

El “arbitraje en las relaciones de consumo” y el “arbitraje de consumo”. Es lo mismo pero no es igual

CECILIA O’NEILL DE LA FUENTE (*)

SUMARIO: 1. Aciertos de la Ley General de Arbitraje y tareas pendientes. 2. El legislador impertinente: Las relaciones jurídicas estándares y el artículo 1398 del Código Civil. 3. Tan lejos y tan cerca. Lejos del Código Civil. Cerca del Código del Consumidor. 4. El justo medio: Difundir el arbitraje y conocer lo que se firma. 5. El arbitraje “obligatorio” en otras jurisdicciones: Norteamérica y Europa. 6. Argumentos principales contra el arbitraje en las relaciones jurídicas estándares. 6.1. Altos costos. 6.2. Debido proceso. 6.3. Falta de transparencia. 6.4. Riesgo de resultados inconsistentes. 6.5. Falta de reciprocidad entre las partes. 6.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido. 6.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido. 6.8. Falta de protección a las acciones de clase. 7. Única objeción preocupante. Los “arbitrajes de clase”. 8. el “Arbitraje de consumo”.

Agradezco a los editores de esta publicación por invitarme a compartir unas ideas en homenaje a BERNARDO CREMADES e YVES DERAIS, quienes desde la práctica profesional y la academia, vienen contribuyendo decididamente a la difusión del arbitraje.

“Cara, yo gano; sello, tú pierdes”. Para las asociaciones de defensa de los consumidores, ésta es una frase típica de los proveedores que incluyen cláusulas arbitrales en sus relaciones jurídicas estándares. No estoy de acuerdo con esa frase. En este trabajo veremos que es bueno difundir el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que es bueno hacerlo permitiendo pactar el arbitraje en cláusulas generales de contratación, y que es bueno asegurarse de que los consumidores formen su voluntad contando con la información necesaria. La nueva Ley General de Arbitraje sigue, por tanto, en la línea correcta de su predecesora y apuesta por ese objetivo. Hay, sin embargo, algunos temas pendientes, como la regulación de las acciones de clase tramitadas en sede arbitral.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por University of Pennsylvania. Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

1. ACIERTOS DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE Y TAREAS PENDIENTES

El artículo 15 de la Ley General de Arbitraje (indistintamente, “LGA”), aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, permite que los contratos que crean “relaciones jurídicas estándares” contengan un convenio arbitral, pero estando la negociación entre las partes mediatizada en este tipo de contratos, la norma exige especial cuidado para definir si el convenio es válido o N°

Hay varias razones para sostener que el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje es una buena norma. Primero, porque supone que el legislador en materia arbitral ya ha reflexionado previamente sobre el tratamiento que se debe otorgar a la contratación en masa (usando los términos de la propia ley, “relaciones jurídicas estándares”).

Bajo el artículo 15 de la LGA subyace pues un acertado enfoque sobre la función de las cláusulas generales de contratación y de los contratos de adhesión¹. En efecto, enarbolando claramente una tesis “pro-arbitral”, la norma cuida que quienes suscriben convenios arbitrales sin haberlos negociado sepan que han renunciado a la solución judicial de sus conflictos.

En otras palabras, se procura un balance entre dos objetivos. De un lado, cautelar que quien vaya a arbitraje sepa antes de que surja la controversia que ha renunciado a resolver judicialmente sus pleitos: si la voluntad de las partes es esencial en la génesis de cualquier contrato, ella tiene especial relevancia tratándose de un convenio arbitral.

Este afán de proteger la voluntad de la parte que suscribe el convenio es conciliado con el propósito de fomentar el uso del arbitraje y de favorecer su aplicación (en esta misma línea está el arbitraje por referencia del artículo 13 inciso 6 y la norma de extensión del convenio arbitral contenida en el artículo 14).

2. EL LEGISLADOR IMPERTINENTE: LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES Y EL ARTÍCULO 1398 DEL CÓDIGO CIVIL²

No puede abordarse el tema de las relaciones jurídicas estándares y su relación con el arbitraje sin poner en la mesa de debates la posibilidad (mejor dicho, la necesidad) de reformular la aproximación al tema de la contratación en masa. Luego de analizar las herramientas disponibles para regular el tema, corresponde escoger, como hizo el legislador de 1984, una regulación por estándares; la diferencia es que esta vez los estándares deberían ser in-

¹ IRTI, NataliN° “Intercambios sin acuerdo”, en: *Estudios sobre el Contrato en General*. Estudios sobre el Contrato en General, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 370.

² Al respecto, ver BIANCA, Massimo. “¿Son no contractuales los contratos en masa?”, en: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 394.

formativos, no dirigistas que determinen *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores.

Un estándar dirigista es el que determina los contenidos mínimos y máximos de la regulación. En el caso de un contrato de arrendamiento por ejemplo, es dirigista la norma que establece un plazo máximo de diez años. El estándar informativo, en cambio, pone el acento en la necesidad de brindar información para poder tomar decisiones responsables. Un típico estándar informativo es el asumido por la regulación de contratos de servicios financieros, según la cual para que una modificación unilateral del contrato entre en vigencia, es necesario comunicarlo a los clientes con cierta anticipación.

En el caso de la contratación en masa, si los estándares regulatorios giran del dirigismo a la información, los contratos no pueden ser vejatorios porque estarían vacunados contra las cláusulas abusivas. En determinadas circunstancias pueden activar remedios como la lesión o la anulación por error, pero eso es cosa distinta, que nada tiene que ver con las cláusulas generales de contratación o con los contratos por adhesión. Dichos remedios están disponibles para todos los contratos. Lo que se debe regular entonces son las particularidades de cómo se brinda el consentimiento antes que el contenido mismo del contrato.

El artículo 1398 es pues un fósil jurídico divorciado de nuestros tiempos, pues condena *per se* a ciertas estipulaciones contractuales por considerarlas abusivas, de modo que no debe coexistir, como ocurre ahora, con las normas de protección al consumidor, generando incoherencias.

Aunque la consecuencia natural de la contratación en masa es poner en evidencia la desigualdad económica y de negociación entre el productor y los consumidores, ello no es reprochable. Lo reprochable más bien es obligar a una negociación pormenorizada, pues ello es incompatible con el desarrollo económico.

De lo que se trata es pues de conciliar dos intereses. De un lado, el interés de hacer la contratación eficiente, y del otro, evitar que producto del excesivo protagonismo de una de las voluntades, el innegable desequilibrio que genera la contratación en masa se vuelva pernicioso.

