

¿Y ahora quién podrá defendernos? El Arbitraje de Consumo y otros medios de resolución de controversias entre consumidores y proveedores*

Jesús Eloy Espinoza Lozada**

SUMILLA

El sistema de Protección al Consumidor requiere de medios de solución de controversias que, en función del valor económico en disputa, no impliquen para el consumidor una carga desmedida que lo inhiba de reclamar y, al mismo tiempo, no generen un costo desproporcionado para el Estado. El autor analiza las opciones que dispone el consumidor en caso de reclamación y propone reformas orientadas a mejorar su desempeño. Es parte de la propuesta apostar por el arbitraje de consumo, que en la experiencia comparada se muestra como una herramienta útil para la solución de este tipo de controversias.

1. Introducción

La defensa del consumidor se hace, de a poco, un espacio en la recargada agenda pública peruana, situación que se manifiesta en el aumento de notas periodísticas y artículos dedicados al tema en diarios y revistas académicas, así como por su inclusión en los últimos mensajes del Presidente del República saliente por el aniversario patrio. El mensaje del 2009, que anunció la preparación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código); y el mensaje del año siguiente, que instó al Congreso a la aprobación definitiva del Proyecto de Código. Los resultados de las recientes elecciones congresales en Lima también han demostrado la preferencia de un importante sector de votantes por incluir este tema en la agenda parlamentaria.

Sin embargo, más allá de cualquier interés mediático, los asuntos en materia de protección al consumidor deben motivar una reflexión seria, técnica y objetiva, que prescinda de preconceptos para ceder el paso al pragmatismo que permita la obtención de coincidencias. 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 pueden hacerse 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 los medios a disposición del consumidor para resolver sus disputas individuales con los proveedores de bienes y servicios en el mercado, con especial énfasis en el Arbitraje de Consumo. El análisis realizado, como es de esperarse, no está circunscrito a un ámbito meramente descriptivo de las opciones que puede hacer valer el consumidor en un contexto de reclamación, sino que también incorpora propuestas de reforma orientadas a mejorar su desempeño.

Los mecanismos diseñados para la resolución de disputas son variados y suelen precederse en el tiempo ante el fracaso o agotamiento de otro mecanismo, sin que este carácter previo sea obligatorio. Comprende desde vías de carácter privado que involucran un trato directo entre el consumidor y la empresa proveedora, como los

* Las opiniones expresadas en este artículo son a título individual, por lo que no representan de forma alguna a INDECOPI ni al área en la cual trabajo.

** Abogado. 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. Coordinador Legal de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal de INDECOPI.

servicios de atención de reclamos o el libro de reclamaciones; la autocomposición que requiere de un tercero que facilite el acercamiento entre las partes o propicie una composición de sus intereses, caso de la conciliación y la mediación; hasta mecanismos de tipo heterocompositivo, de carácter privado o público, que requieren la intervención de un tercero ajeno a las partes en conflicto para la definición de la controversia, como los procedimientos administrativos y el Arbitraje de Consumo.

2. Trato directo con el proveedor

2.1 La atención de reclamos

El proveedor es el primer llamado a brindar una respuesta rápida a los reclamos de sus consumidores en atención a una política de satisfacción al cliente. El proveedor tiene el incentivo de preservar la confianza del consumidor en el producto, por lo que es de su interés encontrar soluciones expeditivas y beneficiosas para sus clientes en caso se presente un problema con el mismo, evitando de esta manera que sus clientes desplacen su demanda hacia la competencia.

Este incentivo es mejor entendido cuando se tiene en cuenta que para las empresas suele ser más costoso conseguir un nuevo cliente que retener uno antiguo; basta pensar en la publicidad y en general los recursos que se suelen destinar en informar y persuadir a potenciales clientes. Asimismo, las elecciones de compra de los consumidores no suelen ser únicas (como podría ser en el caso de la vivienda), sino que suceden regularmente en el tiempo, como si fuese un "juego repetido": los consumidores observan experiencias pasadas para sus próximas decisiones de consumo.

Los consumidores además comparten sus experiencias con su entorno social o familiar inmediato ¿Cuántas veces no ha recibido el comentario de un amigo o familiar sobre una película, un restaurante, sus vacaciones o el maltrato dispensado por el personal de una empresa? Y el "efecto multiplicador" de una insatisfacción es mayor que el de la satisfacción. Hasta hace algunos años se estimaba que un consumidor satisfecho participaba de sus opiniones aproximadamente a cinco personas en asuntos menores y ocho en asuntos importantes; mientras que un consumidor insatisfecho expresaba

su disgusto a 10 y 16 personas, respectivamente¹; estimaciones que actualmente deben estar subvaloradas con la existencia de redes sociales. En resumen, los consumidores insatisfechos no solo llevan su decisión de compra hacia otra empresa, sino que también difunden sus impresiones negativas a terceros, dificultando el proceso de captación de nuevos clientes.

La puesta a disposición de mecanismos dentro de la empresa para que los consumidores puedan expresar sus quejas o reclamos constituye una manera de contener la comunicación interpersonal negativa, así como una oportunidad para retenerlos y prevenir que el problema se extienda en el futuro a otros clientes, muchos de los cuales se habrían ido de la empresa sin quejarse previamente. Estudios como el del Technical Assistance Research Program (TARP)² ratifican lo señalado con los siguientes datos:

- El negocio promedio no conoce al 96% de sus clientes insatisfechos.
- Por cada queja recibida, hay 26 clientes que tienen el mismo problema.
- Los clientes que encuentran una solución satisfactoria para sus quejas, hablarán del trato que han recibido con un promedio de cinco personas.
- Es más probable que una persona que se queja vuelva a hacer negocios con la empresa, que aquella persona que no lo hace: en una proporción de 54 a 70% si la queja es resuelta y de 95% si se maneja rápidamente.

Ello explica por qué las empresas implementan con más frecuencia líneas de atención al cliente (0-800) o ponen a disposición un buzón o correo electrónico para la recepción de quejas o sugerencias de sus consumidores. Bajo esa misma lógica, el artículo 24° del Código, cuyo antecedente es el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1045, pretende acercar a proveedores y consumidores convirtiendo a los primeros en una "primera instancia" para las soluciones de las controversias que puedan presentarse con ocasión de las relaciones de consumo: *"Sin perjuicio del derecho de los consumidores de iniciar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes, los proveedores están obligados a atender los reclamos presentados por sus consumidores y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario"*.

¹ KÜSTER BOLUDA, Inés. *"La venta relacional"*. Esic Editorial: Madrid, 2002, p. 71.

² HOFFMAN, Douglas y BATESON, John. *"Fundamentos de marketing de servicios. Conceptos, estrategias y casos"*, International. Thomson Editores S.A. Segunda Edición. México, 2002, p. 297.

En la disposición señalada subyace la idea de que los privados están en capacidad de solucionar sus conflictos evitando que el mismo trascienda y dé lugar a la intervención de una autoridad dirimente con los consiguientes costos de esta actuación. Se asume que los proveedores pueden estar interesados en la atención de reclamos como una herramienta competitiva, máxime si su empleo por parte de los consumidores dependerá de la confianza en la empresa, por no ser obligatorio su uso.

