



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE DE CONSUMO DENTRO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL PERÚ

Diego Cabrera-Araujo

Lima, marzo de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Cabrera, D. (2018). *La viabilidad del arbitraje de consumo dentro del Sistema de Protección al Consumidor en el Perú* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO



**“La viabilidad del arbitraje de consumo
dentro del Sistema de Protección al
Consumidor en el Perú”**

**Tesis que presenta el bachiller:
DIEGO CABRERA ARAUJO**

**Para optar por el título de:
ABOGADO**

**Lima – Perú
Marzo, 2018**

APROBACIÓN

Tesis titulada “*La viabilidad del arbitraje de consumo dentro del Sistema de Protección al Consumidor en el Perú*” presentada por Diego Cabrera Araujo en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Víctor Baca Oneto.

Director de Tesis

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: MARCO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO.....	5
1. El Derecho de Consumo como disciplina jurídica autónoma	5
A. Concepto de Derecho de Consumo.....	5
B. Contenido normativo.	9
C. ¿Es el Derecho de Consumo una disciplina jurídica autónoma?.....	10
2. La protección al consumidor: finalidades.	12
A. La Asimetría Informativa y sus efectos entre proveedor y consumidor.	12
B. Posibles efectos de la asimetría informativa en el mercado.....	14
C. El Derecho de Consumo como corrección de la asimetría informativa.	15
3. Antecedentes históricos.....	19
4. La relación de consumo en el Código.	23
A. La relación de consumo.	23
B. El consumidor.	26
C. Los derechos de consumidores.	30
D. El proveedor.....	31

CAPÍTULO II: LOS MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR35

- 1. Mecanismos de agilización de tutela de derechos.35
 - A. Los procedimientos administrativos en el Derecho de Consumo.....35
 - B. Los mecanismos de agilización en general.40
- 2. Los mecanismos de agilización en el sistema de protección al consumidor.....41
 - A. El procedimiento sumarísimo.....41
 - B. La conciliación extra judicial.43
 - C. El Servicio de Atención al Ciudadano.46
 - D. El libro de reclamaciones.47
 - E. El Arbitraje de consumo.....51
- 3. El arbitraje de consumo.52
 - A. Su regulación en el ordenamiento peruano.52
 - B. Estructura.52
 - C. Materia.53
 - D. Legitimidad activa y pasiva.....54
 - E. Objeto y finalidad del arbitraje de consumo.55

CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE DE CONSUMO59

- 1. La naturaleza jurídica del arbitraje de consumo.59
 - A. El arbitraje en general.59
 - B. Características del arbitraje de consumo en el Perú. .83
 - C. Diferencias y semejanzas entre el arbitraje convencional y el arbitraje de consumo.87
 - D. Arbitraje de consumo: experiencias comparadas. ...102
 - E. ¿Es, verdaderamente, arbitral el arbitraje de consumo?105

CAPÍTULO IV: LA VIABILIDAD DEL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL PERÚ.	111
1. La implementación del SARC.....	111
A. Costos de implementación	111
B. Viabilidad del arbitraje de consumo como alternativa al procedimiento ordinario y al proceso judicial. ...	116
2. Algunas posibilidades de modificación.....	122
A. Reconvención.....	122
B. Discriminación entre casos de menor y mayor relevancia.	123
C. Manera de acercar a proveedores y consumidores al SARC.	124
CONCLUSIONES	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
ANEXO: ENTREVISTA PERSONAL JOSE CARLOS VELA	137

INTRODUCCIÓN

A partir de las últimas décadas, el ordenamiento jurídico se ha transformado para incluir un conjunto de normas e instituciones que conforman lo que se puede denominar un sistema de protección al consumidor. En nuestro país, a la cabeza de dicho sistema se encuentra el Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual, el cual, como Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, tiene la competencia para conocer de las infracciones a la regulación en materia de consumo, así como gestionar los aspectos operativos de la protección al consumidor.

Este sistema posee una serie de características que lo convierten en una verdadera rama del Derecho: el Derecho de Consumo. Ello quiere decir que sus normas deben interpretarse a la luz del objetivo tuitivo para el cual han sido pensadas. Además, amerita la creación de mecanismos de resolución de conflictos especializados, con el objetivo de brindar mayor acceso a la justicia y asegurar la celeridad con la que se resuelven las controversias suscitadas al interior del sistema de protección al consumidor.

El presente trabajo se centra alrededor de uno de estos mecanismos específicos de resolución de conflictos: el Sistema de Arbitraje de Consumo (SARC). Este sistema fue implementado originalmente en España en la década de los noventa, y consiste en una estructura conformada por juntas arbitrales, el órgano arbitral y un registro general de proveedores adscritos, el cual es gestionado y

financiado por el Estado de forma descentralizada. En nuestro país, se este sistema fue creado través del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el año 2010, el cual, hasta la fecha, se encuentra en una etapa de implementación primigenia a través de un plan piloto creado por el Indecopi.

El objetivo de este trabajo es múltiple. Primero, intentamos mostrar el funcionamiento y operatividad del SARC dentro del sistema general de protección al consumidor y del Derecho de Consumo. Asimismo, nos proponemos profundizar en la naturaleza jurídica del arbitraje de consumo, especialmente en relación con el arbitraje convencional. En tercer lugar, se buscará mostrar los principales obstáculos y costos para la implementación del sistema en nuestro país. Finalmente, se buscará proponer algunas modificaciones al sistema para facilitar el cumplimiento de sus objetivos.

El primer capítulo estará centrado alrededor del concepto de Derecho de Consumo, sus contenidos y características. Analizaremos el concepto de Derecho de Consumo, así como el de sus principales elementos (relación de consumo, proveedor, consumidor, etc.) y su objetivo en relación con la asimetría informativa como un defecto inherente a los mercados. Realizaremos allí un breve recuento histórico de la protección al consumidor, y concluiremos con una breve exposición de los agentes involucrados en el Derecho de Consumo y sus deberes y derechos al interior de la regulación contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En el segundo capítulo, se ofrecerá una descripción de los diferentes mecanismos de resolución de conflictos que el sistema de protección al consumidor ha puesto a disposición de los consumidores. Es en este capítulo donde se introduce la exposición, con un nivel mayor de detalle, del SARC; donde se expondrá las características más resaltantes de este particular mecanismo de resolución de conflictos (estructura, materia, finalidades, etc.).

Posteriormente, en el tercer capítulo, se realizará un análisis de la institución del arbitraje convencional, presentando el debate sobre si este tiene una naturaleza jurisdiccional, principalmente; o primordialmente

contractual. A la luz de su regulación, se hará un recuento de las principales características y principios rectores que dan forma a la figura del arbitraje en nuestro país. Inmediatamente después, se utilizará el contenido antes detallado para determinar las más importantes diferencias y semejanzas entre el arbitraje de consumo y el arbitraje en sentido estricto. Con esto, veremos, luego de analizar ciertas experiencias comparadas, al final de este tercer capítulo, si es posible caracterizar al arbitraje de consumo como verdaderamente arbitral.

En el cuarto y último capítulo, comenzaremos por presentar lo que hemos llamado la dificultad en la implementación del SARC en nuestro país. Para ello, presentaremos los principales costos involucrados en dicha implementación, los cuales se expondrán de acuerdo a quién sea el que deba cargar con dichos costos. Estos deberán tenerse en cuenta al momento de gestionar la expansión del SARC más allá de su plan piloto.

Después, daremos cuenta de los incentivos económicos que proveedores y consumidores tienen para hacer uso de la vía que el SARC representa. Ello solo podrá comprenderse con la aplicación de lo que hemos llamado una perspectiva “dual”, que permita distinguir entre dos clases básicas de controversias de consumo. Haremos uso de esta distinción para enfrentar la pregunta de si el SARC representa una alternativa o un complemento a los mecanismos de solución de conflictos al interior del sistema de protección al consumidor.

Finalmente, el trabajo culminará con la propuesta de tres modificaciones al SARC, tal como ha sido hasta ahora configurado, las cuales tienen por objetivo facilitar su implementación y mejorar su eficacia. Estas modificaciones no requieren cambios legislativos importantes, por lo que, de tomarse en cuenta, su aplicación no sería extremadamente compleja; y han sido construidas sobre la base de lo expuesto a lo largo del presente trabajo.

Para la elaboración de la presente investigación se contó con la colaboración, en la forma de una entrevista personal, de José Carlos Vela, quien desde el año 2015 hasta setiembre de 2017 presidió la Secretaría Técnica del Junta Arbitral del Plan Piloto instalada en la sede central del Indecopi. Sus aportes se basan en su experiencia de primera

mano con el funcionamiento del sistema, y otorgan a la investigación un punto de vista cercano a la realidad concreta del SARC en nuestro país. La entrevista que brindó personalmente se encuentra transcrita y anexa a este trabajo.

CAPÍTULO I: MARCO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

En este capítulo se explicará cómo funciona el marco de protección al consumidor en el sistema jurídico peruano. Para ello, en primer lugar, se revisará conceptos básicos del Derecho de Consumo, tales como: el Derecho de Consumo como disciplina jurídica, las finalidades y justificación teórica de la protección al consumidor, un breve repaso de sus antecedentes históricos y, finalmente, el esquema de la relación de consumo de acuerdo con la legislación peruana.

1. El Derecho de Consumo como disciplina jurídica autónoma.

A. Concepto de Derecho de Consumo.

La primera idea que se podría asociar al Derecho de Consumo es que está dirigido a cierta clase de personas, los consumidores. Sin embargo, esta primera impresión es desacertada, y es que el Derecho de Consumo no es un derecho estatutario (i.e. no está dirigido a una clase de individuos), sino que busca proteger al consumidor en general, a sabiendas de que “todos los seres humanos somos consumidores e incluso las personas jurídicas pueden ser consideradas como consumidores dentro del marco conceptual de las previsiones de las leyes de protección de los consumidores.” (Durand Carrión, 2010, pág. 76)

Por lo tanto, la delimitación conceptual de lo que es el Derecho de Consumo sigue a la delimitación conceptual de lo que es el consumidor, no como una categoría especial de personas sino como todos los individuos humanos respecto de cierta relación: la relación de consumo. En pocas palabras, el Derecho de Consumo se define a través del “sujeto” de su protección.

El consumidor es la persona que ocupa una posición particular en una relación de consumo. Esta relación de consumo tiene un contenido económico reconocido por el derecho y donde se encuentra la justificación última del Derecho de Consumo. El consumidor como sujeto de esta relación, ha sido definido como

“Sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares (...) El consumidor pretende hacerse con el valor de uso de lo adquirido, sin intención alguna de emplearlo o integrarlo en su propia actividad laboral o profesional, es decir, no pretende utilizar directamente lo adquirido para obtener a su vez otros bienes o servicios. En el sentido expresado, pues, el consumidor se limita a participar en la última fase del proceso económico gozando, usando o disfrutando un determinado bien de acuerdo con sus características y su naturaleza, pero sin integrarlo en actividad productiva alguna.” (Lazarte Álvarez, 2010, pág. 55)

En este sentido, se puede determinar que dicho concepto entiende a todo consumidor como aquel sujeto que adquiere un bien o servicio para su aprovechamiento final. En otras palabras, es el sujeto que ocupa el último eslabón de la cadena de producción – consumo. Así, se puede apreciar lo que se afirmó inicialmente: el consumidor no es un sujeto especial de las personas en general, sino que es la persona en el punto final de la cadena de producción y consumo.

El concepto previamente enunciado es económico. Por lo tanto, si bien funciona como la base real en la cual se asienta el sistema jurídico, no es suficiente para los propósitos que perseguimos. Lo que

se requiere es un concepto jurídico que atienda a las funciones de este sistema para poder realmente llegar a la protección esperada.

Además de ser útil, como ya se indicó, para fijar conceptualmente los alcances del Derecho de Consumo en general, dicho concepto es especialmente relevante para la solución de casos límite, en los cuales el consumidor no es una persona natural o no necesariamente ocupa el último eslabón en la cadena de producción – consumo (pero se lo asimila al consumidor económico). Se analizará ahora estos dos supuestos límite.

En relación con la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor¹ (en adelante, el “Código”) ha optado por incluir a las personas jurídicas a través del Artículo IV, 1.1 en el cual comienza definiendo a los consumidores como “[l]as personas naturales o jurídicas (...)”, distinguiéndose nuestra legislación de otros sistemas normativos, en los cuales las personas jurídicas no están incluidas (Directiva Comunitaria 93/13/CEE).²

A pesar de esta diferencia con los ordenamientos jurídicos de otros países, es necesario notar en ellos que “no obstante el texto literal de su legislación define como consumidores sólo a las personas naturales, a nivel jurisprudencial han “ensanchado” este concepto, incluyendo a las personas jurídicas no lucrativas y a las pequeñas empresas.” (Espinoza Espinoza, 2004, pág. 28)

Asimismo, se hace una distinción, de manera excepcional, a las microempresas, las cuales han sido jurisprudencialmente reconocidas como sujetos de protección al consumidor por exhibir asimetría

¹ Este Código fue aprobado por la Ley N° 29571, con fecha 01 de setiembre de 2010. El Código reemplazó al D.L. N° 716, la Ley de Protección al Consumidor. En adelante, nos referiremos a este sencillamente como “el Código” o con las siglas CDPDC.

² Esta señala en su Artículo 2° la definición de consumidor: “toda persona física [natural] que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

informativa. Durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 716, se declaró como precedente de observancia obligatoria la Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI, la cual señala que:

“[e]l pequeño empresario, al sufrir los efectos de la desigualdad en la relación de consumo, califica, en ciertos casos específicos, como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Dichos casos específicos serán aquellos en los que la adquisición o el uso (...) se refieran a productos en los que no pueda esperarse un grado de conocimiento o especialización que haga desaparecer la desigualdad entre el pequeño empresario y el proveedor del bien o servicio de que se trate.”

Más adelante, a través de la jurisprudencia, se han ido refinando las condiciones para extender la protección a la microempresa, estas son: (i) si se trata de un microempresario, lo que se determina en base a los criterios establecidos por la Ley de Micro y Pequeñas Empresas (MYPES); (ii) si el producto o servicio está no relacionado con el giro propio del negocio; y, (iii) si es razonable considerar que el denunciante padece asimetría informativa en el caso concreto.

Independientemente de lo expuesto, el artículo IV. del Código de Defensa y Protección del Consumidor establece lo siguiente

“1. Consumidores o usuarios

- 1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
- 1.2. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.”

Bajo este escenario, si se combina la perspectiva económica con la perspectiva jurídica del consumidor, se puede concluir que la definición de consumidor no corresponde a una categoría de personas, sino que es predicable de cualquier persona que cumpla con ciertos criterios, como es la de estar al final de la cadena de producción-consumo. En otras palabras, el Derecho de Consumo es un conjunto normativo que busca proteger a esa persona en esa relación de consumo de las consecuencias perjudiciales de la asimetría informativa (y otras diferencias entre ella y su contraparte).

Por lo tanto, en la construcción de un sistema de protección al consumidor este conjunto de normas incluirá reglas con características específicas: serán normas de protección y defensa, específicas, preventivas, que ofrezcan soluciones colectivas y efectivas y con vinculación inter-normativa con otras disciplinas. (Durand Carrión, 2010, pág. 79)

B. Contenido normativo.

El sistema de Derecho de protección al consumidor incluye en primer y más importante lugar los derechos de los consumidores, los cuales, en el Perú, se encuentran recogidos, fundamentalmente, en el Título I del Código.

Además, se incluyen en dicho sistema regulaciones administrativas para ciertas formas de contratación y para la prestación de determinados servicios específicos. Por ejemplo, se incluye regulación de las llamadas cláusulas abusivas (artículos 49° y siguientes), así como regulación de los contratos por adhesión, formularios de contratación, servicios financieros, entre otros. Asimismo, se incluye la proscripción de métodos comerciales abusivos (Título III del Código).

Como es natural en el Derecho de Consumo, también se incluyen normas para la eficacia de estos derechos y regulaciones, que incluyen la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa; así como los procedimientos administrativos y procesos judiciales para su determinación. Como se verá más adelante, aquí se encuentran las

innovaciones más discutidas que trae este Código, siendo una de ellas el objeto central del presente trabajo.

“También son parte de este Derecho los mecanismos jurídicos que tratan de racionalizar y dirigir el comportamiento de los consumidores, el Derecho del Consumidor no es en esencia solamente un cuerpo normativo de protección directa al consumidor, sino también aquellas reglas de racionalización del consumo (...) porque en ellas el Estado interviene para beneficio e interés de la comunidad, aunque para algunos consumidores individuales estas normas les quiten soberanía en sus decisiones de consumo.” (Durand Carrión, 2010, pág. 81)

Recogiendo la pluralidad del contenido normativo, así como la necesidad de implementar mediante políticas públicas la protección al consumidor, nuestro Código ha optado por la creación del Sistema Integrado de Protección al Consumidor (artículo 132°) el cual se compone de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas para optimizar la actuación del Estado en garantía de la protección al consumidor.

C. ¿Es el Derecho de Consumo una disciplina jurídica autónoma?

Como se ha visto, el Derecho de Consumo y sus diversos contenidos responden a las necesidades del consumidor, el cual es cualquier ciudadano (incluso personas jurídicas) que se encuentre en una situación de asimetría informativa en el marco de una actividad de consumo. Cabe entonces preguntarse si el Derecho de Consumo es una disciplina jurídica autónoma o si puede ubicársele dentro de alguna otra rama del derecho.

A pesar de que algunos países aún no cuentan con una legislación especializada en protección al consumidor podemos afirmar – siguiendo a Durand – que

“[l]a autonomía del Derecho del Consumidor dimana mucho más de su contenido que de su propia forma de manifestación. La naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la

peculiaridad de sus sujetos y la originalidad de sus instrumentos que permiten formular una interpretación acorde a la problemática del consumo, definen claramente su autonomía.” (Durand Carrión, 2010, pág. 76)

La autonomía que se predica del Derecho de Consumo viene dada por la singularidad de la relación de consumo y, fundamentalmente, por el concepto de consumidor. Ahora bien, esta autonomía no acarrea como consecuencia que el Derecho de Consumo se encuentre aislado de otras disciplinas del derecho, sino que

“(…) de la propia organicidad y unidad del Derecho como Ciencia Social, resulta una serie de interrelaciones entre sus áreas más distanciadas de manera que con mucha mayor razón podemos afirmar que existe una interdependencia o una interactuación entre aquellas ramas que son más cercanas.” (Durand Carrión, 2010, pág. 75)

El Derecho de Consumidor, además, hace uso de conceptos de otras ramas de derecho. Por lo que se puede concluir que

“[e]l Derecho del Consumo, por tanto, es una disciplina mixta, que tiene como objeto a la relación de consumo que da entre un proveedor profesional y un consumidor en una situación de asimetría informativa, pero que incluye normas de Derecho público (constitucional y administrativo) y de Derecho privado (civil y mercantil), sin cuya interpretación conjunta no puede ser comprendido.” (Baca, 2013, pág. 20)

2. La protección al consumidor: finalidades.

A. La Asimetría Informativa y sus efectos entre proveedor y consumidor.

El artículo II del Título Preliminar del Código establece como finalidad que

“los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses.”

Como vemos, el Código concreta la protección al consumidor, no solo enfrentándose a las conductas y prácticas que afectan los legítimos intereses de los consumidores, sino también reduciendo la asimetría informativa. En este sentido, el artículo IV. 7. define la asimetría informativa como: “la característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.”

Se basa en la idea de que uno de los dos actores involucrados en el proceso desconoce información relevante que el otro actor sí posee, de tal forma que esta falta de información implica obstáculos para que el mercado del bien o servicio en cuestión opere eficientemente, y, en consecuencia, se generan costos adicionales, insuficiencias o racionamientos que, de no existir la mencionada asimetría de la información, no ocurrirían. (Chablé-Sangeado, 2006)

Entonces, la cuestión central en materia de asimetría informativa en las relaciones de consumo (que se manifiestan contractualmente) es que existe un problema de incentivo causado por alguna forma de información asimétrica, en la cual encontramos dos participantes que se encuentran en situaciones opuestas, un participante informado y un participante no informado. La asimetría “impide que puedan alinearse los objetivos de ambos participantes y genera incentivos para que la parte

informada (...) oculte una acción o información a la otra. Estas asimetrías pueden inducir ineficiencias en los mercados (...) que tienen efectos cuantitativos reales de significación.” (Villagómez, 1995, pág. 131)

En virtud de ello, podemos concluir que la información que se genera y que sirve de insumo para la toma de decisiones de un consumidor, se distribuye de forma asimétrica, provocando ciertos efectos, los cuales han sido clasificados económicamente como: selección adversa (o anti selección) y riesgo moral.

Mediante de la selección adversa se trata de describir “situaciones de “oportunismo precontractual” en que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala “calidad” de lo ofrecido por la otra parte, por lo que acaba suponiendo que lo más probable es la posibilidad peor, ya que, por lo general, es la más interesante para el otro agente.” (Perossa & Waldman, 2004, pág. 3)

Como vemos, el problema de selección adversa surge antes de iniciar la relación contractual, teniendo lugar cuando una de las partes (el proveedor) posee información relevante desconocida por la otra (el consumidor) de forma que la primera realiza el proceso de decisión y la transacción en superioridad de condiciones. “El resultado en este tipo de situaciones es que productos de distinta calidad pueden ser vendidos al mismo precio debido a que el comprador no tiene la información suficiente para discriminar entre uno y otros.” (Gómez, 2008)

El otro efecto de la asimetría informativa, como ya hemos mencionado líneas arriba, es el riesgo moral. Así como la selección adversa se relaciona con asimetrías de información ex -ante, una vez iniciada la relación entre las partes la asimetría de información ex -post, es decir, sobre las actuaciones futuras de unas de las partes, ocasiona el problema conocido como riesgo moral, el cual es apreciable cuando “una parte de la transacción puede adoptar determinadas acciones que afectan a la valoración que la otra parte ha hecho de la transacción, pero que esta no puede controlar perfectamente. (...) Beaver (1989) considera como formas típicas del riesgo moral el fraude, la evasión de fondos.” (Gómez, 2008)

De esta manera, hemos establecido un concepto de asimetría informativa y sus consecuencias económicas para los participantes, el cual justifica que el Código mencione su reducción dentro de sus objetivos. Esto es así, porque la reducción de la asimetría traerá como consecuencia un clima más equitativo entre el consumidor y el proveedor. En la siguiente sección veremos los posibles efectos que la asimetría informativa puede ocasionar en un mercado.

B. Posibles efectos de la asimetría informativa en el mercado.

Podemos clasificar los efectos negativos de la asimetría informativa, siguiendo a Michael Furmston y Jason Chuah, en tres grandes categorías: (i) Prácticas de comercio; (ii) Información al consumidor; y, (iii) Estándares de ejecución (Chuah & Furmston, 2010, págs. 377-378).

Respecto al primer problema, podemos encontrar prácticas que involucren engaño o presión excesiva sobre el consumidor que pueden darse en diversas etapas de la relación de consumo. Por ejemplo, hay prácticas prohibidas en la etapa de publicidad previa a la contratación, durante la negociación y ejecución del contrato, así como en la etapa posterior a este.

En relación con la información al consumidor, “una de las principales razones para la intervención legislativa en favor de los consumidores es que puede haber deficiencias de información que resulten en fallas de ineficiencia del mercado”³ (Chuah & Furmston, 2010, págs. 377-378). En ese sentido, la ley busca permitir al consumidor disponer de la información necesaria para tomar una decisión racional, lo cual constituye un elemento importante para las transacciones de un mercado eficiente.

Finalmente, la última categoría de los problemas de mercado generados por la asimetría informativa es la de los llamados estándares

³ Texto original en inglés: “one of the primary reasons for legislative intervention in favour of consumers is that there may be information deficiencies that result in inefficient market failure”

de ejecución. Se trata de estándares a los cuales el proveedor se encuentra sometido, y que debe cumplir durante la ejecución del contrato. Se encuentran en el contenido mismo de dicho contrato, de manera explícita e intrínseca, bien acordados por las partes o introducidos forzosamente por la ley (como la responsabilidad por productos defectuosos que tiene todo proveedor que los introduce en el mercado).

C. El Derecho de Consumo como corrección de la asimetría informativa.

Ha quedado establecido que la asimetría informativa genera diferencias entre consumidores y proveedores que, de no existir regulación del consumo, traerían perjuicios considerables en contra de los consumidores.

En este sentido, es un rol fundamental del Estado brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren de cualquier desigualdad.⁴ De esta manera, el Estado debe crear los mecanismos suficientes para corregir esta desigualdad que se genera entre proveedor y consumidor.

En línea con lo anterior, la Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI ha establecido que

“[e]l mandato constitucional del artículo 59 no se limita a reconocer la desigualdad existente en la sociedad sino que adopta una posición favorable a los sectores que sufren los efectos de dicha desigualdad, (...) como instrumento de superación de dicha desigualdad.”

⁴ Artículo 59° de la Constitución Política del Perú. - “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”

La protección que el Derecho de Consumo brinda se da, en primer lugar, mediante los mecanismos de prevención, mecanismos que reemplazan lo que en todo caso sería una demanda por responsabilidad civil, y que son más ágiles, rápidos y más efectivos previniendo conductas abusivas. Esto significa que es

“(…) particularmente importante tomar acción preventiva en los casos en los que los consumidores estén involucrados en vez de dejar que persigan sus propios intereses puesto que su falta de conocimiento, experiencia y poder de negociación hacen más probable de que sean embaucados por prácticas engañosas, obligados por prácticas agresivas o coercitivas y será menos probable que protejan sus intereses, en comparación con un cliente comercial.”⁵ (Chuah & Furmston, 2010, pág. 384)

Estos mecanismos son tanto más importantes considerando que muchas veces el valor de las transacciones es bastante menor a los costos que demandaría un procedimiento legal. Incluso en el caso de transacciones de alto valor, el consumidor carece con frecuencia de la capacidad de soportar una adquisición forzada producto del engaño, mientras que un proveedor “puede ser capaz de absorber este costo mediante pequeños ajustes a ganancias o mediante seguros.”⁶ (Chuah & Furmston, 2010, pág. 384)

La protección no solamente busca agilizar las soluciones jurídicas en las controversias surgidas entre consumidor y proveedor. En materia de calidad, existe el objetivo de “garantizar un cierto nivel básico de valor por dinero y la seguridad independientemente de la información

⁵ Texto original en inglés: “particularly important to take preventive action where consumers are concerned rather than leave them to pursue their own interests as the consumer’s lack of knowledge, experience and bargaining power make it more likely that they will be deceived by misleading practices, pressured by aggressive or coercive practices and will be less likely than a business customer to be able to protect their interests”.

⁶ Texto original en inglés: “might be able to absorb that cost by small adjustments to profits or by insurance”.

proporcionada al consumidor.”⁷ (Chuah & Furmston, 2010, pág. 385). En otras palabras, el Derecho de Consumo no busca imponer un mínimo de calidad (sí, en todo caso un mínimo de seguridad) sino que busca establecer una relación más o menos equitativa entre valor y su contraparte, el precio, no mediante el control de cualquiera de ambos factores, sino buscando asegurar una relativa correspondencia entre ambos, en relación con el producto o servicio ofrecido.

Podemos identificar entonces justificaciones al Derecho de Consumo en razones de interés público-social. En otras palabras, la necesidad de transferencias de costos de consumidores a proveedores basada en la mejor posición del proveedor para afrontar dichos costos.

Esto último ha sido expuesto por Peter Cartwright quien señala que: "Algunos comentaristas han examinado la justicia distributiva desde la perspectiva de una transferencia desde el proveedor hacia el consumidor, bajo la suposición de que este último es la parte débil. La desigualdad en la capacidad de negociación entre proveedores y consumidores, en particular, ha sido usada para justificar las medidas distributivas.”⁸ (Cartwright, 2004, pág. 28).

Hemos visto entonces que la principal razón para la protección al consumidor son las desigualdades entre proveedor y consumidor, así como los costos excesivos que podría traer para el consumidor esta desigualdad. Sin embargo, existe además otro rol que cumple el Derecho de Consumo, el cual es la protección del sistema de mercado eficiente y libre, cuya principal característica, como es bien sabido, es la competencia.

