencia no esté asignada a otra entidad.

También, puede ordenar el cese y difusión correctiva de publicidad, a costa del anunciante, cuando no cumpla con las condiciones señaladas en las normas, así como ordenar las medidas necesarias para evitar la inducción al error, o causar o agravar el daño o perjuicio a los consumidores.

Además, la Superintendencia podrá solicitar la intervención de la fuerza pública con el fin de lograr el cumplimiento de órdenes previamente impartidas, emitir las órdenes necesarias para la suspensión inmediata y preventiva de la producción o comercialización de productos, hasta por sesenta días, mientras se adelanta la investigación, siempre que se tengan indicios graves de que el producto puede afectar contra la vida o seguridad de los consumidores, o de que no se cumple con un reglamento técnico.

En torno al derecho a la educación, la norma establece que corresponde a la entidad difundir el conocimiento de las normas de protección al consumidor, así como también publicar de manera periódica información relativa a las personas sancionadas y las causas de la sanción. Asimismo, se da un mandato en relación con propender por difundir, informar y capacitar en materia de protección al consumidor.

Fuera de lo anterior, puede ordenar la devolución de intereses cobrados por encima del límite legal, junto con la sanción de que trata el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 (que indica que se devolverán las sumas



canceladas de dichos intereses, más una suma igual al exceso) para los casos de contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios mediante sistemas de financiación o en contratos de crédito realizados con persona naturales o jurídicas que no estén bajo el control o vigilancia de otra autoridad; reintegrar las sumas pagadas en exceso y el pago de intereses moratorios sobre éstas, a la tasa vigente a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que sanciona, siempre que se haya demostrado que el consumidor pagó un precio superior al anunciado.

Igualmente, corresponde a la Superintendencia la definición del contenido, características y sitios para la indicación pública de precios, ordenar modificaciones a condiciones generales de contratación, si afectan los derechos de los consumidores; instruir las medidas sobre plazos y condiciones en contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios; fijar el término de la garantía legal de que trata el artículo 8° de la Ley 1480, cuando lo considere necesario sobre bienes y servicios específicos; fijar el término por el que productores y proveedores deben disponer de repuestos, insumos y mano de obra para garantizar el buen funcionamiento de los bienes puestos en circulación; fijar requisitos mínimos de calidad para bienes y servicios que puedan poner en peligro la vida, salud o seguridad de los consumidores (mientras se expiden los reglamentos técnicos correspondientes); y vigilar todo lo relacionado con la información que se brinda al consumidor sobre la voluntariedad de las propinas y su destinación efectiva por parte de los establecimientos de comercio.

4. Los ODR como mecanismos alternativos de solución de controversias en las relaciones de consumo

El estatuto del consumidor colombiano no prohíbe la posibilidad de acudir a otros métodos de solución de controversias distintos al administrativo o al judicial, por lo cual es válido señalar que podrá acudirse a mecanismos como arreglo directo, la conciliación o inclusive, el arbitraje.

Como curiosidad, resulta importante anotar que, en la redacción original de la norma, el numeral 12 del artículo 43 consagraba que las



cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral eran abusivas y su efecto sería la ineficacia liminar o de pleno derecho. Sin embargo, esta norma fue derogada por el estatuto arbitral (Ley 1563 de 2012), de donde se deriva la permisión del arbitraje de consumo en Colombia. Sin embargo, como indica Villalba (2012), la utilización del arbitraje ha sido mínima, puesto que no se ha implementado una forma especial, como sí sucede en otros países, como Argentina o España.

Con respecto a la posibilidad de terminar las controversias que surjan entre productores o proveedores y consumidores directamente, el numeral 5° del artículo 58 del estatuto, plantea como requisito de procedibilidad de la acción de protección al consumidor, la presentación de una reclamación directa, que, de ser aceptada, representará el acuerdo entre éstos.