Sin embargo, el legislador borra con una mano lo que escribe con la otra, cuando permite que los consumidores que presenten un reclamo ante la empresa puedan iniciar simultáneamente *las acciones correspondientes ante las autoridades competentes* (v.g. presentar una denuncia ante el INDECOPI). Cuando el consumidor utiliza -vale recalcar, voluntariamente- el sistema de atención de reclamos de la empresa, debe descartarse la posibilidad de que plantee similar pretensión ante las autoridades, mientras el plazo de 30 días para que la empresa de respuesta al reclamo no venza. El legislador parece olvidar que la intervención del Estado en los conflictos privados es subsidiaria, de manera que su presencia en la solución de los conflictos solo se justifica cuando los propios privados no estén en capacidad de solucionarlo.

2.2 Libro de Reclamaciones

El Libro de Reclamaciones es una derivación del artículo 24° del Código, cuya finalidad es poner a disposición del consumidor un medio específico que facilite la presentación de reclamos o quejas en el mismo momento de presentado el conflicto de consumo. El Libro de Reclamaciones puede ser físico o virtual, quedando a cargo del proveedor determinar la modalidad más conveniente en función de su modelo de negocio.

Se trata de un medio preferente en la atención de quejas y reclamos de consumo, por lo que la implementación de medios distintos al Libro de Reclamaciones no libera al proveedor de su cumplimiento, a excepción de los procedimientos aprobados para las empresas de servicios públicos regulados o las entidades financieras por parte de los organismos reguladores y el organismo supervisor respectivo. Salvo esta excepción, todos los proveedores titulares de establecimientos abiertos al público, así como las entidades o empresas públicas que actuando como personas

jurídicas de derecho privado vendan productos o presten servicios a los consumidores, deberán contar con el Libro de Reclamaciones.

El Reglamento del Libro de Reclamaciones³ diferencia el reclamo de la queja. El reclamo es la expresión plasmada en la Hoja de Reclamación de un conflicto surgido entre el consumidor y el proveedor relacionado al bien o servicio contratado; que el proveedor debe cumplir con atender y dar respuesta en un plazo máximo de 30 días hábiles, como todo reclamo. Aunque el Reglamento no es preciso, se entiende que con el reclamo el consumidor tiene una pretensión concreta frente al proveedor que busca sea atendida; por ejemplo, la devolución del precio pagado, la reposición del producto o el cumplimiento íntegro de la prestación debida.

La queja, en cambio, es la declaración contenida en la Hoja de Reclamación de una disconformidad no relacionada a los bienes o servicios contratados, o del malestar o descontento del consumidor respecto de la atención al público; que no obliga al proveedor a realizar una conducta específica a favor del consumidor ni a una respuesta. Por ejemplo, la consumidora que se queja por la falta de modales o la indumentaria de la mesera que la atendió, o por la entrega de su vuelto en monedas de baja denominación en lugar de un solo billete.

Un aspecto criticable de la regulación sobre el Libro de Reclamaciones es la ausencia de obligación del proveedor de remitir a INDECOPI una de las tres copias de la Hoja de Reclamación. La obligación de remisión prevista en el Código y el Reglamento está condicionada a la existencia de requerimiento por parte de INDECOPI⁴; sin embargo, esta obligación debe ser automática, es decir, sin que medie requerimiento.

La racionalidad de una obligación de este tipo es proveer a INDECOPI de información estadística que le permita cumplir sus actividades de inspección y fiscalización, que requieren un conocimiento cercano de la realidad de los problemas que aquejan a los consumidores siendo irrelevante la existencia de denuncia, pues es conocido que muchos problemas nunca son presentados ante autoridad alguna por una serie de razones vinculadas al valor económico en disputa con el proveedor, los costos de reclamación o la desconfianza en que el Estado solucionará su problema.

³ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2011-PCM.

⁴ Artículo 152° del Código y artículo 11° del Reglamento.

Esta conexión de INDECOPI con la realidad del mercado es reclamada por la sociedad civil y permitirá a INDECOPI focalizar sus acciones de fiscalización. Esperar que INDECOPI requiera la información señalada para lograr el mismo propósito es irreal, toda vez que no se cuenta con un mapa de las empresas que operan en un determinado mercado y por los costos que implicaría desarrollar esta actuación.

Hay que ser claro en que la obligación de remisión no apunta a que INDECOPI inicie un proceso de oficio por cada reclamo no atendido, debido a que congestionaría más el sistema con reclamos de menor relevancia y porque la actuación de oficio de INDECOPI debe enfocarse en la tutela de intereses con incidencia colectiva o plural.

Por último, debido a las mismas razones expuestas para la atención de reclamos en general, el uso del Libro de Reclamaciones debe impedir que el consumidor acuda paralelamente a otros mecanismos de solución de controversias mientras no venza el plazo de 30 días hábiles para que el proveedor de respuesta al reclamo.

3. Soluciones gremiales privadas

Estos mecanismos nacidos dentro de un esquema de autorregulación gremial tienen por objeto aumentar o preservar el ambiente de confianza de los consumidores en determinado sector de negocios. El Defensor del Cliente Financiero (DCF) y la Defensoría del Asegurado son ejemplo de este tipo de intervenciones gremiales.

El DCF surge en el 2002 por la iniciativa de la Asociación de Bancos del Perú - ASBANC. El DCF pretende ser esa instancia de prevención y resolución de conflictos entre consumidores y entidades financieras en el desarrollo de sus relaciones. El uso de este medio prevé como requisito de procedibilidad la presentación de un reclamo previo ante la entidad financiera para que sea ella misma quien, en primer término, trate de dar solución al problema. Si esta solución no satisface al cliente o transcurren 30 días desde la presentación del reclamo sin que la entidad de respuesta, el cliente puede interponer su reclamo ante el DCF.

Los principales beneficios para el consumidor de acudir a esta vía son su gratuidad y la obligatoriedad de la decisión del DCF para la entidad financiera, en caso el consumidor le interese su cumplimiento. El consumidor disconforme puede acudir a INDECOPI o el Poder Judicial.

El DCF ha recibido desde el 2003 hasta el 2010 un total de 7 765 reclamos. Según cifras del año 2008, de los 1 434 reclamos recibidos, 63,46% correspondía a tarjetas de crédito, seguido de depósitos de ahorro que representa el 18,27% del total de reclamos. En el período 2003-2010, el DCF emitió 7 653 resoluciones. Según cifras del 2008, de los 1 336 reclamos resueltos, 51,74% favorecieron a los clientes⁵.