⁷ Texto original en inglés: “guarantee a certain basic level of value for money and safety irrespective of the information provided to the consumer”.

⁸ Texto original en inglés: “Some commentators have examined distributive justice from the perspective of a transfer from trader to consumer on the assumption that the latter is the weaker party. Inequality of bargaining power between traders and consumers, in particular, has been used to justify distributive measures”.

Los derechos de información (que forman parte del Derecho de Consumo) juegan un rol crucial en el aseguramiento de la competencia. G. Akerlof ha desarrollado el argumento alrededor de la venta de autos de segunda mano, de la siguiente forma. Asumiendo que la demanda para autos usados depende fundamentalmente de su precio y calidad, concluyó que la capacidad de los proveedores de colocar productos de menor calidad en un mercado haciéndolos pasar como productos de una mayor calidad, acaba tarde o temprano con los negocios que ofrecen una mayor calidad. En otras palabras, “el costo de la deshonestidad (...) radica no solamente en la cantidad por la que se engañan al comprador; el costo debe incluir también la pérdida derivada del desplazamiento de los negocios legítimos fuera del mercado.”⁹ (Akerlof, 1970, pág. 495)

Ahora, el mantenimiento de la competencia en el mercado depende de la acción del Estado para mantener las características, como la relativa transparencia en la información, que la hacen posible: “sin un estado dispuesto o capaz de definir y proteger los derechos de propiedad, hacer cumplir contratos e impedir transacciones involuntarias, mantener un medio circulante, así como reducir el comportamiento monopolista y anticompetitivo, no existe mercado en ningún sentido real o significativo”¹⁰ (Hutchinson, 1997).

Por lo tanto, el libre mercado depende de sistemas jurídicos para controlar la acción de los agentes que operan en él.

El Derecho de Consumo, así como determinadas reglas presentes en el Derecho Civil, Derecho Penal y demás ramas del derecho, tiene como función, además de la referida a la justicia entre las partes involucradas en un conflicto particular, el sostenimiento del sistema económico. La diferencia con estas otras ramas es que, para el Derecho

⁹ Texto original en inglés: “The cost of dishonesty, therefore, lies not only in the amount by which the purchaser is cheated; the cost also must include the loss incurred from driving legitimate business out of existence”

¹⁰ Texto original en inglés: “Without a state willing or able to define and protect property rights, enforce contracts and prevent involuntary transactions, maintain a circulating medium, and curtail monopoly and anti-competitive behaviour, there is no market in any real or meaningful sense”

de Consumo, esta es una finalidad esencial y básica, mientras que para las otras es tangencial.

En conclusión, el Derecho de Consumo, al forzar a los proveedores a brindar información relevante, no solo protege a los consumidores de manera directa, sino que indirectamente lo hace al mercado del cual todos se benefician. Por un lado, protege individualmente a los consumidores antes, durante y después de la ejecución de los contratos de consumo y, por otro, asegura el funcionamiento adecuado de la competencia y el mercado. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en el Principio de Soberanía del Consumidor recogido en inciso 1 Artículo V del Título Preliminar del Código, el cual señala que: “Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.”

De la misma manera, el objetivo de propiciar la competitividad en los productos ha sido recogido como una de las políticas públicas expresada en el artículo VI de dicho Título preliminar donde se señala, en el inciso 10, que: “El Estado promueve la calidad en la producción de bienes y en la prestación de servicios a fin de que éstos sean idóneos y competitivos.”

3. Antecedentes históricos.

El Derecho de Consumo, tanto como disciplina como conjunto normativo existe únicamente desde la época moderna, ya que, si bien existían conflictos en el tráfico mercantil durante la época romana y medieval, estos se resolvían aplicando el derecho comercial y civil.

Sin embargo, hubo un hito que marcó los inicios de lo que ahora conocemos como Derecho de Consumo: la Revolución Industrial del S. XIX, la cual pone fin al modelo económico liberal que adscribía al principio “*laissez faire, laissez passer*” (“dejar hacer, dejar pasar”), el cual se caracteriza por la promoción de contratos en ausencia de intervención de terceros, en estricto, del Estado.

Con el auge de la Revolución Industrial, los países que la lideraron se convirtieron también en la cuna del Derecho del Consumo propiamente dicho, pues ante la producción masiva surge un comprador también masivo, que poco a poco asume una nueva denominación: “consumidor.”

Bajo este escenario, surge el movimiento de consumidores que no es otra cosa que asociaciones de consumidores, siendo Inglaterra la cuna del mismo a finales del S. XIX, asociado con los primeros planteamientos del movimiento socialista y brotando como protesta por las lamentables condiciones del sector obrero. En Estados Unidos se constituyen las primeras Ligas de Consumidores en la última década del S. XIX; sin embargo, es hasta la década de 1930 cuando surgen las grandes organizaciones: *Consumers Union* y *Consumers Research*. Posterior a la segunda guerra mundial el movimiento empieza a extenderse a otros países de desarrollo creciente (Saucedo Soto, págs. 2-3).

El nacimiento oficial del Derecho de Consumo se dio después de la Segunda Guerra Mundial, pues en 1947 se estableció el Consejo de Consumidores de Dinamarca. Posteriormente, en Francia se creó el *Bureau* de la *Consommation*. En la República Federal de Alemania también se desarrolló enormemente la protección a los consumidores gracias a las asociaciones de estos y también a jurisprudencias innovadoras, creándose en 1960 la Asociación Alemana de Consumidores. En el Reino Unido, destaca la Comisión para mayor protección de los consumidores cuyo fruto fue el *Molony Report* (Acedo Penco, 2000, pág. 25).

No obstante, se reconoce que el gran protagonista del salto del consumidor a un estatus específico fue el presidente John F. Kennedy, quien en su mensaje al Congreso el 15 de marzo de 1962 señaló: “Los consumidores, todos nosotros por definición, representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tenida en cuenta” (Reyes Lopez, 1999, pág. 22).

Aquel 15 de marzo, Kennedy formuló y propuso cuatro derechos básicos de los consumidores que se mantienen hasta nuestros días: el derecho a la información, el derecho a la seguridad, el derecho a escoger y el derecho a ser escuchado.

La explicación de este cambio de enfoque producido en la segunda mitad del siglo XX, cuando surge propiamente el Derecho de Consumo, trascendiendo las teorías de responsabilidad por productos defectuosos, se debe a la masificación de la producción y del consumo, pues de la mano de estos fenómenos económicos se transforma la manera en que los consumidores y proveedores interactúan. Se pasó de relaciones o tratos directos a transacciones estandarizadas y despersonalizadas, por medio del auto-servicio, las máquinas expendedoras o, más recientemente, por medios electrónicos. Por esta causa es que se desarrollan los pilares fundamentales de la protección al consumidor como son la responsabilidad objetiva del proveedor, la obligación de retirar y tomar medidas suficientes de los productos que conlleven riesgos, así como el ofrecimiento de garantías implícitas, todas las cuales se aplican hoy día en Perú.

Tomando como referencia el mensaje de Kennedy, en 1983, veintiún años después la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el 15 de marzo como el “Día Mundial de los Derechos del Consumidor” y posteriormente, a partir de 1985, dicho organismo internacional ha adoptado lineamientos generales para la protección de los consumidores a nivel mundial.

En el Perú, la evolución histórica de la protección al consumidor es algo más tardía y con notas características singulares. En efecto, mientras en el primer mundo las normas de protección al consumidor fueron una consecuencia de la industrialización y la masificación de la producción y del consumo, en nuestro país se debió más bien a la crisis económica que se suscitó en la década de 1980. La primera norma sobre el particular fue el Decreto Supremo N° 036-83-JUS de fecha 22 de julio de 1983, llamado “Normas de Protección a los Consumidores” y, dado el contexto, no extraña que se haya publicado con el siguiente título: “Dicta medidas extraordinarias en materia económica en defensa de los consumidores” y su primer considerando refiere: “Que dada la crítica

situación económica por la que atraviesa el país, es necesario dictar medidas extraordinarias en materia económica en defensa del interés de los consumidores (...).”

En el texto de esta norma no es difícil encontrar expresiones como “prohibición de venta a precios no autorizados”, “adulteración” o “acaparamiento”, propios de una economía no sólo en crisis, sino intervenida ampliamente por el Estado. Esta norma tuvo una vigencia de 8 años, pues en el año 1991 y con una apertura hacia un modelo económico liberal se promulgó el Decreto Legislativo N° 716, más conocido como Ley de Protección al Consumidor, el mismo que con numerosas modificaciones siguió vigente por 19 años, pues el 15 de julio de 2010 el Congreso de la República aprobó a nivel de Comisión Permanente el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el mismo que posteriormente fue promulgado por el Poder Ejecutivo y entró en vigencia el 03 de setiembre de 2010.

El Código renovó la normativa de protección al consumidor pues trajo aspectos novedosos, destacando la ampliación de la definición de consumidor respecto a lo que señala la norma anterior, pues ahora además de las personas naturales también las personas jurídicas pueden ser consideradas consumidores o usuarios. Asimismo, se ha incorporado dentro de este estatus al que, sin haber adquirido, utilizado o disfrutado un producto o servicio se encuentra expuesto a una relación de consumo, por ejemplo, aquella persona que sin haber contratado aún el servicio de un restaurante sufre un robo en el estacionamiento del establecimiento, o el que sin haber aún contratado los servicios de un hotel sufre lesiones consecuencia de un resbalón en el piso mojado de la recepción. A este tipo de consumidor la doctrina lo denomina “consumidor equiparado” y en la nueva ley éste consumidor está protegido por el paraguas legal del Derecho de Consumo. Esto se explica, en la medida que sin que el consumidor haya contratado éste ya se encuentra en la “esfera” de dominio del proveedor.

De igual modo, la propuesta normativa considera consumidor al destinatario de los mensajes publicitarios sin necesidad que éste haya contratado efectivamente el producto o servicio publicitado.

Analizando la cuestión desde una perspectiva histórica, vemos como se evidencia una paulatina progresión a la creación de un sistema de protección al consumidor, en contraste con la existencia de simples medidas regulatorias. En otras palabras, el proceso histórico de reconocimiento del consumidor como sujeto que requiere de la tutela del Estado ha desembocado en la existencia actual de políticas públicas integrales que tienen al consumidor como sujeto de protección.

En secciones posteriores de este trabajo, estudiaremos un mecanismo de solución de conflictos entre proveedores y consumidores que responde a una política pública integral, y que representa por ello, un avance de enorme envergadura respecto de los antecedentes históricos aquí anotados; y solo puede comprenderse dadas las características que actualmente exhibe el Derecho de Consumo: un concepto extenso de consumidor, un objetivo claro de protección, la búsqueda de integración entre los distintos agentes involucrados en el mercado de consumo (proveedores, consumidores, asociaciones de consumidores, administraciones regulatorias, gobierno – central, regional y local – y sociedad civil), el interés por la eficiencia en la resolución de los conflictos y la existencia de políticas públicas transversales.

4. La relación de consumo en el Código.

A. La relación de consumo.

Como ya se ha visto en la sección anterior, el concepto de la relación de consumo es, fundamentalmente, económico. Sin embargo, para que el sistema de consumidor sea operativo la ley necesita de una definición que sea útil a sus propósitos.

En ese sentido, el Artículo IV. 5. del Título Preliminar del Código define a la relación de consumo como: “la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.” Cabe señalar que el Código extiende su protección a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.

Además, el Código señala que, pese a no haber una contraprestación económica, están comprendidas las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo (Artículo III. 3. del Título Preliminar).

Por lo tanto, estructuralmente, existen dos agentes que constituyen una relación de consumo: el proveedor y el consumidor, cuyos conceptos analizaremos en la sección siguiente. Sin embargo, la justificación del Derecho de Consumo y la protección que se ofrece al consumidor se basan en los riesgos inherentes a la relación económica existente entre proveedor y consumidor (que dependen de la asimetría informativa), y esta asimetría y sus efectos no están restringidos únicamente al que adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio.

En consecuencia, pese a que la definición de la ley es restringida, la jurisprudencia administrativa, en aplicación del principio Pro Consumidor (Artículo V.2.), ha extendido la protección del Derecho de Consumo a quienes son o pueden ser afectados por una relación de consumo actual o potencial.

Por ejemplo, en la Resolución 2721-2012/SC2-INDECOPI, la Sala estableció como criterio que, de una interpretación literal de las definiciones contenidas en el Código “podría inferirse que únicamente aquellas personas que adquieran, utilicen o disfruten el producto o servicio ofrecido por el proveedor, esto es, que se encuentren inmersas en una efectiva relación de consumo, calificarían como consumidores” (Considerando 13°), no obstante, teniendo en cuenta “que la lógica de las normas de protección al consumidor no coinciden necesariamente con aquellas que guían el derecho civil contractual o el sistema de responsabilidad civil, sino que tiene un cariz distinto, (...) debido a la vocación de dichas normas de otorgar una “especial protección” a los consumidores, en fiel cumplimiento del artículo 65° de la Constitución” (Considerando 14°).

En la Resolución citada líneas arriba, la Sala también enumera una serie de posibles abusos a los que está sometido un garante quien, como ya se vio, estrictamente hablando, no se encuentra en la relación de consumo pero que puede ser afectado por ella. Por ejemplo, con cobros

indebidos, negativas a brindar información sobre deudas, reportes indebidos ante centrales de riesgos, etc. (Considerando 16°).

Un razonamiento semejante puede encontrarse en la Resolución 1043-2013/SPC-INDECOPI, en la cual la Sala señaló respecto de un tercero en un seguro de responsabilidad civil, que este estaba amparado bajo la protección del Código.

Por su parte, autores como Espinoza Espinoza, han señalado que

“(…) la relación de consumo se da “durante y después de contratar” y no “antes” (...), [esta] no decide, de manera única y exclusiva, el ámbito de aplicación del Derecho de consumidor, por cuanto (...) existen supuestos fuera de la relación de consumo que merecen protección por esta disciplina (...), por ejemplo, la discriminación en los locales abiertos al público (...), los métodos comerciales coercitivos (...), o la publicidad relativa a promociones (...). [E]l común denominador de estos casos es la no configuración de una relación de consumo.” (Espinoza J. , 2012, pág. 92)

Esta afirmación no parece ser del todo exacta, dado que las protecciones que están referidas a la discriminación en los locales abiertos al público, los métodos comerciales coercitivos y publicidad sí constituyen reglas de relación de consumo ya que el consumidor discriminado o destinatario de las promociones, entre otros, se encuentran potencialmente inmerso en una relación de consumo. En otras palabras, tanto la existencia de locales abiertos públicos, existencia de publicidad y diversos métodos comerciales son prácticas orientadas a la generación de relaciones de consumo efectivas, y es por eso que también se encuentran reguladas por el Código. Por ello, se puede concluir, contra Espinoza Espinoza, que las relaciones de consumo son el criterio de delimitación del ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor.¹¹

¹¹ Cfr. Artículo III.1. del Código

A continuación, se analizarán los dos elementos subjetivos de toda relación de consumo, esto es, el proveedor y consumidor, y sus respectivos derechos y obligaciones.

B. El consumidor.

Como ya hemos hecho referencia, una de las partes de la relación de consumo es propiamente el consumidor el cual el Código en su artículo IV del Título Preliminar lo define como

“1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.”

El objetivo del Código al definir al consumidor es contraponer a este frente al que consume para su actividad comercial y/o profesional. Es decir, no hace una diferencia propiamente dicha entre una persona natural y una jurídica, sino que incluso esta última puede calificar como consumidor, siempre que el producto o servicio que adquiere no sea destinado para los fines de su actividad como proveedor.

El consumidor, como usuario final del producto o servicio adquirido, no solamente es quien lo usa personalmente, “sino que puede

haber sido adquirido para un uso colectivo, ya sea la familia o un grupo social inmediato.”¹²

Cabe indicar que el concepto de consumidor adoptado por nuestra legislación guarda relación al de otros ordenamientos. Por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de España

“considera consumidores o usuarios a quienes “adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones.” La noción legal, por tanto, incluye tanto al denominado consumidor jurídico o de derecho -quienes adquieren- como al denominado consumidor material o de hecho -quienes utilizan o disfrutan.” (Echaide & Lara, 2006, pág. 45)

Como vemos, la definición del consumidor no solo se restringe a quien adquiere un bien, producto o servicio, sino al que es el usuario final. ¿Por qué no simplemente se considera consumidor a cualquiera que adquiere un producto? Porque se desea proteger a los verdaderos consumidores, a los últimos en la cadena de consumo.

“En principio, no se desea proteger (...) a los proveedores o comerciantes porque se considera que los proveedores poseen mayor cantidad y calidad de información que los consumidores. Así, son los consumidores (finales) los que se encuentran en desventaja frente a los proveedores; esto es lo que se conoce como asimetría informativa.” (Maraví, 2013, pág. 33)

En otras palabras, tenemos un concepto restringido de consumidor, que es el contractual, y un segundo concepto, que podríamos llamar económico, que incluye a los usuarios de los productos y servicios. De un tiempo a esta parte, se ha discutido la existencia de un tercer concepto, también económico, pero más amplio que el segundo. En este se incluirían, no solamente quienes participen contractualmente de la relación de consumo o se beneficien con su objeto, sino también aquellos expuestos a esta relación y sus efectos.

¹² Resolución 422-2013/TDC-INDECOPI, referencia omitida.

Lo cierto es que existen muchos efectos en una relación de consumo y que alcanzan a incontables individuos. Obviamente, no todas esas afectaciones serán pasibles de protección bajo el derecho del consumidor, en el entendido de que quienes no han participado de la relación de consumo son solo *bystanders*, individuos que fortuitamente fueron afectados por ella. El tercer concepto incluiría a algunos de estos *bystanders* en la categoría de consumidor.

Por ejemplo, a partir del 2008, el artículo 1° de la Ley 24.240, en Argentina, señala en su segundo párrafo que “se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.” Aunque esta disposición normativa necesita jurisprudencia para su concreción, parece sugerir la implementación del concepto más amplio de consumidor.

La ley argentina guarda semejanzas con el artículo 2° del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el cual señala que: “brinda la protección del sistema a aquellos sujetos que – en sentido estricto – no encajarían conceptualmente como destinatarios de la tutela legal, pero esa legislación no los considera consumidores, sino que los hace acreedores de la misma protección que al consumidor.” (Estigarribia & Piris, 2011)

En contraposición, como ya se ha visto en la definición de consumidor que realiza nuestro Código, no están involucrados los que puedan sufrir algún daño por la relación de consumo sino solo aquellos que participan de la relación en sí. Sin embargo, el Indecopi, a través de su jurisprudencia ha hecho explícita la implementación del concepto más amplio de consumidor, fundamentalmente, en la decisión recaída en el Expediente 0641-2013/SPC-INDECOPI, en la que señala en su considerando 23 lo siguiente:

“(…) una lectura constitucional de [el Título Preliminar del Código] implica tutelar no solo a los sujetos que se encuentran dentro de una relación de consumo sino también a quienes están

expuestos directa o indirectamente a los efectos la misma, tal como quienes reciben en su domicilio requerimientos de cobranza en relación a la deuda de terceros. Ello, en la medida que pese a no configurar deudores del saldo (...) al consignarse su domicilio como el del moroso, tales personas se hallan expuestas al emplazamiento procesal de demandas judiciales (...) la anotación de órdenes judiciales en el registro de propiedad inmueble, la ejecución de medidas cautelares (...) y la afectación a su imagen crediticia, entre otros.”

Este precedente involucra la adopción del criterio más amplio de consumidor por parte de la autoridad nacional. No existe aún el desarrollo específico de cuales son exactamente los criterios para discriminar entre los afectados por la relación de consumo y los *bystanders*. Los hechos materia de la resolución antes citada, contenían una conducta activa por parte de los proveedores, y este podría ser un criterio utilizado para la inclusión o no de cierto *bystander* en el concepto de consumidor.

Como un comentario adicional, en referencia a la experiencia del *Common law*, baste señalar que en ella, la protección al *bystander* se ha dado más bien como una extensión o consecuencia de la *Strict Liability* (*Strict Products Liability to the Bystander: A Study in Common Law Determinism*, 1971) por lo que se encuadra dentro de la protección del derecho de la responsabilidad civil, lo cual escapa al derecho del consumidor y su protección.

En conclusión, podemos ver que sujetos que, en principio, no son consumidores o beneficiarios de una relación de consumo reciben protección, lo cual termina de configurar un concepto de consumidor bastante amplio, y de tres capas. En la primera capa tenemos al consumidor contractual, en la segunda al consumidor beneficiario; y en la última capa, el consumidor expuesto. En nuestro país esto se ha concebido como una consecuencia del principio pro consumidor.

C. Los derechos de consumidores.

Los derechos de los consumidores están enumerados en el artículo 1° del Código. Dicha enumeración no es taxativa, pero recoge la mayor parte de los derechos contenidos en el Código y otras leyes. Dichos derechos incluyen, como los más importantes, el derecho a la información, a la idoneidad, a la no discriminación, a la protección de su salud y seguridad, a la protección de sus intereses económicos contra cláusulas abusivas y otros métodos comerciales proscritos, el derecho a la asociación con el fin de la protección colectiva de sus derechos y el derecho a que sus derechos estén protegidos mediante procedimientos eficaces y ágiles, de mínimas formalidades, de bajo costo o gratuitos.

Es preciso detenernos un momento a analizar los dos derechos (fuera del ámbito procedimental) más importantes para el sistema de protección al consumidor: idoneidad e información.

“La idoneidad se define como la correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función de lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida o a las características y naturaleza del producto, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. Así mismo, la idoneidad está en función de la naturaleza del producto y su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. La idoneidad y la información está, por tanto, estrechamente vinculadas. Sin embargo, esto no nos debe llevar a entender que el único parámetro para determinar la idoneidad de un producto es la información recibida, pues la primera también está en función de las expectativas del consumidor, las cuales dependen de la naturaleza del bien.”¹³
(Baca, 2013, págs. 36-37)

De lo anterior se infiere que los derechos a la información y a la idoneidad son complementarios, aunque esto no agota todo su contenido. Específicamente, respecto de la información debemos de tener en cuenta que un proveedor no está obligado a brindar toda la información sobre un

¹³ Referencia omitida.

bien o servicio, después de todo, dicha información en buena medida corresponde a secretos industriales o mecanismos de producción que deben mantenerse privados en un mercado competitivo.

La información que sí está obligado a transmitir es la que, según la naturaleza del producto o servicio, sea relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión o realizar una elección de consumo, así como para realizar dicho consumo de forma apropiada y segura.

Es oportuno establecer que la información relevante debe ser entendida como “toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos sustancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.” (Maraví, 2013, pág. 35)

D. El proveedor.

El Código señala la definición legal de proveedores a través del artículo IV.2., la cual queda configurada de la siguiente forma

“Proveedores. - Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes. - Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

3. Importadores. - Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
4. Prestadores. - Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.”

Entonces, el proveedor es la contraparte del consumidor dentro de la relación de consumo, que a su vez tiene una posición correlativa, es decir, donde la asimetría informativa puede generar perjuicios al consumidor, esta beneficia o puede generar ventaja al proveedor. Los derechos del consumidor a su vez se traducirán muchas veces en deberes de los proveedores. Finalmente, son los proveedores quienes encuentran limitada su capacidad para pre-diseñar contratos y cláusulas debiendo someterse a la regulación civil y administrativa correspondiente.

Al encontrarse en una situación de ventaja por su relación con el producto o servicio, el proveedor

“(…) responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.” (Maraví, 2013, pág. 37)

Mediante Resolución 1818-2016/TDC-INDECOPI se estableció el criterio de que las entidades públicas que brindan servicios esenciales en el ejercicio de sus potestades no se consideran proveedores, siempre que el mismo sea brindado dentro del marco de una actividad asistencial, es decir, que el Estado está obligado a brindarlas con la finalidad de garantizar el acceso a ciertos derechos fundamentales (previsión social, salud, educación, transporte) con miras a garantizar niveles mínimos de bienestar social; y no en calidad de agente económico.

Cabe indicar que, al prestar actividades de corte asistencial, el Estado no busca percibir una contraprestación de acuerdo con los términos ordinarios que entendería un agente económico en un esquema

de mercado, pues no existe un ánimo lucrativo en la prestación del servicio. Esto no quiere decir que el servicio asistencial sea, en todos los casos, gratuito para quien lo reciba, pues en muchos casos se exigirá algún tipo de retribución destinada al sostenimiento de la actividad en función de diversos factores; es decir, el usuario no paga un precio, sino más bien una compensación por el servicio que recibe, destinada a mantener la operatividad del mismo. Incluso en algunos casos, pese a que el usuario no entregue suma alguna, el Estado seguirá igualmente obligado a prestar el servicio.¹⁴

Salvaguardando esta excepción, el concepto de proveedor incluido en la ley es sumamente amplio, ello con arreglo al principio de pro-consumidor.

Desde el punto de vista procedimental, el proveedor es el único que ostenta la legitimidad para obrar pasiva en los procedimientos sancionadores de protección del consumidor.

Finalmente, los deberes de los proveedores no están recogidos en una lista como están recogidos los derechos de los consumidores, pero podemos enumerar el deber de información que tiene frente a los consumidores, el deber de idoneidad, el deber abstenerse de emplear métodos comerciales coercitivos, agresivos o engaños, abstenerse de dar un trato diferenciado o discriminatorio, el deber de colocar productos y servicios que no atenten contra la seguridad de los consumidores, el deber de llevar un libro de reclamaciones, entre otros.

¹⁴ Resolución 1626-2017/SPC-INDECOPI.

CAPÍTULO II: LOS MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En el primer capítulo se han analizado los conceptos básicos del Derecho de Consumo. Ahora, en este segundo capítulo nos concentraremos en los mecanismos diseñados para que los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores tengan un cumplimiento efectivo en la realidad. Estos mecanismos incluyen procedimientos administrativos, mecanismos alternativos de solución de conflictos, canales de comunicación proveedor -consumidor, sistemas de atención y mecanismos autocompositivos.

1. Mecanismos de agilización de tutela de derechos.

A. Los procedimientos administrativos en el Derecho de Consumo.

El Derecho de Consumo y la protección que ofrece al consumidor requieren de una vía procedimental exclusiva, célere y eficiente en términos de costos para hacerse efectivo en la realidad. En esto no hay una diferencia cualitativa respecto de otros conjuntos normativos; pero sí existen razones (que podríamos llamar cuantitativas) que hacen especialmente relevante en el Derecho de Consumo la existencia de mecanismos de estas características.

Como hemos visto, los derechos de los consumidores implican una larga serie de prestaciones, acciones y prohibiciones de parte de los

proveedores. El incumplimiento de estos derechos puede ocasionar grandes daños y perjuicios, tanto personales como materiales, pero también pueden generarse afectaciones leves al patrimonio o a la salud de las personas; por ejemplo, en el caso de un producto defectuoso que no ha ocasionado daños, un procedimiento para resarcir al consumidor tendría como objetivo que se le restituya un bien igual o se le devuelva lo pagado al consumidor. En otras palabras, en el Derecho de Consumo existen controversias de gran envergadura, así como otras menores.

Para ello, en el Código se ha creado un procedimiento administrativo que tiene como finalidad resolver las controversias en materia de consumidor, cuya competencia está a cargo del Indecopi. De acuerdo con el artículo 105° del Código

“El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.”

Esta responsabilidad administrativa no es incompatible con la existencia paralela de responsabilidades civil y penal, reconocidas en el artículo 100° del Código.¹⁵

Al interior del Indecopi, ha sido la Comisión de Protección al Consumidor la cual ha asumido la competencia. De acuerdo con el artículo 23°: [c]orresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor

¹⁵ Es especialmente onerosa la responsabilidad civil por productos defectuosos, y los daños personales y materiales que pudieran causar a los consumidores; pues ha sido fijado un sistema de responsabilidad objetiva por estos productos (artículo 101° del Código).

aprobada por el Decreto Legislativo N° 716. Es preciso señalar que el citado Decreto ha sido reemplazado por el Código.

El procedimiento se inicia de oficio por iniciativa del consumidor afectado, una asociación de consumidores o por la propia administración pública (artículo 107°), y tienen como objetivo corregir, reparar y sancionar todo incumplimiento de la normativa establecida dentro del Código por parte de los proveedores, así como el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o laudos arbitrales (artículo 108°).

