

LA VÍA DEL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE LOS RECLAMOS DE CONSUMO

Jesús Eloy Espinoza Lozada
jesuseloyespinoza@yahoo.com

Abogado de la Universidad San Martín de Porres, Perú. Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas por el Instituto de Investigación Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Postgrado en Derecho de Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo. Actualmente, se desempeña como Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI y Vocal del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del OSIPTEL. Tiene experiencia docente en la USMP, UPC y UNMSM.

Recibido: 15 de mayo de 2014

Aceptado: 30 de mayo de 2014

SUMARIO

Introducción

Breve repaso a la experiencia comparada

Antecedentes nacionales

Características principales del sistema arbitral peruano

-Gratuidad

-Voluntariedad

-Prevalencia del arbitraje de derecho

-Unidireccionalidad

-Arbitraje gestionado por el estado

-Órganos arbitrales unipersonales y tripartitos

-Antiformalismo en la representación.

La naturaleza voluntaria del arbitraje de consumo

-Oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (ops)

-Convenio arbitral

-En el mismo procedimiento arbitral.

Intereses colectivos y arbitraje

-Arbitraje de consumo vs. defensa colectiva de los consumidores en la vía administrativa,

-¿Arbitraje de consumo colectivo?

El arbitraje de consumo vs. los procedimientos administrativos

¿Cómo poner en marcha el sistema arbitral?

Conclusiones

Bibliografía

RESUMEN

El presente artículo contiene un breve recuento de la experiencia comparada en materia de arbitraje de consumo, a fin de mostrar las ventajas comparativas del sistema arbitral como vía para la solución de los reclamos de consumo. Un caso representativo en cuanto a la

eficacia de un sistema arbitral gestionado por el Estado es el modelo español, cuyo 90% de los reclamos de consumo son resueltos en menos de 3 meses. Los antecedentes del arbitraje de consumo en la legislación nacional y sus principales características son temas abordados en el presente artículo. Especialmente útil para el lector será el análisis que da respuesta a la interrogante ¿si la incorporación de convenios arbitrales como parte de las cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión limita el carácter voluntario del arbitraje por el lado del consumidor? Igualmente, el análisis sobre acciones por intereses colectivos y arbitraje de consumo. Por último, el autor formula una serie de recomendaciones para poner en práctica el sistema arbitral en el país.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje - Arbitraje De Consumo - Convenios Arbitrales - Protección Al Consumidor - Cláusulas Generales De Contratación - Acciones Por Intereses Colectivos - Código De Protección Y Defensa Del Consumidor - Indecopi.

ABSTRACT

This article contains a brief overview of the international experience in consumer arbitration, in order to show the benefits of the arbitration system as a means for resolving consumer disputes. The Spanish arbitration system is a representative case as to the effectiveness of an arbitration system administrated by the State, given that the 90% of consumer claims are resolved in less than 3 months. The antecedents of the consumer arbitration in national legislation and its main features are topics analyzed in this article. Especially useful for the reader is the analysis that answers the question ¿if the incorporation of arbitration agreements in standard form contracts affects the voluntary nature of arbitration by the consumer side? In the same way, the analysis about class actions and consumer arbitration. Finally, the author makes policy recommendations to put into practice the arbitration system in the country.

KEYWORDS

Arbitration - Consumer Arbitration - Arbitration Agreements - Consumer Protection - Class Action - Peruvian Law Consumer Protection - Indecopi.

INTRODUCCIÓN

Un tema central en cualquier debate o análisis sobre el sistema de protección al consumidor es la efectividad de los mecanismos puestos a disposición del consumidor para la solución de sus reclamos. Ello

porque los derechos del consumidor solo cobran sentido si se pueden hacer efectivos en caso de reclamación, o dicho en otros términos, de nada sirve el reconocimiento de una serie de derechos sustantivos sin la provisión de medios eficaces para exigir su cumplimiento.

El propósito de este trabajo es justamente analizar la regulación prevista en nuestro ordenamiento sobre el arbitraje de consumo y si la misma genera los incentivos adecuados para su uso. Se incluye un breve recuento de la experiencia comparada en materia de arbitraje de consumo y, finalmente, se formulan propuestas de mejora de la actual regulación.

BREVE REPASO A LA EXPERIENCIA COMPARADA

Las experiencias internacionales revisadas dan cuenta de sistemas arbitrales gestionados privada o públicamente. En el caso privado, es extraño encontrar un sistema arbitral con alcance general en diversos sectores como los Better Business Bureau de Canadá y de Estados Unidos. Los arbitrajes suelen enfocarse en determinado sector o tipo de controversias, por cuanto son promovidos por un gremio específico. El centro de arbitraje puede estar sometido a una autorización previa por parte del Estado. Por último, las decisiones de los árbitros no siempre son obligatorias para ambas partes.

En el caso público, el interés del Estado por incursionar en el arbitraje se basa en ideas como el aseguramiento de la voluntad del consumidor en el convenio arbitral; la preocupación de que el arbitraje ordinario pueda conducir al consumidor a esquemas de indefensión debido a la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros o las instituciones arbitrales encargadas de conducir el arbitraje; su alto costo que es un limitante para el acceso a los consumidores; y la posible inobservancia de las normas de protección al consumidor de carácter obligatorio.

(Gonzalo, 2003:121 y 122) resume perfectamente las preocupaciones sobre la solución de los conflictos de consumo por la vía de un arbitraje privado y ordinario (en su caso, en materia internacional):

La verdadera razón de la institucionalización del arbitraje de consumo ha de buscarse en el orden público. El medio que tiene el orden público interno y comunitario de proteger a los consumidores es a través de la institucionalización del arbitraje. El orden público es consciente de que, por un lado, el arbitraje ofrece de por sí una serie de condiciones muy ventajosas para resolver los conflictos que se puedan plantear en parangón con el orden jurisdiccional pero, por el otro lado, en una materia tan delicada cómo ésta no puede dejar de proteger al consumidor con todo el material de

recursos interventores de los que dispone. ¿Cómo conjugar el arbitraje internacional con el orden público de protección al consumidor? Institucionalizando y administrando su gestión.

(...) Para admitir su arbitrabilidad, se debería apreciar si la protección de orden público observado en el arbitraje interno (disponibilidad, gratuidad, rapidez, demanda ante la Junta Arbitral de Consumo del domicilio del consumidor, etc.) puede ser garantizada, en un sentido de mínimos, en el arbitraje internacional. Pues bien, al no existir una institución respaldada por un interés social en el ámbito internacional ¿quién garantiza al consumidor, parte débil de la relación, que el arbitraje internacional va a tener lugar en su domicilio habitual? ¿Quién paga al árbitro internacional para que resuelva un caso de estas características si la normativa arbitral interna de protección al consumidor impone la gratuidad en el procedimiento arbitral? ¿Tiene en cuenta el árbitro internacional la consideración de la parte débil del consumidor para eximirle de la provisión de fondos inicial? La respuesta, en todos estos casos, es negativa.

Un paradigma en cuanto a un sistema de arbitraje gestionado por el Estado es el arbitraje de consumo español, que funciona desde 1986, a través de las juntas arbitrales de consumo instaladas en las Comunidades Autónomas, provincias y municipios. Aunque no está exento de críticas, el caso español es representativo de la eficacia del sistema arbitral. Éste fue sin duda el referente del legislador del Código peruano.