La figura del DCF es modelo de autorregulación gremial; sin embargo, puede perfeccionarse con miras a ser reconocido entre los usuarios del sistema financiero como un mecanismo eficiente e imparcial de solución de reclamos, tal como se publicita. Para ello, sugiero ampliar el monto máximo que el DCF puede ordenar que se devuelva a los consumidores (actualmente, el tope es de US\$ 20 000). Asimismo, su nombramiento requiere del concurso de particulares ajenos a las entidades bancarias, como las asociaciones de defensa de consumidores o los Colegios de Abogados. En Canadá, el Consejo que administra la Defensoría del Cliente Bancario, que opera internamente en cada banco, está integrado por personas ajenas a la entidad. La independencia y las mayores facultades del defensor incidirán favorablemente en un mayor uso de este medio por parte de los usuarios.

4. Los Procedimientos Administrativos

Aun cuando siempre es posible que el consumidor acuda al Poder Judicial, el mecanismo heterocompositivo por excelencia es INDECOPI. Durante la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, uno de los graves problemas que ha afrontado INDECOPI es la sobrecarga procesal generada por el incremento de consumidores que acuden individualmente a los procedimientos administrativos pretendiendo el resarcimiento del daño particular provocado por una conducta infractora⁶, situación que incide en el plazo de duración de los procedimientos.

⁵ Fuente: Oficina del Defensor del Cliente Financiero.

⁶ Por citar el caso de la sede central de INDECOPI, el número de denuncias se ha incrementado en tres años en 45,10%. Así, en el 2006 recibió 2 368 denuncias, mientras que en el 2009, 3 436. Ver Compendio Estadístico Institucional de INDECOPI 2006-2010.

Esta demora en la resolución de los reclamos no distinguía en función de la cuantía o de la poca complejidad del caso, lo que sin duda podía inhibir a los consumidores a presentar reclamos cuando el valor económico en disputa no justificaba los costos de soportar un proceso demasiado largo. Era entonces insostenible para consumidores, proveedores e INDECOPI seguir aplicando las mismas reglas para casos que merecían un tratamiento procesal distinto; por ejemplo, un caso por negligencia médica y un reclamo por defectos en la prestación del servicio de lavado de una corbata.

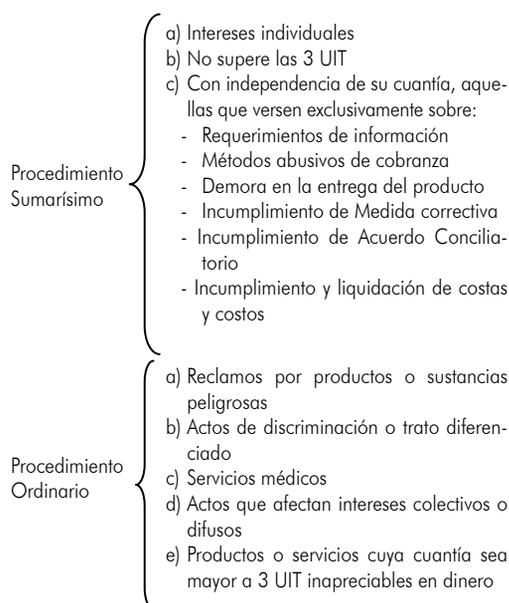
El procedimiento de “talla única” no estaba a la medida de todos los tipos de controversias que se encausaban por esta vía, por lo que se requería de un nuevo procedimiento que se ajuste mejor a causas de menor cuantía o materias de menor complejidad. Nunca tan precisas las afirmaciones de Cabrillo y Fitzpatrick en torno a la justificación económica de un tratamiento diferenciado para casos menores o de cuantía diminuta:

“Los casos deben tener un tratamiento diferente de acuerdo con su importancia, el monto en disputa, objetivos de política social, urgencia y otros. En esta línea, pocos recursos deben inevitablemente ser dirigidos hacia reclamos pequeños, dado que las sociedades deben procurar encontrar un óptimo equilibrio entre las ventajas y desventajas de los costos de error y los costos del procedimiento en uso. El evidente costo de los reclamos pequeños es la reducción en la certeza asociada con su diseño, de allí el incremento en la probabilidad de decisiones erradas. Pero, mientras el costo del error sea reducido, así también deben ser los esfuerzos para resolver esas disputas. Más aún, para este tipo de casos, los procesos sumarios generalmente no sólo ofrecen eficiencias sustancialmente ventajosas respecto a los procesos regulares, sino que también incrementan el acceso a la justicia a favor de muchos individuos que, de otra manera, no hubieran podido plantear sus reclamos. Debido a sus beneficios, las sociedades deben considerar instituir estos procesos en un rango mayor de disputas y deben considerar expandir la jurisdicción de los juzgados sumarios a través del incremento en el umbral máximo del valor de la disputa (traducción libre)”⁷.

Los recursos que INDECOPI destinaba a la atención de reclamos individuales sin distinción impedían en la práctica que se avocara a realizar investigaciones conducentes al inicio de procesos de oficio con incidencia colectiva o plural y, lo más grave, que asuma con liderazgo su rol definidor y articulador dentro del Estado de políticas públicas en materia de consumo. El Código pretende revertir la situación descrita a través de la reforma de los procedimientos administrativos y la creación del Arbitraje de Consumo. En el resto del trabajo se pretende analizar si el Código acierta en este propósito.

El Código modifica el régimen de los procedimientos administrativos, introduciendo el sumarísimo con el propósito declarado de constituirse en una vía célere o ágil para los casos de menor cuantía o de menor complejidad⁸. El procedimiento ordinario - que coexiste con el sumarísimo - replica el mismo modelo de tramitación del procedimiento único vigente antes de la aprobación del Código. La diferencia entre ambos procedimientos radica en los siguientes aspectos:

El tipo de controversias: Que difiere por los intereses discutidos en el procedimiento, la materia o su cuantía. El siguiente gráfico muestra los tipos de denuncias que se tramitarán por las vías del procedimiento sumarísimo y aquellas que permanecerán en la vía del procedimiento ordinario:



⁷ CABRILLO, Francisco y FITZPATRICK, Sean. “The Economics of Courts and Litigation”. Edward Elgar Published Limited, Cheltenham. U.K., 2008, p. 224.

⁸ Artículo 124° del Código.

El número de instancias administrativas: El procedimiento sumarísimo prevé que las partes puedan acudir a tres instancias administrativas para discutir su caso, esto es, una más que el procedimiento ordinario. En el sumarísimo, la primera instancia está a cargo de los nuevos Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos (ORPS). La Comisión de Protección al Consumidor, que en el ordinario constituye primera instancia, en el sumarísimo tiene la condición de segunda. En el caso del Tribunal, segunda instancia en el ordinario y tercera en el sumarísimo, su intervención en el sumarísimo no es plena y está reservada para asuntos de puro derecho⁹, aunque no por ello el desacierto de nuestros legisladores pase inadvertido.

La creación de una tercera instancia administrativa para un procedimiento que se declara una alternativa célere al ordinario repercute en la duración del trámite del procedimiento y lo hace más costoso que el ordinario, constituyendo un derroche de recursos injustificado que lleva al Estado a la paradoja de destinar mayores recursos para la atención de los casos de menor cuantía o de menor complejidad en comparación con el resto de casos que se tramitan por el ordinario. El desacierto legislativo obliga a preguntar: ¿Qué pasó con la propuesta de la instancia única formulada durante el proceso de elaboración y redacción del proyecto de Código?

