

Arbitraje de consumo: bases dogmáticas de un modelo para el acceso a la justicia del consumidor en Chile desde la mirada del derecho internacional y comparado

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2021

Fecha de aprobación: 23 de octubre de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10678>

Eduardo Jequier Lehuedé*

Resumen: este trabajo trata sobre los principios y fundamentos dogmáticos de general aplicación que describen y modelan el arbitraje sobre asuntos de consumo, tomando en especial consideración la naturaleza de las relaciones de consumo y la desigualdad que existe entre las partes del conflicto: proveedor y consumidor. Se recogió para ello el desarrollo que muestra el derecho comparado e internacional, particularmente el

* Doctor en derecho, Universidad de Valencia, España. Magíster en derecho de la empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor titular regular de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: eduardo.jequier@uautonoma.cl
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8005-6685>

El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1190099, titulado *El arbitraje de consumo en Chile: Análisis críticos y planteamientos para una indispensable revisión de lege ferenda*, del cual el autor es investigador responsable.

Para citar este artículo: Jequier Lehuedé, Eduardo. "Arbitraje de consumo: Bases dogmáticas de un modelo para el acceso a la justicia del consumidor en Chile desde la mirada del derecho internacional y comparado." *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)* 15, (2022), 23-63. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10678>

derecho comunitario europeo, con miras a su regulación en el ordenamiento jurídico chileno.

Palabras clave: arbitraje de consumo; principios; sistemas de arbitraje de consumo.

Consumer Arbitration: Dogmatic Bases of a Model for Access to Consumer Justice in Chile from the View of International and Compared Law

Abstract: This work deals with the general dogmatic principles and foundations that describe and model arbitration on consumer matters, specially considering the nature of consumer relationships and the inequality between the parties of the conflict: provider and consumer. For this, we gathered the comparative and international law development around the topic, mainly the European community law, with a view of the regulation in the Chilean legal system, in particular.

Keywords: Consumer arbitration; principles; consumer arbitration systems.

Arbitragem do consumo: bases dogmáticas de um modelo de acesso à justiça do consumidor no chile na visão do direito internacional e comparado

Resumo: este trabalho trata dos princípios e fundamentos dogmáticos de aplicação geral que descrevem e modelam a arbitragem em matéria de consumo, levando em especial consideração a natureza das relações de consumo e a desigualdade que existe entre as partes no conflito, provedor e consumidor. Para tal, recolhe-se a evolução demonstrada pelo direito comparado e internacional, particularmente o direito comunitário europeu, com vistas à sua regulamentação no ordenamento jurídico chileno em particular.

Palavras-chave: arbitragem de consumo; princípios; sistemas de arbitragem de consumo.

Introducción

Hablar hoy del arbitraje de consumo en Chile equivale a describir el trazado de una ruta largamente postergada, que aunque necesaria, no ha comenzado aún a proyectarse. Los usuarios, por tanto, deben recurrir a caminos alternativos diseñados sobre la base de unos presupuestos estructurales concebidos en un tiempo y para necesidades que, en cualquier caso, no se ajustan a la realidad y características de aquellos usuarios. Con ello se generan externalidades negativas que desincentivan *a priori* la idea misma de iniciar el viaje.

Más allá de la ambigua y muy parca alusión al arbitraje contenida en el artículo 16 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor (LPDC), la normativa chilena ha eludido hasta hoy un problema estructural del señalado estatuto tutelar, pues este, si bien ha experimentado un constante perfeccionamiento en sus aspectos sustantivos, no proporciona simultáneamente los cauces procesales idóneos para garantizar un acceso real y efectivo de los consumidores a la justicia.

En este sentido, y con la salvedad de algunas normas aplicables al ámbito del consumo de productos y servicios financieros (de escasa o acaso nula aplicación hasta la fecha), la LPDC no contempla una regulación siquiera básica de los criterios y principios que rigen el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo. Por ello, y a falta de una normativa que se ajuste a las características propias de las relaciones de consumo y a los sujetos que intervienen en ellas, el sistema de arbitraje que contempla esta ley —si es que se le puede asignar en esto algún atributo sistémico— no presenta ninguna diferencia con el estatuto sobre arbitraje interno regulado en el Código Orgánico de Tribunales (COT) y en el Código de Procedimiento Civil (CPC), y está anclado a concepciones y estructuras jurídico-políticas de origen castellano-medieval¹ y fue concebido, principalmente, para la solución de conflictos surgidos en el contexto de relaciones jurídico-patrimoniales de derecho común,² en las que no existen asimetrías ni partes débiles que deban ser protegidas por el legislador.

¹ Véase en este sentido, Eduardo Jequier Lehuédé, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural imposter-gable”, *Ius et Praxis* 21, no. 2 (2015): 199-224.

² Sobre las características y deficiencias del mecanismo arbitral contemplado en el artículo 16 de la LPDC puede consultarse: Eduardo Jequier Lehuédé, “El arbitraje de

Por contrapartida, el arbitraje de consumo muestra un importante desarrollo en el derecho comparado e internacional, fenómeno que en Europa se ve plasmado en una diversidad de regulaciones legales internas y comunitarias que comparten, a modo de hilo conductor común, la institucionalización del sistema de arbitraje de consumo. Es así como, en el ámbito europeo, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de consumo —y la discriminación positiva hacia la parte más débil que ellos comportan—³ han sido promovidos en los últimos años desde los fueros del derecho comunitario; son un claro ejemplo, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013,⁴ relativa a la resolución alternativa de litigios (RAL) en materia de consumo, y el Reglamento N° 524/2013, de igual fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Antes todavía, las directivas comunitarias venían trabajando en esta opción extrajudicial de solución de los conflictos de consumo —aunque para determinados ámbitos sectoriales de actividad—,⁵ propiciando la incorporación de

consumo en la regulación chilena sobre protección al consumidor: ni el bueno ni el malo, sino el feo de la historia”, en *Psicoanálisis del arbitraje. Solución o problema en el actual paradigma de justicia*, ed. Silvia Barona Vilar (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 195-ss.

³ Sobre el concepto de discriminación positiva puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2386, sobre Requerimiento de Inconstitucionalidad de los artículos 1, numeral 19 y segundo transitorio del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892 (27 agosto de 2013).

⁴ Como señala Gonzalo, la protección de los consumidores forma parte del objeto estratégico de la Unión Europea (UE) de mejorar la calidad de vida de todos sus ciudadanos, para fomentar además su confianza en el mercado interno, lo que surge a partir del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Vicente Gonzalo López, “Principios de la protección jurídica de los consumidores y resolución alternativa de conflictos de consumo”, en *Soluciones alternativas de los conflictos de consumo*, ed. Jorge Tomillo Urbina (Albarore-Granada: Comares, 2016), 51).

⁵ Los métodos alternativos de resolución de conflictos (MASC) de consumo están asumiendo una importancia creciente en la legislación de la UE. Además de la mediación (Directiva 2008/52/UE), en la última década una serie de medidas reglamentarias han incluido referencias a los MASC, que van desde el fomento de dichos métodos hasta la exigencia que los comerciantes pertenezcan a un esquema de MASC. Así por ejemplo: la Directiva de comercio electrónico, N° 2000/31/UE; la Directiva de servicios postales, N° 2008/6/UE; la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros, N° 2004/39/UE; la Directiva N° 2009/136/UE, en materia de Telecomunicaciones; la Directiva N° 2009/72/UE, en materia de energía; Directiva N° 2008/48/UE, sobre crédito al consumo, y la Directiva N° 2007/64/UE, sobre servicios de pago, entre otras

distintos métodos alternativos o complementarios como la mediación, la conciliación y, por cierto, el arbitraje de consumo.

En Latinoamérica, por su parte, la institucionalización del arbitraje de consumo constituye también un fenómeno generalizado, objetivado en regulaciones legales de larga data como la argentina (Decreto N° 276/98, de 11 de marzo de 1998, que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo) y en otras más recientes y novedosas, como la normativa peruana de 2011 (Decreto Supremo N° 046-2011, de 23 de mayo de 2011), con la creación de un moderno Sistema de Arbitraje de Consumo.

Hoy más que nunca, además, el confinamiento mundial generado por la pandemia de COVID-19 ha puesto de relieve el nivel de desarrollo tecnológico, y la masividad que ha alcanzado el uso del Internet en Chile⁶ permitió la realización de actividades de la más variada índole que, hasta marzo de 2020, estaban reservadas en gran medida al mundo de lo presencial y tangible.