En dicho procedimiento, la administración tiene competencia para imponer sanciones administrativas (amonestaciones o multas), medidas correctivas reparadoras y complementarias (artículos 110° - 116°), y está facultado para dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento (artículo 109°). El procedimiento tiene un plazo de resolución de 120 días hábiles.

Un aspecto que llama la atención es la existencia de una doble finalidad al interior de este procedimiento. Por un lado, dada la competencia de Indecopi para dictar medidas sancionatorias y correctivas complementarias (destinadas a evitar conflictos semejantes al que es materia de procedimiento), es evidente que en este se busca concretar el control administrativo de las acciones de los proveedores como sujetos de regulación. Sin embargo, al mismo tiempo, dado que Indecopi también cuenta con competencia para reparar el daño ocasionado sobre el consumidor actúa como mediador entre dos partes, también tiene una finalidad específica al procedimiento individual: de hacer justicia entre las partes y reparar los daños producidos por una de ellas.

De acuerdo con Espinoza Espinoza, no es necesario crear una categoría distinta para este tipo de procedimiento “como procedimiento trilateral-sancionador”,¹⁶ sino que basta con referirnos a este como un procedimiento trilateral, el cual “en absoluto, excluye el poder sancionador de la Administración Pública, por ello no se requiere crear una suerte de (tautológico) procedimiento trilateral-sancionador.”

¹⁶ Esta terminología era empleada tanto la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo N° 1034) y la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044).

(Espinoza J. , 2012, pág. 291). En otras palabras, el autor señala que nos encontramos ante un procedimiento trilateral que presenta una particularidad en el sentido que permite la imposición de sanciones.

En este punto nos distanciamos de lo afirmado por el autor, en la medida en que considerar al procedimiento administrativo sancionador como únicamente trilateral, esconde una dualidad en su interior. La participación del denunciante como parte responde a su legitimación para obtener medidas correctivas y la declaratoria de responsabilidad, la cual surge de su derecho subjetivo a obtener un remedio por el daño causado.

La legitimación del denunciante no alcanza a la imposición de la sanción sino únicamente a la medida correctiva, ello se aprecia claramente del hecho de que el denunciante no podría impugnar una resolución del Indecopi en el extremo sancionatorio alegando que la sanción no es la correspondiente. Esto se desprende de que el denunciante no tiene un derecho subjetivo a que se castigue a otro en la medida que ese castigo no implica al mismo tiempo una reparación o beneficio para él.

Por lo tanto, considerarlo solamente como trilateral, opaca el hecho de que existe un aspecto del proceso en el que el denunciante no tiene ningún interés legítimo que perseguir. Este aspecto es denotado por la denominación de “sancionador” y, por lo tanto, corresponde conservarlo como parte de la conceptualización del procedimiento.

Por otro lado, es importante señalar la relación que existe entre este procedimiento y el mandato constitucional contenido en el primer párrafo del artículo 62° de la Constitución, el cual señala lo siguiente: “Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.”

En una primera lectura de este artículo pareciera existir un problema con la implementación de un sistema administrativo para la resolución de conflictos de un contrato de consumo.¹⁷ Desde esta lectura,

¹⁷ El Código señala su ámbito de aplicación definiendo los contratos de consumo en su artículo 45° como: El contrato de consumo tiene como objeto

Indecopi carecería de legitimidad para conocer y dar respuesta a los conflictos que se generan a partir de una relación contractual entre consumidor proveedor, ya que es una instancia administrativa (no judicial o arbitral).

Sin embargo, en una segunda lectura, podemos apreciar que el mandato constitucional se encuentra cumplido plenamente. En primer lugar, es necesario constatar que el procedimiento sancionador iniciado por Indecopi es una forma de ejercicio del *ius imperium* del Estado. El *ius imperium* refleja la capacidad del Estado

“para disponer consecuencias jurídicas, a todos aquellos que desobedecen los mandatos normativos, y ello es así en mérito a la vigencia estricta del principio de “legalidad.” La sujeción a las normas constituye la esencia misma del Estado de Derecho, pues dicho modelo se define por el imperio de la Ley y por el cumplimiento de sus dictados por parte de todos los destinatarios.” (Peña & Jiménez, 2009, pág. 216)

En otras palabras, antes que dar solución a la controversia entre consumidor y proveedor, la intervención del Indecopi en el contrato de consumo tienen por finalidad controlar y desincentivar la comisión de infracciones. Estas, muchas veces (aunque no siempre) se dan a través del contrato, sus términos y su ejecución.

En segundo lugar, es necesario anotar que el interés del Indecopi en la intervención de la relación contractual se encuentra más allá del posible conflicto entre las partes involucradas, y es en realidad en la protección de los intereses colectivos donde debe localizarse. De esta forma, en vez de brindar solución a la controversia entre las partes, busca primordialmente prevenir conflictos similares en el futuro y, de esta manera, proteger a todos los consumidores.

una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Finalmente, también corresponde anotar los límites dentro de los cuales Indecopi realiza su labor, como, por ejemplo, el hecho que no pueda fijar una indemnización. Para obtener una indemnización, la parte afectada podrá reclamarla en vía judicial tal como lo establece el artículo 62° de la Constitución. Y, en todo caso, cualquier medida correctiva impuesta por Indecopi también puede ser ventilada en vía contencioso – administrativa. Por lo tanto, la intervención de un juez siempre será posible si es que una de las partes se considera afectada.

En resumen, en el Código se ha generado un procedimiento específico para la protección al consumidor a cargo de un órgano especializado. De esta forma, se asegura una mayor agilidad y menores costos en la protección al consumidor, así como se reduce la carga procesal al interior de la judicatura. Sin embargo, como veremos a continuación, se han creado otros mecanismos alternativos en aras de una mayor efectividad en la resolución de conflictos, que podemos llamar mecanismos de agilización; al constituirse como alternativas más céleres y sencillas al procedimiento ordinario.

B. Los mecanismos de agilización en general.

En línea con el interés de generar procedimientos cada vez más eficientes en materia de protección al consumidor, reconocido como política pública nacional materializada en el inciso 6° del artículo VI del Código¹⁸, se prevén mecanismos alternativos al llamado procedimiento único sancionatorio que buscan afianzar dicha protección de diversas maneras.

¹⁸ El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.

Estos mecanismos son de diversa índole, y dentro de ellos se incluyen mecanismos autocompositivos, como el libro de reclamaciones (que es más bien una herramienta de comunicación de canal directo entre consumidores y proveedores), y heterocompositivos, en los cuales se lleva la controversia a conocimiento de un tercero imparcial.

Asimismo, la aplicación de los diversos mecanismos no deriva en consecuencias idénticas. Por ejemplo, en el arbitraje de consumo (objeto primordial de este trabajo de investigación) como es natural, no pueden imponerse sanciones de carácter administrativo, que sí podemos encontrar en un procedimiento sumarísimo, por ejemplo.

Algunos de estos procedimientos guardan entre ellos una relación de alternatividad, pero otros no. Por ejemplo, el llegar a un acuerdo con un proveedor luego de interponer un reclamo en libro de reclamaciones no es impedimento para solicitar el inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción. En otras palabras, no representan el uno una alternativa excluyente respecto del otro, sino que podríamos llamarlos mecanismos complementarios o paralelos. Por otro lado, un acuerdo conciliatorio o una resolución de Indecopi ponen fin a la controversia, e impiden iniciar un procedimiento por las mismas causales, en aplicación del principio constitucional de *non bis in ídem*.

A pesar de que cada mecanismo tiene su particularidad, todos ellos guardan un elemento en común: los mecanismos de agilización constituyen, en conjunto, un sistema complementario a la existencia de un procedimiento ordinario sancionador, que da forma y sentido al sistema de protección al consumidor en nuestro país.

2. Los mecanismos de agilización en el sistema de protección al consumidor.

A. El procedimiento sumarísimo.

El procedimiento sumarísimo es una versión abreviada y simplificada del procedimiento regular. Su plazo máximo es de 30 días hábiles, lo cual recorta el tiempo de resolución a la cuarta parte. Además, los únicos medios probatorios que se pueden ofrecer son los

documentales, lo que no significa, sin embargo, que la autoridad no pueda actuar otros (artículo 126°), pero sí es una forma de limitar la duración y complejidad de la controversia.

Dado el plazo tan breve, este procedimiento se reserva únicamente a casos en los cuales el valor del producto o servicio materia de controversia no supere las 3 UIT, o se refiera a denuncias relacionadas exclusivamente a requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega de producto con independencia de su cuantía. Eso no quiere decir que existan pocos casos de esta menor envergadura. Como veremos luego, el número de estos casos supera ya a los ordinarios, y va en aumento.

Asimismo, el procedimiento sumarísimo es la vía procedimental idónea, en primera instancia, para canalizar denuncias por incumplimiento de medidas correctivas, incumplimiento de acuerdos conciliatorios e incumplimiento y liquidación de costas y costos. Están excluidas denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos y los que versen sobre productos o servicios cuya estimación patrimonial sea inapreciable en dinero (Directiva 004-2010/DIR-COD-INDECOPI y modificatorias).

En otras palabras, el procedimiento sumarísimo ha sido previsto para controversias que no involucren afectaciones que no superen la cuantía antes señalada. La menor cantidad de los montos en disputa implica un menor costo de error. Es decir, al tratarse de valores menores, una decisión judicial incorrecta es menos gravosa para la sociedad y para el afectado por el error, que en conflictos de mayor envergadura. Entonces, por un lado, debemos considerar que, dado este menor costo, resulta eficiente reducir nuestra inversión en los mecanismos de resolución de estos conflictos; especialmente considerando las ventajas en eficiencia y, en particular, el incremento en el acceso a la justicia que los procedimientos sumarísimos ofrecen para muchos sujetos que, en principio, no lo tendrían. (Cabrillo & Fitzpatrick, 2008, pág. 224)

Los procedimientos sumarísimos son competencia de órganos resolutivos especialmente creados para tal efecto que se encuentran

dentro del territorio nacional, los cuales están adscritos a las diferentes comisiones de protección al consumidor; las cuales también constituyen segunda instancia para estos procedimientos.

En conclusión, el procedimiento sumarísimo es una herramienta de eficiencia y acceso a la justicia con una muy buena justificación y que responde a las necesidades específicas del sistema de protección al consumidor.

B. La conciliación extra judicial.

Antes o después de la existencia de un procedimiento administrativo, proveedor y consumidor pueden llegar a un acuerdo sobre su controversia y ponerle fin ellos mismos. En este sentido, la conciliación constituye un mecanismo autocompositivo, mediante el cual las partes involucradas resuelven el conflicto de intereses entre ellas de común acuerdo.

Ello no obsta para que sea el mismo Indecopi quien, a través de sus funcionarios, busque acercar las posiciones de las partes para facilitar la existencia de un arreglo, o incluso proponer una fórmula de conciliación (artículo 147° del Código). En ese sentido, esta conciliación es una extensión de la figura de la conciliación reconocida en el Código Procesal Civil (la cual se realiza en un centro de conciliación o frente a un juez).¹⁹ Por lo tanto, la conciliación realizada entre proveedor y consumidor goza del mismo efecto que una sentencia con autoridad de cosa juzgada (artículo 328° del Código Procesal Civil).

El carácter de cosa juzgada al que se refiere el Código Procesal Civil, y que se aplica por extensión en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, debe entenderse como aplicable solamente al aspecto

¹⁹ Artículo 324° del Código Procesal Civil: “La conciliación se lleva a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el Juez convocarla en cualquier etapa del proceso. El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia. Los Jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia (...)”

contencioso de la controversia entre proveedor y consumidor, poniendo fin al procedimiento administrativo sancionador (en caso este ya se hubiere iniciado). Esto quiere decir que, respecto de la reparación e indemnización²⁰ que puedan tener lugar entre ellos, ya no cabe decisión judicial o administrativa que revoque la voluntad de las partes en la conciliación, salvo que se solicite vía proceso de conocimiento ante el Poder Judicial la nulidad del acta de conciliación.

Como se ha podido ver antes, el incumplimiento de la fórmula de conciliación aceptada constituye una falta grave la cual es sancionable mediante un procedimiento independiente. La gravedad del incumplimiento se explica

“[n]o 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 fondo.” (Espinoza J. , 2011, pág. 127)

La conciliación es un mecanismo eficaz que ha servido en nuestro país para reducir la carga procedimental. Además de éste, el Código incluye una referencia a un sistema alternativo de resolución de conflictos que es semejante a esta: la mediación, señalando que la controversia entre proveedor y consumidor puede someterse a ella antes de la tramitación de un procedimiento administrativo por infracción (artículo 148° del Código).

“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

²⁰ Si bien Indecopi no tiene competencias para fijar indemnizaciones estas pueden estar incluidas en la conciliación.

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 mediador.”²¹ (Espinoza J. , 2011, pág. 126)

En línea con lo anterior, podemos apreciar que la confusión mencionada por el autor está presente en el Código, porque de acuerdo con el artículo 147°, el funcionario puede optar por no proponer una fórmula de conciliación sino solamente fungir como un mediador, acercando las posiciones de las partes. No obstante, es oportuno señalar que la figura de la mediación no se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento, lo cual no significa que no exista en la realidad.

Finalmente, así como los laudos arbitrales, los acuerdos conciliatorios constituyen un título ejecutivo, que permite la exigibilidad judicial inmediata y rápida de las obligaciones contenidas en ellos (artículo 144° del Código); sin mencionar el estricto sistema de sanción para castigar el incumplimiento implementado por Indecopi.²² Esta

²¹ Referencia omitida.

²² Artículo 144°.- El laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor, conforme a los mecanismos señalados en el presente capítulo, constituyen título ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil. El incumplimiento de un acuerdo conciliatorio o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción al presente Código. En estos casos, si el obligado a cumplir con un acuerdo o laudo no lo hace, se le impone automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se toman en cuenta los criterios establecidos en el artículo 112 de este Código. Dicha multa debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, el Indecopi puede imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con lo acordado. Las multas impuestas no impiden al Indecopi imponer una multa o sanción distinta al final de un procedimiento, de ser el caso. Asimismo, el Indecopi es competente para ordenar las medidas correctivas enunciadas en el presente Código. Este artículo es de aplicación para

naturaleza sirve para terminar de constituir a la conciliación como un mecanismo útil y efectivo para la solución de controversias que no involucra la actividad estatal.

C. El Servicio de Atención al Ciudadano.

El Servicio de Atención al Ciudadano (SAC) es un canal de atención mediante el cual un consumidor puede acudir al Indecopi ante cualquier problema que tenga con algún proveedor. De esta manera, el Indecopi crea un acceso más directo y sencillo para escuchar los reclamos de todo consumidor sin que medie procedimiento alguno.

Desde el punto de vista organizacional, el SAC no es un órgano resolutorio del Indecopi, sino que depende directamente de la gerencia general como un órgano con la misión explícita de guiar y atender a los consumidores en sus interacciones con Indecopi.

El SAC cumple múltiples funciones: brinda información de diversa índole respecto de las actividades, expedientes, horarios de atención y funciones del Indecopi, se comunica electrónicamente con los usuarios que hayan realizado consultas sobre trámites y requisitos, recolecta información y orienta en caso de falsos operativos,²³ coordina y otorga citas para dar lectura a expediente concursales.

Además, el SAC atiende a los consumidores cuando estos consideran que sus derechos han sido vulnerados a través de su servicio de atención de reclamos (los cuales pueden ser telefónicos, electrónicos o presenciales), constituyéndose en una herramienta para descongestionar las demás vías con la que cuenta el consumidor. A través de su portal, el SAC se presenta como una alternativa mediante la cual “el consumidor y el proveedor pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, vinculante y

todos los acuerdos conciliatorios válidos celebrados entre consumidor y proveedor, incluidos aquellos obtenidos ante instituciones sin convenio con el Indecopi.

²³ La suplantación de un funcionario del Indecopi por una persona inescrupulosa.

definitivo, de forma sencilla y rápida.”²⁴ De esta forma, resulta en un beneficio directo para los consumidores, los cuales tienen a su disposición un mecanismo oficial para promover una comunicación y eventual conciliación con el proveedor; y, por su lado, para el Indecopi, por cuanto toda resolución de controversias mediante acuerdos conciliatorios implica una reducción de la carga procedimental que debe asumir.

Para comprender la importancia de la labor que realiza el SAC, basta con poner atención a las cifras de los reclamos atendidos a través de él. Solo en el 2016, el SAC recibió un total de 56 103 reclamos, cifra que, como cada año, representa un incremento respecto del año anterior. Esto sin mencionar las asesorías, que solo en 2015 llegaron a un total de 520 216 a nivel nacional.²⁵

Por la cantidad de atenciones que realiza el SAC, podemos inferir, por un lado, que existe un serio déficit de información del público respecto de sus derechos como consumidores. Por otro lado, puede apreciarse la relevancia del SAC, pues solo en 2016 se presentaron 3 veces más reclamos de los que terminaron en un procedimiento sancionador, lo cual significa que el SAC cumple su función de buscar una salida no litigiosa entre consumidores y proveedores, promoviendo los acuerdos conciliatorios.

D. El libro de reclamaciones.

El libro de reclamaciones es un mecanismo para canalizar una controversia entre un proveedor y consumidor que sirve como una vía de comunicación formal y que se encuentra regulado en el Código; a través de la instalación de un libro en los locales de atención al público (o en la web).

²⁴ Portal virtual del Indecopi en la dirección: <<<https://www.indecopi.gob.pe/web/atencion-al-ciudadano/alternativas>>>. Fecha de consulta: 22 de Feb. de 2017

²⁵ Toda la información estadística del SAC es de información pública y puede encontrarse en los anuarios institucionales publicados por el Indecopi a través de su portal virtual.

A diferencia de la mayor parte de los otros mecanismos, es una herramienta autocompositiva, ya que no se basa en la autoridad de un tercero para resolver una controversia, sino que obliga al proveedor a dar una respuesta dentro de un plazo determinado a un reclamo o queja por parte del consumidor.

En este sentido, es posible afirmar que el libro de reclamaciones “promueve la solución directa e inmediata a los reclamos o quejas que ponen los consumidores.” Al contar con este mecanismo de defensa del consumidor, “[los] clientes se sentirán seguros y protegidos (...) [generando] mayor confianza y, por ende, mejores relaciones de consumo.”²⁶

La interposición de un reclamo o queja en el libro de reclamaciones no constituye una denuncia y, por lo tanto, incentiva a que los proveedores y consumidores resuelvan sus controversias sin que tener que acudir a las instancias administrativas.

El libro de reclamaciones se encuentra regulado en los artículos 150° a 152° del Código, y además cuenta con su propio Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 011-2011-PCM publicado el 19 de febrero de 2011, modificado por Decreto Supremo 006-2014-PCM publicado el 23 de enero de 2014, y por Decreto Supremo 058-2017-PCM publicado el 29 de mayo de 2017.

Existen cinco obligaciones básicas relativas al libro de reclamaciones a cargo de todo proveedor. En primer lugar, todo establecimiento comercial debe contar con un libro de reclamaciones físico o virtual (artículo 150° del Código). En segundo lugar, los establecimientos comerciales deben exhibir un aviso que indique la existencia de dicho libro (artículo 151°).

²⁶ Portal virtual del Indecopi en la dirección: <<<https://www.indecopi.gob.pe/libro-de-reclamaciones>>>. Fecha de consulta: 16 de Feb. de 2017.

Dicho aviso debe realizarse de acuerdo al modelo proveído por Indecopi y aprobado como anexo 2 del decreto supremo antes mencionado, el cual tiene la siguiente forma:



Además de las obligaciones antes mencionadas, todo proveedor debe también entregar el libro de reclamaciones cuando este sea solicitado por cualquier consumidor, remitir a Indecopi la documentación correspondiente al libro cuando se lo requiera, y, en caso de un procedimiento sancionador, remitir la copia del reclamo o queja correspondiente (artículo 152°).

Al registrar un reclamo en el libro de reclamaciones se genera la obligación por parte del proveedor de darle respuesta al consumidor en un plazo no mayor a treinta días naturales (artículo 6° del Reglamento).

Vale aclarar que el libro de reclamaciones, además de contener reclamos, puede recibir quejas, las cuales expresan una disconformidad no relacionada con el bien, producto o servicio prestado por el proveedor (artículo 3.3. y 3.4. del Reglamento). Por ejemplo, una queja respecto de la atención al público.

La regulación relativa al libro de reclamaciones no ha estado exenta de críticas. Por ejemplo, hay quien ha comentado que la existencia de una obligación de llevar el libro de reclamaciones responde a una idea supuestamente equivocada de que el proveedor no tiene ningún interés en comunicarse con sus consumidores. En esa línea, Gustavo Rodríguez ha señalado que

“[m]ientras que los consumidores pueden comportarse estratégicamente en perjuicio de los proveedores sin que ello les genere mayores consecuencias en términos reputacionales (salvo, quizás, el efecto de un posible reporte ante una central de riesgos, cuando corresponda), el proveedor se encuentra permanentemente expuesto a asumir los cuantiosos costos reputacionales derivados de cualquier insatisfacción de un consumidor.” (Rodríguez, 2013, pág. 88)

Al respecto, podemos ver que el mencionado autor basa su argumentación en que siempre existirán “cuantiosos costos” en la reputación de un proveedor que no satisfaga a su cliente. Esto es, a todas luces, falso. La mayor parte de las veces dicho costo es ínfimo, y se reduce a la reputación perdida frente al cliente insatisfecho en cuestión y su círculo cercano. Solo en casos extremos y muy raros un consumidor insatisfecho llega a afectar de forma perceptible la reputación de un proveedor (por ejemplo, los casos de Peugeot²⁷ y Domino’s Pizza²⁸ en Perú, donde además fue vital el acceso a redes por internet).

Es importante señalar que el libro de reclamaciones cumple a su vez un rol estadístico, es decir, hace las veces de una herramienta de información para el Indecopi dado que este puede exigir a todo proveedor que le remita la hoja de reclamación y con ello poder analizar la situación de ese proveedor respecto de sus consumidores. Incluso, hay quien ha considerado que la obligación de remitir la hoja de reclamación

²⁷ La noticia del caso fue compartida y analizada en diversos medios y puede constatarse, por ejemplo, en el siguiente blog a cargo del diario económico Gestión del grupo El Comercio: <<<http://blogs.gestion.pe/cafetaipa/2013/09/peugeot-brailard-peru-daniel-subauste-206-crisis.html>>>. Fecha de consulta: 16 de Feb. de 2017

²⁸ La noticia del caso de una cucaracha en un establecimiento de Domino’s Pizza trascendió a medios internacionales tal como se puede apreciar en el siguiente portal de noticias internacionales: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/02/150204_peru_cucaracha_domino_dp>>. Fecha de consulta: 16 de Feb. de 2017

“(…) debe ser automática, es decir, sin que medie requerimiento. La racionalidad de una obligación de este tipo de proveer a INDECOPI de información estadística que le permita cumplir sus actividades de inspección y fiscalización, que requieran 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.” (Espinoza J. , 2011, pág. 123)

La remisión obligatoria o no de las hojas de reclamación no tiene como objetivo principal la sanción y menos apunta a que el Indecopi inicie un procedimiento de oficio por cada reclamo, sino que es de utilidad estadística y se relaciona más con la tutela de intereses colectivos, los cuales son los más importantes para la actuación de oficio por parte de Indecopi. (Espinoza J. , 2011, pág. 124)

Entonces, a manera de conclusión, se puede decir que el libro de reclamaciones es una medida positiva y de utilidad que genera un mecanismo de comunicación entre proveedores y consumidores mediante el cual se facilita la resolución de controversias; que además provee importante información estadística al Indecopi.

E. El Arbitraje de consumo.

Habiendo visto en las subsecciones precedentes los diferentes mecanismos de agilización para la protección de los consumidores, corresponde ahora pasar al objeto primordial de estudio del presente trabajo: el arbitraje de consumo. Este se enmarca dentro del conjunto de mecanismos de agilización por cumplir una función semejante, pero le dedicaremos un análisis mucho más profundo.

En la siguiente sección se dará revisión a la base normativa del arbitraje de consumo y su funcionamiento de acuerdo con esta; además, explicaremos las funciones específicas que cumple como mecanismo de agilización. En el capítulo final del presente trabajo nos avocaremos a

cuestiones más teóricas relativas a su naturaleza, así como los por menores de su implementación y funcionamiento en relación con el resto del ordenamiento peruano.

3. El arbitraje de consumo.

A. Su regulación en el ordenamiento peruano.

En los artículos 137° y siguientes del Código se crea el Sistema de Arbitraje de Consumo (SARC) “con el objeto de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante, los conflictos entre proveedores y consumidores” (artículo 137°). Este sistema ha sido reglamentado mediante Decreto Supremo 046-2011-PCM; sin embargo, por motivos que veremos más adelante, todavía no se encuentra operativo.

Cabe anotar que, en lo no dispuesto por el Código y el Reglamento, es de aplicación supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje). Ello trae importantes consecuencias para la naturaleza jurídica y la interpretación del SARC, que veremos en el capítulo siguiente.

B. Estructura.

En el arbitraje de consumo, como es natural, proveedor y consumidor someten su controversia a los órganos arbitrales, los cuales están integrados por árbitros nominados por representantes de las organizaciones de consumidores, la administración y el sector empresarial (artículo 139°). Los árbitros deben poseer título profesional, reconocida solvencia e idoneidad profesional y conocimiento acreditado de las normas de protección al consumidor y arbitraje (artículo 10° del Reglamento).

La promoción y organización del SARC corresponde a las juntas arbitrales constituidas en cada localidad por la Autoridad Nacional de

Protección al Consumidor²⁹ en coordinación con los gobiernos regionales y locales (artículo 138°). Ello implica brindar servicios administrativos y de secretaría técnica a órganos arbitrales, es decir, ofreciéndoles infraestructura y soporte financiero (artículo 5° del Reglamento).

C. Materia.

No existe una limitación expresa en el Código o el reglamento sobre las materias que pueden ser sometidas al arbitraje de consumo, por lo que cualquier controversia entre proveedores y consumidores que esté comprendida en la materia de protección al consumidor, puede ser motivo para iniciar un procedimiento arbitral de consumo.

Al respecto, cabe anotar que el anteproyecto del Reglamento del SARC incluía una limitación a las materias susceptibles de ser sometidas a procedimiento arbitral: productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos y actos que afecten intereses colectivos o difusos.

En realidad, la limitación parecía razonable y hubiera sido positiva incluirla en el Reglamento por cuanto las conductas a las que hacía referencia el anteproyecto involucran peligros para la generalidad de los consumidores, independientemente del daño causado al consumidor individual que quiera llevar su caso al arbitraje de consumo.

A pesar de que la limitación reseñada no se vio plasmada en el reglamento, es pertinente señalar que, dada la naturaleza colectiva de ciertos intereses protegidos mediante los procedimientos administrativos, el sometimiento de una controversia a arbitraje no impide a la administración “basarse en los mismo hechos como indicios de una infracción (...) para iniciar investigaciones y procedimientos de oficio

²⁹ Artículo 135° del Código: El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, ejerce las atribuciones y funciones que le confieren las leyes para velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Código, sin perjuicio de las atribuciones y autonomía de los demás integrantes del sistema.

(...) que tengan por objeto la protección del interés colectivo de los consumidores” (artículo 143°). En ello, vemos una analogía con el tratamiento de la conciliación.

Por ejemplo, en un caso de discriminación contra una minoría, la controversia sí podrá someterse al arbitraje de consumo, pero ello no impediría al Indecopi iniciar un procedimiento administrativo para sancionar al proveedor discriminador. La diferencia con el procedimiento administrativo ordinario es que no será posible en el arbitraje, en el ejemplo mencionado, la actuación de un demandante en protección de intereses difusos. Ello será discutido en mayor detalle en el capítulo siguiente.

En otras palabras, el Indecopi está facultado a perseguir de oficio infracciones relacionadas con la controversia específica sometida a arbitraje, en reconocimiento de que, si bien el arbitraje constituye un medio efectivo para resolver una controversia entre partes, no basta para asegurar la protección a la colectividad de consumidores.