Entre el 2003 y el 2007 ingresaron 294 649 solicitudes de arbitraje ante las 71 juntas arbitrales de consumo constituidas en el territorio español. En el mismo período, los órganos arbitrales emitieron 82 595 laudos¹. Si comparamos las cifras señaladas con el Perú, vemos que entre el 2006 y 2010, las Comisiones de Protección al Consumidor instaladas a nivel nacional recibieron 22 124 denuncias, mientras que el número de casos resueltos ascendió a 23 703², es decir, los casos ingresados y resueltos en el Perú son 3 veces menores a los del Sistema Arbitral de Consumo español. Si bien los períodos en comparación no coinciden, se trata de un mismo lapso de 5 años, lo que evidencia que el sistema arbitral podría sustituir perfectamente al sistema de solución de reclamos de consumo a cargo del INDECOPI pudiendo incluso absorber un posible incremento de la demanda en los próximos años.

¹ El resto de solicitudes de arbitraje son archivadas por no aceptación del arbitraje o son resueltas por mediación.

² 14 682 denuncias ingresaron a la Comisión de Protección al Consumidor de la sede central, 7 149 a las Oficinas Regionales y 293 a la Comisión de Protección al Consumidor de la sede en Lima Norte. En cuanto a los casos resueltos, 13 373 corresponden a la Comisión de Protección al Consumidor de la sede central, 9 950 a las Oficinas Regionales y 380 a la Comisión de Protección al Consumidor de la sede en Lima Norte (los casos resueltos incluyen procesos de oficio). Compendio Estadístico Institucional del INDECOPI 2006-2010.

De otro lado, en el 90% de los arbitrajes de consumo se emitió el laudo en menos de 3 meses desde la designación del colegio arbitral³, lo que confirma una de las características que se espera en el arbitraje de consumo, esto es, su rapidez para la solución de conflictos.

Un caso distinto en términos de uso masivo es el argentino, que ha sido el primer país latinoamericano en replicar el sistema de arbitraje de consumo español. La mayoría de los casos no son resueltos a través de laudos decisorios, sino mediante la conciliación, tarea que ya era propia de los órganos administrativos, de competencia nacional, provincial y municipal (STIGLITZ: 2003,15). Desde 1998 que entró en funcionamiento el sistema arbitral hasta el 2007, ha recibido un total de 19 883 causas. En el 2007 recibió 1 973 solicitudes de arbitraje⁴. El plazo máximo para la emisión del laudo es de 120 días hábiles.

En Portugal, el arbitraje de consumo surge gracias a la iniciativa conjunta de varias entidades públicas, que en 1989 crearon el Centro de Arbitraje de Consumo de Lisboa, con el objetivo de resolver gratuitamente los pequeños conflictos de consumo. La particularidad que presenta este arbitraje es que el órgano arbitral se integra por un único árbitro que es simultáneamente juez (Diana, 2010:151). Los centros de arbitraje de conflictos de consumo en Portugal suelen demorar un promedio de 1 a 2 meses en la emisión del laudo (The Study Centre For Consumer Law, 2007:180).

Además del referido arbitraje, existen arbitrajes especializados en determinados sectores como el automotriz, nacido de la convergencia de voluntades entre el sector público y privado, encargado de resolver todos los reclamos derivados de la compra de automóviles nuevos y usados, su reparación y mantenimiento, la venta de piezas y los servicios de aparcamiento. Este servicio no es gratuito, dado que el consumidor paga una tasa diferenciada en función del valor de la pretensión reclamadas.

En Estados Unidos, el arbitraje de consumo no surge de la iniciativa pública, sino del producto de la iniciativa de las empresas que ven en el arbitraje una forma de alcanzar soluciones rápidas y económicas a las disputas con los consumidores evitando decisiones judiciales basadas en jurados y las grandes indemnizaciones derivadas de los punitive damages (Mullerat, 1998:1723).

³ Las cifras mostradas han sido obtenidas de la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007 del Instituto Nacional de Consumo.

⁴ Disponible en <http://www.iprofesional.com/notas/61922-Casi-20000-usuarios-recurrieron-al-sistema-de-arbitraje> (consulta: 9 de junio de 2014).

⁵ <http://www.centroarbitragemsectorauto.pt> (consulta: 9 de junio de 2014).

Por ejemplo, los arbitrajes ofrecidos por las compañías de automóviles presentan múltiples ventajas: no suelen durar más de 30 días, son gratuitos, los laudos son obligatorios para el fabricante quedando a opción del consumidor decidir si lo acepta⁶.

El arbitraje también ha penetrado en el comercio por Internet. Las empresas que deseen exhibir la acreditación de BBB On-line (otra derivación de la acreditación Better Business Bureau) deben primero convenir en someter a arbitraje vinculante los conflictos que tengan que ver con productos o servicios cuya publicidad se realice online. En el propio seno de la UNCITRAL⁷, se ha convenido en que el arbitraje -vía informático- es un componente necesario para la resolución de conflictos en casos de operaciones de comercio electrónico, cuando no se haya podido solucionar previamente la controversia a través de la vía de la negociación directa, la conciliación o la mediación⁸.

Ahora bien, el arbitraje privado y ordinario en materia de consumo es permitido en determinar supuestos incluso en aquellos países donde hay un arbitraje gestionado por el Estado⁹. Así, es común que la validez de los pactos de sumisión al arbitraje privado está condicionada a la oportunidad de su celebración, de manera que solo son permitidos cuando se producen luego de surgido el conflicto, cuando se entiende que el consumidor está en condiciones de expresar libremente su voluntad. Es el caso de muchas legislaciones europeas como Finlandia, Suecia o España.

La legislación española señala que:

Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo (...) sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos¹⁰.

6 BBB Auto Line, por ejemplo, es un programa de resolución de disputas administrado por el sistema de acreditación Better Business Bureau para resolver disputas de garantías automotrices como una alternativa a la resolución en un tribunal. Para mayor información ver <http://www.bbb.org/us/autoline-lemon-law/>. (consulta: 9 de junio de 2014).

7 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

8 Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) sobre la labor realizada en su 22 período de sesiones, Viena, 13 a 17 de diciembre de 2010.

9 Existen excepciones como Francia, que sólo permite cláusulas de arbitraje en contratos referidos a actividades profesionales, es decir, no en contratos de consumo. Sin embargo, sí lo permite para el arbitraje internacional. Para que sea internacional, el arbitraje tiene que estar referido a intereses de comercio internacional. En este caso, las partes no necesitan ser profesionales. (THE STUDY CENTRE FOR CONSUMER LAW, 2007: 180).

10 Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

ANTECEDENTES NACIONALES

La versión original de la Ley de Protección al Consumidor tenía previsto que la Dirección General de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración organice un sistema arbitral de consumo que resuelva con carácter vinculante para ambas partes las reclamaciones de los consumidores. Sin embargo, este sistema arbitral nunca fue implementado por el Estado.

La modificación de la Ley de Protección al Consumidor introducida por el Decreto Legislativo 807, dispuso que la Comisión de Protección al Consumidor establezca, directamente o mediante convenios con instituciones públicas y privadas, mecanismos de resolución de disputas como el arbitraje para atender las reclamaciones de los consumidores. Aun cuando nunca fue puesto en ejecución, cabe resaltar que la norma permitía la participación de instituciones privadas en la gestión del arbitraje de consumo.

De otro lado, el Centro de Arbitraje de la SUNASA, que funciona desde 1999, resuelve determinados tipos de reclamos de los usuarios del Sistema de Entidades Prestadoras de Salud, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) y el Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito (SOAT).