Además de esto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha desarrollado una herramienta virtual con el fin de facilitar acuerdos sobre reclamaciones entre productores o proveedores y consumidores, denominada SIC Facilita (Superintendencia de Industria y Comercio, n.d.-b). Mediante ésta, consumidores y productores o proveedores se reúnen a través de un chat, con el fin de lograr un acuerdo directo, a fin de generar soluciones rápidas, ahorro en tiempo y recursos, promover una cultura de servicio al cliente y aumentar los niveles de satisfacción del consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, n.d.-b).

Asimismo, por medio de las Casas del consumidor, espacios físicos que hacen parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que reúnen en un mismo punto a diferentes autoridades de orden nacional y local para brindar orientación a los consumidores, se adelantan actividades de fomento del arreglo directo (Superintendencia de Industria y Comercio, n.d.-a).

En torno a la conciliación, el literal g) del numeral 5° de la Ley 1480 de 2011 indica que no habrá necesidad de presentar la reclamación directa cuando se cuente con acta de audiencia de conciliación emitida por un centro de conciliación legalmente establecido. Con esto, se abre



la posibilidad a hacer uso de dicho mecanismo y, de llegar a un acuerdo, terminar las diferencias que hayan surgido entre las partes. La constancia de no acuerdo, en cambio, suple el requisito de procedibilidad y habilita para incoar la acción.

CONCLUSIONES

La protección al consumidor nace como una respuesta a una necesidad: la protección de aquellos que se encuentran en una situación de asimetría, por entrar al mercado a suplir una necesidad.

Como parte de este desarrollo, en Colombia se han expedido algunas normas en la materia, desde la década de los ochenta. Si bien estas normas presentaron un avance en la protección de los consumidores, presentaban ciertas falencias, sobre todo el hecho de tomar una perspectiva puramente comercial, cuestión que se desarrollará gracias al trabajo realizado por las altas Cortes nacionales. Después de la expedición de la Constitución del año de 1991, se empezaron a expedir normas orientadas a la defensa de los consumidores, como la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios o la Ley 1328 de 2009, sobre protección al consumidor financiero y la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor.

La Ley 1480 de 2011 presenta una estructura integral de protección a los consumidores, caracterizada por contar con un catálogo de principios, derechos y deberes, además de capítulos específicos dedicados a cada aspecto de la relación de consumo, como las partes, la protección contractual, las relaciones de consumo en el comercio electrónico y las formas de protección de dicha relación de consumo, materializadas en actuaciones de carácter administrativo y acciones jurisdiccionales.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte Constitucional (30 de agosto de 2000), sentencia C-1141/00. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (27 de enero de 2004), sentencia C-044/04. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- A. Piris, C. R. (2004). Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el MERCOSUR. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 4, 313–359. <https://www.redalyc.org/pdf/824/82400409.pdf>
- Acedo Penco, Á. (2000). La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño. *Anuario de La Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, No 18, 297–340. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>
- Alpa, G. (2006). El derecho de los consumidores y el “Código del Consumo” en la experiencia italiana. *Revista de Derecho Privado*, 11, 1. <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537587001.pdf>
- Archila Peñalosa, E. J. (2013). El papel del consumidor en el Derecho de la Competencia. In Carmen Ligia Valderrama Rojas (Ed.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 651–668). Universidad Externado de Colombia.
- Arrubla Paucar, J. A. (2012). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos* (7th ed.). Legis.
- Arrubla Paucar, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Mercantil* (13th ed.). Legis.
- Brantt Zumarán, M. G., & Mejías Alonzo, C. (2016). El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLVI(46), 71–103. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512016000100002>



- Camacho López, M. E. (2013). Modelos legislativos en materia de consumo en el Derecho comparado. In *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 33–76). Universidad Externado de Colombia.
- Caycedo Espinel, C. G. (2013). Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia Lineamientos del sistema legal de protección a consumidores y usuarios en Colombia, conforme con la Doctrina Constitucional y de Casación Civil. In Carmen Ligia Valderrama Rojas (Ed.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 159–225). Universidad Externado de Colombia.
- Chamie, J. F. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*, 24, 115–132. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3481/3368>
- Corcione, M. C. (2017). La responsabilidad de los empresarios por la seguridad de los productos de consumo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1(18), 255–284. <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.11>
- Correa Henao, M. (2013). El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. In Carmen Ligia Valderrama Rojas (Ed.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 77–158). Universidad Externado de Colombia.
- Fierro Méndez, R. E. (2013). Aspectos contractuales del nuevo Estatuto del Consumidor. Interpretación de los contratos - Ley 1480 de 2011. In J. M. Gual Acosta & J. C. Villalba Cuéllar (Eds.), *Derecho del Consumo: problemáticas actuales* (pp. 265–285). Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez.
- Flórez Rojas, M. L. (2018). Derecho de retracto: ambivalencia de competencias. In J. F. Ortega Díaz, J. C. Martínez Salcedo, & G. I. Osorio Giammaria (Eds.), *Derecho del consumo. Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 239–262). Universidad