En este contexto, en lo que concierne a los mecanismos que favorecen el acceso del consumidor a la justicia, cobran especial relevancia los denominados Sistemas de Resolución de Disputas en Línea u ODR (por su sigla en inglés, Online Dispute Resolution), que incluyen una amplia gama de procedimientos y herramientas tecnológicas que utilizan los interesados para resolver sus controversias. A medida que se incrementa su uso y variedad, estos mecanismos auguran la transformación no solo

[Cfr. Michael Stürner, Fernando Gascón Inchausti y Remo Caponi, *The Role of Consumer ADR the Administration of Justice* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2015)].

⁶ Según datos entregados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), el uso de Internet en Chile ha mostrado un notorio crecimiento durante estos tiempos de pandemia. Al primer trimestre de 2020, el tráfico total de Internet fija anotó 2.8 millones de Terabytes (TB), lo que representa un aumento del 40% en comparación con los 2 millones de TB registrados en igual periodo del año pasado. El informe también indica que el tráfico total de Internet móvil llegó a los 648 mil TB, cifra 40.7% mayor con respecto de los 460 mil TB consignados a marzo de 2019. Por otro lado, el reporte señala que el consumo promedio mensual de Internet fija e Internet móvil por usuario en abril de 2020 fue de 335.3 y 13 Gigabytes (GB), respectivamente, lo que significa un incremento del 29.4% y 26.2%, respectivamente, versus los 259.1 GB y 10.3 GB registrados en diciembre de 2019. Adicionalmente, la autoridad espera que este incremento llegue incluso al 60% en los próximos meses (SUBTEL de Chile, *Serie estadísticas 2020*, consultado el 30 de noviembre de 2020, https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/PPT_Series_MARZO_2020_V1.pdf).

de la industria de resolución de disputas, sino también, como afirma Benfeld,⁷ la del mercado y la profesión legal en su conjunto.⁸

En suma, teniendo en cuenta las dificultades que enfrenta hoy el consumidor chileno para acceder a un sistema de solución de conflictos que sea no solo cercano y abordable, sino que le resulte además expedito, confiable y económicamente viable,⁹ en el presente trabajo se analizarán los presupuestos esenciales a los que debe atender un sistema de arbitraje de consumo que, por lo mismo, deberán ser implementados en la regulación venidera. Para ello, tomaremos como principal insumo el amplio desarrollo que presenta este instituto en el derecho comunitario europeo, que por décadas ha venido impulsando el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) de consumo en el mercado intracomunitario, identificando para ello unas bases dogmáticas

⁷ Johann Benfeld E., “Profesión legal y tecnologías de la información y las comunicaciones: Una discusión necesaria”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9, no. 2 (2020): 12.

⁸ En una sociedad de Internet, basada en la tecnología, es ya predecible que máquinas cada vez más capaces, que funcionan solas o con usuarios no especialistas, se harán cargo de muchas de las tareas que históricamente han estado reservadas a los profesionales (en este sentido, Richard Susskind y Daniel Susskind, *El Futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos* (Madrid: Teell Editorial, 2016), 2).

⁹ Un estudio realizado por el World Justice Project, del 2019, mostró que en Chile el 44% de los encuestados tuvo un problema legal durante los últimos dos años. Del total de ese porcentaje, a su vez, el 23% correspondió a conflictos de consumo, superando largamente al resto de las materias involucradas. De este porcentaje, por último, solo un 22% de los consultados manifestó tener acceso a información, asesoría y medios de solución de conflictos, donde el apoyo estatal alcanzó apenas un 15% (World Justice Project, *Global Insights on access to Justice 2019, Chile*, consultado el 29 de septiembre de 2020, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Access-to-Justice-2019-Chile.pdf>).

Como dice Tomillo, refiriéndose al origen del sistema español de arbitraje de consumo, hasta 1993 (año en que surge la primera regulación del sistema), “el consumidor insatisfecho no acudía casi nunca a los procedimientos declarativos ordinarios ante los tribunales de justicia por incidencias derivadas de los actos de consumo cotidianas (...) El proceso judicial era largo, aunque garantista, y el consumidor demandaba con insistencia un sistema rápido y barato para la resolución dirimente de controversias, aun asumiendo el coste de tener que renunciar —ocasional y restrictivamente— a algunas garantías formales” (Jorge Tomillo Urbina, “Vicisitudes y carencias del arbitraje de consumo”, en *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, ed. Jorge Tomillo Urbina (Albarore-Granada: Comares, 2016), 78).

Este diagnóstico, de casi 30 años atrás, resulta plenamente aplicable a la realidad del consumidor chileno y a las dificultades que enfrenta hoy para acceder a la justicia.

esenciales que, como tales, resultan extrapolables a todo y cualquier sistema de arbitraje de consumo.

1. Estatuto jurídico del arbitraje común interno y conflictos de consumo en Chile

Para hablar hoy de la regulación del arbitraje en Chile se debe retroceder necesariamente en la historia hasta el mismo medioevo castellano¹⁰ del que provienen las normas sobre arbitraje contenidas actualmente en el COT y que modelan, con carácter general y amplio, el estatuto jurídico aplicable a toda clase de conflictos de derecho privado, cuyo arbitraje no se encuentre prohibido; en una terminología más moderna, como la que utiliza la ley española de arbitraje, a “materias de libre disposición conforme a derecho” (art. 2.1, Ley N° 60/2003). Se trata, por tanto, de una única regulación que, como tal y pese a su muy arcaica filiación, debe aplicarse a cualquier tipo de arbitraje interno y entre ellos a los de consumo, pues, simplemente, no existe hoy una normativa distinta.

El arbitraje de consumo, sin embargo, es una especialidad dentro del instituto arbitral, pues en aquel el libre juego de la autonomía de la voluntad, a diferencia del arbitraje ordinario o común, se encuentra permeado por matices *iuspublicistas* plasmados en normas legales que apuntan a la protección de la parte más débil, aun cuando la relación jurídico-material de la que surge la contienda (la relación de consumo) se mantenga en un ámbito puramente individual o *inter partes*. Como dice Richard, refiriéndose al Sistema de Arbitraje de Consumo español, se trata de una especial versión del arbitraje “que se caracteriza por su vocación pública que determina que, frente al arbitraje ordinario, se preste por servicios integrados en las administraciones públicas (... y que, en razón de su origen y finalidad,] tiene un ámbito más específico y delimitado por las normas de protección de los consumidores y usuarios”.¹¹

Por lo dicho, y a la luz del rol tutelar de la legislación de protección de los derechos de los consumidores, la opción de aplicar el estatuto legal

¹⁰ Jequier, “Antecedentes histórico-jurídicos...”, 215-ss.

¹¹ Manuel Richard González, “Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de Ley de Mediación de 2011”, en *Estudios sobre arbitraje de consumo*, ed. Manuel Richard González, José María Rifá e Iñaki Riaño Brun (Navarra: Thomsom Reuters-Aranzadi, 2011), 88.

común o general de arbitraje (B2B) a conflictos surgidos de relaciones de consumo (B2C), como ocurre en Chile, constituye un contrasentido y hasta una *contradictio in substantia* de cara al tratamiento diferenciado de la relación jurídica que origina el conflicto de derecho privado o de derecho del consumo, respectivamente.

La función protectora de los derechos del consumidor, por tanto, que el Estado-legislador asume en términos amplios, cala profundamente —o debería hacerlo al menos— no solo en la regulación sustantiva de la relación de consumo propiamente, contenida en la LPDC, sino también en las bases y principios que modelan el arbitraje en cuanto cauce procesal para la solución de los conflictos que surgen de esas relaciones; dicho de otra forma, a la autonomía de la voluntad, que sirve de fuente y motor del pacto arbitral en su concepción amplia o genérica, se superponen intereses y bienes jurídicos que superan largamente el puro interés individual de los contratantes —proveedor y consumidor—, factor que explica y justifica precisamente que dicha especie de arbitraje pergeñe, también, la misma vocación de defensa de los derechos del consumidor que predica la LPDC. Como apunta Gonzalo:

La eficiencia de un derecho protector de los consumidores no se mide por el grado de protección teórica de sus mandatos jurídicos [y la] perfección o equidad de sus normas, sino por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales se puedan hacer exigibles sus derechos.¹²

A diferencia de las controversias surgidas dentro de los contornos del derecho privado, en el conflicto de consumo es el interés general lo que justifica la intervención de la Administración Pública en la solución de tales controversias (incluso en sede arbitral), pues estas, si bien se originan en relaciones contractuales privadas, involucran un específico interés público que “trasciende a los concretos actores enfrentados en el conflicto (...) y, por tanto, se encuentra así constitucionalmente fundamentada la intervención administrativa”.¹³

¹² Gonzalo, “Principios de la protección jurídica de los consumidores...”, 53.