Llegados a este punto, es fácilmente deducible que el análisis de la contratación está afectado por una fuerte carga ideológica, sobre todo si se tiene en cuenta que incluso se ha llegado a sostener en doctrina que la falta de diálogo en la etapa de tratativas equivale a la ausencia de contratación³. Es

³ GÓMEZ, Hugo. “El “Norte” de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación”, en: *Revista de la Competencia y la Propie-*

más, se ha llegado a sostener la ya superada teoría según la cual “el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico; el capitalismo no puede tolerar la mutable y ambigua subjetividad del diálogo y por lo tanto simplifica, reduce y empobrece, progresivamente, el carácter personal de la relación; el declive de la palabra en el ámbito de un diálogo cede el paso frente a la pura objetividad de las cosas, las imágenes, los gestos anónimos y repetitivos”⁴.

La idea no es nueva, pues en 1941, el teórico de las relaciones contractuales de hecho, GÜNTER HAUPT, escribía que “en la práctica moderna del comercio jurídico y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se había concebido en las reglas del Código Civil, al margen del acuerdo de voluntades”⁵. Una visión como ésta considera que los contratos estándar, de contratos no tienen más que el nombre.

No basta concluir que por ser producto de un acuerdo de voluntades, aunque con fuerzas desiguales, la posibilidad de abuso está descartada. Por el contrario, tomando conciencia de los beneficios de estandarizar transacciones homogéneas, como la reducción de costos y la agilidad del tráfico, dichas transacciones deben ser reguladas sin atentar contra sus propios fines, lo cual se logra con estándares informativos y no dirigistas.

Por eso decía que el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje es una buena norma. Lo es porque el legislador en materia arbitral ya ha hecho una reflexión previa sobre el tratamiento que se debe otorgar a las relaciones jurídicas estándares, habiendo concluido que en la contratación en masa los estándares regulatorios deben girar del dirigismo a la información.

No queda más que saludar la posición del legislador arbitral, que ha tomado distancia del anacrónico proteccionismo que subyace al artículo 1398 del Código Civil. Y esta distancia ha podido tomarse asumiendo que la Ley General de Arbitraje, lejos de ser un cuerpo normativo aislado, crea sinergias con los demás esfuerzos legislativos para proteger a los consumidores.

3. TAN LEJOS Y TAN CERCA. LEJOS DEL CÓDIGO CIVIL. CERCA DEL CÓDIGO DEL CONSUMIDOR

A efectos del presente trabajo, asumimos que las personas que celebran convenios arbitrales en el marco de relaciones jurídicas estándares califican como “consumidores” según las normas correspondientes. Aunque es posi-

dad Intelectual, Año 3, Número 5, Primavera 2007, pp. 186-187.

⁴ Mandatory Arbitration Report, 2008. Manitoba Law Reform Commission, en: www.gov.mb.ca/justice/mlrc/pubs/ma2008.html

⁵ Al respecto, ver BIANCA, Massimo. “¿Son no contractuales los contratos en masa?”, en: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 394.

ble contratar con el mecanismo de cláusulas generales o mediante adhesión sin calificar por ello como “consumidor”, la evaluación del artículo 15 de la LGA debe centrarse en la protección de esta categoría especial, pues si en una relación contractual el adquirente del producto o servicio no padece asimetría informativa, no hay consumidor al cual proteger.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571 (en adelante, “el Código del Consumidor”) protege los usuarios de bienes o servicios tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo.

Desde el punto de vista procedimental, la protección ofrecida por el Código del Consumidor es importante, pues es mucho más eficiente para los consumidores ventilar sus discrepancias con los proveedores en sede administrativa que hacerlo en sede judicial. Efectivamente, la norma propicia el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas mediante procedimientos sencillos y rápidos, que atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.

En esta misma línea, se ha creado un procedimiento sumarísimo al interior del INDECOPI para resolver controversias de poca cuantía, y como se verá más adelante, se permite expresamente el arbitraje de consumo. Es más, tratándose del sector financiero y de seguros, en el Perú operan otros mecanismos que aunque diseñados de manera distinta, comparten la ventaja del ahorro de costo y tiempo: la Defensoría del Cliente Financiero y la Defensoría del Asegurado.

De otro lado, la protección sustantiva no se otorga mediante la intervención del Estado en el contenido contractual, como pretende el legislador civil, sino que el Código del Consumidor confiere derechos protegibles mediante la provisión de información para estar en capacidad de tomar decisiones responsables. Ello es así porque una elección informada no es sólo un medio para lograr eficiencia, sino que es la eficiencia misma. Por el contrario, una decisión desinformada, en vez de una elección, parece más una apuesta⁶.

Si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de

⁶ Traducción libre de “Encouraging fully informed choice is not only a means to an economic end; it is in a sense an end in itself. Choices made in comparative ignorance are more like guesses than choices. The production of information facilitates genuine choice and thereby serves the interest of autonomy and freedom of contract, as well as economic efficiency”. CRASWELL, Richard – SCHWARTZ, Alan. *Foundations of Contract Law*, Foundation Press, New York, 1994, p. 301.

un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir, pues ya cumplió con su deber de protección al brindarle ciertos remedios, como la acción de rescisión o de anulación, por ejemplo.

*“Desde esta perspectiva, si el consumidor es la parte débil, no es porque tiene menos recursos, sino porque tiene menos información que el proveedor. Si el problema es que el consumidor no cuenta con poder de negociación, lo que ocurre en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, lo que debe averiguarse es si hay un problema de abuso de poder de mercado o colusión (caso en el cual debe actuar la autoridad de competencia) o de falseamiento u ocultamiento de información (caso en el cual debe actuar la autoridad de represión de la competencia desleal o de protección al consumidor), salvo que estemos ante un monopolio natural (caso en el cual el regulador aprobará administrativamente las condiciones del contrato)”*⁷.

4. EL JUSTO MEDIO: DIFUNDIR EL ARBITRAJE Y CONOCER LO QUE SE FIRMA

El artículo 15 de la LGA es una buena norma porque con ella el legislador arbitral se ha apartado de la anacrónica visión del legislador civil según la cual el Estado puede intervenir en el contenido de los contratos. La norma también es buena porque concilia dos principios esenciales en materia arbitral: favorecer la solución de disputas a través del arbitraje, aunque las estipulaciones contractuales no hayan sido negociadas, pero cautelando que la voluntad para someter las controversias a la decisión de un árbitro sea expresada claramente.