D. Legitimidad activa y pasiva.

El arbitraje de consumo es de carácter voluntario (artículo 140° del Código), lo que significa que nadie (ni consumidor ni proveedor) puede ser sometido a este sin su voluntad.

Las juntas arbitrales de consumo tienen la función de promover la adscripción de los proveedores de forma temporal o permanente al SARC, quienes pasan a integrar un registro y a su vez les permitirá portar el distintivo oficial del SARC (artículo 147° del Código), el cual tiene la siguiente forma:



Por lo tanto, es esperable que cuando el sistema alcance la completa implementación, la forma más común de sometimiento al arbitraje será por aceptación por parte del consumidor y de la adhesión previa del proveedor al SARC. En todo caso, puede también acordarse de forma previa a la controversia (por ejemplo, mediante una cláusula contractual) el sometimiento al arbitraje de consumo.

Además, cuando no prexista una declaración de voluntad del proveedor de someterse al arbitraje de consumo, si el consumidor solicita que se realice este, el proveedor cuenta con cinco días hábiles para aceptar o rechazar dicha solicitud (artículo 18° del Reglamento). En el tiempo que se encuentra activo el plan piloto de implementación del SARC en el Indecopi, esta ha sido la forma en que se han solicitado todos los arbitrajes, la mayor parte de ellos rechazados por los proveedores.³⁰

E. Objeto y finalidad del arbitraje de consumo.

La creación de SARC responde a la constante necesidad de aminorar la carga procedimental correspondiente al Indecopi. Como hemos visto en secciones precedentes, las controversias en cuestiones de protección al consumidor suelen ser de menor cuantía y se dan continuamente. Por lo tanto, el arbitraje de consumo constituiría un mecanismo que aliviaría la carga existente y que cada día se incrementa.

“Además, a diferencia de los procedimientos administrativos en los cuales únicamente se pueden ordenar medidas correctivas, en el arbitraje se pueden ordenar indemnizaciones por daños y perjuicios de modo que, en este caso, no es necesario acudir, luego de un procedimiento administrativo, a la instancia judicial para obtener una reparación completa.” (Baca, 2013, pág. 49).

El hecho de que en un arbitraje de consumo se puedan otorgar indemnizaciones representa un enorme beneficio en términos de eficiencia para las partes y el Estado. En términos prácticos, los plazos se reducen sustancialmente, dado que para solicitar la indemnización un

³⁰ Entrevista personal con José Carlos Vela.

consumidor en la vía administrativa tendría que acudir a las instancias judiciales.

Por otro lado, considerando el número y diversidad de los mecanismos ofrecidos al consumidor para buscar protección de sus derechos, existe un aspecto positivo y uno negativo. Por un lado, la variedad de los mecanismos ofrece al consumidor alternativas dentro de las que puede escoger la que se ajuste más a sus intereses. Sin embargo, desde el punto de vista negativo, la proliferación de alternativas puede generar confusión y errores. (Guillén, 2007, pág. 411).

Los beneficios del arbitraje de consumo, sin embargo, no se reducen solamente al Estado y sus administraciones, sino que repercuten positivamente en los privados. Por ejemplo, “[e]l 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.” (Espinoza J. , 2011, pág. 134).

Así como la conciliación, el arbitraje de consumo se encuentra mencionado expresamente como uno de los mecanismos eficaces y expeditivos que el Estado debe garantizar y promover a través de sus políticas públicas en cumplimiento del numeral 6 del artículo VI del Título Preliminar del Código. Además, la inclusión de los gobiernos regionales y locales dentro del SARC, y el rol que se les encarga dentro de este, favorece la descentralización administrativa de la protección al consumidor.

En línea con lo anterior, el SARC, una vez implementado en todo el país, garantizaría un mucho mayor acceso a la justicia de consumo en el Perú. Esto por cuanto no solo la capacidad del Indecopi es limitada, sino que su alcance es parcial en el territorio nacional. De hecho, hasta el año 2011 solo existían Oficinas Regionales de Indecopi en 13 de las 24 regiones del país (Espinoza J. , 2011, pág. 134), aunque hoy en día existe una Oficina Regional en cada región, su alcance es limitado, al estar presentes solo en las capitales de cada una.

A manera de conclusión, se puede afirmar que el arbitraje de consumo es una vía pensada para descongestionar la carga

administrativa, incrementar el acceso a la justicia de consumo y facilitar y acelerar la resolución de todos los aspectos de la controversia entre consumidor y proveedor, incluyendo la indemnización que hubiera a lugar. Sin olvidar por ello la protección de los intereses colectivos de competencia del Indecopi.

CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE DE CONSUMO

1. La naturaleza jurídica del arbitraje de consumo.

A. El arbitraje en general.

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos por el que las partes en una controversia se someten voluntariamente a la decisión de un privado imparcial.

Desde el punto de vista histórico, el arbitraje precede incluso a la justicia administrada por el Estado. En las sociedades antiguas podemos encontrar muchas referencias a conflictos y controversias resueltas por individuos que, sin contar con una autoridad proveniente del poder público, eran convocados para tal fin por las partes, en la confianza de que su sabiduría e imparcialidad garantizaban una solución justa.

Fernando Vargas, haciendo un recuento de las menciones históricas prerromanas de conflicto y su resolución por medio de terceros imparciales privados, comenta lo siguiente

“Los pasajes Bíblicos dan cuenta de arreglos provocados por árbitros, y la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad, relatan litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje a fin de dar solución a sus controversias. Demóstenes dice que en Atenas, Solón expidió leyes

reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos” (Vargas, 1964, págs. 15-16).

Sin embargo, en la tradición del derecho continental, la fuente histórica más importante es siempre el Derecho Romano, en el cual se puede encontrar un reconocimiento claro de lo que se denominaba “proceso privado”, el cual presenta claras analogías y similitudes con el arbitraje contemporáneo.

“En el Derecho Romano se distinguía el proceso del proceso privado. En efecto, un rasgo peculiar de este último consistía en que la delimitación de la materia litigiosa era establecida por las partes, habida cuenta de que aquello que se discutía era de interés particular. Por tales circunstancias, la solución del conflicto estaba reservada a un órgano privado, elegido o aceptado por las partes y no al órgano jurisdiccional oficial. Como contrapartida de esta situación, los particulares en conflicto se comprometían, a través de un contrato arbitral, a cumplir con la decisión del órgano privado” (Castillo, 2007, págs. 20-21).

En palabras de Vargas, podemos rescatar que los romanos tenían ya bastante tecnificado el proceso arbitral y abolieron las diferencias procedimentales entre la acción privada ordinaria y la ejecutiva. A partir del siglo II A.C. el Estado asumió un rol protagónico erigiéndose en la jurisdicción ordinaria y general, es decir, que las acciones de naturaleza privada que durante mucho tiempo estuvieron excluidas de su acción pasaron a ser conocidas por este. Sin embargo, si las partes, mediante un acuerdo privado, decidían recurrir a los árbitros, podían válidamente excluir la competencia estatal, reafirmando el origen privado del arbitraje preclásico (Vargas, 1964, págs. 18-19).

De esto podemos colegir que la característica central del arbitraje es su naturaleza privada, por cuanto surge dentro de un acuerdo voluntario entre las partes, en virtud del cual la controversia se somete a otro privado, quien cargará con la responsabilidad de administrar justicia para el caso concreto, excluyendo la jurisdicción general del Estado.

Posteriormente, ya en la Edad Media, la intervención de los poderes públicos, seculares y eclesiásticos, redujo la naturaleza contractual de las controversias arbitrales; lo que, por otra parte, les otorgó a los laudos fuerza ejecutiva y un valor análogo al de una decisión judicial (Castillo, 2007, págs. 30-31). Ello, sin embargo, se realizó desplazando la libertad general de las partes de sustraer controversias de la injerencia de los poderes públicos.

Después de la Revolución Francesa, y en parte como una conclusión natural de sus ideales, el arbitraje fue concebido como una alternativa natural a la justicia pública, y la libertad contractual de las partes (grandemente impulsada por el *Code Civil*) dejó a disposición de las partes la elección de someter sus controversias al arbitraje.

En la actualidad, el arbitraje es un mecanismo sumamente popular para resolver controversias, especialmente de carácter comercial (y más aún en la esfera internacional). Eso se explica por las ventajas que ofrece a los litigantes frente a la justicia pública: celeridad, economía, reducción de formalidades, mayor independencia de la jurisdicción nacional en caso de arbitraje internacional, flexibilidad, confidencialidad, substracción de la materia a la esfera pública, selección de un juzgador especializado, entre otras.

En este sentido, el arbitraje es una institución universalizada, y puede afirmarse que “[h]oy día casi todos los países basados en el sistema democrático, lo consagran y reglamentan como un reconcomiendo a la libertad de la voluntad privada” (Vargas, 1964).

Con la independencia de las razones que tienen las partes para someterse al arbitraje, como muestra la historia de esta institución, la definición de su naturaleza jurídica se da en una constante tensión entre la libertad de las partes y el interés público de conocer y resolver las controversias.

Según José María Roca, el conflicto entre estas dos posturas se explica por una característica de los sistemas que siguen el Derecho Romano por la cual conciben a todas las instituciones como de derecho

público o de derecho privado, siendo ambas naturalezas mutuamente excluyentes. Señala que los países de esta tradición

“encuentran prejuzgadas las instituciones con esa distinción arbitraria que secciona en dos regiones el mundo jurídico. Nos referimos a la división tradicional y más polémica de toda la ciencia jurídica que divide el derecho objetivo en público y privado. El planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje sufre reflejamente de este estado de cosas porque, en esencia, lo que se discute es si pertenece a las concepciones normativas públicas o, por el contrario, a las privadas” (Roca, 1992, págs. 38-39).

A continuación, se expondrán las dos teorías opuestas que existen respecto de la naturaleza del arbitraje: una, que entiende que su naturaleza es contractual (basada en la libertad); y otra, que entiende que su naturaleza es jurisdiccional. Adicionalmente, se incluirá una teoría mixta que intenta confluir las dos primeras.

a. Teoría contractualista.

Para la teoría contractualista, el arbitraje es un contrato ya que la decisión final del árbitro “se impone a las partes no por mandato imperativo (como sucede tratándose de las sentencias judiciales), sino porque su fallo ha sido previa y contractualmente aceptado por las partes.” (Cantuarías & Aramburú, 1994, pág. 43).

En otras palabras, la teoría contractualista pone énfasis en que la decisión del árbitro debe ser previamente pactada por las partes, aunque no cuenta con el respaldo de la legitimidad y eficacia que suele atribuir el poder público, y esa obligatoriedad encuentra su fundamento en la elección libre y voluntaria de las partes de asignar valor autoritativo a la decisión arbitral. Es más, respecto de los árbitros puede afirmarse, siempre desde la óptica de la teoría contractualista, que

“[s]u existencia y su actividad se justifican, por cuanto, siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles para las partes, el Estado no puede privarles de la

facultad de escoger un método para resolverlas. Pero, la efectividad de la decisión arbitral proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia judicial.” (Caivano, Arbitraje, 2000, pág. 94).

Desde el punto de vista contractualista, el arbitraje es un método más para la resolución de un conflicto. Dado que son las partes las llamadas a resolver las controversias que surjan entre ellas, es natural que también cuenten con libertad para escoger y configurar estos métodos.

Una consecuencia natural de asumir los fundamentos de la teoría contractualista es el reconocimiento de estrictos límites a lo que constituye materia arbitrable. Es decir, en la medida que se asume que el arbitraje representa un método para resolver controversias entre las partes, sólo las controversias cuya resolución atañe estrictamente a las partes involucradas pueden ser materia de arbitraje. En otras palabras, la institución arbitral es posible “en virtud de la zona de autonomía de la voluntad que gozan los particulares; y por ello limitada solamente a cuestiones en las que no esté interesado el orden público” (Caivano, Arbitraje, 2000, pág. 95).

En adición a lo expuesto, podemos considerar dos argumentos a favor de esta postura. En primer lugar, se puede afirmar que el árbitro recibe una remuneración de las partes por su servicio, de manera individualizada a diferencia del salario que percibe un funcionario público. Esto se encuadra dentro de la idea de asumir que el arbitraje no es más que un método para resolver un conflicto privado y, por tanto, puede encargársele a un tercero a modo de un servicio remunerado.

Sin embargo, el argumento de mayor peso que suele esgrimirse a favor de esta postura es la ausencia de capacidad coactiva del árbitro. En esta línea, Caivano afirma que la imposibilidad “de ejercer coerción en los particulares para obtener el cumplimiento forzado de una determinada conducta, robustece la concepción de que el árbitro no ejerce una verdadera jurisdicción, pues cuanto ésta lleva implícita la fuerza coercitiva emanada del poder del Estado” (Caivano, Arbitraje, 2000, pág. 96).

Finalmente, una dificultad importante que debe enfrentar todo aquel que defienda esta teoría es compatibilizarla con la presión que se siente en el mundo contemporáneo para efectivizar a los laudos por medio de su equiparación con sentencias judiciales. Además del reconocimiento de la fuerza ejecutiva de los laudos a nivel legislativo, también instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York, reflejan esa presión que se justifica en las necesidades de las partes de que sus procesos arbitrales no desemboquen en procesos judiciales inmediatamente después.

b. Teoría jurisdiccionalista.

En contraposición a la teoría contractualista, la teoría jurisdiccionalista, sostiene que el árbitro es verdaderamente un juez privado cuyos fallos son imperativos de forma análoga a una sentencia judicial. Esta teoría señala además “que no puede afirmarse que el Arbitraje sea solamente un contrato, puesto que la decisión final no proviene del acuerdo de las partes, sino de la decisión del tribunal arbitral, el cual resuelve el conflicto con absoluta imparcialidad e independencia.” (Cantuarias & Aramburú, 1994, pág. 45).

La teoría jurisdiccionalista no niega que los árbitros sean sujetos particulares, sino que enfatiza la función que cumplen, la cual es análoga a la que cumple el Estado en la resolución de los conflictos. En otras palabras, la jurisdicción les viene investida por el ejercicio de la actividad más que por sus características subjetivas.

En palabras de Fernando Vargas, “[l]os árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñen sus funciones, una parte de la soberanía del Estado para que en desarrollo de ésta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila” (Vargas, 1964, pág. 29)

A mayor desarrollo, esta teoría no afirma que las partes otorguen jurisdicción a los árbitros, porque asume que la jurisdicción, necesariamente, emana de los poderes públicos. En otras palabras, “[l]as

partes no confieren a los árbitros un poder jurisdiccional que ellas mismas no tienen y que, por ende, no podrían transmitir a otro. Por lo tanto, la jurisdicción de los árbitros se deriva directamente de la ley que autoriza el arbitraje” (Vargas, 1964, pág. 33)³¹.

Dentro del desarrollo de la teoría jurisdiccional, se hace hincapié en las características de la actividad arbitral y del reconocimiento, más allá de consideraciones de índole formal de “que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad... y [de] que, si bien es cierto que los árbitros no ejercen *potestas*, sí que gozan de *auctoritas*”³².

El aspecto más importante de la institución arbitral para la teoría jurisdiccionalista no es el acuerdo de las partes en el nombramiento del árbitro, sino el ejercicio de una función que compete al poder público. Es decir, que dicho acuerdo pasa a ejercer una función secundaria limitada a fijar quién va ejercer dicha función, la cual preexiste a las partes y su controversia y se asienta en la ley.

Por ello, Fernando Vargas sostiene que

“(...) la ley instituye los tribunales, pero no los constituye, tarea ésta que deja en mano de los particulares que quieren someterse al arbitramento. El compromiso no hace cosa diferente de poner en movimiento la jurisdicción arbitral ‘que la ley establece en abstracto’ en forma tal, que siendo privado el acto de nombramiento del árbitro, una vez éste ha aceptado, ejerce la jurisdicción que la ley le ha conferido, como si fuera un Juez ordinario” (Vargas, 1964, pág. 34)³³.

De lo expuesto, podemos afirmar que, más que plantear una característica particular del arbitraje que amerite una explicación, la

³¹ Referencia omitida.

³² Gimeno Sendra, V. “*Derecho Procesal*” Tomo I, Vols I y II. Quinta edición. Valencia, 1990, pág 660. En Roca Martínez, J. “*Arbitraje e instituciones arbitrales*”, cit., pág. 48.

³³ Resultado omitido.

teoría jurisdiccionalista ofrece una sólida reconstrucción de la función que ostentan los árbitros de resolver una controversia. La principal dificultad radica en sostener que a pesar de que la función ejercida es fundamentalmente la misma, el producto resultante (el laudo) sigue careciendo de la fuerza coercitiva que naturalmente tiene una sentencia.

c. Teoría mixta.

A pesar del antagonismo entre las posturas antes señaladas, existen diversos puntos de confluencia y solapamiento que han permitido el surgimiento de teorías mixtas o intermedias.

Para una teoría mixta es necesario resaltar un doble aspecto en el arbitraje, para lo cual es necesario reconocer su origen en la voluntad de las partes y también las restricciones que el ejercicio de la función jurisdiccional (entendida en sentido lato, como la actividad de resolución de un conflicto por un tercero imparcial) impone en ella.

Así, se ha afirmado que

“[e]l arbitraje es, en su origen, un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida (justamente para que produzca efectos procesales) y por las actividades de orden también procesal que hace surgir, en particular el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo/vinculante (...)”³⁴.

Esta teoría “afirma que la ‘jurisdicción’ de los árbitros no debe entenderse en su sentido técnico, político y jurídico, sino por los efectos que tienen sus resoluciones. Es así que el fallo de un árbitro es ejecutivo en sí mismo y convencional al mismo tiempo en tanto se refiere a que el arbitraje nace de un acuerdo de las partes (...)” (Cantuarias & Aramburú, 1994, pág. 47)

³⁴ Prieto Castro, L. “*Tratado de derecho procesal civil*”, Tomo II, Segunda edición. Barcelona, 1990, pág 398. En Roca Martínez, J. “*Arbitraje e instituciones arbitrales*”, cit., pág. 50.

Esta noción ha quedado asentada en nuestro ordenamiento a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 6167-2015-PHC/TC, comúnmente conocido como caso Cantuarias.

Cuando el Tribunal analiza el artículo 139.1 de la Constitución Política que señala lo siguiente: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”, concluye que los árbitros al dictar un laudo ejercen una jurisdicción análoga a la ejercida por el Estado, lo cual implica no el “ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte especial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución.”³⁵

De la misma manera, en la referida sentencia, el Tribunal Constitucional analiza el concepto de jurisdicción y busca reconducirlo al sentido más amplio y menos formalista que es compatible con las teorías mixtas. Así, el Tribunal Constitucional sostiene que el ejercicio de la jurisdicción está delimitado a la existencia de cuatro requisitos³⁶:

- a. Conflicto entre las partes: implica la existencia de más de un sujeto con pretensiones aparentemente incompatibles entre sí.
- b. Interés social en la composición del conflicto: el conflicto entre las partes debe ser de una naturaleza que la sociedad reconozca que amerita la intervención de un tercero para darle solución.
- c. Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial: Dado el elemento anterior y considerando

³⁵ Considerando 11. Resaltado omitido.

³⁶ El concepto de jurisdicción y sus requisitos ya habían sido tratados con anterioridad por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0023-2003-AI/TC.

el derecho de tutela jurisdiccional efectiva el estado funge como tercero imparcial y resuelve la controversia.

- d. Aplicación de la ley o integración del derecho: el conflicto se resuelve apelando a fuentes de derechos y deberes socialmente reconocidas y formalmente válidas

Entonces, la confluencia de estos cuatro requisitos se da en el arbitraje, pero no de forma idéntica a la jurisdicción, por ejemplo, que ejerce el Poder Judicial. Si bien en la jurisdicción arbitral podemos ver que se cumplen plenamente los dos primeros requisitos, el tercero podría generar cierta duda ya que no hay una intervención estatal en la jurisdicción arbitral; porque, después de todo, el árbitro es un privado más (al igual que las partes sobre las que decide). Sin embargo, la decisión de los árbitros (que se plasma en el laudo) tiene carácter imperativo, a pesar de que para la ejecución forzosa es necesaria la intervención de un juez (porque el árbitro no puede disponer de la fuerza coercitiva del Estado).

La conclusión que se puede derivar del razonamiento del Tribunal Constitucional es que el arbitraje, por un lado, surge gracias a y en virtud de la voluntad de las partes, esto en línea con lo anotado en párrafos precedentes al señalar que la capacidad del árbitro de resolver la controversia surge directamente de la voluntad de las partes involucradas en el conflicto.

Por otro lado, sin embargo, el árbitro al instituirse como un tercero imparcial cumple una función jurisdiccional (es decir, administra justicia), por lo que está sujeto a las reglas básicas de toda forma de administración de justicia: las reglas del debido proceso. Esto por dos motivos: primero, porque el debido proceso es una característica conceptualmente necesaria de la administración de justicia y, en segundo lugar, porque el árbitro y las partes se encuentran sometidos a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico peruano.

Dado que existen, entonces, un fundamento y límite constitucional al arbitraje (las reglas básicas del debido proceso), a la vez que un origen contractual; el Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso arbitral posee una doble dimensión: una objetiva y una subjetiva.

La dimensión subjetiva recae en la protección de los intereses de las partes que voluntariamente someten su controversia al árbitro y, por lo tanto, al resultado del proceso arbitral. La dimensión objetiva, por su parte, se define por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución y a la aplicación de sus disposiciones, especialmente las relativas al debido proceso, al interior del proceso arbitral. Como ha señalado también el Tribunal Constitucional ambas dimensiones son interdependientes y su modulación se da a través de la ley y la jurisprudencia.

Concluido que el arbitraje es jurisdicción, de la misma manera, ese reconocimiento “comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionados a los principios y derechos de la función jurisdiccional.”³⁷

En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha señalado que existen una serie de principios constitucionalmente consagrados que le son de aplicación extensiva al proceso arbitral, algunos de los cuales buscan asegurar la justicia en la toma de la decisión, y otros buscan garantizar que el proceso no se vea influenciado o afectado por factores externos a este.

Después de haber reconocido el carácter jurisdiccional del arbitraje, debe también reconocerse las diferencias entre la jurisdicción que ejercen los árbitros y la que ejercen los jueces. Las diferencias entre la jurisdicción arbitral y judicial emanan de la dimensión contractual de la primera, y son dos: la limitación temporal y la limitación material de la jurisdicción arbitral.

Desde el punto de vista material, los jueces poseen una jurisdicción genérica, es decir, que no está reservada a materias específicas; sí se encuentran sometidos a la competencia que distribuye la jurisdicción entre los diferentes órganos judiciales. En contraposición, la jurisdicción arbitral se encuentra materialmente limitada a la controversia

³⁷ Considerando 12.

puesta a su conocimiento por las partes, no pudiendo pronunciarse sobre cuestiones distintas.³⁸

En relación con el aspecto temporal, la jurisdicción judicial es permanente, lo que quiere decir, que sus decisiones de cualquier clase, aun estando sometidas a plazos incluidos en la ley, surten efectos plenos aun si se realizan fueran del tiempo previsto. En contraposición, la jurisdicción arbitral se encuentra limitada al plazo establecido por las partes (o fijado por la ley) para tal efecto, careciendo de validez de ser extemporáneo.³⁹

En resumen, es posible afirmar que “[l]a jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las parte -o en defecto de pacto expreso, la ley- le otorgan para la expedición del laudo.” (Caivano, Negociación, conciliación y arbitraje, 1998, pág. 237).

Para el propósito del presente trabajo, asumimos que la tesis más sólida es la que ha sido recibida por nuestra jurisprudencia constitucional, inclinándonos por una posición mixta. Ello en consideración de que ésta permite una explicación más amplia de la actividad realizada por los árbitros y además permite comprender la ausencia de fuerza coercitiva en las decisiones que adoptan. Todo ello sin desconocer que la razón de ser de cada proceso arbitral radica en la controversia de los particulares y su decisión de abstraerla de la justicia pública.

³⁸ El ejemplo más claro de cómo la jurisdicción judicial es genérica, y alcanza materias no sometidas a controversia, es el de la nulidad de los actos jurídicos. Esto puede apreciarse en el artículo 220° del Código Civil, el cual señala que: “La nulidad a que se refiere el artículo 219° [nulidad absoluta] puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta (...)”. Dicho esto, queda establecido que dentro de la jurisdicción judicial el juez podrá actuar de oficio manifestándose sobre materias distintas a la controversia.

³⁹ Artículo 63° numeral 1.g de la Ley de Arbitraje del Decreto Legislativo N° 1071: Causales de anulación del laudo.- Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

En la siguiente sección se pasará a explicar los principios que rigen al arbitraje, y que se desprenden, como ya ha sido mencionado, de su naturaleza jurisdiccional y contractual, así como las características principales que ostenta.

d. El arbitraje: principios y características.

i. Principios que rigen el arbitraje.

a) Principio de independencia.

El primer principio que el Tribunal Constitucional ha reconocido para el arbitraje se desprende directamente de su naturaleza jurisdiccional, y es el principio de independencia. En virtud de este principio, ninguna autoridad tiene potestad para interferir con el desarrollo del proceso arbitral.

Este principio está contenido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución, que señala:

“La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.”

Como se ha visto, el proceso arbitral goza de naturaleza jurisdiccional, por lo tanto, le es de aplicación íntegra lo señalado por el artículo citado en la medida que cumple una función jurisdiccional semejante a la que ejerce

el poder judicial. Esta garantía de independencia e inmunidad protege fundamentalmente al arbitraje como institución autónoma y permite a las partes y a la sociedad confiar en que un proceso arbitral, en principio, continuará su curso protegido de cualquier interferencia externa.

Bajo este escenario, el Tribunal Constitucional ha reconocido a los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, la facultad “para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.”⁴⁰

Cabe anotar, que este principio ha sido reconocido en la Ley de Arbitraje mediante el artículo 3° numeral 2 que señala lo siguiente: “El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.”

b) El principio Kompetenz – Kompetenz.

El artículo 41° numeral 1 de la Ley de Arbitraje señala que “[e]l tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.”

⁴⁰ Considerando 12.

En aplicación del citado artículo, la fijación de la competencia del tribunal arbitral corresponde a este mismo, asegurando así la no interferencia de un órgano jurisdiccional o administrativo en el proceso arbitral. Esta disposición debe complementarse junto con el artículo 63° de la misma ley, que señala como causal de anulación del laudo el resolver sobre materias no sometidas a decisión arbitral. En otras palabras, si bien el tribunal arbitral es competente para fijar su propia competencia, esta puede ser revisada por el juez de forma posterior a la emisión del laudo, si las partes alegan que ha sido excedida.

El Tribunal Constitucional ha resaltado “la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efecto de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.”⁴¹

El principio *Kompetenz – Kompetenz* se desprende del principio de independencia, pues busca proteger al proceso arbitral de interferencias del órgano judicial, pero es sumamente específico y explícito en la protección otorgada, dado que la competencia es una de las principales controversias suscitadas al interior de un proceso arbitral.

Mención aparte corresponde a la determinación de la validez del convenio arbitral, de la cual depende la totalidad de la competencia del tribunal arbitral. Si el convenio arbitral resulta inválido, todo el proceso arbitral carecería de legitimidad por carecer de competencia; por lo que su determinación es un aspecto sumamente importante en los procesos arbitrales.

⁴¹ Considerando 13.

En nuestro ordenamiento, “el árbitro es el primer facultado para [decidir acerca de la validez del convenio arbitral, mientras que] el juez podrá realizar un control *ex post* de la validez del convenio arbitral, solo si las partes deciden interponer un recurso de anulación del laudo en la vía judicial (...)” (Martinez, 2007, pág. 69). En ello se distingue de otros ordenamientos en los cuales existen dos alternativas: o bien el árbitro es el único facultado para determinar esta validez, o bien es el juez.

Finalmente, el principio descrito ha sido recogido en la Ley de Arbitraje mediante el artículo 3° numeral 3 que señala lo siguiente: “El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.”

c) El principio de separabilidad del convenio arbitral.

El convenio arbitral es un acuerdo mediante el cual las partes voluntariamente someten sus controversias surgidas de una relación contractual al arbitraje. Recogiendo esta definición, el artículo 13° numeral 1° señala que “[e]l convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.”