¹³ Rafael Lara González, “La organización del sistema arbitral de consumo”, en *Estudios sobre arbitraje de consumo*, ed. Manuel Richard González, José María Rifá e Iñaki Riaño Brun (Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011), 154.

Nada de esto puede lograrse, no obstante, con la aplicación de la normativa común sobre arbitraje como ocurre hasta hoy en Chile, anclada en una concepción igualitaria de las partes contratantes y en la equidad material del sinalagma oneroso y conmutativo.

La magra normativa chilena sobre arbitraje de consumo (...) que extrapola sin más las normas y criterios del arbitraje civil y comercial al conflicto de consumo, se encuentra en las antípodas de estos postulados fundamentales, lo que se refleja en el fracaso que ha mostrado el arbitraje en este ámbito.¹⁴

2. Principios y fundamentos del arbitraje de consumo. Especial referencia a sus manifestaciones en el derecho comunitario europeo

Así como la contratación de consumo no sigue las mismas pautas de la contratación del derecho común, el arbitraje de consumo presenta también importantes diferencias con el arbitraje de asuntos civiles y comerciales, que por lo mismo deben ser abordadas separada y particularmente por el legislador. Hasta aquí, sin embargo, la tarea sigue pendiente en Chile, aunque con visos de ser abordada al menos en una primera fase fundacional, de cara a la futura implementación de un sistema más complejo y maduro.

Distinto es el panorama en el derecho comparado y, particularmente, en el derecho comunitario europeo, que desde finales del siglo XX ha venido desarrollando un permanente movimiento legislativo para facilitar el acceso de los consumidores a la justicia —fenómeno que la doctrina describe como verdaderas “olas” de reformas teóricas en este sentido—,¹⁵ que se refunda en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.¹⁶ Antes, sin embargo, el problema del acceso de los consumidores a la justicia había sido abordado por la ONU, que

¹⁴ Jequier, “El arbitraje de consumo en la regulación chilena...”, 88.

¹⁵ Por todos, María José Catalán Chamorro, El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 50 y 51.

¹⁶ Especial interés tienen los datos que muestra la encuesta *Flas Eurobarometer 358* (Eurobarometer. *Flash Eurobarometer 358. Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection*. Eurobarometer, 2013. Consultado el 3 de diciembre de 2020.

en 1985 aprobó las icónicas *Directrices sobre la Protección del Consumidor*,¹⁷ complementadas luego, en el 2015, al referirse expresamente a los MASC de consumo.¹⁸

En el continente Americano pueden mencionarse también algunas iniciativas en este mismo sentido, como el borrador de propuesta para una Ley Modelo Interamericana respecto de la Disponibilidad de Medios de Solución de Controversias y Reparación a favor de los Consumidores, del 2006, presentada por los Estados Unidos de América a la CIDIP-VII como una propuesta conceptual para

promover la creación de mecanismos y sistemas efectivos a través de los cuales los consumidores puedan resolver sus controversias y obtener reparación por el daño económico que resulte de las operaciones de empresas a consumidores (*business-to-consumer*) que involucren bienes o servicios, incluyendo las operaciones transfronterizas.¹⁹

Por último, especial referencia merece también la Recomendación de la OCDE sobre Resolución de Disputas de Resarcimiento a Consumidores,²⁰ en la que se sugiere a los Estados miembros adoptar mecanismos alternativos de resolución de conflictos sobre la base de unos principios que pueden resumirse de la siguiente manera: (a) gratuidad o costo razonable; (b) accesibilidad, “con el fin de permitir a los consumidores elegir y conducir el procedimiento sin necesidad de representación o ayuda jurídica en la medida de lo posible”; (c) transparencia

https://ecommerce-news.es/wp-content/uploads/2013/10/ec.europa.eu_public_opinion_flash_fl_358_en.pdf), 101-ss.

¹⁷ Resolución 39/248, de la sesión plenaria de la Asamblea General N°106, de 9 de abril de 1985, en especial el apartado E. 28.

¹⁸ Resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015, 81ª sesión plenaria de la Asamblea General, sobre *Protección del Consumidor*, en especial apartado F.37.

¹⁹ Estados Unidos de América, *Borrador de propuesta de ley modelo interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y reparación a favor del consumidor*, https://www.oas.org/dil/esp/propuesta_pc_ley_modelo_solucion_reparacion_consumidores.pdf

²⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Recomendación de la ocd sobre resolución de disputas y resarcimiento a consumidores*, trad. Ana Carmen Delgado Rosas (Ciudad de México: Procuraduría Federal del Consumidor, 2007), <https://www.oecd.org/mexico/40060255.pdf>

e información, en el entendido que “los consumidores deberían contar con información clara, amplia y precisa del procedimiento, incluyendo el proceso para iniciar una queja y elegir un mecanismo de resolución de disputas, los costos y duración esperados del procedimiento, resultados posibles, instancias de apelación y si el resultado es o no obligatorio”, y (d) simplicidad, de manera que estos mecanismos “deberían ser diseñados para que los consumidores puedan utilizarlos con información o ayuda adicional mínima (por ejemplo, a través del uso de formatos estándar para facilitar la presentación de los documentos necesarios)”.²¹

Pese a todo lo anterior, la legislación chilena sigue aún al debe en la implementación de estas directrices, recomendaciones e iniciativas internacionales, lo que hace especialmente necesaria y pertinente la revisión de aquellas construcciones normativas más avanzadas en este ámbito como las del derecho comunitario europeo de fines del siglo XX y de lo que va corrido del siglo XXI.

2.1. El Libro Verde y el “Plan” de la Comisión de 1996

La importancia del efectivo acceso del consumidor a la justicia fue entendida hace mucho por el derecho comunitario europeo, que desde el Libro Verde de 1993 sentó unas primeras bases para asegurar el acceso de los consumidores a la justicia en el mercado interno y generó para ello mecanismos que pudiesen potenciar la eficacia de la protección que los Estados deben entregar.²²

²¹ Ibíd., Capítulo II de la Recomendación, apartados A) y B).

²² La preocupación por el acceso del consumidor a la justicia en los litigios de consumo venía reflejándose en diversos textos normativos. Así, pueden mencionarse el artículo 5 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Diario Oficial de la Comisión Europea N°266 [Serie L], de 9 de octubre de 1980, 1) y la sección 4 del título II del Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones en materia civil y comercial (Diario Oficial de la Comisión Europea N° 189 [Serie C], de 28 de julio de 1990, 2), cuyos artículos 13 a 15 contemplan un régimen particular de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores. En el ámbito jurisprudencial, especial mención merece la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en “*Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*”, de 19 de enero de 1993, donde destaca que los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas constituyen un “régimen particular [que] está inspirado en el interés por proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada

Durante el periodo de consulta del Libro Verde, además, la Comisión presentó una comunicación titulada *Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior*²³ (Plan), donde identifica los problemas que enfrenta el acceso del consumidor a la justicia y plantea, entre otros aspectos, la conveniencia de promover los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en este ámbito, incluso por razones presupuestarias. El Plan hace especial hincapié también en las barreras económicas que debe enfrentar el consumidor, que dificultan la solución de los conflictos en materia de consumo,²⁴ y las demoras del aparato judicial, advirtiendo además sobre un punto que no por obvio deja de ser determinante en este ámbito: “no todos los afectados disponen de un ‘servicio jurídico’ especializado en las complejas cuestiones que plantea la solución de un litigio”, sobre todo cuando las partes están domiciliadas en países diferentes.

En suma, los consumidores enfrentan barreras de acceso a la justicia de diversa índole: económicas —gastos de litigar frente a cuantías de los conflictos—, de oportunidad —duración de los juicios ante los órganos estatales— y de gestión —falta de asesoría legal calificada, frente a una contraparte que sí la tiene—, lo que se traduce en un desincentivo

que su cocontratante” (Asunto C-89/91, Motivación 18. Consultado el 4 de marzo de 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:61991CJ0089>).