El plazo de duración: El plazo máximo para la tramitación del procedimiento sumarísimo por cada instancia es de 30 días hábiles, mientras que en el procedimiento ordinario, de 120 días hábiles.

5. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

5.1 La Autocomposición

La conciliación y la mediación reconocidas en el Código constituyen métodos autocompositivos por definición, por medio de los cuales las partes logran una solución consensuada a su conflicto de

intereses, fuera o antes de un proceso, o incluso dentro del proceso, pero sin resolución.

Desde un punto de vista doctrinario, la conciliación se distingue de la mediación por el hecho que el conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria, mientras que el mediador no tiene esa obligación y por ello puede o no formular una propuesta de solución. Esta distinción no es clara en la legislación peruana pues en algunos casos el conciliador está obligado a formular una propuesta conciliatoria y en otros no, e incluso en el ámbito laboral el conciliador que formula propuestas se entiende que actúa como mediador¹⁰.

El Código señala que los consumidores pueden conciliar la controversia surgida con el proveedor con anterioridad e incluso durante el trámite de los procedimientos administrativos. En la conciliación, el tercero puede intentar acercar las posiciones de las partes para propiciar un arreglo amistoso entre ellas o puede proponer una fórmula de conciliación. El incumplimiento del acuerdo conciliatorio constituye una infracción sancionable por el Código. De otro lado, en relación con la mediación, el Código prevé que las partes puedan someter a mediación la controversia surgida con el proveedor con anterioridad a la tramitación de un procedimiento administrativo¹¹. Aunque no dice nada sobre los efectos del acuerdo resultante de la mediación, se entiende que produce efectos equiparables a un acuerdo conciliatorio.

La conciliación es un método de solución de conflictos que INDECOPI, por intermedio del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC), utiliza en la solución de controversias entre consumidores y proveedores. El servicio es gratuito y es una alternativa previa al inicio de un procedimiento administrativo. Entre 2006 y 2010, el SAC ha logrado 30 684 conciliaciones, que equivale al 51,86% de los 59 163 reclamos atendidos por el SAC. Solo en el 2010 se alcanzó 7 792 conciliaciones, de los 15 577 reclamos recibidos¹².

Se espera que los tribunales ratifiquen el criterio recogido en el precedente de observancia obligatoria dictado durante la vigencia de la anterior norma¹³, según el cual, la voluntad conciliadora de las partes

⁹ En un reciente pronunciamiento, el Tribunal de INDECOPI ha destacado que la revisión prevista en el procedimiento sumarísimo es un recurso extraordinario, por el cual solo puede discutirse asuntos de puro derecho, mas no se realiza un examen integral del caso que abarque cuestiones de hecho. Por ello, también las partes pueden cuestionar la decisión de la Comisión ante el Poder Judicial sin necesidad de pasar por la revisión. Ver Resolución N° 802-2011/SC2-INDECOPI del 13 de abril de 2011.

¹⁰ GARCÍA MONTÚFAR, Juan. "Los métodos alternativos de solución de conflictos". En *Derecho y Sociedad*, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/28502/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos> (consulta: 12 de agosto de 2011).

¹¹ Artículo 147°, 148° y 144° del Código.

¹² Compendio Estadístico Institucional de INDECOPI 2006-2010.

¹³ Resolución N° 085-96-TDC del 13 de noviembre de 1996.

manifestada a través de los ofrecimientos realizados en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puedan ser utilizados como medio probatorio de responsabilidad, salvo que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por quien los formula. De lo contrario, las empresas que tienen políticas de plena satisfacción al cliente y que ofrecen o aceptan cambios sin expresión de causa para evitar la pérdida de un cliente, sea en una conciliación o fuera de ella, podrían ser consideradas responsables por tales actos, lo que debilita la solución extra proceso de los conflictos de consumo. Es pertinente anotar que una disposición de este tipo sí está prevista para los ofrecimientos realizados en la mediación¹⁴; norma que puede aplicarse por analogía para la conciliación.

Los tribunales también deben ser especialmente rigurosos en sancionar los incumplimientos de acuerdos conciliatorios y calificarlos como infracciones graves. No solo por el costo de oportunidad para el consumidor de un acuerdo incumplido, sino porque se corre el riesgo de que las conciliaciones puedan ser utilizadas estratégicamente, con el propósito subrepticio de evitar que un consumidor inicie un procedimiento administrativo, bajo el análisis costo-beneficio del proveedor de que el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio acarrea sanciones inferiores en comparación con aquellos casos en que INDECOPI conoce una denuncia de fondo¹⁵.

5.2 El Arbitraje de Consumo

a) 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, este interés del Estado por incursionar en el arbitraje se funda en ideas como el aseguramiento de la voluntad del consumidor en el convenio arbitral y 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 Quiroga 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 observada 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

¹⁴ Artículo 149° del Código.

¹⁵ La situación descrita ha sido advertida por el Tribunal de INDECOPI en revisión de una multa impuesta a una empresa por el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, que puso fin a un proceso administrativo en que se discutía las reparaciones del motor de babor de un yate; cuando, en caso de no haber mediado el acuerdo conciliatorio, era previsible que la multa de la Comisión por la denuncia hubiese sido mayor que aquella por el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, sin perjuicio de la medida correctiva. Ver Resolución N° 1873-2010/SC2-INDECOPI del 23 de agosto de 2010.

*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*¹⁶.

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 laudos¹⁷. 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 703¹⁸, es decir, los casos ingresados y resueltos en el Perú son tres 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 cinco años, lo que evidencia que el sistema arbitral podría sustituir perfectamente al sistema de solución de reclamos de consumo a cargo de INDECOPI pudiendo incluso absorber un posible incremento de la demanda en los próximos años.

De otro lado, en el 90% de los arbitrajes de consumo se emitió el laudo en menos de tres meses desde la designación del colegio arbitral¹⁹,

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 municipal²⁰. Desde que entró en funcionamiento el sistema arbitral en 1998 hasta el 2007, ha recibido un total de 19 883 causas. En el 2007 recibió 1 973 solicitudes de arbitraje²¹. 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 juez²². Los centros de arbitraje de conflictos de consumo en Portugal suelen demorar un promedio de 1 a 2 meses en la emisión del laudo²³.

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 reclamada²⁴.

¹⁶ GONZALO QUIROGA, Marta. "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, 2003. pp. 121 y 122.

¹⁷ El resto de solicitudes de arbitraje son archivadas por no aceptación del arbitraje o son resueltas por mediación.

¹⁸ 14 682 denuncias ingresaron a la Comisión de Protección 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). Ver Compendio Estadístico Institucional de INDECOPI 2006-2010.

¹⁹ Las cifras mostradas han sido obtenidas de la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007, Instituto Nacional de Consumo.

²⁰ STIGLITZ, Gabriel. "Derechos del Consumidor". Vol. 13. Editorial Juris, Rosario, 2003. p. 15.