Efectivamente, permitir que el arbitraje sea pactado en cláusulas generales de contratación o en contratos por adhesión servirá para difundir la solución de controversias por la vía arbitral, pues las relaciones jurídicas de consumo suelen ser estándares y repetitivas. Ahora bien, para propiciar la solución de controversias por la vía arbitral, aunque éstas emanen de relaciones jurídicas estándares, la LGA pretende asegurar que quien se somete a arbitraje sepa o tenga cómo saber que lo está haciendo. Veamos ahora cada una de sus disposiciones.

El numeral 1 del artículo 15 señala que los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

⁷ GÓMEZ, Hugo. “El “Norte” de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación”, en: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Año 3, Número 5, Primavera 2007, pp. 186-187.

Nótese la referencia expresa a la diligencia ordinaria, y por tanto al estándar recogido en las normas generales de protección a los consumidores. La única forma posible para evitar el sometimiento a arbitraje es alegar que el convenio no fue conocido, ni que pudo serlo, siempre que se trate de un consumidor diligente. No deberían ser protegidos, por ejemplo, los consumidores que aleguen el desconocimiento de la cláusula arbitral porque los caracteres del formulario son pequeños o porque no leyó las condiciones generales del contrato.

El numeral 2 del artículo 15 explica cuándo se entenderá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral fue conocido (pues por las circunstancias un consumidor diligente tendría que haberse enterado).

En el literal a. del numeral 2 se señala que el convenio arbitral se presume conocido si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Se trata del supuesto más sencillo, en el que no queda el menor resquicio de duda sobre el conocimiento de la existencia de la cláusula de manera previa a la celebración del contrato: el contrato principal (de consumo) se rige por las cláusulas generales de contratación insertadas en el cuerpo del documento (no por referencia), el cual es firmado por las partes. Salvo un caso en el que la existencia del convenio no es clara, y en el que por tanto se aplica el principio por el cual la duda se interpreta a favor del consumidor, no imagino una línea de defensa con la que el consumidor pretenda alegar desconocimiento del sometimiento a arbitraje.

El literal b. del numeral 2 indica la segunda presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

La idea es sencilla. El contrato principal (por ejemplo, de tarjeta de crédito) tiene dos partes: el cuerpo y el reverso. En el cuerpo suele incluirse las condiciones particulares, como la identidad del contratante y, en el ejemplo, la línea de crédito, tasa de interés, fechas de corte, etc. En el reverso del contrato principal se incluyen las condiciones generales, aplicables a una serie indefinida de contratos.

Pues bien, se presumirá que el contratante sabe del convenio arbitral si ocurren tres cosas: (i) el cuerpo del contrato (donde se indican las condiciones particulares) está firmado por las partes; (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y, (iii) el reverso del contrato, es decir, las cláusulas generales de contratación, incluyen

una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el reverso del documento (cláusulas generales), se entiende que las conoce porque sí firmó en el anverso, que hace referencia al arbitraje.

El literal c. del numeral 2 indica la tercera presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

El caso es parecido al del numeral anterior, con la diferencia que las cláusulas generales de contratación no están en el reverso del contrato principal (el de tarjeta de crédito) sino en un documento aparte. Para que se presuma el conocimiento de la sumisión a arbitraje se requiere también que ocurran tres cosas: (i) el cuerpo del contrato está firmado por las partes (donde se indican las condiciones particulares); (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y, (iii) las cláusulas generales de contratación se encuentran en documento aparte e incluyen una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el documento aparte que contiene las cláusulas generales incluyendo la cláusula arbitral, se entiende que las conoce porque sí firmó el contrato “principal”, que hace referencia al arbitraje.

El artículo 15 de la Ley General de Arbitraje logra pues varios objetivos: permite la inclusión de cláusulas arbitrales en series indefinidas de contratos, propicia de esa forma la solución de controversias fuera de la sede judicial, entiende que el rol del Estado en la contratación en masa es usar un estándar de protección a los consumidores que sea informativo y no dirigista, y finalmente, se asegura de que la voluntad de someterse a arbitraje quede claramente evidenciada.

En la sección que sigue veremos que este tema no es pacífico en otras jurisdicciones, como las europeas y norteamericanas. Es un gran avance que en el Perú se haya superado esa discusión en el texto de la LGA y en el propio Código del Consumidor.

5. EL ARBITRAJE “OBLIGATORIO” EN OTRAS JURISDICCIONES: NORTEAMÉRICA Y EUROPA

La siguiente idea resume la visión que las asociaciones de consumidores norteamericanas tienen de las cláusulas arbitrales insertas en cláusulas generales de contratación: si el arbitraje beneficiara a los consumidores de cualquier manera, sería una opción y los consumidores la elegirían⁸.

⁸ Traducción libre de: “If arbitration were in any way beneficial to consumers, it could be

Tal afirmación admite dos objeciones. La primera es conceptual: si el arbitraje fuese una opción para los consumidores, ello importaría la necesidad de iniciar una negociación, lo cual es incompatible con las relaciones jurídicas estándares. En efecto, con ese criterio, debería poder negociarse las cláusulas resolutorias, las que establecen las condiciones del bien o del servicio, y en general, cualquier estipulación contractual: justo lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa (ahorrar el costo de negociar).

La segunda objeción es que no se puede presumir que las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares son *per se* abusivas. Más adelante veremos cuáles son los principales argumentos esgrimidos por las asociaciones de consumidores en ese sentido y concluiremos que todos ellos terminan en más o menos la misma razón: un inadecuado ejercicio de la función arbitral. Sin embargo, esto último no se soluciona restringiendo el arbitraje sino por el contrario, fortaleciendo su adecuado ejercicio.

En Estados Unidos las asociaciones de consumidores vienen realizando campañas masivas contra el arbitraje en relaciones jurídicas estándares, salvo que se pacte luego de surgida la controversia, en cuyo caso, dicen dichas asociaciones, en los hechos los consumidores sí ejercen una opción. En efecto, debido a la naturaleza de "tómalo o déjalo" de las cláusulas generales de contratación, al contratar bienes o servicios los consumidores no tienen reales posibilidades prácticas de oponerse a pactar un arbitraje para resolver las controversias que surjan en el futuro.