²³ Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión. Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior* (14 de febrero de 1996), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0013&from=ES>

²⁴ Un estudio especializado encargado por la Comisión para la elaboración del Plan, muestra que el costo medio de la solución judicial de un litigio intracomunitario por una suma equivalente a 2000 euros corresponde, en la hipótesis más favorable a la parte demandante, al equivalente de 2500 euros, aproximadamente, sin incluir los gastos de IVA sobre los honorarios de abogado (que los particulares, a diferencia de las empresas, no pueden recuperar); los gastos de peritaje; los gastos de desplazamiento ni el reembolso de los gastos por presentación de testigos, y los gastos de comunicación y notificación de las actas (Plan, 8). A todo ello se suma la demora de la judicatura, pues “la duración media de un procedimiento de primera instancia, para el mismo litigio intracomunitario, se sitúa entre 23.51 y 29.21 meses para la Unión Europea en su conjunto, y en varias combinaciones de países supera los 40 meses, mientras que a nivel nacional es normalmente inferior a 20 meses” (Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicado de la Comisión...* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0013&from=ES>).

a la hora de recurrir a los cauces procesales estatales para la solución de los conflictos.

Como respuesta a estos problemas, y como observaba ya el Plan en 1996, algunos Estados miembros de la UE plantearon básicamente dos fórmulas distintas, aunque no necesariamente incompatibles entre sí: (a) “el establecimiento de procedimientos extrajudiciales específicamente consagrados a los litigios en materia de consumo” y (b) “el establecimiento de procedimientos simplificados, y/o de modalidades simplificadas de presentación de la instancia, para asuntos cuyo valor se sitúa por debajo de una cuantía determinada”. La propuesta de la Comisión, a su vez, fue clara y contundente: promover los procedimientos extrajudiciales sobre una base estrictamente voluntaria y con sujeción a unos criterios fundamentales,²⁵ a saber:

- (a) Imparcialidad, independencia y representación paritaria del órgano encargado de atender los litigios, si se trata de entes colegiados.
- (b) Eficacia, simplicidad y claridad del procedimiento, estableciendo sus plazos y definiendo en cada caso los pasos previos, eventuales impuestos al consumidor (por ejemplo, agotar las vías y recursos internos ante el proveedor).
- (c) Publicidad adecuada por medios apropiados, a fin de asegurar la transparencia en cuanto a la existencia y el ámbito de aplicación del procedimiento, su plazo máximo, el coste eventual para el consumidor y el valor jurídico de la decisión, precisando claramente si tiene carácter vinculante o si se trata de una simple recomendación.
- (d) Libre acceso a los órganos judiciales, de manera que en ningún caso una cláusula de un contrato que no haya sido negociada individualmente puede impedir al consumidor que se dirija ante las jurisdicciones competentes para la solución judicial del litigio.

²⁵ Véase para mayor detalle el Anexo II del Plan.

2.2. Las Recomendaciones de la Comisión de la UE, de 1998, 2001 y 2013: Primeras aproximaciones a los principios generales aplicables a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos de consumo

2.2.1. La Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*Diario Oficial N°115 [Serie L], de 17 de abril*)

Abarca este documento todos los procedimientos que, cualquiera sea su denominación, permiten solucionar los conflictos de consumo mediante la intervención de un tercero que emite un dictamen formal sobre el asunto.

Para la Comisión, y dada la especial naturaleza de los conflictos en materia de consumo, todos estos mecanismos alternativos de solución no judicial de controversias suponen un marco de legitimidad sustentado en unos principios esenciales de general aplicación, cuya observancia debe promover además su eficacia tanto para los consumidores como para los proveedores. Para ello, esta primera recomendación enuncia siete principios estructurales mínimos que debe reunir un sistema de arbitraje de consumo, que deben ser cumplidos por todos aquellos órganos existentes o que puedan crearse y que tengan competencia en la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo:²⁶

²⁶ Nótese que estos principios apuntan al diseño de un modelo o sistema de arbitraje de consumo, por lo que su implementación en cada caso es sin perjuicio de aquellos otros principios por los que debe regirse el procedimiento propiamente arbitral. A modo de ejemplo, en el sistema español los principios del procedimiento arbitral de consumo están establecidos en el artículo 41 del RD231/2008 de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que establece que “*El procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad*”. Respecto de esta última característica, gratuidad, sin embargo, alguna doctrina en España ha sostenido que este punto bien podría modificarse, implantándose en su reemplazo una especie de tasa para las empresas que usan el servicio a modo de contraprestación por los beneficios que reciben. Así, para Richard, muchas empresas utilizan el sistema como una suerte de oficina externa de reclamaciones, como sucede especialmente con las de telefonía móvil que suelen rechazar prácticamente todos los reclamos de sus clientes, a la espera de que estos pongan en marcha el sistema arbitral (Richard, “Análisis crítico del sistema...”, 119).

a) Principio de independencia

Según esto, la persona llamada a resolver el conflicto debe tener la capacidad, experiencia y conocimientos necesarios para la función y debe contar además con el tiempo razonable para cumplirla, sin que pueda ser destituida sin justo motivo. Si la decisión se adopta de forma colegial, la independencia del órgano responsable podrá garantizarse además mediante la representación paritaria de los consumidores y de los proveedores en dicho órgano, criterio que en los sistemas publicados —o administrados por el Estado— incluye también la participación de la administración pública en la conformación del órgano arbitral.²⁷ Se garantiza así que en la decisión del conflicto se consideren todos los puntos de vista involucrados, lo que en teoría debiese generar una solución más equilibrada y justa.²⁸

²⁷ Es lo que ocurre por ejemplo en el sistema español. El artículo 31. 3. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece que “Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”. El artículo 16. 1. del RD231/2008, por su parte, plantea una intervención tripartita en la conformación del cuerpo arbitral, en la que participan consumidores, proveedores y el Estado. Según esta norma: “1. La Administración, entre personal a su servicio, las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro estatal de asociaciones de consumidores y usuarios o que reúnan los requisitos exigidos por la normativa autonómica que les resulte de aplicación, las organizaciones empresariales o profesionales legalmente constituidas y, en su caso, las Cámaras de Comercio, propondrán al presidente de la Junta Arbitral de Consumo las personas que actuarán como árbitros en los procedimientos arbitrales que se sustancien en ella”. En cuanto a la designación del árbitro para el caso concreto, la ley distingue entre los arbitrajes unipersonales (reservados en general para asuntos de cuantía inferior a 300 €, que sean de sencilla resolución) y los colegiados (para todos aquellos asuntos que no deban ser conocidos por un tribunal arbitral unipersonal): en el primer caso, “El árbitro único será designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública, salvo que las partes, de común acuerdo, soliciten por razones de especialidad que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado” (art. 19), mientras que en el segundo, el tribunal estará compuesto “por tres árbitros acreditados elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada, asumiendo la presidencia el árbitro propuesto por la Administración” (art. 20).

²⁸ Por todos, Diana Marcos Francisco, *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 183; Luis Abellán Tolosa, “Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo XX”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, ed. Silvia Barona Vilar (Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, 2007), 118.

b) Principio de transparencia

La transparencia supone la comunicación por escrito o en cualquier otra forma apropiada de información referida principalmente a los tipos de litigios que pueden someterse al órgano de que se trate y de los límites que puedan existir en relación con su cobertura territorial; las normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del mismo; el posible coste del procedimiento para las partes; el tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etc.); las modalidades de toma de decisión en el órgano y su valor jurídico, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, ya sea para el proveedor o para las dos partes, y las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

c) Principio de contradicción

El procedimiento debe permitir que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución u órgano competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

d) Principio de eficacia

Según esto, deben consultarse siempre las medidas que garanticen el acceso del consumidor al procedimiento sin necesidad de representante; la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados; la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión, y la atribución de un papel activo al órgano competente de cara a la solución del conflicto.

e) Principio de legalidad

En virtud de este principio, la decisión del órgano no podrá privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones de orden público imperantes en el Estado en el que esté establecido. Si se trata de conflictos transfronterizos, además, la decisión del órgano no podrá tampoco privar al consumidor de la protección que le garantizan

las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual. Asimismo, toda decisión deber justificarse y comunicarse por escrito o de cualquier otra forma apropiada a las partes interesadas, en el menor plazo posible.

f) Principio de libertad

Conforme a este principio, la decisión del órgano solo podrá ser obligatoria para las partes cuando estas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente. Además, y muy relevante, la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento del conflicto, “cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio”.

g) Principio de representación

Por último, se establece que el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento, lo que, por lo mismo, no será obligatorio.