La única formalidad que la ley exige para la validez de dicho convenio es la que conste por escrito. Ello en contraste con la ley anterior que incluía más requisitos formales a riesgo de los cuales se podía “entorpecer la agilización del arbitraje sin beneficios que no puedan ser obtenidos mediante principios generales que se refieren a la

nulidad de los actos jurídicos.”⁴² (Cantuarias & Aramburú, 1994, pág. 145).

A pesar de que el convenio arbitral es un acuerdo por sus propios méritos, se incluye normalmente como parte o cláusula de un contrato. Por ello, surge la controversia de si le alcanza al convenio arbitral los cuestionamientos de la validez y existencia del contrato que lo incluye.

El problema se plantea en estos términos: cuando alguna de las partes controvierte la validez misma del contrato en su totalidad, ¿subsiste el efecto atributivo de competencia a los árbitros? El cuestionamiento de la validez del contrato, ¿afecta necesariamente la competencia arbitral?, ¿arrastra consigo la invalidez misma del convenio arbitral? (Caivano, Negociación, conciliación y arbitraje, 1998, pág. 246).

De acuerdo con el principio de separabilidad del convenio arbitral, el acuerdo que origina la competencia del tribunal arbitral retiene su validez aun cuando se cuestione la existencia o validez del contrato en donde está contenido. La resolución, cancelación o nulidad del contrato “principal” no la alcanza. Por ello, los árbitros retienen su competencia para conocer de esas controversias relativas al contrato “principal”.

Este principio descansa sobre una necesidad práctica, ya que, de no existir, una parte del convenio podría siempre evitar el proceso arbitral sometiendo el contrato a conocimiento del órgano judicial. Asimismo, existe una justificación teórica, y es que este principio “es consecuente con la intención de las partes de que todos los conflictos surgidos entre ellas se sometan a arbitraje, incluyendo aquellos relativos a la validez del contrato principal.” (Matheus, 2017).

⁴² Referencia omitida.

En virtud del principio de separabilidad del convenio arbitral, no solamente será competente el tribunal arbitral para conocer de la validez del contrato “principal”, sino que sobrevive incluso cuando el contrato principal sea resuelto de mutuo acuerdo.

“Igualmente, si el contrato principal termina por novación, incluso el pacto arbitral podría subsistir dependiendo los términos de la novación (...). En la misma forma si termina el contrato principal por transacción estimamos que subsistirá el pacto arbitral, salvo que se renuncie al convenio arbitral. Por consiguiente, la validez del acuerdo arbitral no sigue necesariamente la misma suerte que el contrato principal, lo que se traduce en que deberán analizarse en cada caso los requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral.” (Figueroa, 2014, pág. 73).

La única excepción mediante la cual la competencia del tribunal arbitral es remplazada por la de la judicial, es el caso de que “exista un cuestionamiento expreso y directo a la validez del convenio arbitral, por las causales que lo afecten específicamente.” (Caivano, Negociación, conciliación y arbitraje, 1998, pág. 248). Dicho esto, sólo podrá ser sometida a la competencia judicial el cuestionamiento de la validez del convenio arbitral sin que dicha competencia alcance al contrato “principal.” Por ejemplo, en el caso peruano podría darse este caso cuando la materia del contrato sea no arbitrable.

A manera de conclusión, es posible señalar que el principio de separabilidad, en la línea con el principio de independencia, así como con el principio de *Kompetenz – Kompetenz* busca asegurar la efectividad del convenio arbitral evitando injerencias abusivas del poder judicial a instancia de unas partes.

d) Principio del debido proceso.

Como se ha visto antes, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje le hace aplicables las limitaciones y garantías que conforman el debido proceso, así como otros principios y garantías de la función jurisdiccional.

Como es natural, estos principios deben matizarse en su aplicación al proceso arbitral dadas las diferencias entre este y el proceso ante el órgano judicial. Podemos mencionar los siguientes sub-principios:

- El principio de no dejar de administrar justicia por vacío de deficiencia de la ley (artículo 139.8° de la Constitución): el tribunal arbitral al igual que un juez está obligado a resolver la controversia planteada entre las partes ante un vacío de la ley; frente a ello deberá apelar a mecanismos de interpretación, integración, principios generales del derecho, etc.
- El principio de debida motivación (artículo 139.5°): las decisiones sustanciales adoptadas por el tribunal arbitral, al igual que en sede judicial, deben ser motivadas al interior del proceso⁴³.
- El principio de observancia del procedimiento prescrito (artículo 139.3°): a pesar de que existe flexibilidad para fijar el procedimiento arbitral, una vez fijado este, es de observancia obligatoria por las partes y el tribunal arbitral.

⁴³ La Ley de Arbitraje en su artículo 56°, faculta a las partes a convenir en eliminar el requisito de motivación. Esto no significa que un laudo no motivado sea arbitrario, porque el sentido de la decisión puede ser acertado y justo, en realidad, es una consecuencia de la voluntariedad del arbitraje y la libertad de las partes para regular las actuaciones al interior del proceso arbitral.

- El principio de imparcialidad: a pesar de que no ha sido reconocido expresamente en el texto constitucional, la imparcialidad forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de debido proceso. En el caso del tribunal arbitral, los árbitros deben declarar a las partes e informarlas de todo posible conflicto de intereses, así como las partes deben abstenerse de vincularse con los miembros del tribunal arbitral. Además, en la misma conformación del tribunal arbitral deben participar de forma transparente y equitativa ambas partes.
- El principio de pluralidad de instancia (artículo 139.6°): a diferencia de la sentencia judicial, el laudo arbitral se encuentra protegido de toda revisión de fondo por una instancia superior. Por lo tanto, el principio de pluralidad de instancia no se refleja al interior del procedimiento arbitral, sino que subsiste como garantía para que las partes que no hayan optado por la jurisdicción arbitral queden bajo tutela de los tribunales ordinarios. Ello no obsta para que el laudo arbitral sea revisado por posibles vicios en sede judicial, estos vicios pueden acarrear su nulidad, lo cual no implica que el juez evalúe los méritos de la decisión sino su concordancia con la competencia material y temporal del tribunal arbitral y el cumplimiento de otras reglas de debido proceso.

ii. Características elementales del arbitraje.

Como ya ha sido visto anteriormente, el arbitraje se caracteriza por tener una naturaleza mixta. Esto quiere decir que el arbitraje, por un lado, depende en su origen y alcances de la voluntad de las partes, y, por otro lado, al constituir ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra protegido por las garantías propias de esta y limitado por el marco

constitucional aplicable. A continuación, enumeraremos y explicaremos algunas características particulares para completar nuestra visión general de la institución del arbitraje las cuales se desprenden de su configuración legal.

- a) Libertad de procedimientos: en atención a la naturaleza voluntaria del arbitraje, existe una libertad en la fijación de los procedimientos que alcanza, por un lado, a la designación del tribunal arbitral, y, por otro, a las actuaciones de este. En nuestra legislación, se contemplan normas de naturaleza dispositiva para algunos procedimientos, pero en general se deja siempre en libertad para que las partes pacten las reglas de procedimiento que consideren idónea.

La libertad en el procedimiento de nombramiento del tribunal arbitral está recogida en el artículo 23° de la Ley de Arbitraje. En dicho artículo se observa claramente la naturaleza dispositiva de la regulación relativa al procedimiento de nombramiento al señalar que “las partes puede acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.” La reserva final al principio de igualdad responde a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

La libertad en la regulación de las actuaciones ante el tribunal arbitral se encuentra recogida en el artículo 34° y siguientes. La ley señala que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujete el tribunal arbitral en sus actuaciones; siempre respetando la igualdad y otorgándoles oportunidad suficiente para hacer valer sus derechos (artículo 34°). También son de disposición de las partes el lugar en donde se llevará a cabo el arbitraje (artículo 35°), el idioma (artículo 36°) y la determinación de costos (artículo 69°). Ello no obsta para que las partes estén obligados siempre a respetar el

principio de buena fe en todas sus actuaciones (artículo 38°).

- b) Confidencialidad: la ley señala que, salvo pacto en contrario, todos los agentes involucrado en el arbitraje (tribunal arbitral, secretario, testigos, las partes, sus representantes, peritos, etc.) están obligados a guardar confidencialidad sobre las actuaciones arbitrales (incluido el laudo) y cualquier información que conozcan a través de ellas (artículo 51°).
- c) Obligatoriedad de laudo: la ley ha otorgado al laudo efectos de cosa juzgada, y es definitivo, inapelable y de cumplimiento obligatorio desde su notificación (artículo 59°). La consecuencia directa de esto es que un laudo que no sea cumplido por la parte que debiera hacerlo, puede ser ejecutado judicialmente (artículo 59.3) o cuando esto haya sido acordado por las partes o previsto en el reglamento arbitral aplicable, será ejecutado por el mismo tribunal arbitral.
- d) Hetero compositivo: dado que el tribunal arbitral es un tercero imparcial, distinto a las partes en conflicto, se puede afirmar que el arbitraje es un mecanismo hetero compositivo para solucionar las controversias,

iii. Clasificación del arbitraje.

En este punto se abarcarán las más relevantes clasificaciones de los posibles tipos de arbitraje.

- a) Arbitraje internacional y arbitraje nacional.

Todo arbitraje se considera nacional a menos que concurren las características que la ley ha fijado para catalogarlo como un arbitraje internacional.

La Ley de Arbitraje, siguiendo la ley modelo de UNCITRAL, ha señalado tres características las cuales, individualmente, darán carácter internacional al arbitraje (artículo 5°). La primera se da cuando las partes que suscriben el convenio tienen sus domicilios en estados diferentes al momento de celebrarlo. La segunda se da cuando el lugar del arbitraje se sitúa fuera del estado en el que las partes están domiciliadas. Y, finalmente, será internacional un arbitraje en el que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones propias de la relación jurídica existente entre las partes, o el lugar con el cual está más relacionado el objeto de la controversia se encuentra fuera del Perú.

El carácter internacional de un arbitraje tiene una serie de consecuencias especialmente relativas a la ley aplicable. Por ejemplo, el convenio arbitral tendrá sus requisitos de validez en las normas jurídicas elegidas por las partes para regirlo, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano (artículo 13°). En el arbitraje internacional nunca se requiere ser abogado para ejercer la función de árbitro (artículo 22°). Además, la controversia se decide de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes y si las partes no la indica, el tribunal aplicará las que estime convenientes (artículo 57°). El laudo de un arbitraje internacional puede ser anulado cuando sea contrario al orden público internacional.

b) Arbitraje derecho y arbitraje de conciencia.

En principio, los árbitros (salvo en los arbitrajes internacionales) deben ser abogados y deben resolver la controversia conforme al derecho aplicable. La ley, sin embargo, faculta a las partes para, mediante acuerdo expreso, fijar un arbitraje de conciencia.

“Los árbitros de conciencia fallan según su leal saber y entender, estando dispensados – por voluntad de las

partes – de sujetarse a estrictas reglas de procedimiento y de aplicar las soluciones previstas en las normas de fondo para la resolución del caso. La informalidad procesal de los árbitros de conciencia, sin embargo, no es ilimitada. Aun cuando no tenga ningún tipo de restricción proveniente del convenio arbitral, deberá respetarse el principio elemental de garantizar la defensa en juicio.” (Caivano, Negociación, conciliación y arbitraje, 1998, pág. 241)

El arbitraje de conciencia es la expresión máxima del carácter voluntario del arbitraje y de la maximización de la informalidad y flexibilidad del proceso arbitral.

c) Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

El arbitraje *ad hoc* es aquel conducido directamente por un tribunal arbitral, elegido por acuerdo de las partes según el procedimiento que ellas hayan fijado. Refleja la forma más clásica de arbitraje y la más común históricamente.

Por su parte, un arbitraje institucional es aquel organizado y administrado por una institución arbitral (artículo 7°). Las instituciones arbitrales en el Perú pueden ser personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro. La institución arbitral será la que designe al tribunal arbitral y funciona en general como una intermediaria entre este y las partes.

Además, “[l]as entidades arbitrales habitualmente tienen un reglamento al cual los litigantes se someten y, que prevé la mayor parte de las contingencias que pueden ocasionarse en el curso de un procedimiento arbitral, adaptándose a las necesidades que se plantean en materia de solución de disputas.” (Caivano, Negociación, conciliación y arbitraje, 1998, pág. 239). Igualmente, las instituciones arbitrales suelen contar con modelos de convenio arbitral,

reglas estándar para fijación de honorarios, listas de árbitros asociados a ellas, etc.

Dicho esto, las instituciones arbitrales cumplen un rol especialmente relevante para los arbitrajes internacionales y funcionan como soporte y último mecanismo en caso las partes no nombren a sus árbitros.

B. Características del arbitraje de consumo en el Perú.

Habiendo visto en la sección anterior las características del arbitraje convencional y los principios que lo rigen, pasaremos a continuación a explicar comparativamente las características del arbitraje de consumo, las cuales ya hemos introducido de manera general en el capítulo II. En esta sección desarrollaremos expositivamente las características mencionadas, y en la siguiente trazaremos las diferencias fundamentales entre el arbitraje de consumo y el arbitraje convencional.

a) Gratuidad.

En el artículo 137° del Código de Protección y Defensa del Consumidor se reconoce como una característica del SARC el que este busque resolver de manera gratuita los conflictos entre consumidores y proveedores. Ahora bien, en el reglamento (artículo 23°) esta gratuidad ha sido entendida como la no sujeción del inicio del procedimiento arbitral al pago de tasas. Respecto a los costos ocasionados por pruebas, estos serán asumidos por quien las propone y repartidos cuando las pruebas comunes o coincidentes.

Visto lo anterior, se encuentra una analogía casi completa con el sistema administrativo. En la medida en que, aunque, el arbitraje de consumo es gratuito, esta gratuidad afecta únicamente al pago de las tasas por inicio del procedimiento. Esto quiere decir que los costos en los que las partes incurrierán para realizar su actividad probatoria al interior de un procedimiento administrativo serán lo mismo,

en principio, de los que deban enfrentar en el arbitraje de consumo.

Para el caso de los procedimientos administrativos, los gastos por peritajes y actuaciones de pruebas de acuerdo con el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 807 que regula las facultades, normas y organización del Indecopi, estarán a cargo de la parte que lo solicita, y la resolución final es la que determinará si estos gastos deben ser asumidos por las partes o reembolsados a una de ellas o al Indecopi.⁴⁴

En conclusión, la gratuidad en el arbitraje de consumo no es realmente significativa desde el punto de vista desde el consumidor porque la tasa que ha dejado de desembolsar no es de una cuantía importante.⁴⁵ En realidad los beneficios de esta vía procedimental deben encontrarse en la celeridad del proceso, la inapelabilidad del laudo y la posibilidad de solicitar la indemnización por esta vía.

No obstante, como veremos más adelante, la gratuidad sí merece especial atención desde el punto de vista del Estado.

b) 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.” (Espinoza J. , 2011, pág. 131). Como hemos visto,

⁴⁴ Al tratarse de un procedimiento sancionador en materias reguladas, el costo de la fiscalización puede trasladarse al fiscalizado cuando este haya sido encontrado responsable. En esa medida el Indecopi puede ordenar el reembolso de los gastos en que haya incurrido en su actuación fiscalizadora al proveedor que haya incumplido las normas del Código. Esta facultad es especialmente relevante en casos de intereses difusos.

⁴⁵ El monto a ser cancelado por el consumidor para la presentación de cada denuncia asciende a S/. 36.00

el artículo 140° del Código se dispone que la sumisión al SARC es voluntaria y se realiza de acuerdo a las modalidades aprobadas por el reglamento.

Como es natural esto constituye una diferencia clara respecto de los procedimientos administrativos los cuales están siempre a disposición de los consumidores y tienen competencia para conocer todas las infracciones a las disposiciones del Código respecto de cualquier proveedor (salvo las excepciones en materias con regulación especial).

No podemos decir que los procedimientos administrativos sean voluntarios, en parte porque cualquier proveedor puede ser sometido a ellos sin su aceptación, y en parte, porque incluso puede existir un procedimiento administrativo sin que sea impulsado por el consumidor, sino que es seguido de oficio por la autoridad de consumo.

c) Unidireccionalidad.

El procedimiento arbitral de consumo se inicia solamente a petición del consumidor, no pudiendo iniciarse a solicitud de proveedor. Esta característica es compartida por el procedimiento administrativo, por cuanto el consumidor no puede cometer infracciones contra el proveedor, salvo se encuentre dentro del procedimiento⁴⁶.

La unidireccionalidad responde a la naturaleza tuitiva del arbitraje de consumo, que existe como mecanismo de protección al consumidor y no como un mecanismo general de resolución de conflictos. En otras palabras, es una herramienta para el consumidor y para que este acceda a un

⁴⁶ Al interior del procedimiento administrativo, el consumidor tiene fundamentalmente dos obligaciones cuyo incumplimiento es sancionable, que incluso pueden generar la instauración de un procedimiento para sancionarlo: la observación de la buena, absteniéndose de denunciar maliciosamente; y el cumplimiento de pago de las costas y costos de un procedimiento en el que se le haya ordenado.

mecanismo alternativo para llevar su controversia; no como un mecanismo para que cualquiera de ambos lleve la controversia a conocimiento de un tercero.

d) Gestionado por el Estado.

El arbitraje de consumo es gestionado por las juntas arbitrales creadas por el reglamento (artículo 5°-8°). El órgano encargado de resolver la controversia es el órgano arbitral, el cual es nombrado por la junta, pero es independiente de esta.

En línea con lo anterior, el reglamento ha fijado que las juntas arbitrales son la “sede institucional” de los órganos arbitrales adscritos a ella, por lo tanto, cumplen un rol análogo al de las sedes institucionales en el arbitraje convencional.

En el procedimiento administrativo en cambio, el órgano resolutorio es la Comisión de Protección al Consumidor, mientras que la mayor parte de actos de gestión (como notificaciones o trámite probatorio) corresponden a la Secretaría Técnica. De esta forma, existe una tenue pero real división de las labores de gestión y de decisión. En el arbitraje de consumo, en cambio, se plantea una separación completa entre ambos, dado que el órgano arbitral no pertenece a la Junta, sino que sus miembros son nominados por esta. De esta forma, se logra un verdadero procedimiento adversarial, con dos partes en condición de igualdad frente a un tercero imparcial.

e) Prevalencia del arbitraje derecho.

En su artículo 24° el reglamento ha establecido la posibilidad de que las partes escojan la modalidad de arbitraje de conciencia en el SARC. Esto debe hacerse a través de un pacto expreso, que además elimina el requisito de que el árbitro sea abogado.

Por ello, el arbitraje de consumo será primordialmente de derecho, lo cual busca asegurar el cumplimiento de las normas imperativas de protección al consumidor. La diferencia con el procedimiento administrativo es evidente, toda vez que la autoridad de consumo resuelve siempre conforme a derecho, y los funcionarios encargados de la resolución deben ser siempre abogados.

f) Anti formalismo en la representación.

La representación de las partes no es cautiva en el caso del arbitraje consumo al igual que en procedimiento administrativo, por lo que las partes pueden velar por sus intereses y derechos sin necesidad de contar con un abogado. Ello no obsta, para que, tanto en sede administrativa como en arbitral, la parte que lo estime oportuno haga uso de una representación técnica, y en caso de resultar vencedora traslade sus costos a la parte vencida.

C. Diferencias y semejanzas entre el arbitraje convencional y el arbitraje de consumo.

a. Naturaleza institucional o administrativa.

Como ya hemos visto, el Reglamento del SARC ha señalado que las juntas arbitrales son las sedes institucionales del arbitraje de consumo. En lectura concordante con el artículo 7° de la Ley de Arbitraje, el cual señala que el arbitraje institucional es “aquel administrado por una institución arbitral”, podría inferirse que el arbitraje de consumo es un arbitraje institucional.

Sin embargo, el artículo 7.2° define en líneas generales a las instituciones arbitrales como personas jurídicas, y señala que las instituciones públicas con funciones arbitrales deberán inscribirse en el Ministerio de Justicia (en el registro de instituciones arbitrales creado mediante Decreto Supremo N° 016-2008-JUS). Visto esto, parece más difícil sostener que las juntas arbitrales constituyen verdaderas instituciones arbitrales, porque no tienen personería jurídica ni tampoco son instituciones públicas; lo cual se desprende claramente del artículo

5.1° del Reglamento del SARC, que señala que las juntas arbitrales de consumo son “órganos constituidos al interior de entidades de la administración pública.” En ese sentido, no le serían de aplicación a las juntas arbitrales las normas referidas a las instituciones arbitrales contenidas en la Ley de Arbitraje.

La mayor parte de estas normas son de poca relevancia o han sido cubiertas por el reglamento aplicable al SARC. Sin embargo, existe una disposición contenida en la Ley de Arbitraje (artículo 24°) que regula el incumplimiento por parte de la institución arbitral del nombramiento de los árbitros, que no encuentra un homólogo en el reglamento del SARC.⁴⁷ En otras palabras, si asumimos que, a las juntas arbitrales, al no ser instituciones arbitrales, no se les puede aplicar lo dispuesto para estas en la Ley de Arbitraje, no existe una consecuencia prevista por nuestro ordenamiento para el supuesto en que la junta arbitral no nombre al árbitro.

Esta interpretación se desprende de las razones que motivan a la ley a exigir que las instituciones arbitrales sean personas jurídicas o entidades públicas. A partir de esta exigencia, la ley busca asegurar la continuidad y permanencia de la institución arbitral más allá de su composición y de las personas naturales que la integran, para evitar que pueda generarse inconvenientes en la tramitación y administración de los procesos arbitrales.

En el caso de las juntas arbitrales, esto no se cumple por cuanto, al tratarse de órganos compuestos únicamente por un presidente y un secretario técnico, su continuidad y actuaciones dependen únicamente de ellos, en el caso de desaparición, enfermedad, muerte, etc. de cualquiera de ellos; las partes deberán esperar a que la entidad pública vuelva a

⁴⁷ Artículo 24° de la Ley de Arbitraje: “Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23°.”

nombrar a los miembros de la junta para que estos a su vez continúen con la tramitación de su proceso. Esto es especialmente preocupante considerando los requisitos para ocupar los cargos de dicha junta, cuyo cumplimiento puede no ser fácil por una cantidad de funcionarios.

Aún si se intentara realizar una aplicación analógica del artículo 24° de la Ley de Arbitraje, equiparando las juntas arbitrales con instituciones arbitrales, no parece posible asumir que las juntas tienen la facultad de rechazar el pedido de las partes de dar trámite al proceso arbitral, facultad de la que sí disponen las instituciones arbitrales. Esto se desprende de que la junta arbitral al nombrar el árbitro y tramitar el proceso está ejerciendo una función pública.

Por tanto, a pesar de que las juntas arbitrales cumplen funciones semejantes (nombramiento de árbitros, tramitación de proceso y servicios administrativos en general), pareciera que estas no se ajustan a la definición legal de institución arbitral; por lo que no le serán de aplicación las disposiciones referidas a ellas contenidas en la Ley de Arbitraje. Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, esto podría invitarnos a pensar que más que institucional, la junta arbitral cumple un rol de tramitar un arbitraje administrativo.

b. Gratuidad versus onerosidad.

Dado que, como ya hemos visto antes, la gratuidad en el arbitraje de consumo no alcanza a los gastos en la presentación de pruebas, la diferencia fundamental en materia de onerosidad entre el arbitraje de consumo y el arbitraje convencional, radica en el pago a los árbitros.

Como está claro, los miembros del tribunal arbitral están cumpliendo un servicio el cual debe ser, en principio, remunerado.⁴⁸ En

⁴⁸ Artículo 70° de la Ley de Arbitraje: “El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a. los honorarios y gastos del tribunal arbitral (...)” y artículo 71°: “los honorarios del tribunal arbitral (...) serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y complejidad del caso, el tiempo dedicado

el arbitraje convencional el pago de los honorarios del tribunal arbitral corresponde a la parte vencida, salvo pacto en contrario, o el tribunal estime que es razonable dada las circunstancias del caso, prorratar el costo entre las partes (artículo 73°).

Existe una primera dificultad para determinar el pago de los honorarios a los árbitros al interior del SARC. Y es que no existe disposición normativa expresa ni en el Código ni en el reglamento sobre la determinación de esos costos ni sobre quién deberá asumirlos. Como hemos visto, el reglamento del SARC reconoce la gratuidad del arbitraje en su artículo 23°, pero señala que esta se limita a la exoneración de pagos de tasas y no alcanza a los costos del arbitraje, salvando la “facultad del órgano arbitral para la condena al reembolso de costas y costos del procedimiento conforme al artículo 25°.”

En este sentido, el artículo 25° recoge el contenido que puede tener el laudo arbitral y señala que además de ordenar a favor de los consumidores las medidas correctivas e indemnización por daños y perjuicios, puede también contener la condena a proveedores vencidos al pago de costas y costas, fijando la cuantía. Excepcionalmente, puede condenarse al consumidor a asumir estos costos en caso de mala fe.

El reglamento no recoge en qué consiste dichos costas y costos del procedimiento arbitral, aunque por la redacción del artículo 23° pareciera que por lo menos incluyen los gastos ocasionados por pruebas practicadas. Para complementar el contenido de estas costas debemos acudir a otras normas. Por ejemplo, la Directiva 001-2015/TRI-INDECOPI⁴⁹ señala en su artículo 6° que en los procedimientos administrativos seguidos ante Indecopi, las costas incluyen las tasas pagadas por el solicitante, así como los gastos asumidos por las actuaciones probatorias incluido los honorarios de los peritos. Los costos hacen referencia a los gastos de representación y defensa técnica.

por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales, y cualesquiera otras circunstancias pertinentes al caso.”

⁴⁹ Directiva que establece reglas aplicables a los procedimientos de liquidación de costas y costos ante los órganos resolutivos del Indecopi

Sin embargo, esta definición no es suficiente para determinar quién deberá correr con los gastos de los honorarios ni cómo deberán fijarse. El Código también guarda silencio respecto de esta cuestión. Por ello, dada esta ausencia deberemos recurrir a mecanismos de interpretación y normas supletorias para poder determinar quién corre con los gastos de los honorarios de los árbitros y cómo van a ser fijado estos.

Si atendemos al artículo 2° del reglamento del SARC, vemos que el arbitraje de consumo se encuentra regulado por el Código, el reglamento y “en lo no previsto por estos cuerpos normativos, por el Decreto Legislativo N° 1071” (Ley de Arbitraje). En otras palabras, el reglamento asume que el arbitraje de consumo, de alguna manera, es una clase específica de arbitraje (en el sentido de arbitraje presente en la ley), y utiliza dicha ley como norma supletoria.

Fijando nuestra vista en la Ley de Arbitraje, vemos que esta sí delimita que montos se incluyen dentro del concepto de costos del arbitraje (artículo 70°). Estos además de incluir los gastos de los partes en su defensa y los honorarios de los peritos, incluyen también los honorarios y gastos del tribunal arbitral. Más aún, la ley también ofrece una lista no taxativa de criterios para que lo árbitros puedan fijar los honorarios correspondientes.

En suma, pareciera que, haciendo una interpretación conjunta de los textos normativos relevantes, y aplicando supletoriamente la Ley de Arbitraje en ausencia de regulación expresa de la materia, tanto en el Código como en el reglamento, pareciera ser que al momento de fijarse las costas y costos del arbitraje de consumo estos deberían incluir los honorarios del órgano arbitral. Además, para fijar estos honorarios, el órgano arbitral debería acudir a los criterios presentes en la Ley de Arbitraje. Cabe señalar que al ser parte de las costas y costos el pago de los honorarios arbitrales, este puede ser trasladado al proveedor vencido, o al consumidor que actuó con mala fe.⁵⁰

⁵⁰ Sería ideal para evitar estas dificultades de interpretación, la simplificación legislativa de la materia, incluso José Carlos Vela ha comentado

Cabe plantearse la posibilidad real del que el consumidor haya resultado vencido sin haber actuado de mala fe, es decir, por justo derecho. Como hemos visto el reglamento no hace mención a ello, pero *a contrario sensu* se entiende que en un caso así no realizará traslado alguno de los costos. Entendemos que el reglamento ha previsto esta solución al considerar como costos solamente la actuación probatoria, que ya ha sido asumida previamente por las partes. Pero esto no podría aplicarse a los honorarios del árbitro.