²¹ FERNÁNDEZ, Susana y RODRÍGUEZ, Bibiana. *Argentina: Diez años del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC)*, 7 de marzo de 2008. Disponible en http://www.ciberjura.com.pe/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3424 (consulta: 13 de agosto de 2011).

²² DIANA MARCOS, FRANCISCO. "El arbitraje de consumo y sus nuevos retos". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 51.

²³ THE STUDY CENTRE FOR CONSUMER LAW - CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN, "An Analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings, Final Report", Leuven, Belgium, 2007, p. 180.

²⁴ <http://www.centroarbitragemsectorauto.pt> (consulta: 13 de agosto de 2011).

En Estados Unidos, el Arbitraje de Consumo no surge de la iniciativa pública, sino que es 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*²⁵. 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 acepta²⁶.

El arbitraje también ha penetrado en el comercio por Internet. Las empresas que deseen exhibir la acreditación de BBB OnLine (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 UNCITRAL²⁷, se ha convenido en que el arbitraje es un componente necesario para la resolución de conflictos por la vía informática 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 mediación²⁸.

Ahora bien, el arbitraje privado y ordinario en materia de consumo es permitido incluso en aquellos países donde hay un arbitraje gestionado por el Estado, aunque en todos los casos sujeto a límites²⁹. 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, Suecia³⁰ 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 nulos”³¹.

Esta tendencia europea se explica debido a la Recomendación 98/257/CE de la Comisión del 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, según la cual, “la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución del litigio”. Asimismo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, por las cuales se consideran abusivas aquellas cláusulas predispuestas por el proveedor que impliquen “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas (...)”.

En complemento a ello, muchas legislaciones consideran abusivas las disposiciones contenidas en cláusulas generales de contratación o en contratos de adhesión que remiten al consumidor a arbitrajes privados y ordinarios. La legislación española considera abusiva todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que impliquen “la sumisión a arbitrajes distintos del Arbitraje de Consumo, salvo que se trate de órganos

²⁵ MULLERAT, Ramón. “El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América”. En *La Ley*, 3, Madrid, 1998, p. 1723.

²⁶ 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/auto-line-lemon-law/> (consulta: 13 de agosto de 2011).

²⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

²⁸ 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, p. 7.

²⁹ 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 en un arbitraje internacional. Para que sea internacional, el arbitraje tiene que estar referido a intereses de comercio internacional. En ese caso, las partes no necesitan ser profesionales. THE STUDY CENTRE FOR CONSUMER LAW - CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN, *op. cit.*, p. 180.

³⁰ *Ibidem*, p. 119.

³¹ Artículo 57° del Real Decreto Legislativo N° 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.

de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico”³². En Brasil, el Código de Defensa del Consumidor las considera abusivas bajo la prohibición de cláusulas que impliquen para el consumidor “la utilización compulsiva del arbitraje”³³.

En Estados Unidos, si bien los consumidores son generalmente libres de someterse al arbitraje, existen diversos casos donde las cláusulas contractuales de arbitraje pueden ser consideradas por los tribunales como inaplicables, dependiendo de la ley estatal³⁴:

- si la cláusula de arbitraje se considera “inconcebible” porque impone un costo inapropiado para los consumidores o resulta en la aplicación de un proceso o un árbitro parcializado;
- donde el arbitraje se encuentra en un lugar incómodo para el consumidor;
- donde hay un límite para daños y perjuicios, honorarios del abogado, o para el plazo de prescripción;
- donde la cláusula de arbitraje limita al consumidor recursos de forma que contraviene las normas de protección al consumidor;
- donde la ley estatal ha declarado que los contratos de adhesión son excesivos y la cláusula de arbitraje se encuentra contenida en un formato de contrato estándar que es impuesto al consumidor por las empresas con escasas oportunidades para la negociación por parte del consumidor;
- donde la cláusula de arbitraje sorprende al consumidor porque se encuentra oculta en el contrato;
- donde el consumidor no puede leer inglés;
- donde la cláusula de arbitraje es unilateral;
- donde el contrato subyacente que contiene la cláusula de arbitraje es inválido;
- donde la cláusula de arbitraje es inducida por tergiversación.

b) 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 N° 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 arbitraje³⁵. Los costos del procedimiento arbitral son abonados en su totalidad por ambas partes en proporciones

³² Artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

³³ Código de Defesa do Consumidor

“Artículo 51.- São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

³⁴ THE STUDY CENTRE FOR CONSUMER LAW - CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

³⁵ Memoria 2010, disponible en <http://www.seps.gob.pe> (consulta: 13 de agosto de 2011).

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.

c) Características principales del sistema arbitral peruano

(i) Gratuidad

La gratuidad del Arbitraje de Consumo es una de las características reconocidas por el Código. El Reglamento³⁶ 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 pública³⁷. 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.

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. Asimismo, vale recordar al legislador 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 al grupo poblacional de menores recursos económicos³⁸, por lo que lo recomendable hubiera sido fijar el pago de un derecho o arancel moderado en función de la cuantía; 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.

Por otra parte, 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.

(ii) Voluntariedad

El Arbitraje de Consumo es de naturaleza voluntaria como todo arbitraje, debido a que ambas partes han de someterse libremente al mismo a través del convenio arbitral. El sometimiento de una controversia a arbitraje requiere que conste de manera expresa la voluntad de ambas partes, mediante cualquiera de las siguientes formas:

Aceptación de la oferta pública de sometimiento al Arbitraje de Consumo (OPS): Los proveedores interesados en que sus futuras controversias sean resueltas por medio del arbitraje pueden adherirse al Sistema Arbitral formulando una oferta pública a todos los consumidores de sus bienes y servicios. La petición de arbitraje del consumidor que coincida con el ámbito de la oferta determina la existencia del convenio arbitral.

La OPS constituye una auténtica propuesta contractual y no una mera invitación a ofrecer, que el consumidor puede identificar con el uso del distintivo oficial en la publicidad, los empaques de los productos y otros medios de difusión. Si este distintivo es reconocido por el consumidor como un valor agregado del producto o servicio que incide en sus decisiones de compra, se convierte en una herramienta poderosa para fomentar la adhesión de las empresas a la vía arbitral. Aunque el Reglamento no lo señala, de conformidad con la doctrina de los actos propios, debe entenderse que existe OPS cuando el proveedor usa el distintivo oficial sin que haya seguido el trámite de adhesión al Sistema Arbitral o la OPS se encuentre vencida o revocada.

Sin perjuicio de la adhesión individual de un proveedor, es posible la adhesión al sistema arbitral de un colectivo de empresarios de determinado sector, en virtud del artículo 17.1 del Reglamento

³⁶ Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2011-PCM. Artículo 23°.

³⁷ 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, del 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo español.

³⁸ 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 de INDECOPI (pp. 55 y 56) 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 de 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%).

que se refiere a los “proveedores u organizaciones empresariales interesadas”.

Tradicional: adopta la forma de cláusula incorporada en un contrato o acuerdo independiente de las partes, sea por escrito o por cualquier forma electrónica que permita tener constancia del acuerdo. El convenio arbitral puede alcanzarse en forma previa o una vez surgido el conflicto.