2.2.2. La segunda recomendación, de 4 de abril de 2001²⁹

Esta se refiere a los procedimientos que, como la mediación, buscan un acercamiento de las partes para que sean estas quienes solucionen directamente el conflicto. No obstante, la recomendación contempla también mecanismos como la conciliación, en el que un tercero propone bases de solución a las partes, señalando en tal sentido que “Antes de que las partes decidan si aceptan la solución al litigio que se les propone, estas deberán disponer de un tiempo razonable para estudiar los detalles y posibles condiciones y términos del acuerdo”.³⁰

²⁹ Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (Diario Oficial N° 109, Serie L, de 19 de abril de 2001).

³⁰ *Ibíd.*, considerando 16.

2.3. Directiva 11/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

El hito principal de este recorrido³¹ sobre los antecedentes del arbitraje de consumo en el derecho comunitario europeo coincide con la dictación de la Directiva 11/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Simultáneamente, y como complemento de la directiva, se publicó también el Reglamento (UE) N° 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (ODR).

Esta directiva, que surge en el marco del Programa de acción comunitaria en relación con la política de los consumidores (2007-2013)³² y que modifica a su vez el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, se aplica solo a conflictos de consumidores con empresarios (C2B). Fue concebida, básicamente, para proteger a los consumidores y favorecer el funcionamiento del mercado interno europeo,³³ aunque invita también a los Estados miembros a extender sus disposiciones a los conflictos sobre consumo interno de cada país.³⁴ Para ello, proporciona unos principios a considerar en el diseño de dichas regulaciones, imponiendo además una serie de obligaciones aplicables tanto a los Estados miembros, a las empresas adheridas a entidades de RAL y a la misma Comisión Europea.

³¹ No nos hemos detenido a analizar el texto el Reglamento (CE) N° 861/2007, ideado a principios de siglo para ofrecer un procedimiento idóneo para reclamaciones europeas de consumo de baja cuantía, por cuanto dicho reglamento tuvo escasa aplicación y fue modificado luego por el Reglamento (UE) N° 2015/2421, que modifica además el Reglamento (CE) N° 1896/2006, por el que se establece un proceso de monitorio europeo.

³² Aprobado por la Decisión N° 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (18 de diciembre).

³³ Guillermo Palao Moreno, “Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y el mercado globalizado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* 47, (2019): 61-ss.

Así lo señala expresamente la Directiva 2009/22/CE, considerandos 3, 6, 9, 11, 15, 32 y 37.

Véase sobre este aspecto a María Isabel Huerta Viesca, “La protección de la confianza y otros valores en la resolución alternativa de litigios en materia de consumidores”, en *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, ed. Jorge Tomillo Urbina (Abarore-Granada: Comares, 2016), 21-ss.

³⁴ Así lo señalan los considerandos 7 y 25 de la Directiva.

A modo de resumen, en la directiva del 2013 se observan tres objetivos principales:³⁵ (a) que los Estados miembros de la UE diseñen sistemas de MASC y ODR que permitan cubrir todos los conflictos con consumidores, sean nacionales o transfronterizos, a través de las denominadas “entidades de resolución alternativa” (arts. 1.1 y 20); (b) que los referidos mecanismos cuenten con un estándar mínimo de calidad, común a todos los Estados miembros, y (c) que los empresarios y consumidores sean plenamente informados sobre los sistemas de RAL existentes, que reúnan los requisitos de calidad recién mencionados.

A su vez, para lograr estos objetivos, ambas directivas abordan tres ejes principales: (a) las lagunas en la cobertura de las entidades que ofrecen servicios de RAL, en sectores específicos y geográficos; (b) la falta de conocimiento e información suficiente, que impide a los consumidores y a las empresas el acceso a dichas entidades, y (c) la calidad variable de las entidades recién mencionadas, muchas de las cuales no cumplen con los principios básicos establecidos en las dos recomendaciones que había hecho antes la Comisión (una propuesta de directiva y otra propuesta de reglamento, ambas de 29 de noviembre de 2011), orientadas a “*mejorar el funcionamiento del mercado interior minorista y, más concretamente, a mejorar la reparación para los consumidores*”, todo en conformidad con el artículo 114 el Tratado de la UE.

Tratándose de los principios que debe recoger toda regulación sobre MASC en materia de consumo —entre ellos el arbitraje—, la directiva contempla los seis siguientes:

a) Principio de voluntariedad

Si bien no está contemplado en la directiva como un principio propiamente, ya en su artículo 1 se establece que los procedimientos de RAL de

³⁵ Inmaculada Barral Viñals, “La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2007: La mediación de consumo y otros ADR”, en *El sistema de adr/odr en conflictos de consumo: Aproximación crítica y prospección de futuro*, ed. Inmaculada Barral Viñals (Barcelona: Atelier, 2019), 22-23.

Cortés, por su parte, añade que la Comisión Europea determinó que la nueva regulación sobre MASC de consumo debía enfrentar tres deficiencias que eran comunes dentro de la UE: a) la ausencia de estándares de calidad; b) el bajo nivel de conocimiento que tenían los consumidores sobre los MASC, y c) la disponibilidad de MASC en todos los sectores para la resolución de los conflictos (Pablo Cortés, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 100-01).

consumo no deben concebirse como un sustituto de los procedimientos judiciales, lo que constituye además el reflejo de lo dispuesto por el artículo 47 de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se establece, por tanto, que “*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial*”. Así lo declara también el considerando 45 de la directiva. Los procedimientos de RAL, por tanto, deben ser voluntarios para las partes, a menos que una norma establezca la aceptación obligatoria para el empresario-proveedor.³⁶

b) Principio de transparencia (artículo 7)

Según esto, las legislaciones deben establecer unos requerimientos mínimos de información por parte de las entidades acreditadas que ofrecen servicios de RAL, a través de sus sitios web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado. Se trata, básicamente, de información sobre ellas mismas (especialmente del hecho de encontrarse acreditadas por la autoridad pública), sobre las personas físicas encargadas de la solución de los conflictos y su cualificación, el tipo de conflictos que son de su competencia, los costos si los hubiere, el grado de vinculación de la decisión (dependiendo del mecanismo a aplicar) y la ejecutividad de la misma.

c) Principio de eficacia (artículo 8)

La eficacia supone que los procedimientos sean capaces de satisfacer de manera rápida, adecuada y económica las pretensiones de las partes.³⁷

³⁶ A partir de la Ley 7/2017, el derecho español reconoce básicamente cuatro formas de sometimiento del consumidor al sistema arbitral de consumo: (a) el convenio arbitral propiamente dicho, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 10 de la Directiva 11/2013; (b) la oferta pública de sometimiento por parte de los empresarios; (c) la sumisión tácita del consumidor, y (d) la aceptación expresa del empresario una vez que el consumidor ha solicitado el arbitraje (María Jesús Molina Caballero, “Libertad y celeridad: Estándares de calidad en los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del consumo”, *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, ed. María Jesús Ariza Colmenares y María José Fernández-Figares Morales (Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), 122).

³⁷ J. Ignacio Paredes Pérez, “Análisis crítico del anteproyecto de ley de resolución

Para ello, las entidades RAL acreditadas deben proporcionar mecanismos en línea y presenciales de fácil acceso para ambas partes, independientemente del lugar en que se encuentren y sin necesidad de asistencia letrada; que el procedimiento sea gratuito o de un costo simbólico para los consumidores, y que el resultado del procedimiento se dé en un plazo máximo de 90 días, a menos que se trate de un asunto particularmente complejo.³⁸

Relacionado con lo anterior, el artículo 5. 1. de la directiva establece el deber de los Estados miembros de facilitar el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa de conflictos y de garantizar, además, que los litigios en que esté comprometido un comerciante (proveedor) puedan someterse a una entidad acreditada.³⁹

d) Principio de equidad (artículo 9)

Este principio implica que las partes deben tener la posibilidad de manifestar su opinión; que deben recibir de parte de la entidad de MASC los argumentos, pruebas y documentos presentados por la otra parte y presentar alegaciones respecto de ellos; que se debe notificar a las partes el resultado del procedimiento por escrito o por cualquier otro soporte duradero, con una explicación de las razones en que se funda; que en los procedimientos de resolución alternativa, cuyo objeto sea resolver un litigio proponiendo una solución, las partes tengan la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento, lo que les debe

alternativa de conflictos de consumo”, en *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, ed. Jorge Tomillo Urbina (Albarore-Granda: Comares, 2016), 280.