Volviendo nuevamente a la Ley de Arbitraje, esta señala en su artículo 73° que el tribunal arbitral debe tener en cuenta para la distribución de costos, primero el acuerdo de las partes, y a falta de acuerdo serán asumidos por la parte vencida. Sin embargo, la ley también faculta al tribunal para distribuir y prorratear los costos si lo estima razonable. Entonces, aplicando esta disposición al arbitraje de consumo, en el supuesto de que el consumidor haya sido vencido por justo derecho, en principio sería él, el responsable de asumir los honorarios de los árbitros, salvo que el órgano arbitral decida que es razonable un prorrateo.⁵¹

A pesar de lo anteriormente expuesto, en el plan piloto implementado por el Indecopi para el funcionamiento del SARC, este ha optado porque los honorarios del órgano arbitral se encuentren fijados previamente mediante una resolución de carácter general, y que estos serán asumidos por la entidad administrativa en la cual está adscrita la junta arbitral. En otras palabras, los gastos de los honorarios arbitrales, a la fecha, son asumidos por el Estado.

El razonamiento de Indecopi para asumir estos gastos, parte de una interpretación del artículo 5.1° del reglamento del SARC el cual señala que las juntas arbitrales se encargan de brindar el soporte financiero que resulte necesario para el funcionamiento de los órganos

que una simplificación y unificación de la normativa aplicable al arbitraje de consumo, sería sumamente positiva para la mejor operatividad del SARC.

⁵¹ Nada impide que el órgano arbitral pueda utilizar como criterio el prorrateo las diferencias de la capacidad económica entre proveedor y consumidor, así como su actuación procedimental.

arbitrales. Consideramos que el artículo mencionado responde más a los deberes de gestión, administración y apoyo que la junta arbitral debe brindar a los árbitros. Además, el principio de gratuidad se encuentra bastante limitado por el mismo reglamento, por lo que no tiene sentido pensar que el costo del arbitraje debe ser asumido por el Estado en virtud del principio de gratuidad. Por ende, pareciera que la interpretación del Indecopi, en cierta manera, restringida cuando debió hacerse más sistemática atendiendo a la naturaleza general de la institución del arbitraje en general.⁵²

Aun si se implementara el SARC a nivel nacional manteniendo la gratuidad como esta ha sido establecida en el plan piloto, esto no constituiría una diferencia sustancial entre el arbitraje convencional y el arbitraje de consumo, por cuanto solamente es una redistribución de la carga de los honorarios. La actividad del árbitro, su rol, así como el de las partes, y la naturaleza del procedimiento no se ven afectado por ello.

Hasta ahora, dado que en plan piloto solamente se han dado dos arbitrajes de consumo de las 17 solicitudes⁵³, el costo asumido ha sido muy bajo, pero evidentemente con la implementación a nivel nacional el número de arbitrajes crecerá hasta convertirse en un monto importante. En la sección correspondiente se explicarán las consecuencias económicas de la decisión planteada por Indecopi y la operatividad y viabilidad de esta forma de distribución de costos.

c. Confidencialidad y publicidad.

El artículo 51° de la Ley de Arbitraje, como ya hemos, establece que las partes y otros agentes que formen del procedimiento arbitral deben guardar confidencialidad de las actuaciones incluido el laudo.

⁵² Entendemos que esta interpretación que asumió Indecopi responde a las necesidades inmediatas del plan piloto que viene implementándose, y que no necesariamente, esperamos, se mantendrá en la fase de implementación paulatina en el resto del territorio nacional.

⁵³ Información proveída por José Carlos Vela en la entrevista personal realizada el 24 de febrero de 2017.

Respecto del arbitraje de consumo no existe una norma expresa que imponga este deber de confidencialidad. Entonces, la pregunta fundamental que debemos hacernos es la de si es extensible el principio de confidencialidad incluido en la Ley de Arbitraje al arbitraje de consumo, y de serlo, cuáles serían sus alcances.

Para responder la primera parte de la cuestión, tenemos que atender a la justificación del principio de confidencialidad en el arbitraje. Al respecto, el reglamento del arbitraje de consumo no recoge este principio. El reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, que es uno de los centros de arbitraje más importante del país, recoge este principio parafraseando la Ley de Arbitraje, mientras que, el reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP (otro importante centro de arbitraje) no lo recoge.

Existe una raíz histórica para la confidencialidad porque “el fundamento de este principio se encuentra en la naturaleza misma del arbitraje en general ya que, históricamente, como la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central.” (Jimenez, 2015, pág. 737). Por lo tanto, es comprensible y justificable que desee mantener este principio en el arbitraje de consumo, más aún si se encuentra recogido en la Ley de Arbitraje, y ésta es de aplicación supletoria para el SARC.

Al no ser el Estado parte en el arbitraje de consumo, todas las actuaciones arbitrales incluido el laudo, estarán cubiertas por el principio de confidencialidad, que alcanza a las partes, el órgano arbitral, la junta arbitral, la entidad en la cual está adscrita y demás participantes. Para levantar el deber de confidencialidad se requerirá que ambas partes, proveedor y consumidor, decidan hacerlo.

Debemos diferenciar claramente la confidencialidad de las actuaciones arbitrales de los hechos que motivaron el inicio del proceso arbitral. La confidencialidad no alcanza a estos últimos, que puede ser

iniciado por el Indecopi⁵⁴ para iniciar un procedimiento siempre que exista una afectación al orden público que amerite una intervención del Estado.

En suma, la confidencialidad al ser un principio básico en el arbitraje en el Perú, es de aplicación supletoria en el arbitraje de consumo, y alcanza todas las actuaciones arbitrales sin perjuicio de que los hechos puedan ser puestos en conocimiento de Indecopi.

d. Voluntariedad y arbitraje in vacuo.

El convenio arbitral al ser la manifestación de las partes de su voluntad de someterse al arbitraje, es el elemento donde más claramente se concreta el principio de voluntariedad del arbitraje del cual ya hemos hecho referencia. La Ley de Arbitraje define al convenio arbitral como ya hemos visto, como un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica.

Dada esta regulación, es innegable que existen elementos básicos para la configuración del convenio arbitral que incluyen la determinación de las partes, y consecuentemente de la relación jurídica relevante. Más aún, la Ley de Arbitraje se vale de la relación jurídica antes mencionada para determinar la extensión del convenio arbitral a otros sujetos, vinculados con esta relación contractual.

Debe entenderse entonces que en el Perú no existe el arbitraje “*in vacuo*”, es decir, un arbitraje basado en un convenio arbitral “abierto” que no está relacionado directamente con una relación jurídica específica, sino que se hace en el vacío. Permitir ello, otorgaría a los individuos la capacidad de crear jurisdicciones permanentes y generales, excediendo los límites de la jurisdicción arbitral.

⁵⁴ El consumidor al someterse a la vía arbitral renuncia expresamente a la posibilidad de denunciar el hecho ante la autoridad administrativa (artículo 145° del Código).

La Ley de Arbitraje española⁵⁵ define el convenio arbitral de forma semejante a la peruana, incluyendo una referencia expresa a la existencia de una relación contractual entre las partes. De la misma manera, la Ley Modelo de UNCITRAL “define” el acuerdo de arbitraje haciendo referencia a una determinada relación jurídica existente entre las partes involucradas en el arbitraje. En suma, la implícita proscripción del arbitraje *in vacuo* no es una experiencia aislada al caso peruano, sino que es la regla general al tratarse de una consecuencia de los contenidos básicos del convenio o acuerdo arbitral.

Bajo este escenario, parece haber una discrepancia lo señalado y la regulación del SARC en nuestro país. En el reglamento del SARC se entiende que la voluntad de las partes para someterse al arbitraje de consumo puede ser acreditada, entre otros supuestos, con la aceptación del consumidor de la adhesión del proveedor al SARC. En otras palabras, se abre la posibilidad para que determinados sujetos (los proveedores) manifiesten su voluntad de someterse al arbitraje de forma previa a la existencia de relaciones jurídicas específicas con sujetos determinados (los consumidores). Ello quiere decir que la adhesión al SARC sin ser un convenio arbitral, ya que se necesita de la voluntad de dos partes, se corresponde con la manifestación de voluntad de una de las partes para suscribir dicho convenio, la cual se da sin conocer ni la contraparte, ni la relación jurídica específica que luego podrá ser sometida al arbitraje.

Esto quiere decir que la voluntariedad, en el arbitraje de consumo, se debe flexibilizar, por lo menos, en lo que corresponde a los proveedores. Estos deben manifestar su aceptación para someterse al arbitraje de consumo, como correspondería en el arbitraje convencional, pero el contenido de su aceptación no tiene los requisitos de determinación que sí se observan en este último, porque no es necesario señalar la contraparte específica o la controversia particular.

A pesar de esta flexibilización, no sería preciso afirmar que estamos ante un arbitraje *in vacuo*, porque la adscripción al registro del SARC representa solamente una de las dos voluntades que se requiere para generar un acuerdo. Por lo tanto, debemos reconocer que, una de las

⁵⁵ Ley 60/2003.

dos partes (el consumidor) manifiesta una voluntad dirigida a someterse al arbitraje de consumo que es análoga a la que correspondería a la de un proceso arbitral tradicional. El proveedor por su parte, realiza una manifestación de voluntad más tenue, más general y menos específica, pero igualmente necesaria para ser sometido a este procedimiento.

Esta flexibilización agudiza el problema que surge en los casos límites, en los que existe duda de si la controversia planteada es susceptible de ser resuelta al interior del sistema de protección al consumidor. Esto por cuanto no estaríamos discutiendo si puede conocer de la controversia un órgano con competencias generales creadas por ley, sino si un órgano privado (órgano arbitral) con competencias creadas por la voluntad de las partes puede conocer del caso, aun cuando una de esas voluntades sea abierta y general. Por el principio *kompetenz kompetenz* será finalmente el órgano arbitral quien deba resolver si la voluntad general y abstracta manifestada por el proveedor en su adscripción al SARC incluye la controversia específica planteada.

e. Unidireccionalidad y bidireccionalidad.

Está previsto que el procedimiento arbitral de consumo de inicia con la petición escrita del consumidor a la junta arbitral (artículo 19° del Reglamento del SARC). En tal sentido, se puede señalar que el arbitraje de consumo, a diferencia del arbitraje convencional, es decir, que sólo puede ser solicitado por una de las partes que suscribieron el convenio: el consumidor.⁵⁶

En contraste, en el arbitraje convencional se da una bidireccionalidad lo que significa que en principio como lo que se somete a arbitraje son las controversias, ambas partes pueden solicitar el inicio del procedimiento con la presentación de la solicitud de arbitraje, incluso esto se extiende en aplicación del artículo 14° de la Ley de Arbitraje a

⁵⁶ Cabe mencionar que, cuando se habla de convenio, se hace referencia de manera amplia a las tres formas de acceder al arbitraje de consumo, estas son: convenio arbitral en sentido estricto, aceptación de la solicitud *ex post* por parte del proveedor, y adscripción al registro de proveedores del SARC.

otros sujetos, cuyo consentimiento se determina por su participación en el contrato⁵⁷.

Dada las características de flexibilidad y libertad del arbitraje, cabría plantearse la posibilidad de la suscripción de un convenio arbitral válido en el cual solo una de las partes pudiera someter la controversia a arbitraje.

Considerando que la base del arbitraje es la autonomía contractual de las partes, esta puede considerarse como fundamento suficiente para permitir la existencia y validez de convenios de arbitraje unidireccionales, después de todo está permitido todo lo que la ley no prohíbe y pueden existir razones para que las partes suscriban un convenio de este tipo. Obviamente, sin embargo, dicho convenio es claramente limitante para una de las partes por lo que, por ejemplo, podría catalogarse como cláusula abusiva en unas condiciones generales de contratación.

En el caso del SARC, se entiende que la unidireccionalidad es una consecuencia natural de las características del sistema de protección al consumidor y de que las trasgresiones al Código vienen fundamentalmente del lado del proveedor. Combinando esto con la voluntariedad antes mencionada, parece claro que es legítima la existencia de un arbitraje consumo unidireccional. No obstante, sí es una limitación a las posibles acciones del proveedor, y sería positivo evaluar una medida intermedia a través de la cual el proveedor pudiera velar sus intereses en el SARC, como por ejemplo, la reconvencción, la cual en nuestro sistema arbitral no existe.⁵⁸

⁵⁷ Si bien ningún artículo de la Ley de Arbitraje contiene expresamente la bidireccionalidad, se desprende de la redacción de diversos artículos que las partes indistintamente pueden plantear demanda y contestación.

⁵⁸ En la sección siguiente se analizará como la reconvencción es una medida útil en el sistema español.

- f. Arbitraje de conciencia, orden público y protección al consumidor.

El reglamento del SARC en su artículo 24° y de forma paralela a la Ley de Arbitraje establece que el arbitraje de consumo será de derecho salvo que las partes acuerden que sea de conciencia o de equidad.

Como ya se ha visto a grandes rasgos, en el arbitraje derecho, el árbitro resuelve conforme a las normas jurídicas aplicables al caso. Por su parte, en el arbitraje de conciencia o de equidad el árbitro parece no estar sometido a las normas de derecho sustantivo.

En general, los textos dedicados al estudio del arbitraje convencional “contiene[n] unas pocas páginas sobre el tema que casi se reducen a repartir que, en este caso, el árbitro tiene una amplia facultad para resolver de acuerdo a su propio criterio: a su leal saber y entender (...). Y las propias leyes contienen muy pocas normas específicas sobre la materia.” (De Trazegnies, 1996, pág. 115).

La Ley de Arbitraje peruana tampoco se avoca a definir que sería exactamente el arbitraje de conciencia o de equidad, y se limita a señalar que las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a resolver de esta forma.

El problema fundamental que plantea la posibilidad del arbitraje de conciencia es la posible inobservancia del derecho sustantivo, es decir, es debatible si la posibilidad del arbitraje de conciencia permite al árbitro no solo amoldar el derecho al caso en concreto sino desconocerlo directa y completamente. En el caso del arbitraje convencional, y especialmente en el ámbito internacional, se entiende que la autonomía de las partes les faculta a determinar cuál será el derecho aplicable, incluso a optar por un arbitraje en el cual las normas emitidas por los estados puedan ser ignoradas por el tribunal arbitral.⁵⁹

⁵⁹ En el artículo 57.2° de la Ley de Arbitraje señala que, en el arbitraje internacional las partes elegirán las normas jurídicas aplicables al fondo, y en el numeral 3 faculta, además a las partes a que este arbitraje internacional.

En las relaciones contractuales entre iguales, la posibilidad de escoger el derecho aplicable o de no aplicar ninguna regulación preestablecida (aunque esto no sea el único significado que le podamos dar a una decisión en consciencia) podría ser justificable dada la autonomía de las partes. Sin embargo, no podemos aplicar una analogía completa con el arbitraje de consumo porque las partes no están en condición de igualdad y porque existen una serie de disposiciones normativas que protegen a una de ellas (al consumidor).

Dentro de la concepción de arbitraje de consciencia como un arbitraje absolutamente libre donde los árbitros pueden fallar en contra del derecho aplicable (incluso, sin motivación específica), surge el problema del estatus de las normas de protección al consumidor. Como hemos visto antes, estas normas son de orden público y de carácter tuitivo, y han sido implementadas con el objetivo específico de proteger al consumidor, en el entendido de que este está en desventaja frente al proveedor.

Para que sea legítimo un arbitraje de consciencia en este sentido al interior del SARC, tenemos que asumir la posibilidad de que el consumidor renuncie a la protección que le ofrece el Código y demás leyes que le ofrece el sistema de protección al consumidor peruano. Asumiendo que el consumidor renuncie voluntariamente a ellas, indirectamente estaría renunciado a la mayor protección que estas normas significan para todo consumidor. Si nos aseguramos que la decisión sea libre e informada esta sería legítima. Pero, podría haber inconvenientes si es que esta renuncia formara parte de una condición general de contratación o fuera un requisito para consumir.

Esta renuncia a la aplicación de ciertas normas, no implica necesariamente que el órgano arbitral vaya a tomar una decisión contraria a estas, puede ser una decisión que coincida con su aplicación, e incluso existe la posibilidad de que el consumidor alegue la existencia de estas normas y que proponga al órgano arbitral su aplicación por convenir en justicia.

En contraposición a esta interpretación del arbitraje de conciencia, existe la alternativa de considerar que el árbitro que falla en conciencia lo hace aplicando criterios de equidad, la cual

“(…) no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos, de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada incorporando elementos de juicio que no se deducen estrictamente de las leyes positivas pero que tampoco se oponen a ellas. De esta manera, el arbitraje de conciencia puede desprenderse del rigor estricto de la ley (…) [y] puede salirse cuando quiere de la carretera de la ley y recorrer la comarca a campo traviesa. El poder de laudare en conciencia que le ha sido otorgado le da una mucho mayor libertad.” (De Trazegnies, 1996, pág. 120).

Dentro de esta interpretación se anula el problema de la renuncia al derecho tuitivo, porque el órgano arbitral deberá fallar, en principio, dentro del margen general que le proveen las normas de protección al consumidor, manteniéndose así el rol de protección que otorga el Estado. Sin embargo, se generaría el problema de que, dada la naturaleza de estas normas protectoras, el arbitraje de consumo de conciencia sería menos libre que el arbitraje de conciencia ordinario; esto por cuanto las normas de protección al consumidor no deja mucho margen de discrecionalidad para la aplicación de la conciencia.

En este caso antes descrito, la desviación de la aplicación de las normas de protección al consumidor, deberían estar siempre motivadas explicando por qué en el caso concreto su aplicación resultaría contraria a la equidad.

En suma, cuál sea la interpretación del arbitraje de conciencia que se dé delimitará la forma en que operen los arbitrajes de conciencia en el SARC. Ambas interpretaciones cuentan con argumentos a favor y en contra y tienen consecuencias en la decisión. Sería positivo un desarrollo legislativo sobre el contenido y alcances del arbitraje de conciencia.

D. Arbitraje de consumo: experiencias comparadas.

a. El caso español.

El arbitraje de consumo fue implementado a inicios de la década de los 90 y es el modelo que se intentó importar al Perú como la base del SARC. En él están incluidos los elementos fundamentales de nuestro sistema (juntas arbitrales adscritas a las administraciones públicas, órganos arbitrales) y sus principales características (celeridad, gratuidad, dinamismo, etc.).

El convenio arbitral se formaliza de forma semejante a la establecida por la legislación peruana, permitiéndose que se dé a través de una cláusula previa, aceptación expresa posterior y adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo (artículo 24° del Real Decreto 231/2008). Al igual que en el Perú, este convenio faculta sólo a los consumidores y usuarios a solicitar el arbitraje (que puede ser virtual). Por lo tanto, también es unidireccional (artículo 34°). La única diferencia es que el proveedor tiene la capacidad de plantear una reconvencción (artículo 43°).

Como se señaló previamente, la reconvencción es una estrategia intermedia entre la unidireccionalidad y la bidireccionalidad, a pesar de que el proveedor no puede solicitar el arbitraje, sí puede hacer valer sus pretensiones por esa vía una vez activada por el consumidor. En el caso peruano, la unidireccionalidad absoluta implica que las pretensiones de los proveedores vinculadas a la relación de consumo sometida a arbitraje tendrían que encontrar protección en la vía judicial o, excepcionalmente, administrativa.

Por otro lado, se tiene que la adscripción al sistema por parte de los empresarios faculta a estos a exhibir el distintivo asociado con el arbitraje de consumo (artículo 28°), el cual al igual que en el Perú, está pensando como un incentivo para que los proveedores se adscriban al sistema.

Una de las diferencias más importantes entre el sistema español y el peruano, es que el arbitraje de consumo en España es de equidad, salvo

las partes opten expresamente por un arbitraje de derecho. Es interesante notar que en la misma norma se contempla que las normas jurídicas aplicables “servirán de apoyo en la decisión en equidad” la cual debe ser siempre motivada (artículo 33°). Esto es una medida positiva porque de alguna manera expresamente en la ley se señala cuál va ser el rol de las normas de protección al consumidor en la decisión en equidad. Por tanto, no existirían los mismos problemas interpretativos que hemos planteado de la normativa peruana.

El plazo para dictar el laudo es de seis meses desde iniciado el procedimiento y es prorrogable salvo las partes acuerden otra cosa hasta por dos meses (artículo 49°). Existe una serie de disposiciones especiales en el Real Decreto mencionado, que incluyen el arbitraje de consumo electrónico (artículo 51°) y el arbitraje de consumo colectivo (artículo 56° y siguientes).

El arbitraje de consumo colectivo no existe en el sistema peruano, en el entendido que la afectación a los intereses colectivos debe ser resuelta por la administración siempre. Por su parte, el sistema español contempla la posibilidad de que a instancia de las asociaciones de consumidores o de oficio a través de la junta arbitral se invite al proveedor infractor a resolver la controversia respecto de intereses colectivos (artículo 58°).

La experiencia española, en general, es positiva. Esto porque el arbitraje de consumo que se ha hecho extensivo y ha garantizado el acceso a la justicia a muchos consumidores, ello de la mano con una “cultura de arbitrajes”, la cual

“(…) ha impregnado en la sociedad ibérica, siendo un país con los más altos índices de sometimiento en la resolución de conflictos en el presente sistema de consumo, con verdaderas satisfacciones a las partes, permitiendo una seguridad jurídica y confianza en las relaciones comerciales.” (Pastor & Steele, 2014, pág. 206).

En relación con el arbitraje consumo, España, al menos en lo que respecta protección al consumidor, es un ejemplo a seguir, pues

basándose en la autonomía de la voluntad y en un convenio arbitral con bastante amplitud, ha llegado a crear “una verdadera plataforma de protección a los consumidores y usuarios, tomándose en uno de los países europeos que más protección concede a los consumidores.” (Falcao, Falcao, & Luís, 2016, pág. 17).

b. El caso argentino.

En Argentina en el sistema nacional de arbitraje de consumo se creó en 1998. En el sistema implementado en Argentina están ausentes las juntas arbitrales, lo que se da es la implementación de tribunales de arbitraje de consumo que operan al interior de las entidades administrativas y que son creados directamente por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (artículo 4° del Decreto 276/98).

Al igual que en sistema español el arbitraje es de equidad, salvo que las partes expresamente opten por un arbitraje de derecho, aunque siempre se exige que los árbitros sean abogados (artículo 7°). Existe, además en paralelo con el sistema peruano y español, la adhesión de los proveedores al sistema nacional de arbitraje, y se entenderá que el acuerdo arbitral se formaliza con la solicitud de arbitraje por el reclamante (artículo 13°).

El procedimiento dura 120 días hábiles para la emisión del laudo (artículo 10°) y se rige por las normas aplicables al arbitraje en general, y en lo no dispuesto por ellas decidirá siempre el tribunal arbitral de consumo. Existe al igual que el sistema peruano y español, un distintivo para los proveedores adscritos al sistema (artículo 20°).

La operatividad del sistema argentino depende de las actuaciones del Ministerio de Economía en conjunción con las instituciones locales al interior de cada provincia, y es ahí donde recibe su sustento normativo específico.

La experiencia del arbitraje de consumo en Argentina refleja

“(…) dos realidades contratadas, una positiva y otra negativa: la primera es que el SNAC [Sistema Nacional de Arbitraje de

Consumo] por su caudal de reclamos y laudos emitidos se ha convertido en la mayor Institución Arbitral del país, conformando el perfecto engranaje a fin de canalizar y resolver la conflictividad resultante entre los dos sectores fundamentales de toda microeconomía: el empresarial y el de consumo.

“El innegable aspecto negativo que no puede ser dejado de lado es la poca adhesión por parte del sector empresario al sistema arbitral y escaso o nulo conocimiento del consumidor acerca de su existencia.” (Laquidara, 2015, pág. 119)

En el Perú, el aspecto negativo por el autor antes citado, podría plasmarse de una manera semejante porque también encontramos dificultades paralelas en la renuencia por parte de los proveedores a adscribirse a este sistema y, por otro lado, en llamar la atención de los consumidores para que opten por este mecanismo. En todo caso, la experiencia argentina demuestra que los consumidores que hicieron uso del sistema quedaron altamente satisfechos (Laquidara, 2015, págs. 124-126)

E. ¿Es, verdaderamente, arbitral el arbitraje de consumo?

Luego de haberse visto las características del arbitraje convencional, así como del arbitraje de consumo, corresponde analizar si se trata verdaderamente de una institución de naturaleza arbitral. Aunque el reglamento del SARC ha determinado que la Ley de Arbitraje es de aplicación supletoria a esta institución, ello no significa de por sí que esta tenga naturaleza arbitral, sino para ello se debe atender específicamente a sus rasgos esenciales.

Según Marta Gonzalo, el arbitraje de consumo español

“[e]s un arbitraje institucional público y gratuito (...). Será el gobierno quien establecerá la reglamentación de todo lo referente a los órganos arbitrales (...) así como las especialidades del procedimiento y del sistema arbitral (...). Este está especialmente diseñado para defender, mediante la aplicación de la normativa imperativa y el orden público, los

intereses de los consumidores y usuarios en sus reclamaciones frente a los empresarios (...). Este tipo de “arbitrajes” son procedimientos públicos que han adoptado fórmulas arbitrales pero que nada tienen que ver con el arbitraje privado tal como lo entendemos, donde la autonomía de la voluntad es piedra angular.” (Gonzalo, 2003, pág. 119)

Para esta autora, dado que la voluntariedad es el pilar más importante de la institución arbitral, el arbitraje de consumo no puede ser, bajo ningún aspecto, considerado arbitral. Esta voluntariedad está en oposición a que recaiga en el gobierno la facultad de regular el procedimiento arbitral y de reglamentar lo concerniente a los órganos arbitrales. Asimismo, señala que constituye una característica incompatible con el arbitraje en sentido estricto, el que el arbitraje de consumo tenga por finalidad la protección de los consumidores por medio de la aplicación de normas imperativas y de orden público.

En realidad, todo esto puede resumirse en que el arbitraje de consumo, en España, es “administrado”, es decir, sus procedimientos y quienes intervienen, además de las partes y el árbitro, son autoridades públicas que determinan y prefijan el procedimiento. Por lo tanto, la autora concluye que

“[l]a voluntad sólo existe en el primer momento, cuando las partes deciden libremente someterse al arbitraje (...). Pero, una vez aceptado el arbitraje la voluntad se ve restringida en el sentido en que solo se admite un arbitraje administrado. En un segundo momento, existe una especie de atribución imperativa de jurisdicción al arbitraje público institucionalizado (...).” (Gonzalo, 2003, pág. 120)

El arbitraje de consumo español, como hemos visto, es semejante al que se está implementando en nuestro país; por lo que, en principio, los argumentos que la autora sostiene respecto de aquel le serían de aplicación a este. De hecho, la regulación del SARC se condice con la de un arbitraje en el que la junta arbitral de consumo es la que determina la nómina de árbitros, gestiona y financia el arbitraje (incluso con el pago de los árbitros). Por ello, pareciera que estuviéramos frente a un arbitraje

regulado por el Estado. A pesar de ello, existen buenos argumentos para dudar que la conclusión de Marta Gonzalo deba ser aceptada, por lo menos en el sistema peruano.

En primer lugar, el hecho de que el Estado sea el que nombre a los árbitros y el que fije el procedimiento, no es cualitativamente distinto a que lo haga una institución arbitral. Entonces, estamos ante un arbitraje gestionado por el Estado, de la misma manera que existen arbitrajes gestionados por instituciones privadas. Por otro lado, la intervención del estado no anula la voluntariedad: si bien hay algo de verdad en lo que señala Marta Gonzalo, respecto a que la voluntariedad se ve limitada a la aceptación del sometimiento al arbitraje, esto no la elimina. Además, no existe una diferencia significativa entre esta limitación, presente en el arbitraje gestionado por el Estado, y la que se da en un arbitraje gestionado por una institución arbitral, en el que las partes también se someten a un procedimiento con reglas preestablecidas, que (salvo algunas excepciones) se limitan a aceptar y seguir.