En el mismo procedimiento arbitral: aun cuando no conste la voluntad del proveedor de someter sus controversias al Arbitraje de Consumo en cualquiera de las formas señaladas, el consumidor puede presentar una petición de arbitraje. Si la misma es aceptada por el proveedor, se forma un convenio arbitral *ad hoc*.

(iii) 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 implícita³⁹, 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 Tribunales”⁴⁰.

(iv) 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”.

(v) 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 INDECOPI; en caso no se constituyan, 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, etc.). 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 a INDECOPI delegar la solución de las reclamaciones de consumo en instituciones privadas. El esquema de delegación implica *per se* un nivel de supervisión del Estado en la actuación privada.

(vi) Órganos arbitrales unipersonales y tripartitos

Los órganos arbitrales pueden ser unipersonales o tripartitos (colegiados). La competencia de cada

³⁹ Artículo 20° del Código.

⁴⁰ 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.

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 Arbitral⁴¹. 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 Asbanc⁴². 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 único⁴³.

(vii) 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 doctrina⁴⁴ 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.

6. 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. Mi respuesta es afirmativa, no solo por las debilidades del actual diseño de los procedimientos administrativos - alguna de las cuales ya hemos adelantado -, 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 ORPS⁴⁵, 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 administrativas⁴⁶.

Sin perjuicio de ello, en la práctica será difícil garantizar en todos los casos el cumplimiento del plazo de 30 días para la tramitación de los procedimientos sumarísimos, sobre todo en la primera instancia. No puede obviarse

⁴¹ Artículo 13° del Reglamento.

⁴² Este mismo ejemplo se puede extender al sector seguros, aéreo, etc.

⁴³ Artículo 12° del Reglamento.

⁴⁴ GONZALO QUIROGA, Marta, op.cit., p. 119.

⁴⁵ Según información del propio INDECOPI recogida en la sección Economía & Negocios del diario El Comercio el 9 de julio de 2011, los consumidores del país realizaron desde el 1 de diciembre 2 691 denuncias por la vía del procedimiento sumarísimo, de los cuales el 91% fue resuelto en menos de 30 días por los Órganos Resolutivos de los Procedimientos Sumarísimos. En Lima, se presentaron 1 681 denuncias, mientras que en las Oficinas Regionales, 1 010. El sector bancario fue el rubro más quejado a nivel nacional.

⁴⁶ 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.

que el ORPS tendrá que realizar en dicho plazo la admisión a trámite de la denuncia y la imputación de cargos; eventualmente, una audiencia de informe oral, el requerimiento de informes técnicos⁴⁷ o la actuación de medios probatorios; y, resolver la denuncia.

- 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 tres instancias administrativas, las instancias correspondientes del Poder Judicial, sumado a la defensa de 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. La cobertura de servicios de INDECOPI al interior del país es todavía deficitaria. Las 14 Oficinas Regionales se ubican en sólo 13 de los 24 departamentos del país. La presencia de INDECOPI en los departamentos faltantes será difícil de lograr a mediano plazo, por lo que, como ocurre en la experiencia comparada, debe involucrarse a los gobiernos regionales y locales que ya tienen competencias en materia de fiscalización vinculadas a la protección al consumidor.

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 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”*⁴⁸.

- e) El Arbitraje de Consumo fomenta la participación del sector empresarial y de los consumidores en la administración de la justicia de consumo. Una crítica frecuente del empresariado frente a decisiones desfavorables de INDECOPI ha sido el desconocimiento acerca 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 Presidente⁴⁹.

7. ¿Cómo poner en marcha el Sistema Arbitral?

En materia de defensa del consumidor, es infrecuente encontrar coincidencias. El Arbitraje de Consumo no es la excepción. Algunos -que necesariamente no son defensores del Código-

⁴⁷ En materia de reclamos de productos o servicios financieros, por mandato del Código, INDECOPI ahora debe solicitar obligatoriamente un informe técnico a la Superintendencia de Banca y Seguros en todos aquellos casos que sea necesario interpretar la Ley N° 26702.

⁴⁸ CARRASCO PERERA, Angel y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *“El arbitraje de consumo: la experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)”*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 195.

⁴⁹ Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007, Instituto Nacional de Consumo.

señalan que el arbitraje será una alternativa frente a la sobrecarga de procesos que afronta 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 de 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 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 del Sistema de Arbitraje de Consumo de esa claridad. No obstante, es posible aún encontrar soluciones a través del artículo 4° del Reglamento que faculta al Consejo Directivo de 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 tres 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 arbitraje⁵⁰.

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 arbitraje⁵¹. En los órganos arbitrales especializados, 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

⁵⁰ 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.

⁵¹ Además de reconocida solvencia e idoneidad profesional.

(“en caso de considerarlo necesario”⁵²) de las juntas arbitrales la participación de INDECOPI. Dicha situación ratifica la idea de que el sector privado participe en la administración de las juntas arbitrales.

Sin perjuicio de ello, INDECOPI sigue jugando un papel protagónico en la generación de capacidades técnicas en los árbitros, las juntas arbitrales y los gobiernos regionales y locales⁵³, así como en la armonización de criterios de interpretación de las normas legales⁵⁴.

d) Juntas arbitrales en INDECOPI

Es necesario llevar adelante la posibilidad prevista en el Reglamento de que 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 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-, 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) Reconvencción

La reconvencción 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 reconvencción 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 la Comisión de Protección al Consumidor. Por tanto, se propone instaurar una etapa de conciliación/mediación previa al inicio de un procedimiento arbitral.

h) Prohibición de acciones colectivas

La posibilidad de ejercitar acciones colectivas por la vía del arbitraje es mayoritariamente negada por la doctrina española⁵⁵, bajo el argumento

⁵² Artículo 8° literal b y Artículo 4 literal b.

⁵³ Artículo 4° literales b, c, d, f y j del Reglamento.

⁵⁴ Artículo 142° del Código.

⁵⁵ Diana Marcos hace un recuento de la doctrina que apoya esta posición. En DIANA MARCOS, FRANCISCO, Op. Cit., pp. 259 - 265.

de que el sistema arbitral está pensado para reclamaciones individuales, debido a su propia naturaleza. Se añade que el arbitraje como institución esencialmente voluntaria tiene efectos *inter-partes* mas no efectos *erga omnes*; lo que es incompatible con el régimen procesal de las acciones colectivas, cuyas decisiones gozan de eficacia general en relación con todos los perjudicados, independientemente de que se apersonen o no al procedimiento.

De otro lado, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *AT&T Mobility LLC vs. Vincent and Liza Concepcion*⁵⁶, ha tenido recientemente la oportunidad de pronunciarse sobre la viabilidad de arbitrajes para acciones de clase, aunque también indicando que este tipo de acciones quiebran la informalidad y celeridad de los arbitrajes volviéndolos más formales, lentos y costosos; que el Congreso cuando aprobó la *Federal Arbitration Act* en 1925 no pensó en la existencia de este tipo de arbitrajes; que el riesgo de error de una decisión, visto de manera agregada en una acción de clase, puede llegar a ser extremadamente perjudicial para el demandado, quien además tiene pocos recursos para lograr la nulidad del laudo; y, que incluso una baja probabilidad de una pérdida devastadora, presionaría a los demandados para arreglar reclamaciones dudosas.

i) 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 regiones⁵⁷, 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 actualmente remota, salvo excepciones.