de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes; Editorial Temis S.A.

Fuenzalida Robledo, E. A. (2018). El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 25(1), 121–152. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532018000100121>

García Salazar, L. F. (2018). El consumidor en el marco del comercio electrónico en Colombia. In J. F. Ortega Díaz, J. C. Martínez Salcedo, & G. I. Osorio Giammaria (Eds.), *Derecho del consumo. Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 191–208). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes; Editorial Temis S.A.

Herrera Osorio, F. A. (2012). El contrato de consumo: notas características. *Principia Iuris*, 17, 62–116. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/452/599>

Herrera Osorio, F. A. (2020). Las principales declaraciones precontractuales. *Contratos por negociación y por adhesión*. Universidad Nacional de Colombia.

Jaeckel Kovacs, J. (2005). Publicidad engañosa: Análisis comparativo. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 20, 59–67. https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf

Jaeckel Kovacs, J. (2013). Publicidad engañosa. In Carmen Ligia Valderrama Rojas (Ed.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 271–302). Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo Jaramillo, C. I. (2014). Las ventas “atadas” o “vinculadas” en el derecho del consumo: reflexiones en torno a su configuración y a su alcance en el nuevo Estatuto del Consumidor colombiano. In J. A. Bonivento Fernández & P. R. Lafont Pianetta (Eds.), *Jurista y maestro*. Arturo Valencia Zea. Tomo I (pp. 461–502). Universidad Nacional de Colombia.

Jaramillo Jaramillo, C. I. (2017). Las ventas a distancia y su incidencia en las relaciones de consumo. *Breves comentarios en torno a su*



consagración y disciplina en el nuevo Estatuto del Consumidor. In F. Jiménez Valderrama (Ed.), *Estudios de Derecho del Consumo (Ley 1480 de 2011). Aspectos contractuales, jurídico-administrativos y subsistema nacional de calidad* (pp. 93–162). Universidad de la Sabana.

Jiménez Valderrama, F., & Acosta Rodríguez, J. (2017). Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. In F. Jiménez Valderrama (Ed.), *Estudios de Derecho del Consumo (Ley 1480 de 2011). Conceptos básicos, garantías, publicidad y cláusulas abusivas* (pp. 203–230). Universidad de la Sabana.

Linares Díaz, M. (2017). Caracterización del derecho de retracto en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 57, 1–42. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996009.pdf>

López Camargo, J. (2003). Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica. *Revista E-Mercatoria*, II, 1–42. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2132/1900>

Madriñán de la Torre, R. E., & Prada Márquez, Y. (2013). *Principios de Derecho Comercial* (11th ed.). Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Editorial Temis S.A.

Martínez Salcedo, J. C., & Ortega Díaz, J. F. (2018). Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes? In J. F. Ortega Díaz, J. C. Martínez Salcedo, & G. I. Osorio Giammara (Eds.), *Derecho del consumo. Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 17–38). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes; Editorial Temis S.A.

Matsumoto, T. (2002). PRIVATIZATION OF CONSUMER LAW. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 30, 1–14. <https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/hermes/ir/re/8143/HJlaw0300000010.pdf>

Moreno, C. I. (2018). Acción del consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados (Análisis comparado entre



las legislaciones italiana, española y colombiana). Universidad Externado de Colombia.