Una asociación de consumidores norteamericana llevó a cabo una investigación sobre casos de arbitraje obligatorio en la industria de tarjetas de crédito, litigados en la llamada *National Arbitration Forum (NAF)* en California. Los principales resultados fueron los siguientes: (i) son muchos los consumidores afectados, pues sólo en California se han litigado 34 mil arbitrajes de consumo entre enero de 2003 y marzo de 2007; (ii) hay un uso reiterado de cláusulas arbitrales en la industria de tarjetas de crédito; (iii) el 99.6% de los casos fueron iniciados por las empresas y el resto por los consumidores; y, (iv) el 94% de las decisiones favorecieron a las compañías, no a los consumidores⁹.

Nótese que, nuevamente, las críticas sostenidas por los opositores a los arbitrajes de consumo podrían trasladarse a las demás estipulaciones contenidas en cláusulas generales, como por ejemplo las condiciones para resolver o para prorrogar el contrato. Si lo que quieren los opositores es que

made an option and consumers would choose it" (Richard Alderman, Director, Consumer Law Center, University of Houston Law Center), en: www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf

⁹ www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf:

las cláusulas arbitrales se negocien antes de ser firmadas, también podrían pretender lo mismo respecto de cláusulas no menos importantes, como la de terminación del contrato, por ejemplo. Eso es lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa.

Las asociaciones de consumidores añaden que la aceptación de pactos arbitrales en contratos de consumo es una amenaza a los derechos de los consumidores, que es una re-escritura de facto de la Constitución, y que es peligroso que dichas cláusulas se estén propagando no sólo en la industria financiera sino además en cláusulas referidas a servicios públicos y en general a cualquier tipo de transacción comercial¹⁰.

En Europa la situación es distinta pues en las cortes norteamericanas hay un clima más favorable a este tema, “por ser menos intervencionistas en las transacciones comerciales y menos dispuestas a proteger a la parte débil de la relación. La mayoría de regulaciones no norteamericanas ha respondido rechazando esta tendencia”¹¹.

La Directiva 93/13/ECC de la Comunidad Europea fue emitida en abril de 1993 para regular los términos de los contratos de consumo (y evitar así que sean injustos). En los fundamentos de la Directiva se señala que su propósito es salvaguardar a los ciudadanos en su rol de consumidores, que como tales deben ser protegidos frente al comportamiento abusivo de los proveedores de bienes o servicios cuya expresión típica es la fijación de condiciones comerciales no negociadas. Se añade que la evaluación del carácter injusto de las condiciones comerciales debe efectuarse respetando el criterio de la buena fe, para lo cual debe tenerse en cuenta el poder de negociación de las partes involucradas.

El artículo 3 de la Directiva señala que una estipulación contractual que no ha sido negociada individualmente es injusta si, contra el principio de la buena fe, causa un desbalance significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor. El artículo 6 obliga a los Estados Miembros a incluir en su legislación interna el deber de que las estipulaciones consideradas injustas no sean oponibles entre las partes. La Directiva contiene un Anexo indicando cuáles son las disposiciones consideradas injustas (una suerte de artículo 1398° del Código Civil), una de las cuales es requerir que las disputas emanadas del contrato sean sometidas a arbitraje.

¹⁰ Consumer and Media Alert: The Small Print That's Devastating Major Consumer Rights, en: www.consumerlaw.org/issues/model/arbitration.shtml

¹¹ Mandatory Arbitration Report, 2008. Manitoba Law Reform Commission, en: www.gov.mb.ca/justice/mlrc/pubs/ma2008.html

En Canadá el uso de este tipo de cláusulas es un fenómeno relativamente reciente, pero se está volviendo más común. De hecho, en el caso *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* se consideró válida una cláusula arbitral contenida en un contrato de provisión de servicio de Internet, lo que terminó en el bloqueo de una acción de clase. Tal decisión jurisprudencial condujo a que en diciembre de 2002 el Gobierno de Ontario dictara disposiciones contra dicho fallo¹².

En el caso *Kanitz* los demandantes, a nombre de todos los contratantes del servicio de acceso a Internet, alegaron judicialmente que *Rogers Cable Inc.* incumplió su obligación de brindar acceso continuo al servicio de Internet y reclamaron el pago de indemnización por daños. *Rogers* alegó la existencia de un convenio arbitral, que en realidad no fue firmado por los consumidores, quienes habían dado a *Rogers* la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones de los contratos. La existencia de las modificaciones fue incluida en su página web, sin indicar en ella expresamente que se incluyó el sometimiento a arbitraje. Frente a ello, la única posibilidad de defensa para los demandantes era alegar que el acuerdo arbitral calificaba como *unconscionable* y por tanto inexigible.

Nos referiremos varias veces a los términos “*unconscionable*” o “*unconscionability*”, al comentar jurisprudencia norteamericana sobre el valor que dan las cortes a los arbitrajes incluidos en las relaciones jurídicas estándares. Aunque no hay una categoría equivalente en la legislación peruana, basta con señalar que a efectos de este trabajo una provisión se entenderá como *unconscionable* si adolece una suerte de vicio de voluntad derivada de la falta de conciencia por parte de uno de los contratantes sobre la existencia y efectos de la estipulación. Hay dos tipos de *unconscionability*, una procedimental y otra sustantiva. Con la primera se analiza el proceso de formación del contrato (como hace la LGA con el artículo 15, la idea es asegurarse de que el consumidor sabe o tiene como saber que se está sometiendo a arbitraje). Con la sustantiva se examina los términos del contrato, analizando la razonabilidad comercial de la transacción, el propósito y efectos de las estipulaciones, la distribución de riesgos, etc.

Para evaluar si una cláusula o contrato es *unconscionable* se debe determinar si hay desequilibrio entre el poder de negociación de las partes y si la parte fuerte de la relación ha tomado ventaja sobre la parte débil. El caso *Kanitz* cumplió con la primera de ambas condiciones, pues las cláusulas generales de contratación tienen la naturaleza de “*take it or leave it*”, pero no pasó la segunda

¹² Mandatory Arbitration and Consumer Contracts. Public Interest Advocacy Centre and Option Consommateurs. November 2004, en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291960

condición, pues no se acreditó que la compañía de cable tomaba ventaja de los consumidores. Así, contrariamente a lo sostenido por los demandantes, la Corte señaló que la mera existencia de una cláusula arbitral no equivale a una exención absoluta de responsabilidad y por tanto a un aprovechamiento de la parte débil de la relación contractual.