Por ello, cobra especial fuerza la idea de que INDECOPI tome la iniciativa de constituir juntas arbitrales en sus sedes y Oficinas 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 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 materia, 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 a INDECOPI) la solución de una denuncia, costo que puede incluir tres instancias administrativas en INDECOPI, las instancias correspondientes del Poder Judicial, más la defensa judicial de 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.

8. ¿Los Procedimientos Administrativos a la papelerera de reciclaje?

Sin perjuicio de que el sistema debe apostar por el Arbitraje de Consumo, no debe perderse de vista que el arbitraje es una jurisdicción facultativa, cuyo uso dependerá de la confianza del sector empresarial, que podría decidir aun con todas las garantías del caso no acogerse al mismo, motivo por el cual es impostergable pensar en la reforma de las vías de carácter obligatorio para las empresas: los procedimientos administrativos y los procesos judiciales. A tal efecto, debe tenerse presente que el artículo VI del Título Preliminar del Código establece que el Estado garantiza a los consumidores el acceso a procedimientos judiciales y administrativos ágiles, expeditivos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños.

⁵⁶ N° 09-893. Decisión adoptada por mayoría el 27 de abril de 2011.

⁵⁷ Como también lo hacen las autoridades equivalentes a nuestros gobiernos regionales y locales en el sistema español.

Sin embargo, los procesos judiciales hoy en día están relegados por los consumidores, que no lo consideran un mecanismo efectivo para la resolución de sus disputas y la obtención de un posible resarcimiento, debido en parte a que estos mecanismos no están diseñados para ser accesibles y fáciles a los consumidores, es decir, no permiten que los consumidores conduzcan el procedimiento sin mayores formalidades, sin representación, ni ayuda jurídica. Al respecto, la OECD recomienda como opción para facilitar el acceso de los consumidores a mecanismos de tutela judicial efectiva de sus intereses, la creación de procedimientos judiciales *ad hoc*: *“procedimientos simplificados en tribunales para reclamaciones pequeñas, que ofrezcan a los consumidores la oportunidad de obtener una determinación judicial de su disputa a través de procedimientos expeditivos y menos formales que los procedimientos tradicionales en los tribunales. Esto puede incluir procedimientos simplificados en tribunales separados o tribunales de jurisdicción limitada o procedimientos simplificados en tribunales de primera instancia”*⁵⁸. Empero, la desconfianza de la ciudadanía en los jueces y la sobrecarga procesal del Poder Judicial, impiden, en este momento, su aceptación por sus posibles destinatarios y la eficacia de los procesos judiciales aun cuando simplificados.

De otro lado, los procedimientos administrativos deben ser replanteados para convertirlos en una herramienta verdaderamente útil para la tutela de los derechos de los consumidores. Por lo pronto, urge reducir el número de instancias en el procedimiento sumarisimo a una sola. Con la instancia única, el plazo de duración del procedimiento debe ser ampliado, a fin de disminuir la probabilidad de error que aumenta con el plazo brevísimo del proceso y, de este modo, asegurar un estándar de calidad aceptable en las decisiones administrativas, que solo podrían ser revisadas por el Poder Judicial. En este aspecto, un punto de discusión es si INDECOPI retiene su competencia en la solución de reclamos individuales que buscan la satisfacción de un interés particular o

debe invertirse a los gobiernos municipales de dicha competencia, en búsqueda de una mayor descentralización de la justicia de consumo. Lo que además permitiría a INDECOPI cumplir cabalmente su condición de autoridad rectora del sistema. En cualquier caso, INDECOPI debe conservar su facultad para seguir sustanciando procedimientos administrativos en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

No obstante, la verdadera reforma de la justicia de consumo empieza por tomar conciencia de que un consumidor gana muy poco con la reducción de los plazos en sede administrativa, cuando en el Poder Judicial le espera un largo tiempo de litigio. Según información difundida en un importante diario de circulación nacional, las Salas Contencioso Administrativas resuelven un caso hasta en dos años⁵⁹. Por ello, una sustancial mejora de la justicia de consumo requiere de una alta dosis de pragmatismo, que abandone su apego por aspectos conceptuales estrechos y estáticos, de valor exclusivo académico, que en definitiva conducirá a la parálisis de cualquier reforma. La legitimidad del derecho se pone a prueba cuando demuestra su capacidad para solucionar problemas reales, no para satisfacer el interés academicista de unos pocos. Si esa filosofía hubiera primado en los 90', INDECOPI seguramente no existiría. Cómo entender en aquella época que materias como la protección al consumidor o el derecho concursal, que eran de competencia exclusiva del Poder Judicial, pasen a ser de conocimiento previo por tribunales administrativos.

En ese orden de ideas, debe ser objeto de estudio el modelo colombiano de atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas para la resolución de conflictos entre particulares. Esta atribución reconocida constitucionalmente⁶⁰ es justificada por la doctrina en estos términos: *“En una bien entendida concepción del Estado, la separación funcional de las ramas del poder público no impide que ellas se colaboren armónicamente entre sí y puedan contribuir a la*

⁵⁸ Recomendación de la OECD sobre resolución de disputas y resarcimientos a los consumidores, adoptada el 12 de julio de 2007, p. 10.

⁵⁹ Diario El Comercio, 10 de agosto de 2011, sección Economía y Negocios. En dicha publicación, también se señala que las cinco Salas Contencioso Administrativas tienen 17 715 expedientes en trámite a junio de 2011.

⁶⁰ Constitución Política de Colombia

“Artículo 116°. - La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. (...)”

realización de los fines del Estado. Por ello en la organización política del Estado contemporáneo no resulta exótico apreciar al poder ejecutivo cumpliendo ocasionalmente labores legislativas o a la rama ejecutiva del poder público ejerciendo atribuciones jurisdiccionales (...) En el caso de la justicia algunos órganos del ejecutivo pueden prestar su concurso a la sociedad para contribuir a resolver contenciones o conflictos de derechos entre particulares, con mayor sentido de oportunidad y de especialización de su fallo, contribuyendo de esta manera a solucionar la endémica congestión de los tribunales⁶¹. Sobre esta base constitucional, se ha transferido a la Superintendencia de Industria y de Comercio atribuciones jurisdiccionales en prevención con los jueces, en algunos asuntos de protección al consumidor.

Ahora que se menciona una posible reforma de la Constitución de 1993, este tema debe ser incluido en la agenda constitucional para su debate. Una posible réplica del modelo colombiano podría ser el siguiente paso a las funciones cuasi-jurisdiccionales que actualmente realizan muchas autoridades administrativas en la solución de diferencias entre particulares. En materia de protección al consumidor, la posibilidad de que el INDECOPI ejerza función jurisdiccional en la solución de reclamaciones de consumo, de manera que sus decisiones no estén sometidas plenamente al control de la justicia ordinaria, implicaría un claro avance en la solución expeditiva de los conflictos de consumo.