El sometimiento de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) al arbitraje se produce automáticamente por la solicitud de organización y funcionamiento de la EPS. Los usuarios por su parte se vinculan al arbitraje a través de un pacto arbitral que forma parte de las cláusulas generales de los contratos celebrados con las EPS. En el caso del SCTR, las disposiciones reglamentarias señalan que la suscripción del contrato de SCTR implica para las partes contratantes un sometimiento al referido arbitraje. En cuanto al SOAT, el arbitraje es un medio determinado legalmente para cuestionar la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación cuando exista discrepancia sobre la naturaleza y grado de invalidez o incapacidad de la víctima del accidente.

Según información de la SUNASA, desde el 2001 hasta el 2010, el Centro de Arbitraje recibió 1 158 peticiones de arbitraje¹¹. Los costos del procedimiento arbitral son abonados en su totalidad por ambas partes en proporciones iguales, al inicio del proceso. El Centro cobra tarifas y honorarios diferenciados en función del monto en disputa. Excepcionalmente, la Secretaría del Centro podrá conceder el beneficio de gratuidad, a aquellos usuarios notoriamente insolventes.

¹¹ Memoria 2010.

CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL SISTEMA ARBITRAL PERUANO

Gratuidad

La gratuidad del arbitraje de consumo es una de las características reconocidas por el Código. El Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo (en adelante, el Reglamento)¹² ha precisado que tal gratuidad está circunscrita a la exoneración de cualquier pago por concepto de derecho o tarifa por la tramitación de la petición del arbitraje, de manera que no se ha interpretado extensivamente al punto que el costo de las pruebas practicadas en el procedimiento a instancia de las partes, sea asumido por la administración pública¹³. Ello, sin perjuicio de que el consumidor vía el reembolso de las costas del procedimiento pueda trasladar el costo de las pruebas actuadas a su solicitud cuando el proveedor resulte vencido.

No obstante, la gratuidad de la petición de arbitraje sin discriminación es un exceso para una administración con recursos limitados, que debe financiar el sistema arbitral con cargo al presupuesto de las instituciones involucradas sin poder demandar recursos adicionales del Tesoro Público, según la Primera Disposición Complementaria Final del Código. Una gratuidad de este tipo ni siquiera existe en los procedimientos judiciales.

Vale recordar que los problemas expuestos en las reclamaciones de consumo pueden comprender bienes de alto valor inclusive suntuosos y está demostrado que el público que presenta reclamos de consumo no pertenece mayoritariamente al grupo poblacional de menores recursos económicos¹⁴, por lo que lo recomendable hubiera sido fijar el pago de un derecho o arancel moderado en función de la cuantía en lugar de consagrar la gratuidad; que aunque no cubra el íntegro del costo del procedimiento ayude a su financiamiento y evite la presentación de peticiones de arbitraje con poco sustento que serán desestimadas en el laudo.

Felizmente, la gratuidad declarada no ha sido obstáculo para que el Reglamento disponga, con acierto, la condena al consumidor al pago de las costas y costos del arbitraje, en aquellos casos que el órgano arbitral advierta mala fe o temeridad en la petición de arbitraje.

¹³ Se sigue la línea de otros sistemas arbitrales de consumo también declarados gratuitos donde el costo de actuación de la prueba recae en la parte que lo solicita. Ver artículos 41 y 45 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo español.

¹⁴ En el Documento de Trabajo N° 001-2000, "Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta", elaborado por el Área de Estudios Económicos del INDECOPI se señala que: "Los reclamos que llegan al SAC provienen de distintos niveles socioeconómicos. Los segmentos B y C tienen la participación más importante, como se observa en el cuadro 20. Sin embargo, teniendo en cuenta los volúmenes de población en los distintos segmentos, la actuación del INDECOPI tiene incidencia en los sectores A y B, pero muy poca en el sector D." En el cuadro referido se muestra los reclamos presentados ante el SAC por niveles socioeconómicos: Sector A (14%), B (40%), C (29%) y D (17%).

Voluntariedad

El arbitraje de consumo es de naturaleza voluntaria como todo arbitraje, debido a que ambas partes han de someterse libremente al mismo. El sometimiento de una controversia a arbitraje requiere que conste de manera expresa la voluntad de ambas partes. Dado que la voluntariedad es un distintivo del arbitraje, en la siguiente sección se desarrollará este tema.

Prevalencia del arbitraje de derecho

Según el artículo 24 del Reglamento, el arbitraje de consumo es de derecho salvo que las partes pacten expresamente que el órgano arbitral decida en equidad o en conciencia. La preferencia por el arbitraje de derecho evita la inobservancia de normas imperativas o de aquellas que regulan determinada actividad, exigibles por el consumidor en tanto garantía legal sobre la que reposa la idoneidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado. Una garantía legal no puede ser obviada por un pacto ni por la garantía implícita¹⁵, peligro que puede correrse con arbitrajes de equidad. Ello ha sido advertido por la Comisión Europea en su Recomendación 98/257/ CE cuando señala que:

Los órganos extrajudiciales pueden decidir no sólo sobre la base de disposiciones legales, sino también con equidad y basándose en códigos de conducta; que, no obstante, esta flexibilidad respecto al fundamento de sus decisiones no debe tener como resultado que disminuya el nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que, respetando el Derecho Comunitario, los garantizaría la aplicación del Derecho por los Tribunales¹⁶.

Unidireccionalidad

El arbitraje de consumo solo puede iniciarse a instancia del consumidor, y nunca por el proveedor contra un consumidor. Ello se desprende del artículo 19 del Reglamento: “El procedimiento arbitral se inicia con la petición escrita dirigida por el consumidor a la Junta de Arbitral de Consumo”.

Sin perjuicio de que el proveedor pueda impedir que el consumidor acuda a los procedimientos administrativos cuando ambos hayan pactado el sometimiento de sus controversias a la vía arbitral planteando una excepción de convenio arbitral, de conformidad con el artículo 145 del Código: “El sometimiento del consumidor al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que éste inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código”.

¹⁵ Artículo 20 del Código.

¹⁶ Del 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Arbitraje gestionado por el Estado

El arbitraje de consumo es gestionado por el Estado a través de las juntas arbitrales. El artículo 5 del Reglamento define a las juntas arbitrales como “órganos constituidos al interior de las entidades de la administración pública”. Las juntas arbitrales se constituirán en los gobiernos regionales y locales, en coordinación con el INDECOPI; en caso no se constituyan, el INDECOPI lo hará directamente en sus sedes u Oficinas Regionales. Las juntas arbitrales se encargan de la gestión del arbitraje de consumo y de prestar servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros. Entre otras funciones específicas, forman los órganos arbitrales y nombran a los árbitros.

La exclusividad otorgada al Estado en el arbitraje de consumo es objetable. El arbitraje privado no puede ser descartado a priori. Algunos gremios empresariales pueden tener interés en incursionar en un arbitraje sectorial que replique las mismas garantías del sistema de arbitraje de consumo (gratuidad, participación de los consumidores, entre otros). La función del Estado en este tipo de arbitraje pasa por asegurar que estas garantías se observen. En todo caso, una fórmula como la contemplada en la Ley de Protección al Consumidor es más acertada que el Código, en tanto permite al INDECOPI delegar la solución de las reclamaciones de consumo en instituciones privadas. Debe tenerse presente que el esquema de delegación implica per se un nivel de supervisión del Estado en la actuación privada.

Órganos arbitrales unipersonales y tripartitos

Los órganos arbitrales pueden ser unipersonales o tripartitos (colegiados). La competencia de cada uno está definida por la cuantía de la petición de arbitraje. Los arbitrajes cuyo monto no exceda las 5 UIT serán conocidos por un árbitro único, mientras que aquellos arbitrajes por encima de las 5 UIT serán conocidos por órganos arbitrales tripartitos.