³⁸ Como apunta Cortés, este plazo de 90 días puede resultar excesivo para cierto tipo de disputas, especialmente de baja cuantía o de comercio electrónico (*e-commerce*), haciendo un parangón con lo que tarda por ejemplo la solución en línea de un conflicto en el eBay’s Resolution Center, que no pasa por lo general de una semana (Cortés, *The Law of Consumer Redress...*, 109).

No se refiere, obviamente, a los mecanismos jurisdiccionales como el arbitraje.

³⁹ Esther Pillado González, “Incidencia de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, eds. María Jesús Ariza Colmenares y María José Fernández-Figarez Morales (Madrid: Thimsom Reuters-Aranzadi, 2018), 20.

ser informado previamente; que en dichos procedimientos, las partes deben tener la posibilidad de aceptar o rechazar la solución propuesta, o conformarse a ella, sin perjuicio de la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional competente; que se les informe también a las partes sobre el efecto jurídico de aceptar o atenerse a la solución propuesta, y, si se trata de procedimientos cuyo resultado sea vinculante para el proveedor, cuando el consumidor haya aceptado la solución propuesta, que los derechos recién mencionados —básicamente de retiro del procedimiento y de opción de rechazo o aceptación de la solución propuesta— se aplicarán solo respecto del consumidor.

e) Principio de libertad (artículo 10)

El objetivo de este principio consiste en garantizar la libertad del consumidor a la hora de optar por el arbitraje como cauce de solución de un conflicto de consumo, con pleno conocimiento de los alcances y consecuencias de esa decisión.

En este sentido, la directiva recoge y objetiva con meridiana claridad el rol tutelar de la normativa sobre protección de los derechos del consumidor, innovando incluso en cuanto al régimen de voluntariedad del pacto arbitral como fuente y motor del arbitraje en general. Según este principio, las legislaciones deben velar por que todo acuerdo entre el consumidor y el proveedor de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa “*no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio*”.

La norma transcrita⁴⁰ limita, por tanto, los efectos de un pacto arbitral establecido *ex ante* en un contrato de consumo, el que solo será vinculante para el consumidor (a) si se acuerda después de generarse el conflicto⁴¹ y, además, (b) cuando haya sido informado con antelación del

⁴⁰ Debe advertirse, con todo, que esta disposición se aplica solo a aquellos arbitrajes realizados ante instituciones de MASC debidamente acreditadas por la autoridad administrativa competente. Sin embargo, el principio que la sustenta es extrapolable a todo el arbitraje de consumo, doméstico o transfronterizo, institucional o *ad hoc*.

⁴¹ Como señala Molina, “solo cuando un consumidor conoce el alcance del conflicto, sus verdaderos intereses frente a él, y como no, la actitud que el empresario demuestra hacia su solución amistosa o en su caso su actitud confrontativa, es cuando

carácter vinculante de la decisión del árbitro y lo haya aceptado expresamente. Para los demás casos de arbitrajes a los cuales no se aplica la Directiva 2013/11UE por no estar acreditados por la autoridad competente, la solución es básicamente la misma, pero ahora a la luz de lo que dispone el artículo 3. 1. de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial N° L 095 de 21 de abril de 1993).⁴²

La razón de ser de esta limitante radica en que el consumidor, al celebrar un contrato de consumo, no tiene conocimiento de que se generará un conflicto y si ha considerado tal posibilidad, no alcanza a visualizar qué estaría en juego en tal caso.⁴³

f) Principio de legalidad (artículo 11)

Este principio establece que en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio mediante la imposición de una solución al consumidor, esta no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones legales que no puedan excluirse mediante acuerdo. Se refiere también a los casos en que exista conflicto de leyes en los conflictos transfronterizos, que escapan al objeto de este trabajo.

se puede decidir con amplio conocimiento de causa si se prefiere una vía judicial o un método alternativo, y dentro de éste, cuál específicamente” (Molina, “Libertad y celeridad...”, 124).

⁴² Esta norma, si bien no se refiere explícitamente a los pactos arbitrales incluidos en contratos de consumo, presume el carácter abusivo de todas aquellas cláusulas “*que no se hayan negociado individualmente (...) si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”, precisando luego, en su Anexo, que se consideran abusivas por tanto todas las cláusulas que tiendan a “*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*” (Anexo, letra q).

⁴³ Cortés, *The Law of Consumer Redress...*, 110.

2.4. Recomendación de la Comisión Europea 2013/396/UE, sobre los principios aplicables a los mecanismos de recurso colectivo

Como apunta Montesinos, “los consumidores difícilmente pueden enfrentarse ‘en solitario’ a los agentes económicos y comerciales que operan en circuitos globalizados y en amplios mercados nacionales e internacionales”, lo que hace necesario articular mecanismos procesales rápidos y económicos.⁴⁴ Con esto a la vista, y recopilando una serie de antecedentes previos, el 11 de junio de 2013, la Comisión Europea publicó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada *Hacia un marco horizontal europeo de la acción colectiva*,⁴⁵ acompañada de la *Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de acción colectiva*.

Hasta ese momento, todos los instrumentos de derecho comunitario se habían ocupado únicamente de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos individuales de consumo, dejando fuera las acciones colectivas. Sin embargo, la misma normativa comunitaria había sido especialmente insistente al momento de promover los referidos mecanismos, por lo que, bajo ciertas circunstancias y con las cautelas necesarias, nada impide que estos puedan extenderse también a los conflictos colectivos.⁴⁶ Así lo señala expresamente la recomendación, en su considerando 16: “*Los procedimientos alternativos de solución*

⁴⁴ Ana Montecinos García, “La recomendación de la Comisión Europea sobre los principios aplicables a los mecanismos de recurso colectivo (2013/396/EU). ¿Es posible el arbitraje colectivo?”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda el Reino Unido*, ed. Guillermo Palao Moreno (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016), 173.

⁴⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y la Comité de las Regiones. Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo (12 de junio de 2013), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/ES/1-2013-401-ES-F1-1.Pdf>

⁴⁶ Montesinos, “La recomendación de la Comisión Europea sobre los principios aplicables a los mecanismos de recurso colectivo...”, 176.

En igual sentido, Elena Martínez García, “Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea”, en *El derecho procesal español del siglo xx: a golpe de tango*, eds. Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar y María Pía Caderón (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012), 1330.

de conflictos pueden ser un medio eficaz para obtener reparación en caso de daños masivos. Deberían estar siempre disponibles junto con el recurso judicial colectivo, o como elemento facultativo de este”.

En concreto, la recomendación incluye explícitamente, a modo de principio, la necesidad de que los Estados miembros incentiven el uso de las modalidades alternativas de solución de litigios colectivos (nos. 25 al 28):

Los Estados miembros deberían asegurarse de que se anime a las partes de los litigios surgidos en casos de daños masivos a resolver la cuestión de la indemnización de forma consensuada o extrajudicial, tanto en la fase previa al juicio como durante el juicio civil, teniendo asimismo en cuenta los requisitos de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Agrega, además, que en el caso de los mecanismos alternativos no jurisdiccionales debe contemplarse especialmente la suspensión de los plazos de prescripción *“durante el periodo comprendido entre el momento en que las partes acuerden resolver el conflicto por un procedimiento de resolución alternativa de conflictos hasta, como mínimo, el momento en que una o ambas partes se retiren expresamente de dicho procedimiento”.*

Debe advertirse, con todo, que en Chile —e incluso para los Estados miembros de la UE— la alternativa del arbitraje para solucionar conflictos colectivos de consumo tiene como principal limitante la circunstancia de que el laudo respectivo solo afectará a las partes que hayan intervenido en el proceso arbitral, pues no existe ninguna disposición que permita extender el ámbito subjetivo de dicha sentencia a terceros, aun cuando compartan las características y reúnan los requisitos de quienes han intervenido en dicho procedimiento.⁴⁷ No obstante, la situación en

⁴⁷ Véase, Philippe Billiert, *Class Arbitration in the European Union* (Amberes: Maklu Publishers, 2013).