Un eventual reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a INDECOPI traería consigo la obligación de profundizar las reformas tendientes a asegurar la independencia e imparcialidad de los funcionarios que se encarguen de ejercer función jurisdiccional, no solo durante el ejercicio de su función sino también en su designación. La Corte Constitucional Colombiana explica la importancia de que la actividad jurisdiccional venga aparejada de autoridades con atributos de independencia e imparcialidad para justamente distinguirla de los actos administrativos:

"(...) De un lado, el régimen constitucional se estructura sobre la idea de que todo acto estatal debe tener control, a fin de impedir la arbitrariedad. Sin embargo, la absolutización del imperativo de control tiene efectos

contraproducentes, ya que implica no sólo que todo acto debe ser revisable, sino que, a su vez, la actividad de control debe también estar sujeta a una nueva revisión, con lo cual los conflictos se vuelven interminables. Por ello, el Estado de derecho implica también la idea de que toda controversia debe tener un final, pues de no ser así, tampoco habría justicia, ya que toda solución sería provisional y estaría sujeta a revisiones ulteriores, con lo cual el derecho dejaría de cumplir la función pacificadora que le es consustancial. ¿Cómo compatibilizar entonces el control a las autoridades con la necesidad de que el ordenamiento establezca un fin a las controversias?

La respuesta dada por el constitucionalismo al anterior interrogante es la invención de la autonomía y la independencia judicial. En efecto, la independencia no es una garantía en beneficio del funcionario sino del ciudadano, pues se considera que el juez, al actuar exclusivamente con base en el derecho y gozar de independencia funcional, reúne los requisitos para que sus determinaciones, una vez decididos los recursos de ley, puedan ser definitivas, esto es, hacer tránsito a cosa juzgada, ya que se pueden presumir conformes al ordenamiento.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal. Así, la Ley puede atribuir fuerza de cosa juzgada a actos jurídicos proferidos por autoridades que reúnan los requisitos propios de un juez, esto es, que sean imparciales, independientes e inamovibles, mientras que vulneraría el principio según el cual todo acto estatal debe ser controlado que se diera esa misma fuerza a los actos de funcionarios organizados en una estructura administrativa, de suerte que se encuentran sometidos a instrucciones de sus superiores⁶².

De igual modo, requiere desvincular la labor de inspección (prevención) e instrucción de aquella otra referida a la resolución de conflictos, de manera que los funcionarios que resuelvan estos casos no sientan comprometida su imparcialidad

⁶¹ MARTÍNEZ, Nestor Humberto, *Sistemas financieros, Derecho financiero comparado*, Biblioteca Felaban (Federación Latinoamericana de Bancos), Bogotá, 1994, p.165.

⁶² Sentencia C-189/98 del 6 de mayo de 1998, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-189-98.htm> (consulta: 15 de agosto de 2011).

por la actuación previa realizada por la entidad. La Corte Constitucional colombiana ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el tema al juzgar la constitucionalidad de la norma atributiva de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y de Comercio en materia de protección al consumidor, a raíz de una demanda de inconstitucionalidad, cuyo principal argumento era que las labores de inspección, vigilancia, control e instrucción de la Superintendencia comprometerían su criterio de imparcialidad para juzgar los casos encomendados, debido a que la entidad pudo haber conocido algunos asuntos en ejercicio de sus funciones administrativas, y luego tendrá que conocerlos en virtud de sus funciones jurisdiccionales.

En la sentencia respectiva, la Corte consideró que el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por una entidad es admisible, en la medida que no sean lesionados los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia. En el caso concreto, la Corte declaró que la norma cuestionada superaba el análisis de constitucionalidad, pero condicionándola a que *“la estructura y funcionamiento de la Superintendencia sean ajustados para asegurar que no podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer funciones jurisdiccionales respecto de los casos de protección al consumidor, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de alguna de sus funciones administrativas, ya fuere inspección, vigilancia o control en la materia. Tales tareas deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, que no tengan relación alguna de sujeción jerárquica o funcional frente a quienes dictaron o aplicaron pronunciamientos en materia de protección al consumidor que se refieran directamente al asunto que se somete a su conocimiento”*⁶³.

9. Conclusiones

La autorregulación empresarial es la mejor forma de prevención en materia de consumo. Ello justifica que el Estado incentive la adopción voluntaria de las empresas de una serie de compromisos que garanticen la calidad y seguridad de los productos, a través de la adopción de Códigos de Buenas Prácticas que busquen mantener el equilibrio entre los intereses empresariales y los de

los consumidores.

Las empresas deben aprovechar la atención de los reclamos de sus consumidores, más allá de cualquier exigencia legal, como una herramienta competitiva que mantenga la confianza de los consumidores en sus productos y en la empresa. Una política de calidad bien entendida pone acento no solo en el proceso de venta del producto, sino en la solución rápida y satisfactoria de los reclamos de los consumidores.

Sin embargo, en aquellos casos que el consumidor no pueda encontrar una solución a su reclamo ante el mismo proveedor, el Estado tiene la obligación de proveer de medios eficaces para solucionar la controversia presente entre ambas partes. Estos medios tienen que ser proporcionales en términos de costos al monto en disputa. No es razonable que el Estado solucione un problema acontecido en una relación de consumo a un costo de S/. 2 000 sobre un bien cuyo valor es de S/. 100. En aquellos casos donde la sucesión de reclamos individuales evidencia la existencia de consumidores afectados por conductas homogéneas, lo más recomendable es la tramitación de estos casos a través de remedios colectivos que permitan un tratamiento global al problema cuyos beneficios se extiendan incluso a aquellos consumidores que no se hayan a personado al procedimiento.

El Arbitraje de Consumo se presenta en términos comparativos como el medio más eficaz en este momento 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, 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 INDECOPI ejerza un adecuado control sobre aquellas prácticas lesivas que afectan

⁶³ Sentencia C-1071/02 del 3 de diciembre de 2002, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1071-02.htm> (consulta: 15 de agosto de 2011).

una pluralidad de consumidores y asuma la rectoría del sistema de protección al consumidor.

La puesta en marcha del Arbitraje de Consumo necesita de una regulación que haga atractivo el sistema a los proveedores y no los espante; de lo contrario, el Arbitraje de Consumo difícilmente cobrará vida. Para ello, se requiere de una firme voluntad del Estado, que debe estar más allá de cualquier interés mediático o de cualquier posición ideológica sobre la protección al consumidor. 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.

Esta opción del Estado a favor del Arbitraje de Consumo debe ir acompañada de la reforma de los Procedimientos Administrativos, que debe enfocarse sobre todo en aliviar a los consumidores de la pesada carga de un conflicto interminable que transita por una serie de autoridades administrativas y judiciales en búsqueda de la inalcanzable solución definitiva.