La función de árbitro único solo puede ser ejercida por un árbitro designado a propuesta de la administración pública sede de la Junta Arbitral¹⁷. En los órganos arbitrales tripartitos debe participar un representante del sector empresarial y otro de los consumidores. Ello no quiere decir que en cada arbitraje participe un representante del consumidor y del proveedor concreto en conflicto, que es inviable en término de costos, sino que los órganos arbitrales se formen con representantes del mismo grupo de interés. Por ejemplo, un colegio arbitral especializado en la solución de reclamos de naturaleza bancaria con la participación de un representante de Asbanc¹⁸.

¹⁷ Artículo 13 del Reglamento.

¹⁸ Este mismo ejemplo se puede extender al sector seguros, aéreo, entre otros.

Por el lado de los consumidores, la participación en el órgano arbitral se logra a través de las asociaciones de consumidores. El tercer árbitro es designado por la administración pública bajo las mismas reglas que el árbitro único¹⁹.

Antiformalismo en la representación

No existen formalidades especiales en cuanto a la defensa técnica de la que puedan valerse las partes en el procedimiento, por lo que podrán actuar por sí mismas. Ello no impide que, en caso el consumidor requiera de una representación técnica y resulte vencedor en el arbitraje, pueda solicitar el reembolso de costas.

Algunas de las características anotadas del arbitraje de consumo que limitan la autonomía privada permiten que un sector de la doctrina (GONZALO, 2003:119) sostenga que en realidad no estamos en presencia de verdaderos arbitrajes que se sostienen en la autonomía de la voluntad, sino que, en realidad, se trata de procedimientos públicos que han adoptado fórmulas arbitrales, pero que nada tienen que ver con el verdadero arbitraje.

LA NATURALEZA VOLUNTARIA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

El arbitraje de consumo es por naturaleza voluntario, debido a que ambas partes deciden libremente someter su conflicto - presente o futuro - a la solución de un tercero. En efecto, el ingreso al sistema arbitral requiere de la manifestación libre y autónoma de consumidor y proveedor. Un arbitraje impuesto por el legislador para la solución de controversias en el ámbito de consumo desnaturaría la institución arbitral, que por esencia es voluntaria. Las formas en que se pueden manifestar esta voluntad son las siguientes:

Oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (OPS)

Los proveedores interesados en que las futuras controversias con sus consumidores sean resueltas por medio del arbitraje pueden adherirse al Sistema Arbitral de Consumo formulando una oferta pública a los destinatarios de sus bienes y servicios²⁰. Ello quiere decir que el proveedor, mediante la solicitud de OPS presentada al INDECOPI, acepta dirimir en el Sistema Arbitral las controversias con sus consumidores, sin necesidad de aceptación expresa de cada una de las peticiones de arbitraje formulada por cada consumidor, puesto que su voluntad ya ha sido expresada.

¹⁹ Artículo 12 del Reglamento.

²⁰ Artículo 17 del Reglamento.

El hecho de que la OPS esté dirigida a un círculo indeterminado de consumidores no significa que el proveedor no pueda delimitar el ámbito de la oferta sobre el tipo de arbitraje (derecho o equidad) o fijar límites cualitativos o cuantitativos por tipo de producto o por cuantía reclamada. Las únicas restricciones a la libertad de contenido están referidas al ámbito territorial y temporal de la oferta, esto es, la oferta se entenderá realizada a todas las Juntas Arbitrales constituidas en el país y tendrá una vigencia mínima de un año²¹.

La OPS constituye de este modo una auténtica propuesta contractual y no una mera invitación a ofrecer, que puede ser identificada por el consumidor con el uso del distintivo oficial por parte del proveedor. Este distintivo puede ser aprovechado por los proveedores como un elemento diferenciador con su competencia, en el sentido de ofrecer a los consumidores una política de satisfacción al cliente que incluso comprenda la solución expeditiva de sus reclamos por un tercero. Si los consumidores valoran este ofrecimiento a través de sus decisiones de consumo, se convertirá en una herramienta poderosa para fomentar la adhesión voluntaria de los proveedores a la vía arbitral. El distintivo puede ser exhibido por los proveedores en la publicidad, los empaques de sus productos, su establecimiento y en los documentos en que formalicen sus transacciones²².

Además de la adhesión individual de un proveedor al sistema arbitral, es posible la adhesión de un colectivo de empresarios, en virtud del artículo 17.1 del Reglamento que se refiere a los “proveedores u organizaciones empresariales interesadas”.

La petición de arbitraje del consumidor que coincida con el ámbito de la OPS determina la existencia del convenio arbitral, de conformidad con lo previsto por el artículo 18.3 del Reglamento.

Finalmente, así como la adhesión al sistema arbitral es voluntaria, también lo es la posibilidad de renunciar, que en este caso se formaliza mediante la revocatoria de la OPS, aunque para ello el Reglamento condicione la salida a un período mínimo de un año de permanencia en el sistema incluyendo el lapso de 30 días hábiles para que surta efectos la revocatoria. Con acierto, el Reglamento señala que la renuncia no afectará a los arbitrajes válidamente iniciados con anterioridad a la fecha en que surte efecto la revocatoria²³.

Un problema que evidenció el sistema arbitral español - que podría replicarse a nuestro sistema - está relacionado a la existencia

²¹ Ver numerales 4 y 5 del artículo 17 del Reglamento.

²² Debido aun error en la publicación, el distintivo del Sistema Arbitral no ha sido publicado con el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, pese a que el artículo 17.3 anuncia su publicación como anexo del Reglamento.

^{18.3} Cuando exista adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo la petición de arbitraje del consumidor demuestra la voluntad de ambas partes de someter su controversia al arbitraje de consumo.

(...)

²³ Ver numeral 6 del artículo 17 del Reglamento.

de ofertas públicas de adhesión limitadas y al uso de un único distintivo oficial, tanto por las empresas que tengan ofertas con límites como aquellas empresas cuyas ofertas no estén limitadas. Esta situación que inducía a error a los consumidores y constituía un acto de competencia desleal, ha sido corregida con la dación del Real Decreto 231/2008, en cuyo artículo 28 se contempla el uso de dos distintivos: uno si se trata de una oferta general sin limitaciones y otro en caso la oferta esté limitada²⁴.

De otra parte, aunque el Código o el Reglamento no lo señalen, de conformidad con la doctrina de los actos propios, debe entenderse que el proveedor acepta someterse a la vía arbitral cuando usa el distintivo oficial, aunque no haya seguido el trámite de adhesión al Sistema Arbitral o su oferta pública se encuentre vencida o revocada.

Convenio arbitral

El convenio arbitral podrá adoptar la forma de cláusula incorporada en un contrato o acuerdo independiente de las partes, sea por escrito o por cualquier medio que permita tener constancia del acuerdo²⁵.

La acreditación del convenio arbitral por un medio distinto al escrito hace posible que las partes pacten el arbitraje en el marco de la contratación electrónica. Sobre ello, UNCITRAL²⁶ (2010:7) ha señalado que:

El arbitraje es un componente necesario para la resolución de conflictos en casos de operaciones de comercio electrónico, cuando no se haya podido solucionar previamente la controversia a través de la vía de la negociación directa o la conciliación, debido a que los mecanismos tradicionales de solución de controversias resultan inapropiados para resolver este tipo de conflictos, pues resultan lentos y costosos en función del valor de las operaciones.

²⁴ Real Decreto 231/2008, del 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo

“Artículo 28.- Distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo

1. El presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente para conocer de la oferta pública de adhesión, resolverá motivadamente sobre su aceptación o rechazo y, en caso de aceptarla, otorgará a la empresa o profesional el distintivo oficial que figura en el anexo I.