La principal crítica por parte de las asociaciones de consumidores canadienses a la decisión *Kanitz* es que ésta no midió correctamente el daño que causa permitir la exclusión de las acciones de clase mediante cláusulas arbitrales.

Los alcances del caso *Kanitz* fueron reducidos con el caso *MacKinnon v. Nacional Money Mart Co.*, que involucra una compañía que presta dinero a corto plazo y con altas tasas de interés. La Corte negó el pedido de los demandados de prohibir la acción de clase y señaló que procede esta última pues en términos prácticos, sin ella, los consumidores no tienen incentivos para litigar individualmente contra la compañía.

6. ARGUMENTOS PRINCIPALES CONTRA EL ARBITRAJE EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

Teniendo ya idea de que las cláusulas arbitrales en los llamados “contratos de consumo” no son siempre bien recibidas en otros países por las cortes y legislaciones, y sobre todo por los consumidores, veremos una a una las razones que sustentan esas críticas. También veremos que si trasladamos esas críticas al Perú, ellas resultan infundadas, salvo el delicado tema de las acciones de clase, presenta más retos que reales dificultades.

6.1. Altos costos

Ésta es la principal crítica, pues de acuerdo con los detractores de las cláusulas arbitrales en las relaciones de consumo, éstas desincentivan a los consumidores a litigar contra el proveedor, sobre todo si ocurre cualquiera de dos cosas: (i) que si el consumidor pierde deba reembolsar al proveedor por los gastos legales del proceso; o, (ii) que las cláusulas arbitrales vayan acompañadas de otras que limiten la recuperación de las costas y costos del proceso (es decir, que si el proveedor del bien o servicio resulta perdedor, no reembolsará los gastos de defensa legal asumidos por el consumidor).

Aunque es cierto que por lo general el costo de litigar en arbitraje es mayor que el costo de hacerlo en las cortes judiciales, no es menos cierto que, al menos en el Perú, los costos del tribunal arbitral (retribución de los árbitros, administración del proceso, etc.) no son los únicos relevantes. El tiempo asociado con la ineficiencia y sobrecarga procesal de las cortes judiciales –además

de en no pocas veces la corrupción– es valioso. Este elemento no es tomado en cuenta por quienes se oponen a rajatabla al arbitraje en relaciones de consumo, lo que desde ya, deslegitima la solidez de su posición.

Asociada con los costos del litigio arbitral, también se señala como desventaja la falta de competencia en los precios de los servicios de arbitraje, de modo que esto es usado por los proveedores como barrera para evitar que los consumidores inicien procesos contra ellos. Usar este argumento es casi tan absurdo como prohibir el transporte aéreo de pasajeros porque es una sola aerolínea la que presta el servicio, en vez de hacer justamente lo contrario, que es propiciar la competencia. De hecho, la estructura del propio mercado peruano muestra la existencia de varios centros arbitrales compitiendo, además de la significativa competencia del arbitraje ad hoc.

Finalmente, se señala como desventaja de los procesos arbitrales el hecho que para ganar es necesario invertir la mayor cantidad de dinero posible en el litigio, sobre todo por la contratación de expertos, lo cual es muy costoso y contribuye a profundizar el desbalance contra los consumidores. Cabe preguntarse por qué esta inversión en medios probatorios no sería necesaria en sede judicial.

6.2. Debido proceso

Como quiera que el arbitraje emana de un acuerdo entre las partes, éstas son libres de determinar las reglas que gobernarán el proceso. De allí que, señalan los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo, existe la posibilidad de que dichas cláusulas contengan reglas procedimentales que no benefician a los consumidores.

Además, mencionan ejemplos en que las reglas de las instituciones arbitrales atentan contra el derecho al debido proceso. Así, señalan que la *National Arbitration Forum (NAF)* restringe a las partes el acceso a información sobre el proceso, que los litigantes sí podrían obtener en las cortes judiciales. También señalan que en la mayor parte de casos referidos a la industria de tarjetas de crédito, los árbitros deciden sobre la base de documentos presentados por la compañía, sin que el consumidor los conozca.

No sabemos los detalles de los ejemplos indicados ni por qué se producen semejantes violaciones del debido proceso, pero eso debería arreglarse cambiando las reglas, no prohibiendo el arbitraje. Para seguir con el ejemplo de los aviones, es como prohibir el transporte aéreo de pasajeros porque una aerolínea (que incluso podría ser monopólica) presta un mal servicio y no cumple con los estándares internacionales de seguridad.

6.3. Falta de transparencia

Se señala que la información emanada del proceso arbitral no puede ingresar al dominio público, a diferencia de lo que ocurre con los litigios judiciales.

Las cláusulas arbitrales surgen de un contrato y a su vez contienen un contrato, de modo que deben ser tratadas como tal. A menos que la información contractual ingrese al dominio público debido a la intervención del Estado (administración de justicia, por ejemplo), tiene que mantenerse en la esfera privada. De allí a que por eso se profundice el desequilibrio entre proveedores y consumidores hay un buen trecho por recorrer.

Esta objeción –la permanencia del litigio arbitral en la esfera privada– suena más bien a una falta de confianza. Lo que una crítica como ésta deja entrever es que hace falta la anuencia del Estado sobre el resultado del proceso, como si con ello quedara “santificado”.

6.4. Riesgo de resultados inconsistentes

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo temen que con los mismos hechos, distintos árbitros lleguen a resultados distintos, de modo que sea virtualmente imposible usar fallos arbitrales como precedentes para el futuro. Por lo menos en el Perú, ésta es la crítica más fácil de rebatir. A diferencia del *common law*, no tenemos el sistema de precedentes.

6.5. Falta de reciprocidad entre las partes

Pues en las relaciones jurídicas no hay negociación previa. Ello es más grave todavía si se tiene en cuenta que las cláusulas generales de contratación se escriben con letra pequeña y en lenguaje incomprensible para la mayoría.

En primer lugar, esta crítica deriva de un asunto mayor, que no corresponde abordar en toda su extensión en este trabajo: a los detractores del arbitraje “de consumo” no les gusta las cláusulas generales de contratación y punto. Una vez más, así como el convenio arbitral no es negociado, tampoco lo es la forma de terminar el contrato o de modificarlo, y en general, otras provisiones contractuales de no poca importancia. Elijamos entonces. ¿Nos quedamos o no con las estipulaciones estándares? ¿Favorecemos o no la contratación masiva? y por tanto ¿generamos o no un importante ahorro en negociaciones? Al menos en el Perú la respuesta ha sido afirmativa.