Ovalle Favela, J. (2000). *Derechos del consumidor* (1st ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Oviedo-Vélez, M., & Moreno Vásquez, M. (2014). Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto. *Revista de Derecho Privado*, 51, 1–27. <https://doi.org/10.15425/redepriv.51.2014.07>

Pico-Zúñiga, F. A. (2017). El Alcance De Los Principios Generales Del Estatuto Del Consumidor Colombiano. In *Vniversitas* (Vol. 66, Issue 134). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>

Plata López, L. C., & Monsalve Caballero, V. (2014). Formalización y documentación de los contratos como límite a la autonomía privada. Un estudio desde los contratos de consumo y la Ley 1480 de 2011. In J. A. Bonivento Fernández & P. R. Lafont Pianetta (Eds.), *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Tomo II* (pp. 579–609). Universidad Nacional de Colombia.

Ramírez Sierra, D. F. (2018). La Responsabilidad por productos defectuosos en el nuevo Estatuto del Consumidor: Análisis, retos y perspectivas. In J. F. Ortega Díaz, J. C. Martínez Salcedo, & G. I. Osorio Giammaria (Eds.), *Derecho del consumo. Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 89–137). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes; Editorial Temis S.A.

Remolina Angarita, N., & Flórez Rojas, M. L. (2013). Consumidor y Comercio electrónico. In J. M. Gual Acosta & J. C. Villalba Cuéllar (Eds.), *Derecho del Consumo: problemáticas actuales* (pp. 359–385). Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez.

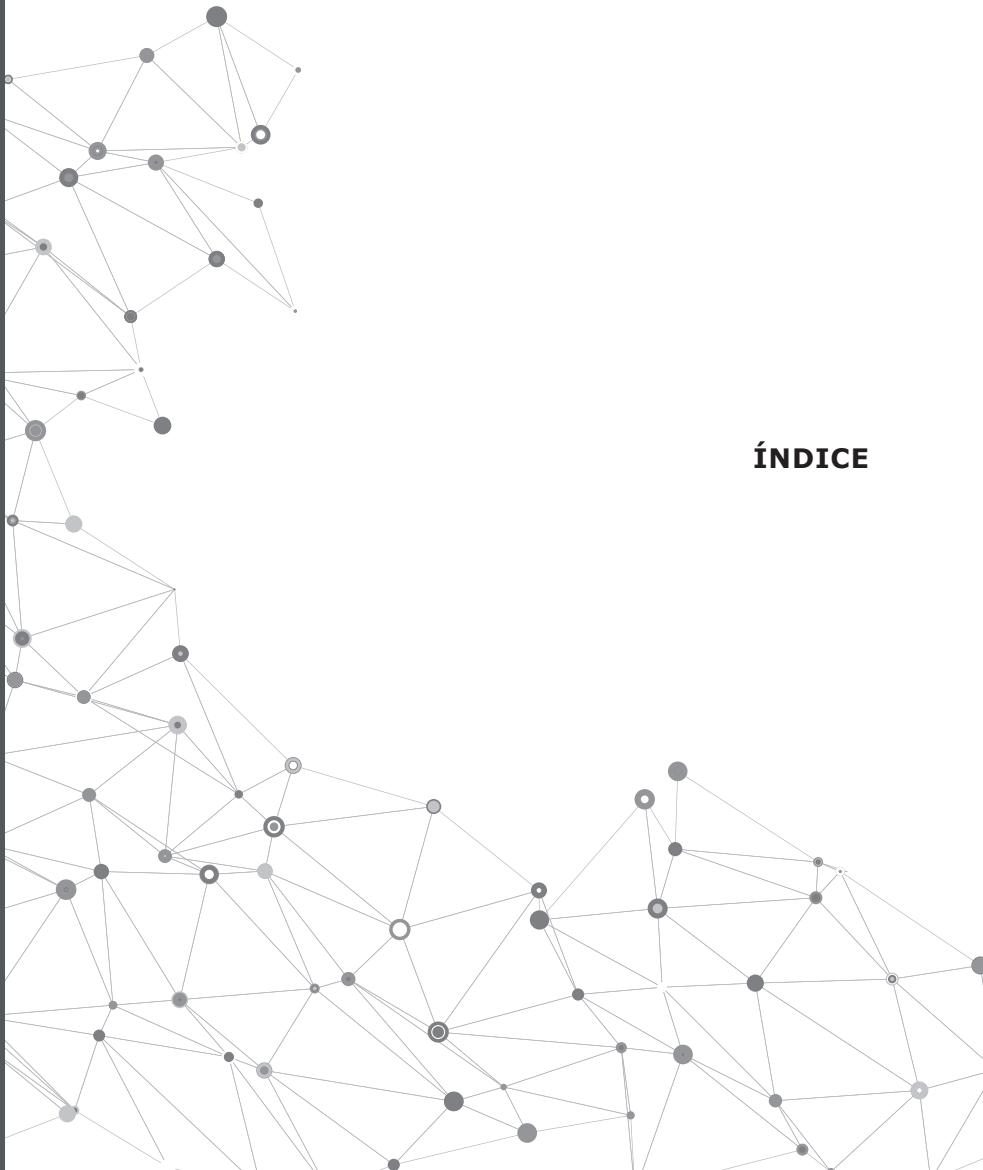
Rodríguez Puentes, M. (2016). Concepto Y Alcance De La Responsabilidad Objetiva. *Revista de Derecho Privado*, 56, 1–19. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055998003.pdf>