2. La resolución en la que se acuerde la admisión de una oferta pública de adhesión limitada, contendrá un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de otorgar el distintivo previsto en el anexo II, en el que conste explícitamente y de forma clara, que se trata de una oferta limitada.

En todo caso, atendiendo al contenido de la limitación el presidente de la Junta Arbitral podrá aceptar la oferta pública de adhesión limitada, negando el derecho a utilizar el distintivo oficial.

(...)

4. Las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral podrán utilizar en sus comunicaciones comerciales el distintivo oficial concedido. En el caso de ofertas públicas de adhesión limitada, las comunicaciones comerciales en las que se utilice el distintivo oficial concedido deberán poner a disposición del consumidor el modo de acceder a la información sobre el ámbito de la oferta de adhesión realizada.

²⁵ Artículo 18 del Reglamento.

²⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La pregunta que surge a continuación es ¿si la incorporación de convenios arbitrales como parte de las cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, limitan el propugnado carácter voluntario del arbitraje en cuanto al consumidor?

La respuesta es negativa. Sin perder de vista las distintas condiciones de los sujetos contratantes entre el arbitraje ordinario y el arbitraje de consumo, debe destacarse que una solución a favor de la viabilidad de los convenios arbitrales incorporados en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, es prevista por la Ley General de Arbitraje, norma de aplicación supletoria al Reglamento de Arbitraje de Consumo²⁷, en cuanto establece que estos serán exigibles si han sido conocidos o han podido ser los por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

En tal sentido, se presume el conocimiento del convenio arbitral cuando, por ejemplo, está incorporado en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último está por escrito y firmado por las partes²⁸.

Además, si el problema de fondo es el temor que el arbitraje de consumo puede llevar al consumidor a niveles de indefensión en comparación con los procedimientos administrativos o judiciales, esta preocupación no tiene asidero. El arbitraje de consumo es un sistema gestionado por el Estado, cuya presencia justamente permite que se observen garantías de accesibilidad, neutralidad e independencia. Estas garantías se hacen efectivas a través de la gratuidad del arbitraje, un arbitraje institucional, un centro de arbitraje administrado por una entidad pública, la presencia de un árbitro propuesto por los consumidores y otro por la administración pública en el órgano arbitral, entre otros aspectos.

Visto a nivel agregado de consumidores, la renuncia a la posibilidad de discutir en la vía administrativa o judicial una eventual decisión en contra se ve compensada con el beneficio obtenido por el menor tiempo en la solución del conflicto por la totalidad de consumidores.

²⁷ Supletoriedad reconocida por el artículo 2 del Reglamento.

²⁸ Ley de arbitraje, Decreto Legislativo 1071

“Artículo 15.- Relaciones jurídicas estándares

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria”.

2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:

a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

Según cifras del Sistema de Arbitraje de Consumo español, en el 90% de los arbitrajes se emitió el laudo en menos de 3 meses desde la designación del colegio arbitral²⁹; lo cual confirma una de las características del arbitraje de consumo, esto es, su rapidez para la solución de conflictos. En nuestro caso, el plazo previsto en el artículo 21 del Reglamento para la emisión del laudo es de 90 días hábiles, plazo que puede ser prorrogado excepcionalmente por 15 días hábiles adicionales.

Las razones señaladas han justificado que en otras legislaciones no se consideren abusivos los pactos de sumisión al arbitraje de consumo contenidos en cláusulas generales de contratación o en contratos por adhesión.

En tal sentido, la legislación española no considera abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que impliquen la sumisión al arbitraje de consumo; calificación que contrario sensu sí está prevista para el caso del arbitraje privado y ordinario³⁰. De igual modo, a nivel europeo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Comunidad Europea de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, considera abusivas aquellas cláusulas predispuestas por el proveedor que impliquen para el consumidor el sometimiento exclusivo a “(...) una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante (...)”; supuesto que no es del sistema arbitral de consumo peruano, que además de tener previsión legal, observa las garantías de accesibilidad, neutralidad e independencia para el consumidor .

Ello descarta de plano que vía el artículo 50 del Código, específicamente su literal g) que considera cláusulas abusivas de ineficacia absoluta aquellas que “establezcan la renuncia del

²⁹ Las cifras mostradas han sido obtenidas de la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007 del Instituto Nacional de Consumo,.

³⁰ Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007

Capítulo II: Cláusulas abusivas “Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

(...)”

“Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico.

(...)”

consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código”, se pretenda atacar la validez de los pactos de remisión al arbitraje de consumo bajo la justificación de que implican una renuncia no consensuada a la protección administrativa.

La aplicación del artículo bajo comentario en cuanto al arbitraje - que por esencia es una prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros en renuncia de la tutela administrativa y judicial - solo encuentra fundamento en el arbitraje ordinario y privado pactado con anterioridad a la existencia de conflicto entre las partes, que conduzca al consumidor a una jurisdicción arbitral que inobserve las garantías propias del sistema de arbitraje de consumo.

Esta interpretación se ve reforzada con el tenor del artículo 145 del Código en el sentido que “el sometimiento voluntario del consumidor al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que éste inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código”. A este respecto, debe reiterarse que el hecho de que un contrato sea celebrado por adhesión o incorpore cláusulas generales de contratación no significa per se que esté ausente la voluntad del consumidor o sea abusivo, de manera que el sometimiento del consumidor al arbitraje de consumo en estas condiciones puede reputarse libre y voluntario.

La oportunidad de la celebración del convenio arbitral en el arbitraje ordinario y privado es un asunto que debe ser especialmente observado.

En el ordenamiento comparado, es común que la validez de los pactos de sumisión al arbitraje privado esté condicionada a su oportunidad, de manera que solo son permitidos cuando se producen luego de surgido el conflicto, cuando se entiende que el consumidor está en condiciones de expresar libremente su voluntad. Esta es la línea seguida por muchas legislaciones europeas como Finlandia, Suecia o España³¹.

Finalmente, aun cuando el Reglamento sólo se refiera en su artículo 18.1 al convenio arbitral celebrado en forma previa al conflicto como medio para acreditar la voluntad de las partes de someterse al arbitraje de consumo, nada impide que el mismo pueda ser alcanzado, mediante un acuerdo independiente entre las partes, con posterioridad a la existencia del conflicto.

³¹ Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007

“Artículo 57.- Sistema Arbitral del Consumo (...)

4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.”

En el mismo procedimiento arbitral

Pese a que no conste la voluntad del proveedor de someter sus controversias al arbitraje de consumo en cualquiera de las dos formas señaladas, el consumidor puede presentar una petición de arbitraje. Si la misma es aceptada por el proveedor, se forma un convenio arbitral ad hoc³².

INTERESES COLECTIVOS Y ARBITRAJE

Arbitraje de consumo vs. defensa colectiva de los consumidores en la vía administrativa

El artículo 143 del Código establece que el sometimiento de una controversia a arbitraje:

No impide a la autoridad competente basarse en los mismos hechos como indicios de una infracción a las normas del presente Código para iniciar investigaciones y procedimientos de oficio por propia iniciativa que tengan por objeto la protección del interés colectivo de los consumidores”. Agrega dicho artículo que “La existencia de un arbitraje en trámite en el que se discute la posible afectación del interés particular de un consumidor, por hechos similares a los que son objeto de un procedimiento por afectación a intereses colectivos, no impide ni obstaculiza el trámite de este último.