Más escéptico se plantea Tuchmann, quien, al igual que la mayoría de la doctrina, observa una incompatibilidad entre el arbitraje y los conflictos colectivos de consumo, principalmente por la voluntariedad que supone el sometimiento a arbitraje (Eric Tuchmann, “The Administration of Class Action Arbitrations”, en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, ed. Belinda Macmahon (Oxford: The Permanent Court of Arbitration, 2009), 327).

Chile presenta hoy un matiz que no existe en el derecho europeo, a partir de la Ley N° 20.720, sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, el ordenamiento jurídico chileno reconoce explícitamente la posibilidad de que asuntos de interés colectivo (en ese caso los del deudor y de la masa de acreedores en su conjunto) puedan ser sometidas a arbitraje para conocer de los procedimientos de reorganización y de liquidación concursal (arts. 295-ss.). La figura del arbitraje de conflictos en que interactúan intereses colectivos, por tanto, no es del todo extraña para el ordenamiento jurídico chileno.

3. Los sistemas de arbitraje de consumo en el derecho comparado, europeo y latinoamericano. Especial referencia a los modelos de integración mixta, público-privados

Como ya se dijo, desde el Libro Verde y luego con la Comunicación de 1996, el derecho comunitario europeo tuvo la virtud de identificar la relevancia y la eficacia de los sistemas alternativos de solución de los conflictos de consumo bajo la fórmula de sistemas de mediación y arbitraje, en formatos en línea y presenciales .

En este apartado revisaremos dos sistemas de arbitraje de consumo que, con matices, representan los principales modelos instaurados en Europa continental tras la dictación de la Directiva 11/2013: uno enteramente publicado (aunque no público) y el otro de carácter privado aunque cuanta con participación de la administración pública, en su funcionamiento y control. Para ello, nos centraremos en las legislaciones sobre arbitraje de consumo de España y Portugal, surgidas con ocasión de la transposición de la señalada Directiva y que reflejan precisamente los dos polos mencionados, y en Latinoamérica, en las normativas de Argentina, pionera en esta materia, y de Perú, por ser la más reciente del cono sur americano.

En igual sentido, Diana Marcos Francisco, “¿Es posible la tutela de los intereses colectivos difusos en el arbitraje de consumo?”, *Ius Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, no. 11 (2011): 184-185.

3.1. El sistema español (breve referencia)

En España, el arbitraje de consumo se encuentra presente a partir de lo prescrito por el artículo 31⁴⁸ de la Ley N° 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque fue regulado por primera vez en el RD636/1993, sobre el Sistema Arbitral de Consumo. En sus inicios, por tanto, el arbitraje de consumo partió con esa sola disposición como anclaje jurídico y, por tanto, “casi en el aire”,⁴⁹ forjándose a sí mismo a partir de diversos planes piloto que aportaron luego el insumo principal de la regulación de 1993: la experiencia. Durante esos años, casi diez, llegaron a crearse más de 26 juntas arbitrales y se materializaron más de 80000 adhesiones de empresas a este sistema, lo que evidencia el éxito que tuvieron esos planes y la positiva recepción por parte de proveedores y consumidores.⁵⁰

⁴⁸ El artículo 31 de esa ley señalaba: “1. *Previo audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concorra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.*

2. *El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.*

3. *Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.*

4. *Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo.*

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

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

⁴⁹ Jorge Tomillo Urbina, *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, (Abarore-Granada: Comares: 2016), 77.

⁵⁰ Eugenio Ribón Seisdedos, “Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo”, *Noticias Jurídicas*, mayo 1, 2007, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo-/>

Poco más de 13 años después, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, sobre mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dispuso la dictación de una nueva normativa sobre arbitraje de consumo, incluyendo esta vez el arbitraje electrónico,⁵¹ mientras que al año siguiente se dictó el Real Decreto Legislativo (RDL) N° 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el texto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En el artículo 57 N° 1 del nuevo texto, se define el Sistema Arbitral del Consumo como

el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.⁵²

Como señala además Tomillo, el RD636/1993 “fue una feliz iniciativa reglamentaria que puso fin a una etapa experimental iniciada a mediados de los 80 con una serie de programas piloto que permitieron alumbrar una norma útil, ‘batida contra las rocas de la experiencia’, que es el mejor laboratorio de la realidad con que cuenta cualquier legislador” (Tomillo, *Soluciones alternativas...*, 82).

En el mismo sentido, J. María Pita Ponte, “La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, ed. Esther González Pillado (Madrid: Tecnos, 2012), 17.

⁵¹ La Disposición final sexta de esta ley señala:

“Regulación del Sistema Arbitral del Consumo.

1. En el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual.

2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje.

3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.”

⁵² La misma disposición agrega en sus numerales siguientes: “2. La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre

A raíz del reconocido agotamiento de la regulación de 1993, la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, ordenó en su disposición final (apartado 1) la dictación de una nueva regulación en el plazo de un año, incluyendo esta vez el arbitraje virtual. Así, en el 2008 se dictó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula hasta hoy el Sistema Arbitral del Consumo español,⁵³ construido sobre la base de cinco estamentos distintos aunque complementarios entre sí, cada uno con unas funciones bien definidas: (a) las denominadas Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), concebidas como una primera puerta de acceso al sistema; (b) las Juntas Arbitrales de Consumo; (c) la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo; (d) el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, y (e) los órganos arbitrales, de carácter privado aunque sujetos al control de la administración pública.⁵⁴

Finalmente, la transposición de la Directiva 11/2013UE se materializó en España mediante la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, cuyo

admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas.

4. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables”.

⁵³ Tomillo se muestra decepcionado de esta nueva regulación a la que califica de continuista y a la que le critica el haber “renunciado inexplicablemente a la construcción de una estructura jurídica de nueva planta a partir de los sólidos cimientos forjados por la práctica arbitral de los años anteriores”, que aborde aspectos tan relevantes como la coordinación que debe existir entre el sistema arbitral de consumo y el procedimiento administrativo sancionador; cosa que hizo, por ejemplo, el Estatuto del Consumidor de Cantabria, de 15 de mayo de 1998, del que surgió precisamente el denominado Sistema de Coordinación, regulado en la Orden de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, de 8 de septiembre de 1998 (Tomillo, *Soluciones Alternativas...*, 87-88).

⁵⁴ Se trata de tribunales arbitrales unipersonales o colegiados, compuestos en este último caso por un árbitro de aquellos nominados por la Administración, otro por las asociaciones de consumidores y usuarios y el tercero por organizaciones empresariales o profesionales (art. 20 RD231/2008). Sobre el funcionamiento de este sistema puede consultarse a Catalán Chamorro, *El acceso a las justicia de consumidores...*, 23-ss. También, Marcos, *¿Es posible la tutela de intereses colectivos...*, 241-226.

objetivo es garantizar a los consumidores residentes en ese país el acceso efectivo a mecanismos alternativos de solución de conflictos de consumo de alta calidad, según prescribe la directiva, anclados en los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, efectividad, rapidez y justicia (art. 1 de la Ley 7/2017). Para ello, la ley se centró básicamente en la regulación del régimen jurídico de las entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo establecidas en España, tanto públicas como privadas, incorporando además un mecanismo de acreditación ante la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición,⁵⁵ que las habilita para conocer de dos tipos de conflictos: (a) los “relativos a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios” y (b) a los “litigios relativos al cumplimiento por las empresas adheridas de los compromisos asumidos en códigos de conducta sobre prácticas comerciales o de publicidad, a los que se refiere el artículo 37. 4. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”.