En segundo lugar, otra razón que señala la autora por la cual el arbitraje de consumo español no es un verdadero arbitraje, es porque su función no es la de resolver una controversia entre dos partes, sino “defender los intereses de consumidores y usuarios”. Esta es una descripción engañosa del sistema de arbitraje de consumo: en realidad, su función, como la de cualquier otra forma de administración de justicia, es la aplicación del derecho vigente que corresponda a los hechos del caso concreto. Esto con independencia de que las normas aplicables al caso sean de carácter proteccionista. Por lo tanto, la función del arbitraje de consumo es la de resolver las controversias, para lo cual aplicará la normativa correspondiente. Es más, las partes pueden optar, en el caso peruano, por un arbitraje de conciencia, con lo cual, no hay motivo alguno para pensar que son un órgano diseñado para proteger al consumidor.

El beneficio a los consumidores que existe específicamente gracias al SARC, no se da en el sentido de las decisiones que tomen los árbitros; sino que se manifiesta en el mayor acceso a la justicia que se ofrece a los consumidores. De la misma forma, la proliferación de tribunales (arbitrales incluso) en materia laboral, no implica la creación

de órganos dedicados a la protección de trabajadores, sino de órganos especializados para la aplicación de normas laborales. Que estas tengan, entre otros fines, la protección de los trabajadores es cosa distinta.

En tercer y último lugar, Marta Gonzalo también ha señalado que los arbitrajes de consumo no son verdaderos arbitrajes al no percibirse una relevancia de la autonomía de la voluntad como la que se aprecia en el arbitraje convencional. Frente a esto, solo corresponde añadir a lo ya expuesto en los párrafos precedentes que, como ya hemos visto, el arbitraje tiene una naturaleza mixta, por lo que aun cuando asumimos una flexibilización de la incidencia de la autonomía de la voluntad en esta institución, queda totalmente salvaguardada su dimensión jurisdiccional.

En conclusión, habiendo visto las diferencias entre el arbitraje convencional y el arbitraje de consumo en el Perú, podemos decir que además de algunas diferencias menores que no revisten importancia, sí existe una flexibilización de algunos conceptos clave del arbitraje, en particular, la labor de gestión que realizan las instituciones arbitrales que no es exactamente la que realizan las juntas arbitrales de consumo; y, fundamentalmente la flexibilización de la voluntariedad, puesto que la voluntad que se requiere para constituir el arbitraje y la incidencia de este en el procedimiento son distintas para el arbitraje de consumo.

En otras palabras, se aprecia que el rol específico que compete a los árbitros es el mismo en un arbitraje de consumo que un arbitraje convencional; esto es, administrar justicia con una competencia limitada. Ello significa que el aspecto objetivo del arbitraje (su naturaleza jurisdiccional) queda incólume. En conclusión, aunque su aspecto subjetivo (la voluntariedad) se ve flexibilizado, una perspectiva integral de la institución nos lleva a afirmar que esta retiene su integridad y características esenciales.

Con independencia de lo anterior, la conclusión de que el arbitraje de consumo no es verdaderamente arbitral, traería como consecuencia que no se pueda otorgar una indemnización por medio de esta vía, en atención a la disposición contenido en el artículo 62° de la Constitución Política. Solo por la vía arbitral (además de la judicial) se pueden solucionar conflictos contractuales, por lo que aquello que Marta

Gonzalo denomina “procedimiento público con formas arbitrales” no sería una vía legítima para dar solución a controversias de esta naturaleza.

Por todo ello, debemos afirmar que el arbitraje de consumo es una institución claramente arbitral, pero con matices y variaciones en una de las dimensiones que dan forma a su naturaleza mixta. Estos cambios, concernientes a su aspecto voluntario, se dan por obra de su implementación como sistema gestionado desde el Estado. Sigue siendo, a pesar de todo, una institución compuesta, esencialmente, por dos sujetos que aceptan someterse a la (limitada) competencia de un tribunal integrado por privados para solucionar conflictos jurídicos.

CAPÍTULO IV: LA VIABILIDAD DEL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL PERÚ.

1. La implementación del SARC

En el presente capítulo el objetivo principal es analizar las principales condiciones de la viabilidad del Sistema de Arbitraje de Consumo. Para ello, se pasará a revisar las cargas económicas que este implica para el Estado, así como para los particulares. De esta manera se podrá determinar cómo y en qué medida puede hacerse viable un sistema como el que se plantea, o los cambios que sean necesarios realizarle.

Igualmente, se buscará comprender apropiadamente la relación entre el arbitraje de consumo con otros mecanismos de solución de conflictos en materia de consumo, ya no desde el punto de vista de su operatividad o de su naturaleza jurídica, sino desde la óptica de la gestión y de las posibilidades para su implementación en el Perú.

A. Costos de implementación

En la sección presente, se analizarán lo que puede llamarse los costos de implementación del SARC. Los costos de implementación representan todos los costos generados para todos los agentes con la implementación de un sistema; en este caso, los agentes relevantes son: el Estado en sus diversos niveles, proveedores y consumidores. Es necesario aclarar que el costo nunca es igual a cero, y que el análisis de una valoración positiva no se reduce a un análisis que arroje solamente

costos bajos, sino a una ponderación entre costos y ganancias, en decir, la eficiencia.

Los costos de implementación son de varios tipos, y hay algunos tipos que no incluiremos en nuestro análisis. El costo de implementación más relevante que no analizaremos es el llamado costo de regulación, entiéndase, los costos incurridos para generar la regulación y para vigilar su cumplimiento, estos costos no son nulos y un análisis económico debería incluirlos, pero para los fines del presente trabajo, que son expositivos y que buscan dar una caracterización de los costos más relevantes, no serán incluidos.

A continuación, se realizará una lista con los principales costos involucrados y una explicación de en qué consisten.

a. Costos afrontados por el Estado.

Como ya se ha visto, la junta arbitral se conforma al interior de las entidades de la administración pública, a nivel de los gobiernos regionales y locales. Esto quiere decir que el Estado a través de esos niveles de gobierno incurrirá en gastos de implementación de por lo menos tres tipos.

El primero de ellos hace referencia a los costos de organización que implican la selección y designación de los miembros de la junta arbitral (presidente y secretario técnico). Estos costos pueden parecer bajos, pero son costos permanentes en los que se incurrirá cada vez que debe designarse, reemplazarse o suplirse a los funcionarios que ejerzan estas funciones. Ello sin mencionar las dificultades intrínsecas que plantea el reglamento a través de los requisitos que contempla para el ejercicio de estas funciones, como veremos más adelante.

La segunda clase de costos en los que debe incurrir de forma directa los gobiernos regionales y locales, se vinculan con el trabajo mismo de las juntas arbitrales, esto es, labores de gestión documentaria y administrativos, requeridos para el ejercicio de sus funciones (designación de árbitros, notificación de actos, entre otros). Estas labores deberán ser realizadas por los mismos funcionarios públicos, por lo que

existe un gasto al reducirse la disponibilidad de horas de trabajo hombre para el cumplimiento de sus funciones ordinarias. En consecuencia, deberán trabajar más demorando más en sus labores cotidianas, o se verán obligados a implementar mayor personal.

Finalmente, la aplicación del modelo hasta ahora seguido en el plan piloto que ha implementado el Indecopi, implicará que las administraciones públicas a las cuales estén adscritas las juntas arbitrales, deberán cubrir los honorarios del órgano arbitral. Esto significaría una inversión directa de fondos públicos para la implementación del SARC. En virtud del artículo 53° de la Ley Orgánica de Municipalidades⁶⁰ (Ley N° 27972), para poder ejecutar este gasto, primero deberá estar incluido en un pliego presupuestal anual, lo que nos remite a la dificultad de prever cuál será el presupuesto necesario para cada localidad en cada año. Si el presupuesto resulta insuficiente, se deberían tomar medidas de ajuste, las cuales comportarían más gastos de gestión, y de ser demasiado claramente afectaría otras partidas presupuestales.

En contrapartida, la implementación del SARC busca reducir los gastos principalmente afrontados por el Indecopi en la resolución de las controversias de consumo. Si consideramos el costo de cada proceso administrativo completo en el Indecopi, que es de aproximadamente S/ 2,000.00⁶¹, pudiera parecer mucho más eficiente el arbitraje por cuanto la ejecución del gasto público es menor, si es que se mantiene la tasa fija utilizada en plan piloto que es de S/ 300.00⁶².

⁶⁰ El artículo 53° señala que “Las municipalidades se rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión, los cuales se formulan, aprueban y ejecutan conforme a la ley de la materia, y en concordancia con los planes de desarrollo concertados de su jurisdicción. El presupuesto participativo forma parte del sistema de planificación.”

⁶¹ De acuerdo con José Carlos Vela este es el valor aproximado de un procedimiento administrativo de consumo entre su ingreso a Comisión y su resolución por Sala.

⁶² Este es el monto que ha sido fijado en el Informe N° 0023-2016/DPC-INDECOPI, y que luego sirvió de base para la emisión de la Resolución de la Gerencia General N° 015-2016-GEG.

Cabe añadir, que al costo directamente asumido por el Indecopi en la resolución de los casos debe agregársele el costo incurrido por el Estado en caso la resolución final sea materia de impugnación en la vía contencioso administrativa. Dada esta situación, existiría un gasto en la tramitación y gestión del proceso por parte del Poder Judicial, así como un gasto por parte del Indecopi en procuraduría para la defensa de su resolución.

Sin embargo, este análisis debe completarse con los ingresos que percibe el Indecopi gracias a la imposición de multas, porque incluso en los casos de menor relevancia o donde la multa impuesta es bastante baja, se genera una compensación por el gasto incurrido por Indecopi. Baste señalar que con la imposición de una única UIT como sanción al proveedor infractor, ya estaríamos hablando de S/ 4,050.00 (para el año 2017), pudiendo llegar hasta 450 UIT. Además, se debe tener en cuenta que con el arbitraje de consumo se deja de percibir la tasa por concepto de denuncia que es de S/ 36.00.

Un último costo que debe tenerse en cuenta es el costo de organización general, en el que incurrirá el Indecopi para trasladar el modelo implementado de su plan piloto a los gobiernos regionales y locales.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, dado que el arbitraje de consumo permite el reconocimiento de indemnizaciones, también existirá un ahorro para el Estado y los particulares por cada proceso de responsabilidad civil no iniciado. Este ahorro representará una eficiencia mayor cuanto menor sea la indemnización, lo cual es el caso general en materia de consumo.

El único costo para el Estado que se genera luego de emitido el laudo es el requerido para su ejecución o en un proceso de anulación. No obstante, el de ejecución es un gasto que igual se daría en vía administrativa, y el segundo, dado lo restringido del recurso de nulidad del laudo, es esperable que sea de manera excepcional.

En conclusión, los gastos más importantes se dan en la tramitación del proceso arbitral por parte de la junta, el pago a los

árbitros y el ingreso por multas no percibidas; mientras que los principales ahorros se dan por la menor intervención del Estado a través del Poder Judicial y administrativa. Estos factores deben ser tomados en cuenta a la hora de determinar la viabilidad del arbitraje de consumo en los términos en los que está regulado.

- b. Motivación económica de los proveedores y consumidores para someterse al arbitraje de consumo.

Por el lado de los consumidores parecen existir múltiples beneficios del arbitraje de consumo que lo convertirían en una alternativa atractiva. La primera de las ventajas ofrecidas es la gratuidad, lo cual representa un ahorro en las tasas por inicio de procedimiento.

La segunda ventaja se da en la posibilidad de acceder a una indemnización por la vía del arbitraje. Esta ventaja resulta sumamente importante por cuanto representa un ahorro en no tener que acudir al Poder Judicial, lo cual implica contar con una representación cautiva y el pago de las tasas correspondientes (ninguna de las cuales está presente en el arbitraje de consumo). Al igual que con el ahorro por parte del Estado, este es tanto más eficiente según menor sea la indemnización.

Por último, existe un enorme ahorro en materia de tiempo y seguimiento de proceso en la medida que el procedimiento arbitral es de instancia única y con plazos breves. Debemos tomar en cuenta que esta eficiencia es doble, porque involucra tanto el aspecto correctivo como indemnizatorio de la controversia.

Por el lado del proveedor, la cuestión es ciertamente más compleja. En principio, si asumimos que el proveedor no ha cometido la infracción de la cual se lo acusa y por tanto no le corresponde pagar ninguna indemnización, obtendría los mismos beneficios que el consumidor y por lo tanto tendría los mismos incentivos para someterse al SARC. Sin embargo, este no siempre es el caso.

Desde el punto de vista del proveedor infractor, la celeridad y eficiencia del proceso le juegan en contra, y la valoración económica desde el egoísmo racional implica que mientras la dilación sea más barata

que el interés que normalmente paga, esta le es conveniente. Y, pareciera ser que efectivamente los costos en los que incurre el proveedor infractor, evitando el procedimiento arbitral y sometiéndose a las vías tradicionales, le resultan de conveniencia. En todo caso, la única ventaja sería que le ofrece al proveedor infractor es que mediante el procedimiento arbitral no se le impondrá multa alguna; e incluso pueda ser que no se le llega a imponer nunca una multa por su infracción.

Dadas estas circunstancias, pareciera ser que económicamente lo más racional para los proveedores sería discriminar entre casos de gran cuantía y de menor cuantía. En los más pequeños, donde las más multas frente a Indecopi representen el costo más alto, existen mayores incentivos para acudir al arbitraje de consumo, así sean infractores o no. Por otro lado, en los casos de mayor cuantía, los proveedores infractores tienen más incentivos de no someterse al arbitraje de consumo. El reglamento no contempla esta posibilidad de discriminación, por lo que muchos proveedores optarán por no adscribirse al sistema para evitar que los casos de mayor cuantía sean resueltos por esta vía. Ello no obsta para que acepten invitaciones de arbitraje de consumo para casos específicos.

Independientemente de si el proveedor es infractor o no, existe un desincentivo que es el de la impredecibilidad de las indemnizaciones en sede arbitral. José Carlos Vela ha reconocido la impredecibilidad como un obstáculo superable a través de la gestión del plan piloto, y ha señalado que esto representa una gran responsabilidad para los proveedores y gobiernos regionales y locales.⁶³

B. Viabilidad del arbitraje de consumo como alternativa al procedimiento ordinario y al proceso judicial.

En la presente sección se analizarán ciertos aspectos de la viabilidad del arbitraje de consumo, cómo se daría su introducción como un elemento más del sistema de protección al consumidor, en relación con el procedimiento administrativo sancionador como otro mecanismo

⁶³ En la entrevista personal ha mencionado también el aspecto político de la nómina de árbitros y la posible relación con las autoridades de los diferentes gobiernos regionales y locales.

importante de resolución de conflictos. Además, se presentarán algunas barreras a la implementación, es decir, ciertas situaciones que complejizan la implementación del SARC y que van más allá de los costos que ya se han analizado en la sección previa.

- a. ¿Podría el arbitraje de consumo suplantar al procedimiento administrativo?

Si se empieza analizando el reglamento del SARC, se podrá advertir que el mismo está diseñado no como una alternativa excluyente, sino más bien, permite que la autoridad de consumo inicie de oficio un procedimiento cuando los hechos sometidos al arbitraje han afectado a una colectividad. Esto significa que el reglamento introduce el SARC como un mecanismo adicional para la tutela de los consumidores, y no con miras a reemplazar el mecanismo fundamental que sería el procedimiento administrativo correspondiente.

La diferencia más trascendental entre el arbitraje de consumo y el procedimiento administrativo, radica en la capacidad del órgano arbitral de otorgar indemnizaciones a los consumidores afectados. Esto es algo que la administración no puede realizar por las consideraciones de carácter constitucional que ya ha sido visto. La característica correlativa es que mediante el arbitraje de consumo no se puede imponer alguna o multa u otra sanción administrativa reservada a la administración pública.

En realidad, lo que ocurre es que, si bien desde el punto de vista de la totalidad del sistema de protección al consumidor ambos mecanismos resultan complementarios, desde el punto de vista del consumidor individual con una controversia específica, son alternativos y excluyentes. Es decir, para la satisfacción de los intereses del consumidor debe optarse por una de ambas vías. Esta complementariedad general y alternatividad en el caso específico, parecen generar una contradicción.

Para resolver esta contradicción, es necesario hacer uso de una distinción como la que se aplicó en la sección anterior para analizar los incentivos económicos de los proveedores infractores de acoplarse al arbitraje de consumo. Por un lado, existen los casos simples, pequeños, de cuantía menor, y en los que la indemnización es más relevante que las

sanciones administrativas, porque se trata fundamentalmente de un caso en el que hay un consumidor específico afectado por una conducta específica del proveedor. Por otro lado, existen los casos de una mayor complejidad, en los que la sanción es más relevante que la indemnización porque tenemos a un consumidor o a una colectividad de consumidores afectados por una conducta que no es aislada, y que por lo tanto compromete intereses públicos con una mayor intensidad que en el primer tipo de casos.

Desde el punto de vista de los casos más grandes y que comprometen más intensamente al interés público, el arbitraje de consumo resulta claramente como una vía paralela y complementaria. Esto porque, funciona para canalizar el aspecto individual de la controversia, facilitando al consumidor una vía más celeré que la alternativa judicial (o incluso la administrativa, que no le puede reconocer una indemnización) para su pretensión. Paralelamente, la autoridad de consumo debe poder llevar adelante las acciones de control y fiscalización que le competen, impulsando un procedimiento en sede administrativa, e incluso cargando ella misma con los costos de prueba, en el entendido que esto se resarcirá con creces con la posible imposición de una multa.

Por otro lado, desde la óptica de los casos de menor cuantía, en los que más importante es la afectación individual al consumidor por una conducta, que en principio es aislada, el arbitraje de consumo sí resulta como una alternativa al proceso administrativo, pero esto sólo es así porque el procedimiento administrativo, en estos casos, es el mismo la alternativa viable respecto de un proceso judicial. Esto es, el arbitraje de consumo es una alternativa al proceso judicial por el que se podría reconocer una indemnización, y tiene enormes ventajas frente a este (Marcos, 2010, págs. 5-6).

En otras palabras, el arbitraje de consumo funciona en estos casos como la vía principal de acceso a la justicia, los contratos de consumo son de naturaleza privada, la razón por la que existen procedimientos administrativos, incluso en los casos de menor relevancia para el interés público, es porque en su ausencia, el monto controvertido tan bajo de la

mayor parte de contratos de consumo, haría que estos quedaran en la práctica fuera del ámbito de la protección del Estado.

Lo que ocurre en estos casos, responde al hecho de que “incluso cuando aparentemente la Administración soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio, pero para que la intervención en estos conflictos se justifique es necesario que aquella ‘persiga un interés general’.”⁶⁴ (Marcos, 2010, pág. 15). Sin embargo, como ya hemos dicho, en estos supuestos el interés general no se aprecia en suficiente intensidad como para justificar la intervención estatal.

En realidad, el interés general que hasta ahora viene persiguiendo la administración en la resolución de casos como los hasta ahora descritos, es la de ofrecer al consumidor una vía de acceso a la justicia; no, el interés general de proteger a la colectividad de consumidores por una infracción al Código. Entonces, el abrir la posibilidad al consumidor de encontrar satisfacción a su interés particular de forma rápida y gratuita a través del arbitraje de consumo (esto es, brindarle acceso a la justicia), cubre suficientemente la responsabilidad del Estado en estos casos, por lo que ya no se vuelve necesaria, al no existir un interés general trascendente en juego, la intervención de la administración pública.

Esta perspectiva dual resuelve la aparente contradicción y nos presenta el arbitraje de consumo como un complemento a los otros mecanismos de protección al consumidor. Sin embargo, esto sólo puede darse en la realidad si quienes tienen a su cargo la implementación y gestión del SARC, velan porque los casos de mayor trascendencia para el interés general, lleguen o no a las juntas arbitrales, sean puestos en conocimiento y motiven la apertura de procedimientos administrativos de oficio.⁶⁵ Existe el peligro de que sin la adecuada fiscalización y gestión, importantes casos en los que la intervención de la administración sería

⁶⁴ Referencia omitida.

⁶⁵ Sobre la intervención del Indecopi respecto a los hechos que motivan al arbitraje, José Carlos Vela ha señalado que el Estado no tendría por qué intervenir, en principio, frente a una afectación individual al derecho de los particulares, pero si ello constituye una práctica sistemática sí se requiere de la intervención pública,

indispensable, sean absorbidos por el procedimiento arbitral y no acarreen la necesaria actuación del Estado. Cabe señalar que la confidencialidad, como característica elemental en el arbitraje de consumo, puede ser modulada y ponderada por los intereses públicos que están juego.

A manera de conclusión, puede decirse que el arbitraje de consumo es una buena alternativa para el consumidor, para que canalice sus pretensiones individuales, pero que debe complementar y no entorpecer la labor de policía de la administración pública al velar por los intereses colectivos y los bienes públicos en juego en los casos de infracción a las normas de consumo.

b. Principales obstáculos para la implementación del arbitraje de consumo en Perú.

Habiendo visto ya los costos de implementación del sistema arbitral, corresponde también analizar los obstáculos que se presentan para su implementación, es decir, los elementos o características del SARC que pueden hacerlo insostenible o inaplicable dentro de nuestro sistema jurídico.

- La gratuidad constituye una barrera en la medida que las entidades administrativas deberán correr con los costos del arbitraje en materia de gestión y en materia de pago de honorarios a los árbitros. Ambos factores han sido señalados por José Carlos Vela como claves que explican porque el SARC no se ha implementado a nivel de gobiernos regionales y locales.

Dichos gobiernos pueden no contar con los recursos necesarios para atender una cantidad grande de arbitrajes de consumo, y además carecerán de la iniciativa para implementarlos porque solo lo verán como un gasto.

- Los requisitos que el reglamento del SARC que ha fijado para ejercer cargos al interior de la junta arbitral, son

bastante estrictos (que incluyen varios años de experiencia profesional como abogado, así como conocimientos específicos de la norma de protección al consumidor y del arbitraje).

Dados estos requisitos, es factible que muchos gobiernos locales no cuenten con personal capacitado para ello. Esto quiere decir que deberán esperar a que el Indecopi o alguna otra autoridad pública lleve la capacitación necesaria, o en el peor de los casos, incorporar personal calificado. Lo que es más probable, sin embargo, es que si no cuentan con el personal suficiente no crearán una junta arbitral.

- La falta de predictibilidad en cómo resolverán los árbitros en el monto en que se fijen las indemnizaciones, lo cual constituye una incertidumbre importante para los proveedores. La indemnización en sede arbitral no cuenta con los criterios fijados para la imposición de sanciones administrativas ni con la jurisprudencia propia de los tribunales ordinarios. Por lo tanto, las partes no cuentan con un criterio confiable sobre la posible decisión que adoptará el árbitro.
- Existe la posibilidad, además, de que si el control y fiscalización no son los adecuados, exista acuerdos ilegales entre los árbitros, juntas arbitrales y alguna de las partes. Esto es lo que podríamos llamar un riesgo político.

Estas dos últimas barreras identificadas han sido señaladas por Jose Carlos Vela como las dos preocupaciones principales que el sector empresarial ha manifestado en las coordinaciones con las autoridades que tienen a su cargo la implementación del plan piloto. Esto es un reflejo de que se necesita un sistema adecuado de fiscalización que pueda generar confianza entre proveedores y usuarios dentro del SARC.

2. Algunas posibilidades de modificación

A. Reconvención

La reconvención es una herramienta procesal con la que cuenta todo demandado para introducir su pretensión dentro de la contestación de la demanda. En otras palabras, es el “acto de petición hecho por el demandado contra el demandante ante el mismo juez y en respuesta a la demanda que se le ha interpuesto, para que ambas sean tramitadas y resueltas con la sentencia.”⁶⁶

El Código Procesal Civil a través de su artículo 445° regula la figura de la reconvención. La reconvención se propone en el mismo escrito de contestación con sus mismos requisitos y forma; debe ser compatible con la competencia y vía procedimental de la demanda, y debe contener una pretensión conexas con la relación jurídica que se invoca en la demanda para ser procedente.

Por su parte, la Ley de Arbitraje reconoce y regula la figura de la reconvención a través de su artículo 6° inciso d, señalando que cuando se refiere a demanda se aplica lo mismo para la reconvención. Cabría preguntarse, paralelamente a cómo se hizo antes respecto a la bidireccionalidad de la solicitud del arbitraje, si podría limitarse la posibilidad de la reconvención en el convenio arbitral. Como se concluyó anteriormente, dada la naturaleza voluntaria de la institución arbitral ello corresponde a las partes, y el único supuesto en el que no sería admisible sería un caso en el que la voluntariedad se encuentre reducida.

Por otro lado, el reglamento del SARC no ha introducido de manera expresa la figura de la reconvención. Por el contrario, se ha señalado, la unidireccionalidad como una de las características fundamentales del SARC. También ha sido mencionado que el

⁶⁶ Esta definición es la ofrece el Poder Judicial peruano como información general al público en su página web. URL: <<http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=745>>. Fecha de consulta: 19/mar/2017.

ordenamiento español, a partir de su reforma del 2008, había matizado la unidireccionalidad mediante la introducción de la reconvencción.

Podría pensarse que una aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje podría abrir paso al reconocimiento de la reconvencción al interior del SARC. Sin embargo, esta interpretación está en conflicto con la naturaleza tuitiva del arbitraje de consumo, la cual implica que es un sistema diseñado exclusivamente para la protección al consumidor. Además, al ser un arbitraje administrado, como ya se ha visto, tendría que haber un reconocimiento de la competencia del órgano arbitral para resolver la pretensión del proveedor, lo cual no está contemplado.

Independientemente de estas dificultades, debe tenerse en cuenta que la reconvencción es una herramienta muy útil en la práctica para que los proveedores tengan un mayor incentivo para que puedan adscribirse al registro del SARC, y aunque no está fundamentada en la protección al consumidor, tampoco significa necesariamente una traición a los objetivos que plantea el sistema. Por lo expuesto, debería considerarse la posibilidad que, a través de una modificación reglamentaria se introduzca la figura de la reconvencción para el SARC.

B. Discriminación entre casos de menor y mayor relevancia.

Como se ha explicado antes, la forma ideal de comprender el aporte del arbitraje de consumo, sus ventajas comparativas, y su naturaleza complementaria respecto de los otros mecanismos de solución de conflictos del sistema de protección al consumidor, es a través de la perspectiva que separa y distingue los casos en los que el interés público es más importante de aquellos en el que el interés particular es el principal.

En ese sentido, se resaltó la importancia de evitar que, para los casos en el que el interés público es el más afectado exista una ausencia de intervención de la autoridad de consumo por ser absorbidos por el SARC. Ello resultaría en que, en lugar de servir como complemento, el arbitraje de consumo interferiría con las labores de protección al consumidor en desmedro de la colectividad que se vea afectada por las conductas no sancionadas.

Ahora bien, si bien la regulación actual del SARC permite la actuación de oficio aún en casos llevados a arbitraje, esto no quiere decir que se esté asegurando que en la práctica esta intervención se dé. Incluso, la regulación tan amplia de la confidencialidad en el SARC, permitiría a ciertos proveedores mecanismos legales para evitar que los hechos en controversia se hagan de conocimiento general.

Por ello, debería considerarse la introducción de un mecanismo que busque asegurar que el Indecopi reciba la información correspondiente a hechos que configurarían un perjuicio sustancial al interés público. Esto constituiría una excepción legítima al principio general de confidencialidad, toda vez que el interés público constituye un límite al interés particular de mantener la confidencialidad de las partes. Dada la naturaleza administrada del arbitraje de consumo, ello no sería incompatible con su naturaleza.

A través de una modificación del reglamento, podría hacerse recaer en los presidentes de las juntas arbitrales de consumo el deber de informar, bajo responsabilidad, a Indecopi de los hechos que impliquen una afectación grave al interés público.

C. Manera de acercar a proveedores y consumidores al SARC.

Jose Carlos Vela ha reconocido que garantizar que el consumidor conozca las diferentes vías para la resolución de sus controversias y las particularidades de cada una, constituye un gran desafío, pero que a la vez es un requisito indispensable para asegurar la idoneidad de cada uno de esos mecanismos.

En otras palabras, debemos asegurar que el consumidor comprenda para qué sirve el arbitraje de consumo específicamente y que tome consciencia de que en él el Estado juega un rol secundario como gestor o administrador, por ello el impulso del caso le corresponde al propio consumidor. Pero que, en contrapartida, esta es la vía idónea para resolver las controversias en las que su objetivo principal como consumidor afectado, es buscar la reparación del daño que se le ha causado de manera individual.