La comprensión de los alcances del artículo 143 exige recordar la fuerza vinculante del laudo arbitral que se desprende del artículo 137 del Código, es decir, que el mismo resulta de obligatorio cumplimiento para las partes produciendo efectos de cosa juzgada similar a la de una sentencia judicial firme. Ello significa que la decisión de los árbitros no puede ser revisada por autoridad judicial o administrativa alguna. Si bien en sede judicial puede discutirse la anulación de un laudo arbitral, no se está frente una posibilidad irrestricta, sino restringida a causales taxativas que impiden la revisión del fondo del laudo.

En ese mismo orden de ideas, cabe traer a colación la validez de los pactos de sumisión al arbitraje señalada por el artículo 145 del Código, que reconoce en el arbitraje una jurisdicción excluyente que elimina la posibilidad de que el consumidor inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del Código. Por último, el artículo 146 del Código que recoge la facultad del INDECOPI para iniciar o continuar de oficio un procedimiento administrativo en defensa del interés público de los consumidores, aun cuando de por medio exista un laudo arbitral. Esta última disposición es congruente con lo señalado en el artículo 143.

Las normas señaladas no presentan contradicción alguna entre sí ni enervan el carácter vinculante del laudo arbitral en cuanto a las partes materia del arbitraje, sino más bien evidencian la existencia de los distintos intereses que son tutelados en el arbitraje de consumo y en los procedimientos administrativos iniciados en defensa del “interés colectivo” o del “interés público” de los consumidores.

El arbitraje es por esencia un medio de solución de controversias individuales entre consumidores y proveedores. Por ejemplo, la satisfacción del interés patrimonial lesionado como consecuencia de un servicio brindado fuera de las condiciones contractuales acordadas. El interés tutelado en el arbitraje de consumo es uno enteramente disponible por el consumidor, de ahí que éste puede decidir renunciar a la tutela administrativa o judicial en favor de la jurisdicción arbitral. En este caso, la existencia de un laudo arbitral o la sola cláusula de sometimiento al arbitraje permite al proveedor oponer el laudo o plantear una excepción de convenio arbitral e impedir el inicio del procedimiento administrativo.

Por el contrario, los procesos administrativos en defensa del interés colectivo o del interés público de los consumidores constituyen mecanismos de defensa colectiva de los consumidores, que solo pueden ser iniciados a pedido de una asociación de consumidores o por el propio INDECOPI. Cabe reparar que el Código utiliza indistintamente los términos “interés público” e “interés colectivo” para referirse a un mismo concepto, que solo puede ser entendido por oposición al del interés individual del consumidor, esto es, los intereses supraindividuales definidos por el artículo 128 del Código, que pueden ser colectivos o difusos. Un ejemplo de una acción de esta naturaleza podría presentarse ante la inobservancia de las normas de rotulado de un producto.

Los consumidores individualmente carecen de legitimidad para promover un proceso de este tipo. Sin embargo, el INDECOPI a raíz de una denuncia informativa, un proceso administrativo promovido por un consumidor por una afectación a su interés individual o de un arbitraje de consumo, podría tomar conocimiento de la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores e iniciar un proceso, sin que la existencia de un laudo arbitral, un arbitraje en trámite o un acuerdo conciliatorio impida u obstaculice el inicio del proceso.

Empero, debido al carácter vinculante del laudo arbitral, aun cuando el proceso administrativo se inicie a partir a los hechos revelados por un arbitraje, el consumidor que fue parte del mismo no podrá beneficiarse de la medida correctiva dictada por el INDECOPI, pese a que se encuentre en el círculo potencial de beneficiarios con la medida correctiva, de conformidad con lo señalado por el artículo 145 del Código en su parte final.

¿Arbitraje de consumo colectivo?

La posibilidad de ejercitar acciones colectivas por la vía del arbitraje es mayoritariamente negada por la doctrina española³³, bajo el argumento de que el sistema arbitral está pensado para reclamaciones individuales por su propia naturaleza. El arbitraje como institución voluntaria tiene efectos inter-partes mas no efectos erga omnes; condición que es incompatible con el régimen procesal de las acciones colectivas, cuyas decisiones gozan de eficacia general en relación con todos los perjudicados, se apersonen o no al procedimiento.

Los argumentos señalados sustentan la prohibición de acciones colectivas en el arbitraje de consumo. Aunque la Ley y el Reglamento no son expresos, considero que la opción del legislador se decanta por la prohibición, de ahí que el carácter vinculante del laudo arbitral no impida el inicio de un proceso administrativo en defensa del interés colectivo de los consumidores, sin excepción. Si la opción legislativa fuese que por la vía arbitral puede dilucidarse intereses de esta naturaleza, el laudo arbitral debería ser vinculante e impedir el inicio de un proceso administrativo en defensa del interés colectivo de los consumidores.

EL ARBITRAJE DE CONSUMO VS. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El lector podría aún tener dudas en torno a si es necesario el arbitraje de consumo cuando el consumidor dispone de procedimientos administrativos como el sumarísimo. La respuesta es afirmativa, no solo por las debilidades del actual diseño de los procedimientos administrativos, sino por las ventajas comparativas del arbitraje de consumo para la solución de reclamos individuales:

- a.- El menor tiempo en la solución del conflicto, debido al carácter irrecurrible y vinculante del laudo arbitral, de manera que el mismo resulta de obligatorio cumplimiento para las partes produciendo efectos de cosa juzgada similar al de una sentencia judicial firme. Si bien puede discutirse en sede judicial la anulación de un laudo arbitral, no se trata de una posibilidad irrestricta, sino que está restringida a causales taxativas que impiden la revisión del fondo del laudo. El laudo, según el Reglamento, tiene que emitirse en un plazo máximo de 90 días hábiles, plazo que excepcionalmente puede ampliarse por 15 días hábiles adicionales.

Pese a los esfuerzos de los ORPS por resolver dentro de los plazos legamente establecidos, no puede obviarse que sus resoluciones pueden ser impugnadas en dos instancias administrativas adicionales y ser revisadas en la vía judicial. Por ello, es una solución parcial al problema la observancia de breves plazos para la resolución de las

denuncias en sede administrativa, cuando en sede judicial no existe similar exigencia para la tramitación de las demandas contencioso administrativas³⁴.

- b.- El menor tiempo en la resolución de los casos produce un ahorro en los costos del proceso que tienen que asumir las empresas y los consumidores en defensa de sus intereses. Por el lado del Estado, un arbitraje administrado eficientemente que aproveche las economías de escala en la resolución de las causas podría implicar un ahorro si comparamos con los costos de la administración de una justicia de consumo compuesta por 3 instancias administrativas, las instancias correspondientes del Poder Judicial, sumado a la defensa del INDECOPI de sus resoluciones en el Poder Judicial.
- c.- El menor tiempo de duración del arbitraje de consumo frente a los procedimientos administrativos tendrá algún nivel de incidencia positiva en la recomposición de relaciones comerciales entre consumidores y proveedores, debido a que evita el enconamiento propio de largos procesos contenciosos. Cuando las partes contendientes son expuestas a un proceso muy largo, independientemente de su resultado, las posibilidades de retomar relaciones comerciales suelen ser muy remotas.
- d) El sistema arbitral fomenta la inclusión de un importante número de consumidores que hasta ahora están apartados del sistema de protección al consumidor. La participación de los gobiernos regionales y locales permitirá que los consumidores cuenten con instancias cercanas para la resolución de sus reclamaciones.