El segundo tema (letra chica y lenguaje incomprensible) se resuelve con estándares, pero los informativos y no los dirigistas, como decíamos al inicio. Recordemos que el derecho medular de los consumidores es a estar bien informados, y esto pasa por establecer estándares adecuados de comunicación con los usuarios, no a meterse en el contenido de sus derechos.

6.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo alegan que no hay igualdad entre las partes en lo referido al control sobre el arbitraje, al punto que muchas cláusulas confieren al proveedor la facultad de elegir al árbitro. Esto se resuelve fácilmente: prohibiendo que ello ocurra, como sucede en el Perú (artículo 26 de la Ley General de Arbitraje).

También hay la percepción generalizada de que los árbitros están más dispuestos que los jueces a favorecer a los proveedores en vez de los consumidores, teniendo en cuenta que aquéllos dependen económicamente del número de casos recibidos para resolver. En otras palabras, los árbitros tienen fuertes incentivos financieros para fallar a favor de los proveedores y no de los consumidores porque en buena cuenta ese es su negocio. Para esto, es indispensable que las compañías hagan un seguimiento de los árbitros que tienden a ser favorables a ellas y asegurarse de que sean elegidos.

Nuevamente, en el ejemplo de la aviación comercial, es como prohibirla alegando que los funcionarios encargados de dar las licencias son corruptos y que se guiarán por los sobornos que pudieran recibir de las aerolíneas que no cumplen con las regulaciones aplicables.

Pero además, si una empresa utiliza sistemas arbitrales arbitrarios, ello afectaría su prestigio comercial y perdería clientes en el largo plazo. No hay entonces incentivos claros para que ello ocurra.

6.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido

En cuanto a la preparación requerida por las partes para comparecer en un proceso arbitral, los mismos detractores dicen que las grandes corporaciones pueden hacer uso de economías de escala para fortalecer sus posiciones en el arbitraje y preparar los casos. A su vez, la ausencia de acciones de clase en sede arbitral y la naturaleza confidencial de los procesos arbitrales hacen que para comparecer en el proceso los consumidores tengan que maximizar todos sus esfuerzos en preparar el caso.

Sobre la necesidad de que los consumidores se esfuercen para vencer a los proveedores, cabe indicar que indudablemente este esfuerzo es necesario también si la controversia se ventila en sede judicial.

6.8. Falta de protección a las acciones de clase

Recuérdese que de acuerdo con la decisión *Kanitz*, los consumidores no pueden iniciar acciones de clase cuando existe un convenio arbitral válido. Este fallo generó serias preocupaciones por parte de las asociaciones de de-

fensa de los consumidores, teniendo en cuenta la importancia práctica de las acciones de clase. Critican el hecho que la principal razón para pactar arbitraje en las relaciones jurídicas estándares es impedir el uso de acciones de clase, que son eficaces armas legales que otorgan el beneficio a los consumidores de agregar pretensiones en un solo proceso y evitar así los costos y riesgos de litigar individualmente.

De hecho, los clientes individualmente considerados tienen pocos incentivos para plantear por su cuenta y riesgo acciones judiciales contra una compañía, teniendo en cuenta que los riesgos de litigar individualmente no son sólo monetarios, sino que están basados en la desconfianza de los individuos frente a las cortes, el temor al resultado, las tensiones propias del litigio, etc. Pues bien, las acciones de clase mitigan estos riesgos.

En el siguiente acápite se abordará este tema con un poco más de detalle, pues en este tema las asociaciones de consumidores sí tienen un punto.

7. ÚNICA OBJECCIÓN PREOCUPANTE. LOS “ARBITRAJES DE CLASE”

En este punto comentaremos algunas decisiones judiciales adoptadas en Estados Unidos, donde las cláusulas arbitrales en contratos de consumo no están prohibidas y donde las cortes han mostrado distintas tendencias frente a la relación de este tema con las acciones de clase¹³.

En el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el análisis sobre si una cláusula arbitral permite o no una acción colectiva es un asunto de interpretación contractual que puede ser decidido por un árbitro (no por un juez).

El fallo generó un efecto directo en el contenido de los contratos de consumo, pues para evitar ambigüedades lingüísticas que puedan llevar a un resultado como el de *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, muchas cláusulas son redactadas prohibiendo expresamente las acciones de clase en arbitrajes. Los consumidores alegan que esas restricciones caen en la doctrina de *unconscionability*, pero con éxito limitado.

Otro fallo que vale la pena mencionar es el recaído en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* en el cual la Corte de Apelaciones del Primer Circuito indicó que una prohibición de las acciones de clase contenida en una cláusula arbitral no es exigible pues con ello se restringe la aplicación de las leyes federales y

¹³ Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*, Feb-Apr 2007, by Scanlon, Kathleen M, Clare, James. www.highbeam.com/doc/1P3-1248285081.html

estatales sobre prácticas anticompetitivas (*antitrust*) y porque se vulnera la norma 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil.

En el caso los demandantes eran suscriptores del servicio de cable en la ciudad de Boston, y alegaron la realización de prácticas anticompetitivas (elevar artificialmente el precio del servicio mediante acuerdos de reparto de que eliminaban la competencia). En el año 2001, *Comcast Corp.* incluyó un convenio arbitral en los acuerdos celebrados con suscriptores. Entre los años 2002 y 2003 se hicieron modificaciones a las cláusulas arbitrales, prohibiendo las acciones de clase.

La Corte de Apelaciones del Primer Circuito señaló que la cláusula arbitral vulneraba las Reglas Federales del Proceso Civil, pues los consumidores no demandarían a los proveedores sin un mecanismo como la acción de clase, lo cual importaría una severa restricción a su derecho de usar acciones colectivas. Según la Corte, esto es especialmente importante tratándose de acciones *antitrust*, que involucran discusiones complejas, testimonios de expertos y múltiples transacciones.

Lo interesante es que en vez de inaplicar íntegramente la cláusula, la Corte sólo "eliminó" la prohibición de la acción de clase y ejecutó el resto de la cláusula. Resultado: un proceso con el que ninguna de las partes estaba de acuerdo. Los demandantes se quedaron con una acción de clase, pero en sede arbitral, y los demandados se quedaron con su arbitraje, pero vía *class action*.