- Rusconi, D. D. (2013). La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011. In J. M. Gual Acosta & J. C. Villalba Cuéllar (Eds.), *Derecho del Consumo: problemáticas actuales* (pp. 76–121). Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2013). Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. *Es Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo*. In Carmen Ligia Valderrama Rojas (Ed.), *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 521–597). Universidad Externado de Colombia.
- Shina, F. (2017). *Estatuto del Consumidor. Comentarios a la Ley 1480*. Editorial Astrea; Universidad del Rosario. 9789587388695
- Stiglitz, G. (2013). Derecho y políticas de defensa del consumidor en América Latina. La experiencia colombiana. In *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pp. 23–32). Universidad Externado de Colombia.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Superintendencia de Industria y Comercio. [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio. (n.d.-a). *Casa del Consumidor de Bienes y Servicios | Superintendencia de Industria y Comercio*. Retrieved October 17, 2021, from <https://www.sic.gov.co/red-nacional-de-proteccion-al-consumidor/proyectos/casa-del-consumidor-de-bienes-y-servicios>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (n.d.-b). *SIC Facilita*. Retrieved October 17, 2021, from <https://sicfacilita.sic.gov.co/SICFacilita/index.xhtml>
- Tamayo Jaramillo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos* (1st ed.). Legis.



- Velásquez Jaramillo, L. G. (2019). Bienes (14th ed.). Grupo Editorial Ibáñez.
- Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas*, 19(2), 171–195. <https://doi.org/10.18359/rfce.2255>
- Villalba Cuéllar, J. C. (2009). Aspectos introductorios al Derecho del Consumo. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, XII(24), 77–95. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2481/2162>
- Villalba Cuéllar, J. C. (2012). ANÁLISIS DE LA LEY 1480 De 2011, QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA. *Principia Iuris*, 17(17), 32–63. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/451>
- Villalba Cuéllar, J. C. (2017). Delimitación y alcance del Derecho del consumo en Colombia. In F. Jiménez Valderrama (Ed.), *Estudios de Derecho del Consumo (Ley 1480 de 2011). Conceptos básicos, garantías, publicidad y cláusulas abusivas* (pp. 95–126). Universidad de la Sabana.



ÍNDICE



7 • PRÓLOGO

Torres Rodas

13 • INTRODUCCIÓN

**19 • DESMITIFICANDO LOS ONLINE
DISPUTE RESOLUTION (ODR)**

Calderón Marengo • Sal

**59 • LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN
DERECHO EN COLOMBIA BAJO MODALIDAD ONLINE**

Correa Corredor

**103 • LA ADMISIBILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES
PROVENIENTES DE UN ODR EN LOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS DE NICARAGUA, ARGENTINA Y COLOMBIA**

Rodríguez Palacios

**141 • LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LOS ONLINE
DISPUTE RESOLUTION EN COLOMBIA**

Mancera Hernández • Torres Buelvas