De igual modo, el arbitraje de consumo facilita la presentación de denuncias por parte de consumidores que en condiciones ordinarias se inhibirían de presentar un reclamo o denuncia por bienes de escaso valor. Carrasco Perera y Díaz Regañón (1998:195) señalaron luego de una investigación empírica:

El arbitraje de consumo del SAC [de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha] se ha revelado como un instrumento útil de solución de conflictos en asuntos de pequeña cuantía (hasta 100.000 pesetas), que, de otra forma, no encontrarían acceso a la vía judicial. En conflictos de esta cuantía sería antieconómico acudir a los tribunales, pues los costes del proceso (costas y otros gastos) y la duración del litigio absorberían casi todo el interés económico del consumidor.

- e) El arbitraje de consumo fomenta la participación del sector empresarial y de los consumidores en la administración de la

³⁴ Mi experiencia personal en este campo puede dar fe de varios procesos judiciales que han durado más de 5 años para la obtención de una sentencia.

justicia de consumo. Una crítica frecuente del empresariado frente a decisiones desfavorables del INDECOPI ha sido el desconocimiento de la legislación sectorial de una determinada actividad. El arbitraje de consumo se convierte en esa oportunidad para que el empresariado y los consumidores “hagan sentir su voz” en los órganos decisores de conflictos de consumo, lo que también fomenta la especialización de los órganos arbitrales y eleva la calidad de los laudos.

Esta participación conjunta del sector empresarial y de los consumidores en un órgano arbitral no dificulta que se adopten soluciones unánimes sobre un caso. Por ejemplo, en el caso español, de los 18 653 laudos arbitrales emitidos en el 2007, solo un pequeño porcentaje (5,6%) se resolvió por mayoría y, otro, todavía menor (0,02%), requirió del voto dirimente del Presidente³⁵.

¿CÓMO PONER EN MARCHA EL SISTEMA ARBITRAL?

En materia de defensa del consumidor, no es frecuente encontrar coincidencias. El arbitraje de consumo no es la excepción. Algunos - que necesariamente no son defensores del Código - señalan que el arbitraje será una alternativa frente a la sobrecarga de procesos que afronta el INDECOPI y que se trata de un remedio eficaz para la solución de los reclamos de los consumidores. Desde la otra orilla, se señala, que el arbitraje de consumo ha nacido muerto, debido a que, entre otras razones, el arbitraje es por esencia un medio de solución de conflictos privado que se desnaturaliza con la intervención del Estado. Existe además la desconfianza - legítima - de la capacidad técnica de los gobiernos regionales o locales para gestionar el sistema arbitral, que abarca la competencia y preparación de las personas que desempeñarán la función de árbitros. Se añade que los órganos arbitrales puedan ser usados políticamente cayendo en una tentación populista.

El arbitraje de consumo se muestra en la experiencia internacional como una herramienta poderosa para la solución de reclamos de consumo. Sin embargo, replicar el éxito alcanzado no es cuestión de “importar” la legislación, sino de una voluntad gubernamental encaminada al diseño de un sistema arbitral confiable no solo para consumidores sino también para proveedores, pues, a diferencia de la jurisdicción de los órganos resolutivos del INDECOPI que es obligatoria para las partes, el sometimiento al arbitraje de consumo es voluntario por naturaleza, por lo que su empleo dependerá de la confianza de sus posibles destinatarios.

En ese sentido, resultan prematuras las voces de quienes con entusiasmo, desde el lado de los consumidores, proclaman que el

³⁵ Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007 del Instituto Nacional de Consumo.

arbitraje de consumo es per se la solución a la demora en la resolución de los reclamos de consumo, olvidando que primero es necesario diseñar un sistema atractivo para ambas partes de la relación de consumo. La desconfianza de los proveedores debe ser superada con una regulación que despeje cualquier duda sobre aquellos aspectos que desincentivan su uso. Lamentablemente no creo que el Reglamento de esa claridad. No obstante, es posible aún encontrar soluciones a través del artículo 4 del Reglamento que faculta al Consejo Directivo del INDECOPI para dictar “las demás disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para la implementación y funcionamiento del Sistema de Arbitraje de Consumo y el procedimiento arbitral”.

La reglamentación pendiente debe poner especial énfasis en los siguientes aspectos con miras a convertir el arbitraje de consumo en una vía confiable para la solución de conflictos en materia de consumo:

a.- Oposición al árbitro único

No obstante que el árbitro único es una opción menos costosa que el órgano arbitral tripartito, debe permitirse que las partes se opongan al árbitro único dando paso al órgano arbitral de 3 miembros si esa es su voluntad. La razón es sencilla: generar la confianza en el arbitraje, pudiendo ser clave en este propósito la participación de su representante en el órgano arbitral. La experiencia española enseña que lo más aconsejable en una fase inicial del sistema es dotarlo de todas las garantías que faciliten el acercamiento de proveedores y consumidores al arbitraje³⁶.

b.- Participación del sector privado en la gestión del arbitraje de consumo

El sector empresarial y los consumidores no solo deben participar en los órganos arbitrales, sino también en la propia administración del sistema arbitral a través de las juntas arbitrales, convirtiéndolos en tomadores de decisiones y no en meros espectadores. De esta manera, los privados podrían tener participación en la calificación y selección de los árbitros, lo que mejora el accountability de la administración pública, que genera mayor confianza en el sistema arbitral.

c.- Capacidad técnica de los árbitros

Según el artículo 10 del Reglamento, los profesionales que cumplan la función de árbitros deben tener conocimientos en materia de protección al consumidor y de arbitraje³⁷. En los órganos arbitrales especializados,

³⁶ El monto de 5 UIT que delimita la competencia por cuantía de los unipersonales y los colegiados parece excesivo. En el caso argentino, aquellos conflictos cuyo monto es inferior a 500 pesos (US\$ 123 aproximadamente) son conocidos por un árbitro único. En España, cuando son inferiores a 300 euros y el reclamo no es complejo. En el caso español, las partes pueden oponerse al árbitro único.

³⁷ Además de reconocida solvencia e idoneidad profesional.

es deseable que se exija además conocimientos de la legislación sectorial involucrada, aunque no se diga nada en la actual regulación. Debe evitarse cualquier tipo de interferencia ajena a consideraciones técnicas en el nombramiento de los árbitros.

El Reglamento traslada a las juntas arbitrales la función de verificar la capacidad técnica de los candidatos a árbitros, dejando a discreción (“en caso de considerarlo necesario”³⁸) de las juntas arbitrales la participación del INDECOPI. Dicha situación ratifica la idea de que el sector privado participe en la administración de las juntas arbitrales.

Sin perjuicio de ello, el INDECOPI sigue jugando un papel protagónico en la generación de capacidades técnicas en los árbitros, las juntas arbitrales y los gobiernos regionales y locales³⁹, así como en la armonización de criterios de interpretación de las normas legales⁴⁰.

Es necesario llevar adelante la posibilidad prevista en el Reglamento de que el INDECOPI constituya juntas arbitrales en sus sedes y Oficinas Regionales. Se torna indispensable sobre todo en la fase inicial de desarrollo del sistema, que requiere de la generación de confianza en los agentes del mercado, siendo que el INDECOPI puede aportar en este objetivo con la experiencia ganada en la solución de conflictos de consumo. Además, no todos los gobiernos regionales o locales puedan estar interesados en la constitución de juntas arbitrales, lo que no puede llevar a que la presencia de las juntas arbitrales en cada región o localidad dependa del interés de cada autoridad.

e) Delimitación del contenido del arbitraje

El artículo 25 del Reglamento establece que el órgano arbitral podrá ordenar a favor de los consumidores medidas correctivas y una indemnización por daños y perjuicios. El arbitraje permite entonces la reparación integral del daño causado al consumidor por la conducta del proveedor. De ahí que solucione teóricamente el problema que afrontan los consumidores en sede administrativa de tener que acudir a posteriori a sede judicial para obtener el resarcimiento de daños no cubiertos por las medidas correctivas.