En el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se estableció la diferencia con el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, pues en este último el contrato guardaba silencio sobre las acciones de clase, de modo que la decisión de si se podía arbitrar acciones colectivas o no, correspondía al árbitro. En cambio, el contrato estándar de *Comcast Corp.* lo prohíbe expresamente.

Mientras que en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se rechazó la prohibición de arbitrajes de clase, en otras decisiones las cortes han sostenido lo contrario (la mayoría de Cortes de Distrito habrían reconocido y aceptado las prohibiciones de acciones de clase).

En síntesis, el resultado final del caso *Kristian v. Comcast Corp.* es un "arbitraje de clase", que es una figura conceptual y procedimentalmente extraña, por ser un híbrido poco usual.

También es interesante tener en cuenta el fallo *Dale v. Comcast Corp.* del 4 de setiembre de 2007 emitido por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito, en el cual la Corte señaló que la cláusula de arbitraje obligatorio no era aplicable porque ello suponía prohibir las acciones de clase, de modo que los afectados no tenían incentivos para demandar individualmente. También indicó que las referidas exclusiones de las acciones de clase (*class action wai-*

vers) tienen que ser examinadas de manera individualizada, caso por caso, considerando todos los hechos y circunstancias, incluyendo el análisis sobre si la estipulación contractual es equitativa, teniendo en cuenta los costos de las acciones individuales frente a las posibilidades de éxito, la posibilidad de recuperar costas y costos, las preocupaciones de política pública, etc. En el caso concreto la Corte señaló que la exclusión era *unconscionable* y anuló la estipulación arbitral.

En el caso *re American Express Merchants Litigation* la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocó la sentencia de primera instancia que declaró que los demandantes debían tramitar sus discrepancias en la vía arbitral. La decisión de segunda instancia señaló por el contrario que los demandantes no podían ejercer efectivamente sus derechos sin una acción de clase en sede judicial. La Corte del Segundo Circuito efectuó un extenso análisis de la importancia y utilidad de las acciones de clase para litigar demandas que individualmente son de poca cuantía.

Lo interesante del caso es que no sustentó la inexigibilidad de la cláusula arbitral en cuestiones de *unconscionability* sino en un análisis sobre la imposibilidad práctica de demandar individualmente al proveedor del servicio. Esta decisión generó importantes consecuencias, teniendo en cuenta que fue emitida luego de que diversas Cortes de Distrito y de Circuito habían convalidado las exoneraciones de acciones de clase (*class action waivers*).

Aunque potencialmente el caso *American Express* podría generar consecuencias similares en otros aspectos de las cláusulas arbitrales (y no sólo los referidos a acciones de clase), sus efectos son, para algunos, en extremo limitados. Ciertamente, el fallo no invalida las exoneraciones de acciones de clase *per se*, sino que requiere un análisis caso por caso.

Como puede apreciarse, Estados Unidos es un país en el que a pesar de las críticas y de las distintas tendencias de las cortes, en general las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares, con exclusiones de acciones de clase, pueden ser admitidas. En esta línea, es importante mencionar las Reglas para los Arbitrajes de Clase de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (*Supplementary Rules for Class Arbitrations of the American Arbitration Association*)¹⁴.

Las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje, que se aplican a las disputas sometidas a la AAA, están vigentes desde el 8 de octubre de 2003 y fueron expedidas luego de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Green Financial Corp. v. Bazzle*, en la que, como se ha indicado, la Corte señaló que

¹⁴ www.adr.org/sp.asp?id=21936

es el árbitro y no las cortes el que decide, como un asunto de interpretación contractual, si está permitido el arbitraje de clase.

Apenas es designado, el árbitro debe determinar en un laudo parcial y fundamentado, si la cláusula arbitral permite un arbitraje de clase. Este laudo parcial se llama *Clause Construction Award*. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales si lo quieren cuestionar.

Si transcurre el plazo sin que el *Clause Construction Award* sea cuestionado judicialmente, el árbitro debe analizar luego si se dan las condiciones para tramitar la acción de clase, para lo cual debe determinar si uno o más miembros de la clase tienen facultades para representar a los demás miembros. Para esto último se tomará en cuenta si la clase es tan numerosa que los litigios individualizados serían impracticables, si hay cuestiones de hecho o de derecho que son comunes a la clase, si los intereses de la clase serán adecuadamente protegidos, y sobre todo, si cada miembro de la clase ha celebrado un acuerdo conteniendo una cláusula arbitral sustancialmente igual a la suscrita por el representante de la clase y los demás miembros de ésta.

Efectuado este análisis, el árbitro emitirá un laudo parcial y fundamentado, denominado *Class Determination Award*. En este laudo se definirá cómo se compone la clase, quién es su representante; se fijan los puntos controvertidos y otros temas. También se debe indicar cuándo y cómo pueden excluirse los miembros de la clase que así lo deseen. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales para cuestionar este laudo parcial.

Transcurrido dicho plazo sin que ello haya ocurrido, el árbitro debe emitir la Notificación de Determinación de la Clase (*Notice of Class Determination*), haciendo los mayores esfuerzos para difundirla, de modo que la mayor cantidad posible de personas pueda enterarse, de acuerdo con las circunstancias. Debe indicar la naturaleza de la acción, la definición de la clase, las pretensiones y defensas previas; debe indicar que cualquier miembro de la clase puede asistir a las audiencias, que cualquier persona puede solicitar que se le excluya de la clase; debe indicar que el laudo tiene efectos obligatorios para todos los miembros de la clase; debe indicar la información relevante sobre la experiencia del árbitro, e indicar también quién es el representante de la clase y quién ejerce la defensa final.

Finalmente, el Laudo Final (*Final Award*) se emite pronunciándose sobre el tema de la controversia. En él se debe especificar o describir a quiénes se dirigió la Notificación de Determinación de la Clase, a quiénes el árbitro identifica como miembros de la clase, y quiénes optaron por ser excluidos de la acción.

Desde luego, las Reglas de la AAA señalan que la confidencialidad propia de los arbitrajes no aplica a los arbitrajes de clase, pues las audiencias son públicas.

Teniendo en cuenta las reflexiones y los avances que sobre este tema ya se han producido, no queda más que admitir que si bien las cláusulas arbitrales en condiciones estándares presentan ventajas no rebatidas con solidez por parte de sus detractores, sí presentan un inconveniente de orden práctico: que los consumidores no pueden unir esfuerzos para litigar contra el proveedor del bien o servicio mediante acciones de clase.