Como señala el Código y el reglamento, la responsabilidad de promover el arbitraje de consumo está en las manos del Indecopi y de las juntas arbitrales, pero hasta ahora no se aprecia ningún mecanismo específico por el cual esta responsabilidad haya sido cumplida. Por otro lado, también es importante buscar acercar al proveedor, no solo al consumidor, al SARC pues esto asegurará su eficacia.

El objetivo fundamental que debe perseguirse mediante la promoción del arbitraje de consumo es la reducción (pero no anulación) del rol tuitivo del Estado en las relaciones de consumo. Como se ha dicho, estas, aunque a veces comprometen el interés público, son igualmente de naturaleza privada, y el arbitraje de consumo es la manera de canalizarlas como tales, reduciendo la carga para el Estado y reservando su intervención a los casos en los que el interés público lo amerite.

En relación con los proveedores, una manera de acercarlos al SARC podría ser que su adscripción al registro, verdaderamente, signifique un distintivo de buena voluntad, compromiso con el consumidor, auto reconocimiento de calidad y en general, de buena fe en sus relaciones comerciales. Así, el Indecopi deberá cumplir un rol de promocionar y otorgar publicidad y, por lo tanto, valor, al distintivo previsto para los proveedores adscritos al registro del SARC. En cuanto este distintivo posea un valor real, los proveedores tendrán un incentivo económico para adscribirse. Este sistema podría complementarse con un reconocimiento a las buenas prácticas de los proveedores, el cual podría publicarse anualmente como una lista de los mejores proveedores.

Por otro lado, la manera de acercar a los consumidores al SARC requiere un trabajo menos centralizado en el Indecopi. Un mecanismo que puede resultar de gran utilidad, es la colaboración, canalizada institucionalmente, entre el Indecopi y las asociaciones de consumidores. Estas, al estar formadas al interior de la sociedad civil al interior de las diferentes regiones del país, pueden colaborar con la labor de promoción del arbitraje de consumo.

En conclusión, se necesita una labor paralela para atraer tanto a consumidores y proveedores al SARC. Esta promoción es una labor

educativa que no compete solamente a las autoridades del Estado, sino que debe comprender, también, las asociaciones de consumidores, gremios empresariales, y demás colectivos.

CONCLUSIONES

1. El Derecho de Consumo es una disciplina jurídica autónoma, pues regula un elemento singular de las relaciones humanas, específicamente, las interacciones económicas y jurídicas entre consumidores y proveedores. Esta autonomía no significa aislamiento del Derecho de Consumo respecto de las otras ramas, sino que, por el contrario, es una disciplina mixta que hace uso de conceptos e incluye normas de diversas ramas de derecho público y privado.
2. La necesidad del Derecho de Consumo surge, principalmente, por la existencia de la asimetría informativa en el mercado. Esta asimetría, si no existe mecanismos para corregirla, genera diferencias entre consumidores y proveedores que afectan, por un lado, a los consumidores (que están en una posición inferior que su contraparte) y, por otro lado, afecta la eficiencia de los mercados en general. Tanto la protección de los consumidores como el mantenimiento relativo de la eficiencia del mercado son de interés público y justifica la intervención del Estado.
3. El Derecho de Consumo, en tanto conjunto normativo y, consecuentemente, como disciplina jurídica autónoma, existe únicamente desde la época contemporánea. Su estado actual se explica fundamentalmente por un proceso de concientización social respecto de su necesidad, que tuvo lugar desde la época de los sesenta del siglo XX.

4. El concepto de consumidor es a la vez económico y jurídico, y se centra fundamentalmente en la delimitación del eslabón final de la cadena de producción – consumo. Sin embargo, en la actualidad el concepto de consumidor es complejo y más incluyente, para considerar una serie de sujetos que, sin ser estrictamente consumidores en sentido económico, gozan de la protección del sistema.
5. El derecho de protección al consumidor en el Perú, es el principal mecanismo de control y resolución de conflictos es el procedimiento administrativo sancionador. Este se ve complementado y agilizado por la existencia de otras vías: el procedimiento sumarísimo, la conciliación y mediación, el libro de reclamaciones y el arbitraje de consumo; todos ellos contenidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Cada uno de estos mecanismos tiene finalidades, procedimientos y consecuencias jurídicas distintas e independientes.
6. El Sistema de Arbitraje de Consumo ha sido concebido por el Código como un arbitraje gratuito gestionado por el Estado a través de juntas arbitrales, las cuales nominan y financian órganos arbitrales descentralizados en el territorio nacional. Este sistema busca la adscripción a través de un registro y un distintivo público de los proveedores en el Perú.
7. En el arbitraje de consumo, de acuerdo con la reglamentación, se aplica supletoriamente la legislación propia del arbitraje convencional. Este último tiene una naturaleza mixta: por un lado, es esencialmente contractual y voluntario, y por otro, posee un carácter jurisdiccional, aunque limitado (temporal y material). Ambos tienen una naturaleza jurisdiccional semejante, pues existe un tercero imparcial (el árbitro) que administra justicia con arreglo a las normas del debido proceso. Igualmente, ambos requieren de una forma de aceptación voluntaria de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral.

8. El procedimiento, la nominación de los árbitros y la gestión del arbitraje dependen, en el arbitraje de consumo, de una crucial intervención del Estado. Esto significa que la libre voluntad de las partes, de forma semejante a como ocurre en un arbitraje gestionado por una institución arbitral, se ve reducida. Como consecuencia, nuestra interpretación y aplicación de las normas de naturaleza procesal, deben compatibilizarse con la existencia de la regulación propia del sistema de protección al consumidor.
9. A pesar de las diferencias, el arbitraje de consumo es una institución indiscutiblemente arbitral. Esto es así por cuanto conserva el núcleo sustancial y las bases del arbitraje convencional. Es verdad que la voluntariedad, como principio rector, se aprecia con mayor intensidad en este último, pero esta limitación no es radicalmente distinta a la que se aprecia en algunas formas de arbitraje gestionado por instituciones privadas. Además, se conserva plenamente el carácter jurisdiccional de arbitraje, dimensión que da forma a su naturaleza mixta.
10. Para implementar el Sistema de Arbitraje de Consumo, dada su regulación actual, el Estado deberá afrontar grandes costos. En primer lugar, costos de organización en la selección y designación de los miembros de las juntas arbitrales. Además, la carga de trabajo de las administraciones públicas que tengan adscritas juntas arbitrales se verán incrementadas, impactando en sus labores y gastos. Finalmente, también deben afrontar el gasto directo de los honorarios de los árbitros, de mantenerse el régimen implementado en el plan piloto.
11. Al ser gratuito, proveedores y consumidores no incurrirán en costos, pero es necesario tener en cuenta los incentivos económicos que cada uno tiene para someterse al arbitraje de consumo. En el caso de los consumidores, dado que el arbitraje de consumo permite el reconocimiento de indemnizaciones, existen grandes incentivos. No obstante, los proveedores, especialmente los proveedores infractores, además de la desconfianza a la falta de predictibilidad de las decisiones arbitrales y el riesgo político

latente en su designación, tienen razones para apartarse de esta vía para evitar ser condenados a pagar estas indemnizaciones.

12. Existe, en contrapartida, beneficios importantes que se alcanzarían con la implementación del Sistema de Arbitraje de Consumo. Para el Estado, implicaría la descongestión o reducción de la carga administrativa y judicial y para las partes, una mayor celeridad en la solución de sus controversias. El proveedor, además, puede beneficiarse del valor agregado que el distintivo de arbitraje de consumo está diseñado para generar.
13. Desde el punto de vista del sistema de protección al consumidor, el arbitraje de consumo representa un complemento a los otros mecanismos de solución de controversias, pues tiene finalidades específicas para alcanzar las cuales es el más eficiente. Por otro lado, desde la perspectiva del consumidor afectado constituye, en forma relativa, una alternativa al procedimiento administrativo sancionador, pues su interés de ser indemnizado tiene al arbitraje como vía procedimental idónea, la cual es comparativamente superior para este que el proceso judicial.
14. La complementariedad del Sistema de Arbitraje de Consumo, respecto de los otros mecanismos de solución de conflictos, se comprende de forma cabal distinguiendo entre los casos en que el interés fundamental es particular al consumidor afectado, de aquellos en los que hay una mayor afectación al interés público en la protección a la colectividad de los consumidores frente a las conductas ilícitas de los proveedores. Para asegurar esta complementariedad se requiere asegurar que el arbitraje de consumo no impedirá la intervención de la administración pública en este segundo tipo de casos.
15. La regulación prevista para el Sistema de Arbitraje de Consumo es perfectible y podría beneficiarse y facilitarse su implementación a través algunas modificaciones. En particular, sería positiva la incorporación de la posibilidad para los proveedores de reconvenir la demanda arbitral, lo cual generaría más incentivos para que estos se adscriban al sistema. Por otro

lado, es fundamental la gestión de un mecanismo que permita asegurar que la autoridad de consumo sea informada de hechos que puedan comprometer el interés público en la protección a la colectividad de los consumidores, modulando la confidencialidad al interior del sistema de arbitraje. Finalmente, es necesaria una labor conjunta entre el Indecopi, las administraciones públicas, las asociaciones de consumidores y los gremios empresariales para promover el arbitraje de consumo entre la población, otorgar valor al distintivo propio del sistema, y garantizar el acceso a la justicia de todos los consumidores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Á. (2000). *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*. Universidad de Extremadura.
- Akerlof, G. (1970). The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 488-500.
- Baca, V. (2013). *Protección al Consumidor*. Indecopi.
- Cabrillo, F., & Fitzpatrick, S. (2008). *The Economics of Courts and Litigation*. Edward Elgar .
- Caivano, R. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje*. Asociación peruana de negociación, arbitraje y conciliación.
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: Vilela.
- Cantuarias, F., & Aramburú, M. (1994). *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.
- Cartwright, P. (2004). *Consumer Protection and the Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Castillo, M. (2007). Orígenes del arbitraje. En *Arbitraje y debido proceso* (págs. 14-41). Palestra.
- Chablé-Sangeado, J. (2006). *Information Theories and Functioning of Credit Market*.
- Chuah, J., & Furmston, M. (2010). *Commercial and Consumer Law*. Longman.

- De Trazegnies, F. (1996). Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia. . *Ius et veritas*, 115-124.
- Durand Carrión, J. (2010). Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma. *Derecho & Sociedad*, 69-81.
- Echaide, J. M., & Lara, R. (2006). *Consumo y Derecho*. ESIC.
- Espinoza Espinoza, J. (2004). *Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor*. Lima: Rodhas .
- Espinoza, J. (2011). ¿Y ahora quién podrá defendernos? El Arbitraje de Consumo y otros medios de resolución de controversias entre consumidores y proveedores. *Revista de Derecho Administrativo*, 121-141.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de los consumidores* (Segunda ed.). Rodhas.
- Estigarribia, M. L., & Piris, C. (2011). La problemática justificación del bystander, y la mala técnica legislativa que concibió al consumidor que no consume. *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Tucuman.
- Falcao, D., Falcao, M., & Luís, R. (2016). Arbitraje de consumo en España. Una alternativa extrajudicial. *Julgar online*, 1-18.
- Figuroa, J. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*, 71-81.
- Gómez, L. (2008). *Información Asimétrica*. Actualidad Empresarial.
- Gonzalo, M. (2003). Marco arbitral de protección jurídica al consumidor. En J. Marín, & R. Sánchez, *La protección jurídica de los consumidores* (págs. 111-131). Universidad Rey Juan Carlos.
- Guillén, J. (2007). El arbitraje y el derecho de los consumidores y usuarios. En J. Collantes, *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (Vol. 3, págs. 357- 414). Palestra.
- Hutchinson, A. (1997). Life After Shopping: From Costumer to Citizens. En I. Ramsay, *Consumer Law in the Global Economy* (págs. 25-31). Aldershot, Dartmouth and Ashgale.
- Jimenez, G. (2015). Confidencialidad en el arbitraje. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 735- 748.
- Laquidara, J. (2015). El arbitraje de consumo en Argentina. Un análisis positivo a tres lustro de su vigencia. *Derecho y Ciencias Sociales*, 112-127.

- Lazarte Álvarez, C. (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. (Cuarta ed.). Madrid: Dykinson.
- Maraví, A. (2013). Breves apuntes sobre el sistema de Protección al Consumidor en el Perú. *Actualidad Mercantil*, 31-41.
- Marcos, D. (2010). El arbitraje de consumo: ¿alternatividad o complementariedad de la vía administrativa y judicial? . *Revista General de Derecho Administrativo*, 1-22.
- Martinez, I. (2007). Kompetenz - Kompetenz: quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral. En M. Castillo, *Arbitraje y Debido Proceso* (págs. 57-72). Palestra.
- Matheus, C. (5 de Marzo de 2017). *Legis*. Obtenido de Arbitraje Comercial Internacional: http://arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_separabilidad_del_convenio_arbitral/la_separabilidad_del_convenio_arbitral.asp?CodSeccion=1
- Pastor, E., & Steele, J. (2014). El conflicto y su resolución a través del arbitraje de consumo en España. *Mediaciones Sociales*, 185-209.
- Peña, A., & Jiménez, J. (2009). Principios y garantías del derecho administrativo sancionador. *Actualidad Jurídica*, 213-223.
- Perossa, M., & Waldman, P. (2004). El impacto de la asimetría de la información en los precios de mercado como consecuencia del uso indebido de información privilegiada. *Contribuciones a la Economía*, 1-11.
- Reyes Lopez, M. J. (1999). *Derecho de Consumi*. Valencia: Editora TIRANT LO BLANCH.
- Roca, J. M. (1992). *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Jose Maria Bosh .
- Rodríguez, G. (2013). *El consumidor en su isla*. Universidad del Pacífico.
- Saucedo Soto, J. M. (s.f.). *Diferencias entre marketing social, marketing con causa y responsabilidad social empresarial*. México: Universidad Autónoma de Coahuila.

- Strict Products Liability to the Bystander: A Study in Common Law Determinism. (1971). *The University of Chicago Law Review*, 38, 625-646.
- Vargas, F. (1964). *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Villagómez, A. (1995). Contratos financieros e intermediación financiera con información asimétrica. *El Trimetre Económico*, 129-143.

ANEXO

ENTREVISTA PERSONAL

Jose Carlos Vela Vergara, Secretario Técnico de la Junta Arbitral de Consumo Piloto adscrita a la sede central del Indecopi (entrevistado el 16 de marzo de 2017).

¿A la fecha, han tenido alguna experiencia práctica del arbitraje de consumo?

Sí, tenemos dos arbitrajes instalados, uno concluido y el otro en trámite. En total hemos tenido diecisiete solicitudes de las cuales quince se han cerrado porque el proveedor no quiso arbitrar.

Ninguno de los proveedores estaba adscrito. Para someter arbitraje existen tres canales. El primero, es el de la oferta pública en el cual los proveedores se adhieren al registro, ninguno ha venido por ese canal. El segundo canal, que es el convenio arbitral, tampoco tenemos ninguna. Todas las solicitudes han venido por la excepción, por la cual el consumidor solicita el arbitraje y dependerá del proveedor aceptar o no.

La experiencia con el primer arbitraje, si bien el laudo no fue favorable para el consumidor la experiencia fue muy enriquecedora y bonita.

¿Por qué han demorado tanto en implementar el Sistema de Arbitraje de Consumo (SISAC)?

Ha habido dos aperturas. La primera es la apertura administrativa de la junta arbitral que fue en junio de 2015 y, lo otra fue la presentación del servicio arbitral a la comunidad que fue en julio 2016.

Ahora, desde su creación en el 2010 y hasta el 2015 fue un tiempo que permitió al Indecopi, como autoridad nacional, evaluar el interés de los gobiernos regionales y locales de instalar juntas arbitrales o no, y paralelamente realizar reuniones con estos municipios y gremios empresariales. Luego del acopio de esa información, la institución al no tener experiencia en temas arbitrales decide contratar un consultor externo para que haga una evaluación y determine con un estudio de campo en qué lugar y de qué forma se debe implementar una junta arbitral de consumo, ya que la norma de manera excepcional permite que el propio Indecopi conforme las juntas arbitrales.

Entonces esos 4 años aproximadamente fue el tiempo que demandó recabar información, apreciación de gremios, gobiernos regionales y locales, contratar al consultor externo que fue el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la cual elaboró seis informes que arrojaron tres puntos concretos.

El primero de ello, un diagnóstico del por qué los gobiernos regionales y locales no instalaron ninguna junta arbitral de consumo. El segundo, en qué lugar se podría instalar una junta arbitral tomando en cuenta una serie de variables como: cantidad de habitantes, número de reclamos, educación del consumidor. Y, un tercer punto, si se ameritaba un plan piloto.

En el primer tema salieron a la luz dos aspectos fuertes que impedían que un gobierno regional o local asuma esa responsabilidad de instaurar una junta arbitral. El primer aspecto es una limitación presupuestaria porque la norma concretamente determina que la entidad local o regional es quien asume todos los gastos en instalar esa junta. Y,

lo segundo es la capacidad técnica de los funcionarios, primero, para gestionar la junta arbitral y, segundo, para nominar y elegir a los árbitros.

Luego, se identificó los lugares donde se podrían instalar juntas arbitrales, evidentemente por demografía, casos atendidos, reclamos y posicionamiento del Indecopi. El resultado fue en la ciudad de Lima, y paralelamente otras ciudades importantes como Trujillo y Arequipa. Es con este estudio que el Indecopi empieza a proyectar un plan de implementación.

Paralelamente, también el estudio arrojó algunos vacíos o deficiencias de la norma. En este sentido, el Indecopi emite en el año 2014 algunas normas complementarias al SISAC, que hasta ese entonces solo existía en Código y reglamento. Entonces emite tres directivas: una de nominación de árbitros, otra de adhesión de proveedores y otra de competencia territorial de juntas arbitrales.

Realizado este trabajo, en el 2015, y con un informe de la Dirección Nacional de Protección al Consumidor, el Indecopi toma la decisión en el mes de mayo de crear una junta arbitral de carácter piloto con la finalidad de levantar evidencia. Además de construir algo que pueda ser replicado en las entidades regionales o locales.

A partir de ese entonces se empieza a trabajar en su implementación identificando dos cosas en concreto. Primero, contratar a los funcionarios que iban administrar esta junta, entiéndase presidente y secretario técnico, y, por otro lado, todo el procedimiento de convocatoria y nominación de los árbitros. Todo ello tomó unos meses más siendo que a fines del 2015 se designa a los funcionarios de la junta. Paralelamente, se trabaja en la identificación de un distintivo porque si bien en el reglamento se hace mención que se anexaba un distintivo oficial, se omitió esto. Se contrata un consultor para que elabore un distintivo que cumpla con ciertas características, y sobre todo que pueda ser de fácil empleabilidad en los paneles publicitarios de las empresas.

Ya en el 2016 se trabajó duró con el aspecto de la convocatoria y nominación de los árbitros. El elemento fundamental era identificar el monto de honorarios a pagar porque recuerda que este sistema arbitral es

subsidiado por el Estado. Todo esto tomó tiempo hasta que ya una vez saneado este paquete de elementos administrativos y de gestión interna, es en julio de 2016 que se apertura el sistema arbitral.

Después del mes de julio empiezan a llegar empresas que quieren adherirse, así como consumidores con casos. Es así como se ha vendido trabajando desde el 2016.

¿La gratuidad es una traba para que el sistema arbitral prospere?

Como una apreciación personal que no compromete en modo alguno la institución, yo diría que la gratuidad sí podría afectar la sostenibilidad de la junta o del sistema en sí mismo. Sin embargo, sí estoy convencido que la facilidad de acceso al consumidor promedio para canalizar de una manera adecuada sus conflictos, podría llevar a que ciertos servicios sean de manera gratuita pero sólo para los casos que efectivamente lo requiere, llámese, consumidor con escasos recursos.

El arbitraje de consumo en el país es el único en su especie, es un arbitraje gratuito. El arbitraje de consumo es un arbitraje popular, pero ni el arbitraje popular que hace mención la Ley de Arbitraje es gratuito. Pero este arbitraje ha ido más allá con la gratuidad total.

Mi apreciación es que sí podría afectar su sostenibilidad en el tiempo, quizás esa sea una de los principales desincentivos de los gobiernos regionales y locales de querer implementarlos.

Tarde o temprano este arbitraje va tener que trasladar sus costos sino está condenando hasta que pueda desaparecer.

¿Cuál es la perspectiva que tienen los proveedores con la implementación del sistema arbitral?

Es una especie de termómetro que nosotros empleamos para ir aterrizando esta implementación y sobre todo generar el interés de las empresas en adherirse. En las reuniones que hemos tenido con diversos

proveedores el año pasado, que han sido un 60, entre empresas individuales y algunos gremios, han resaltado dos aspectos importantes.

El primero es el de la impredecibilidad de las indemnizaciones, y el otro, es el riesgo político. Sobre este último, el proveedor no tiene confianza en los árbitros que puedan ser nominados en una municipalidad “x” en la cual puedan estar coludidos con el alcalde o, en general, no tenga una participación neutral a la hora de resolver el caso.

Entonces, ese riesgo político donde un alcalde podría tener cierta cercanía o nominar a sus propios familiares como árbitros es lo que preocupa mucho al proveedor.

Ahora el arbitraje de consumo es un sistema sumamente novedoso, que recién se está implementando y que detrás de esto no hay nada. Lo único que tienes es la intervención administrativa que tiene una óptica completamente diferente. La experiencia es de ahora, todo ello nos está ayudando a identificar estos elementos que más incentivar alejan un poco el interés de los proveedores.

Por otro lado, y en relación con las indemnizaciones, nosotros hemos trabajado con la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi una metodología y criterios a emplearse para graduar indemnizaciones, y este informe reconoce que, respecto a los daños patrimoniales, entiéndase lucro cesante y daño emergente, no había tanta complicación ya que es objetivo. El lado de los daños no patrimoniales, daño a la persona y daño moral, es el espacio donde entra una inseguridad. Creemos que se tiene que hacer el mayor esfuerzo de poner de una manera clara cuál es la pretensión del consumidor.

El consumidor tiene una tremenda responsabilidad en dos aspectos en concreto. Primero, saber qué es lo que va a pedir, y segundo, cómo fundamentar ese pedido. El consumidor promedio no lo tiene. Recordemos que por más de 20 años el consumidor ha estado acostumbrado a comunicar el hecho y es el Estado quien se compra el pleito y lo avanza, arbitraje no tiene esa naturaleza, no hay impulso de oficio. Acá el consumidor tiene que saber que va a pedir y en base a ello saber cómo lo fundamenta.

¿Es el arbitraje de consumo institucional?

Se entiende por el artículo 5 numeral 3 del reglamento que el arbitraje de consumo es uno institucional; sin embargo, no está señalado expresamente cuál es la naturaleza de este arbitraje, es algo que queremos corregir.

¿Cómo hacer más conocido el arbitraje de consumo?

Es complicado. El término arbitraje no dice mucho al ciudadano de a pie, y ahora, enlazarlo con un arbitraje especializado, que es el de consumo, es aún más complicado. Peor aún, como te decía, el derecho de protección al consumidor tiene una trayectoria administrativista, donde el Estado es su deber de policía ha actuado acostumbrando al consumidor a identificar con la lesión a su derecho una infracción teniendo una consecuencia punitiva, romper esto toma tiempo para que tome cuerpo los otros métodos como conciliación y mediación, pero sobre todo el arbitraje.

El ciudadano debe entender que cuando nos referimos a arbitraje hay alguien que resuelve el caso pero que no es el Estado. Además, que el arbitraje tiene particularidades esenciales donde la manifestación de la voluntad es el nervio principal. Si el consumidor no sabe qué quiere y, además no sabe cómo sustentar su pedido, el arbitraje nunca será un mecanismo idóneo.

El consumidor debe considerar que tiene un abanico de posibilidades dependiendo lo que busque. Si al consumidor no le interesa la solución de su problema y lo único que quiere es que el Estado sancione y deje un mensaje ejemplar para todos los proveedores, pues, el arbitraje ni la conciliación le servirá, menos el libro de reclamaciones. Pero puedes tener un consumidor que considero que puede ser la gran mayoría que busque solucionar en sí su problema, en ese caso el arbitraje será un mecanismo ideal.

La idea es que el consumidor tenga opciones para canalizar su problema y, al menos como yo lo veo, el arbitraje calza como una opción más y no es una vía principal.

También es muy útil el libro de reclamaciones o la conciliación que son mecanismos de solución de conflictos y que no ameritan todo el trabajo logístico y uso de recursos humanos que involucran los procedimientos administrativos. Casi se está llegando a un promedio de 2000 soles cada caso, y por valores controversiales mínimos que no amerita, sin considerar el costo que implicaría si el proveedor lo lleva al poder judicial donde el Indecopi se come el pleito para defender su resolución. Por eso, esta nueva gestión está impulsando más la autocomposición. Claro, el arbitraje no está en esta línea porque el arbitraje es un mix. De hecho, es hetero compositivo, pero hay una forma también de verse que entre proveedor y consumidor busquen mecanismos para solucionarlo antes de la emisión del laudo.

Lo más fuerte es educar al consumidor.

Luego de emitido un laudo, el Indecopi puede iniciar de oficio un procedimiento sancionador al proveedor por considerar que dicha infracción también afecta a la colectividad. ¿Ello no constituye un desincentivo más para el proveedor?

Yo considero que la base de la protección al consumidor tiene un carácter de interés público y eso es la justificación para que el Estado salga a monitorear y verificar que es lo que está ocurriendo con este sector. De modo alguno se puede frenar ese carácter tuitivo, siempre y cuando estemos detrás de intereses colectivos.

Si las afectaciones a este derecho de los consumidores se vislumbran de una manera individual, el Estado no tiene nada que ver ahí. El Estado, más bien, debe garantizar que tenga una plataforma adecuada para que consumidor y proveedor lleguen a la solución más adecuada. Ahora, si es que esta práctica es sistemática, permanente y constante, ello sí amerita la intervención por parte del Estado y que de modo alguno puede ser exceptuado porque el proveedor utilice conciliación.

Lo que sí puede ser un desincentivo, es que el Estado solo se focalice en que aquellos casos que individualmente se han gestionado en arbitraje y ahí sí yo estoy en contra. Entiendo que siempre hay que

ponerle frenos bajo el principio de la confidencialidad, que es un trabajo que venimos dejando en claro de que los casos que se gestionan en este espacio (la junta arbitral) son estrictamente confidenciales.

En relación al marco normativo, consideras que éste constituye una ventaja o una desventaja para el SISAC

Es una muy buena pregunta. Yo creo que sin ánimo de desmerecer el trabajo que se ha hecho, es lo que correspondía. Un tema nuevo, que no sabes cómo hacer. Lo que se ha hecho para su momento estuvo bien, pero hoy en día, y hacia eso apuntamos, creo que sí debería haber sólo un cuerpo normativo que reúna todo de una manera clara, con términos adecuados al arbitraje, porque eso también es un defecto del reglamento de arbitraje de consumo que, si te das cuenta, usa términos de derecho administrativo. Asimismo, que contenga aspectos concretos dirigidos a consumidores y también a proveedores. Esto facilitaría el acceso a la gente.

Tú me preguntabas como acérmanos a los consumidores. Esta es la manera, simplificando. Que el consumidor solo tenga que llenar una solicitud sin mayor formalidad. La tendencia es que el arbitraje sea oralizado, pero por ahora deberíamos preocuparnos en hacer como funciona este mecanismo.

El proveedor debe trabajar duro para evitar el arbitraje para dar soluciones concretas a sus clientes, a los conflictos que puedan surgir. Si lo vemos desde la óptica conflictiva y en qué espacio yo me puedo defender y ganar, entonces el arbitraje nunca se va ver como un fuero contencioso donde necesariamente todos los conflictos vayan por arbitraje. Es lo que ocurre en España, todo se va por arbitraje, donde su nivel de conciliación es del 50%. Obviamente no queremos llegar a eso, queremos que sea una opción más para el consumidor.

El Estado debe educar no sólo que derechos tienes sino qué mecanismos tienes para defenderlos.