Sin embargo, es realista tener en cuenta que la poca previsibilidad de los resultados del arbitraje de consumo vía el reclamo de indemnizaciones cuantiosas puede desinteresar al sector empresarial para acogerse al sistema. Hay que tener presente que la clase empresarial verá el arbitraje de consumo no como un sustituto de los procesos judiciales - a los que acuden pocos consumidores - ,

³⁸ Artículo 8 literal b y Artículo 4 literal b.

³⁹ Artículo 4 literales b, c, d, f y j del Reglamento.

⁴⁰ Artículo 142 del Código.

sino de los procedimientos administrativos. Por ello, en las normas de desarrollo reglamentario aún pendientes de emisión, debe admitirse limitaciones al pacto arbitral por parte de los proveedores, las mismas que, no obstante, deben respetar ciertos mínimos, de manera que el consumidor pueda obtener en sede arbitral cuando menos las medidas correctivas que en caso de una reclamación fundada le corresponde en sede administrativa.

f) Reconvención

La reconvención no prevista en el Reglamento debe ser admitida siempre que exista conexión entre la pretensión del empresario y aquella formulada por el consumidor. Por ejemplo, en caso el consumidor reclame a una entidad bancaria por el cobro de una deuda inexistente y el consecuente reporte indebido ante la Central de Riesgo de la SBS, el Banco puede reconvenir pidiendo que se reconozca la existencia de una deuda a cargo del consumidor. La solución integral y definitiva al conflicto mediante la reconvención puede sumar al propósito de fomentar la adhesión de los empresarios al sistema arbitral.

g) Combinación del arbitraje con fórmulas de autocomposición

La mayoría de sistemas de resolución de controversias entre consumidores y proveedores combinan el arbitraje con fórmulas previas de mediación o conciliación, que eviten que los conflictos lleguen a conocimiento de los órganos arbitrales. En el Perú, la intervención del SAC - aun cuando no obligatoria - ha demostrado eficacia en la resolución de conflictos con una tasa de éxito de más del 50% respecto del total de reclamos recibidos, que ha permitido aliviar la carga de nuevos casos ingresados a los órganos resolutivos. Por tanto, se propone instaurar una etapa de conciliación/mediación previa al inicio de un procedimiento arbitral.

h) Sostenibilidad financiera del arbitraje

El principal escollo que debe superar el sistema arbitral es su sostenibilidad financiera, que se dificulta por la gratuidad del arbitraje reconocida en el Código. Los gobiernos regionales y locales, sede de las juntas arbitrales, son los convocados a financiar el sistema arbitral en sus localidades o regiones⁴¹, situación teóricamente factible para algunas regiones o localidades en función de los fondos que tienen en reserva pendiente de gasto. Sin embargo, a mi juicio, esta posibilidad es remota.

Por ello, cobra especial fuerza la idea de que el INDECOPI tome la iniciativa de constituir juntas arbitrales en sus sedes y Oficinas

⁴¹Como también lo hacen las autoridades equivalentes a nuestros gobiernos regionales y locales en el sistema español.

Regionales, aprovechando su experiencia en la solución de conflictos de consumo y su infraestructura en Lima y el interior del país. De lo contrario, el arbitraje de consumo difícilmente cobrará vida. La participación de los gobiernos regionales y locales será progresiva hasta lograr una justicia de consumo de verdadero alcance nacional.

Si bien en un momento inicial puede resultar oneroso para el INDECOPI la puesta en marcha de dos sistemas de solución de conflictos, a la larga el sistema arbitral podría financiarse con parte de los recursos actualmente destinados a los procedimientos administrativos, que deberían trasladarse de manera proporcional al número de casos que el sistema arbitral absorba de los procedimientos administrativos.

Los costos del sistema arbitral pueden reducirse si en lugar de órganos arbitrales personalizados a elección de las partes en conflicto, los órganos arbitrales tienen árbitros preestablecidos, que agrupen casos por sectores o materias, de manera que se aproveche las ventajas de la economía de escala en la resolución de las causas. Con ese mismo objetivo, debe explorarse la posibilidad de que los sectores empresariales interesados financien parcialmente el arbitraje en su sector.

El análisis comparativo de los costos del arbitraje frente al actual sistema administrativo de resolución de controversias requiere que se valore cuánto le cuesta al Estado (y no solo al INDECOPI) la solución de una denuncia, costo que puede incluir tres instancias administrativas en el INDECOPI, las instancias correspondientes del Poder Judicial, más la defensa judicial del INDECOPI de sus resoluciones. Si bien es obligación del Estado proveer a los ciudadanos de mecanismos eficaces para la solución de sus conflictos, no es menos válido exigir al Estado que decida atender esta necesidad al menor costo posible.

CONCLUSIONES

El arbitraje de consumo se presenta en términos comparativos como un medio eficaz para la solución de reclamos individuales. El arbitraje de consumo implica para el Estado una mirada distinta a la forma tradicional en que ha concebido la protección al consumidor. El Estado dejará el monopolio de la administración de la justicia de consumo para dar paso a esquemas de participación privada que bien conducidos pueden ser beneficiosos para todos los actores intervinientes.

La competencia entre el arbitraje de consumo y los procedimientos administrativos generará incentivos para que ambos sistemas tiendan a ser más eficientes en la tarea de resolver conflictos de consumo. Asimismo, el INDECOPI podrá dedicar mayores esfuerzos para realizar tareas postergadas, de mayor relevancia en términos de

población beneficiada. No es un secreto que la creciente demanda por la solución de reclamos individuales ha sido un obstáculo para que el INDECOPI ejerza un adecuado control sobre aquellas prácticas lesivas que afectan una pluralidad de consumidores.

La puesta en marcha del arbitraje de consumo necesita de una regulación que haga atractivo el sistema a los proveedores y no los desincentive; de lo contrario, el arbitraje de consumo difícilmente cobrará vida. Para ello, se requiere de una firme voluntad del Estado. El arbitraje institucional no es ajeno al Estado, pues es utilizado por la SEPS para la solución de controversias entre usuarios y EPS en el Sistema Complementario de Seguridad Social, así como en el ámbito de las contrataciones públicas por medio del OSCE.

BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perea, Ángel y Díaz-Regañon García-Alcalá, Calixto, (1998), El arbitraje de consumo: la experiencia de Castilla - La Mancha (1992.1996), Tecnos, Madrid.

Diana Marcos, Francisco, (2010), El arbitraje de consumo y sus nuevos retos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo Quiroga, Marta, (2003), Marco arbitral de protección jurídica al consumidor: la contrariedad al arbitraje internacional privado de consumo en el sistema español, en: MARÍN LÓPEZ, Juan José. (Director), La protección jurídica de los consumidores, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Uncitral, (2010), Informe del Grupo de Trabajo III (Solución por vía informática) sobre la labor realizada en su 22º período de sesiones, Viena.

Mullerat, Ramón, (1998) El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América, en La Ley, 3, Madrid.

Stiglitz, Gabriel, (2003), Derechos del Consumidor, vol. 13, Editorial Juris, Rosario.

The Study Centre For Consumer Law - Centre For European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, (2007), An Analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings, Final Report, Leuven, Belgium.

Instituto Nacional de Consumo, (2007) Memoria del Sistema Arbitral de Consumo. En: <http://www.consumo-inc.es>