¿Ello debe conducir a la derogación del artículo 15 de la Ley General de Arbitraje? Evidentemente no. Lo que debe ocurrir más bien, es empezar a pensar en respuestas que concilien tres necesidades: la de propiciar la difusión del arbitraje como mecanismo eficiente de solución de conflictos; la de lograr esa difusión mediante la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos estándares, asegurando un adecuado mecanismo de formación de la voluntad; y finalmente, permitiendo que los consumidores sujetos a jurisdicción arbitral puedan aprovechar las sinergias propias de las acciones de clase.

Las primeras dos necesidades (difundir el arbitraje y hacerlo mediante cláusulas generales de contratación) ya han sido abordadas correctamente por la Ley General de Arbitraje. Lo que le falta es permitir que los consumidores que se sientan afectados se organicen para litigar conjuntamente contra el proveedor del bien o del servicio.

En efecto, a pesar de ser una norma correcta, el artículo 15 de la LGA es una norma incompleta pues no aborda un tema sobre el cual el legislador peruano debería empezar a pensar (y que en otras jurisdicciones ha suscitado no pocos desencuentros): la posibilidad de litigar en sede arbitral las “acciones de clase” o *class actions*.

Ya hay un avance en los artículos 128 a 131 del Código del Consumidor, que regula la defensa colectiva de los consumidores (para defender tanto intereses colectivos como difusos). Esta defensa colectiva puede hacerse tanto en sede administrativa a través de las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el INDECOPI, como en sede judicial, siendo dicha entidad la que, de oficio, puede promover procesos judiciales en los que puede acumular pretensiones de indemnización, reparación o sustitución de productos y en general cualquiera que sea necesaria para proteger a los consumidores afectados. La norma no menciona que la defensa colectiva puede realizarse por la vía arbitral.

El Código del Consumidor ya aborda las complejidades propias de las acciones de clase, pues entre otras disposiciones, señala que el INDECOPI representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su

voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas las publicaciones.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, la indemnización será cobrada por el INDECOPI, que luego prorrateará su monto o velará por la ejecución del fallo entre los consumidores que se apersonen ante dicha entidad, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

8. EL "ARBITRAJE DE CONSUMO"

Una cosa es el "arbitraje en las relaciones de consumo" y otra el "arbitraje de consumo". Existe una suerte de relación género a especie, pues el primero, que da título a este trabajo, comprende tanto los convenios arbitrales a que se refiere el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje como el llamado "arbitraje de consumo" a que se refieren los artículos 137 a 144 del Código del Consumidor. La regulación de este último se inspira en las normas emitidas en España, y consiste en un procedimiento extrajudicial voluntario en el que se encomienda a un Colegio Arbitral la resolución de una controversia, con la misma eficacia que una sentencia judicial¹⁵.

En 1986 en España comenzó a desarrollarse la experiencia piloto del arbitraje de consumo, antes de su regulación legal, para conocer así las necesidades reales de su funcionamiento y evaluar la aceptación entre consumidores y empresarios o comerciantes. Esta idea surgió, como ocurrió en el Perú con el cambio de enfoque en la protección de los consumidores, debido a los inconvenientes de la vía judicial, que desanimaban a la mayoría de los consumidores, dejando los conflictos sin resolver. No hay que olvidar que los conflictos de consumo suelen involucrar discusiones de pequeña cuantía.

En 1993 se aprobó el Real Decreto 636/93 (posteriormente se emitió el Real Decreto 231/2008) regulando el Sistema Arbitral de Consumo, con la intervención de dos tipos de órganos, uno encargado de la administración del arbitraje (Juntas Arbitrales), y otros que son quienes conocen de la controversia concreta y emiten el laudo (los Colegios Arbitrales).

En el Perú, repito que bajo la inspiración de la norma española, el Código del Consumidor ha creado el Sistema de Arbitraje de Consumo, que aunque apunta a disminuir la carga procesal del INDECOPI, lamentablemente deja algunas dudas importantes sin resolver. El Decreto Supremo N° 046-2011-PCM aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

¹⁵ <http://www.uncuma.org/Resources/ARB1001E.pdf>

Este sistema se basa en dos pilares: de un lado, las juntas arbitrales que INDECOPI crea en cada localidad, en coordinación con los gobiernos locales y regionales, y del otro lado, los órganos arbitrales, que cuando son colegiados (controversias superiores a 5 Unidades Impositivas Tributarias), son integrados por un árbitro propuesto por la entidad estatal en la que se constituye la junta arbitral, por uno propuesto por las asociaciones de consumidores y por uno propuesto por las organizaciones empresariales.

Como en España, las juntas arbitrales de consumo otorgan un distintivo oficial a las empresas que ofrezcan someterse al arbitraje de consumo, de modo que los clientes puedan enterarse de ello antes de ingresar al establecimiento comercial. El distintivo oficial supone garantizar al consumidor que los posibles conflictos se resolverán rápidamente. El Sistema de Arbitraje de Consumo permite a las dos partes resolver las controversias sin gastos y sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Aunque excede a los límites de este trabajo hacer un examen detallado de los aciertos y desaciertos del Sistema de Arbitraje de Consumo, es un acierto que vale la pena comentar el hecho que, respetando el principio de *kompetenz-kompetenz*, el órgano arbitral sea el único competente para decidir su propia competencia. El desacierto que causa perplejidad es la omisión absoluta sobre la forma en que se garantiza la gratuidad del arbitraje, teniendo en cuenta que además los árbitros prestan servicios que deben ser remunerados.

Finalmente, el artículo 145 del Código del Consumidor señala que el sometimiento del consumidor al arbitraje de consumo (dice “voluntario” pero ello es evidente) excluye la posibilidad de que el consumidor inicie un procedimiento administrativo o pretenda beneficiarse con medidas correctivas dictadas por la autoridad de consumo en los procedimientos de defensa colectiva que ésta inicie. Estamos de acuerdo con la norma, pero igual criterio debería aplicarse si un consumidor acude al arbitraje previsto en el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje, que no es “de consumo” en los términos del Código del Consumidor.

No es el propósito de este trabajo delinear todos los temas que deberían abordarse en la norma que regule los arbitrajes de clase y los arbitrajes de consumo, sino simplemente poner algunos temas en la mesa de debates. Sólo así se descartará de plano la tesis según la cual las cláusulas arbitrales en las relaciones jurídicas estándares colocan a los proveedores en la situación “Cara, yo gano; sello, tú pierdes”.