Debe advertirse, por último, que el sistema español que comentamos no consiste en un arbitraje administrativo y menos uno de carácter forzoso. Se trata, concretamente, de un modelo institucionalizado o administrativizado, en donde el Estado asume una función de implementación, fomento, coordinación y fiscalización del sistema en su conjunto, gratuito para el consumidor. Por tanto, si bien el arbitraje de consumo se desarrolla por una administración pública, no se trata aquí de un arbitraje público, pues el servicio que prestan las juntas arbitrales en los trámites iniciales del arbitraje de consumo apunta a garantizar únicamente la correcta constitución del arbitraje y el inicio del proceso arbitral, a cargo de un órgano arbitral de carácter privado. Al no ser un arbitraje administrativo, entonces, la impugnación de los laudos arbitrales no se hará en sede contencioso-administrativa, sino ante los tribunales ordinarios de justicia o arbitrales de segunda instancia, si

⁵⁵ Sobre el sistema de acreditación véase, Araya Alicia Estancona Pérez, “La protección del consumidor en España y Portugal a través del desarrollo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos de consumo”, en *El sistema de ad/jodr en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, ed. Inmaculada Barral Viñals (Barcelona: Ateliar, 2019), 257-ss.; Iuliana Raluga Stroie, “La acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, eds. María Jesús Ariza Colmenarejo y María José Fernández-Figueraz Morales (Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), 67-ss.

procediere. Lo propio ocurre con la ejecución de los laudos, pues no se trata aquí del cumplimiento de un acto administrativo, sino de una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

3.2. El sistema de Portugal (breve referencia)

La Ley N° 144/2015, que traspone al ordenamiento jurídico portugués la Directiva 2013/11/UE, establece en su artículo 3. i. que todas las entidades RAL existentes en Portugal deberán solicitar su inscripción en la lista de entidades RAL, a cargo de la Dirección General del Consumidor, como requisito obligatorio para poder funcionar. En este sistema, además, el arbitraje es obligatorio en el caso de los servicios públicos esenciales.

En el caso de los centros de arbitraje, la no inscripción en la lista de entidades RAL impedirá que estos puedan ejercer sus actividades (art. 24.2), a lo que se suma que dichos centros deben formar parte de la nueva Red de Arbitraje de Consumo, creada por la misma ley, que será controlada por la Dirección General del Consumidor, en remplazo de la anterior Red Nacional de Centros de Arbitrajes Institucionalizados “con el objetivo de asegurar la coordinación, la utilización de sistemas comunes y la armonización de los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje de litigios de consumo, llevados a cabo por los centros de arbitraje (art. 4 Ley n° 144/2015)”.⁵⁶

Portugal, al igual que España, no cuenta con una ley específica de arbitraje de consumo, el que se regula de modo general en la Ley N° 63/2011, de 14 de diciembre, Lei da Arbitragem Voluntária. Los centros de arbitraje de consumo se regulan a su vez en el Decreto-Ley N° 425/86, de 27 de diciembre.⁵⁷

Por último, la Ley portuguesa N° 63/2019, de 16 de agosto, establece un sistema de arbitraje de consumo enteramente voluntario para el consumidor y obligatorio para el proveedor en conflictos de hasta

⁵⁶ Véase en este punto a María Constanza García Faure, “El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada: derechos español, portugués y argentino”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 15, (2017): 16.

⁵⁷ Sobre el sistema portugués, con especial referencia a los ODR, véase, João P. Barros Leite, “Arbitraje en línea de conflictos de consumo. Un estudio de derecho comparado luso-brasileño”, en *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, ed. Eduardo Jequier Lehedé (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 47-ss. También, Estancona, “La protección del consumidor en España y Portugal...”, 249-ss.

5000 €, conocidos como Centros de Arbitraje de Consumo, autorizados y financiados por la administración pública. El mismo planteamiento se contiene también en la Ley Modelo para la Protección de los Derechos del Consumidor de Consumers International, Oficina para América Latina y el Caribe (art. 25.4).

3.3. Arbitraje de consumo en Latinoamérica: los casos de Argentina y Perú

3.3.1. Argentina

En Argentina, particularmente tras la reforma constitucional de 1994,⁵⁸ el derecho del consumo se encuentra contemplado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que consagra la protección del consumidor y reconoce que la tutela prevista para los consumidores y usuarios es un elemento indispensable para el desarrollo económico y social de la República Argentina.

Antes de la reforma mencionada, Argentina ya contaba con normativa legal sobre arbitraje de consumo, contenida en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, de 13 de octubre de 1993,⁵⁹ que sin embargo no tuvo aplicación práctica sino hasta 1998, año en que se dictó el Decreto Presidencial N° 276, que creó el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Según el decreto mencionado, el sistema se encuentra a cargo de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, de manera que fue dicho organismo el encargado de reglamentar el procedimiento aplicable al arbitraje de consumo, a través de la Resolución N° 212/98.

⁵⁸ Sobre este punto, Gonzalo M. Rodríguez, “El sistema nacional de arbitraje en el derecho de consumo argentino”, en *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, ed. Eduardo Jequier Lehuecé (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 216.

⁵⁹ El artículo 59 de esa ley señalaba: “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.”

Entre los principios fundamentales que plantea esta regulación destacan: (a) Voluntariedad: El acceso para las partes a este sistema es voluntario. Los proveedores de bienes y servicios pueden hacer además ofertas públicas de adhesión al sistema, expresando en ellas su compromiso de aceptar la jurisdicción arbitral para todos los eventuales reclamos de los consumidores referidos a las transacciones entre las partes; (b) Gratuidad: el sistema es gratuito para ambas partes, no solo para el consumidor; (c) Desformalización: No se requiere patrocinio legal durante el proceso; (d) Oralidad: todas las actuaciones ante los tribunales arbitrales de consumo son orales, salvo las excepciones que contempla la misma regulación; (e) Ejecutividad: el laudo emitido por el tribunal arbitral tiene autoridad de cosa juzgada y es asimilable a una sentencia judicial; (f) Celeridad: el proceso arbitral no puede durar más de cuatro meses, prorrogables por acuerdo de las partes, y (g) Neutralidad: los tribunales arbitrales están compuestos de manera tripartita (un árbitro institucional, un árbitro representante de las asociaciones de consumidores y un árbitro representante de las cámaras empresariales), lo que garantiza la imparcialidad y el igual tratamiento de ambas partes

Cabe precisar, por último, que este sistema funciona solo a nivel nacional, con sede en la ciudad de Buenos Aires. Participan en este más de 60 asociaciones de consumidores y las cámaras empresarias, lo que le otorga, además, una dinámica particular y un vínculo directo con las necesidades y demandas de estos dos sectores del consumo.

3.3.2. Perú

Según el artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2019-PCM, de 25 de mayo,⁶⁰ que aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo al que hacen referencia los artículos 137 a 144 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el sistema peruano está compuesto por la Junta Arbitral de Consumo:

órgano administrativo, no jurisdiccional, constituido al interior de una entidad pública, cuya finalidad consiste en organizar y promover el Sistema de Arbitraje de Consumo entre los agentes del mercado y

⁶⁰ La anterior reglamentación del Sistema de Arbitraje de Consumo estaba contenida el Decreto Supremo N° 046- 2011-PCM, de 24 de mayo de 2011.

los consumidores de su localidad. Asimismo, es la sede institucional de los Tribunales Arbitrales adscritos a ella a efectos del desarrollo de los procesos arbitrales.

Además, está compuesto por el Tribunal Arbitral:

encargado de resolver los conflictos de consumo surgidos entre consumidores y proveedores y se encuentra adscrito a una Junta Arbitral de Consumo. El Tribunal Arbitral está conformado por uno o tres árbitros elegidos del Registro Único de Árbitros administrado por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor.

Intervienen también los Proveedores Adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo, incluidos en un registro de acceso público administrado por la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, la cual contiene la lista de proveedores que solicitaron su adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo, así como información relevante respecto a su adhesión; las organizaciones empresariales: concebidas como “las asociaciones empresariales, los gremios empresariales, y otras formas organizativas en las que participen dos o más empresas de un mismo rubro, con o sin fines de lucro, que tenga entre sus objetivos la defensa de sus intereses ante toda clase de autoridades u organismos públicos o privados”, y las asociaciones de consumidores y usuarios, aquellas “organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas en el Código Civil para proteger, defender, informar y representar a los consumidores, conforme a lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”.

Conclusiones

1. Tratándose del arbitraje sobre asuntos de consumo, el ordenamiento jurídico chileno presenta notorias falencias normativas. Al no existir una regulación específica sobre esta materia que recoja las particulares características de la relación de consumo y el desequilibrio de información, recursos y medios que existe entre proveedores y consumidores, solo resultan aplicables las normas comunes sobre arbitraje interno contempladas en el COT y el CPC, ancladas aún en una concepción arcaica y obsoleta del arbitraje, propia del medioevo castellano, e inspiradas en

un supuesto de igualdad jurídica entre las partes que resulta ajena a la realidad del conflicto de consumo. Distinto es el panorama que muestra el derecho comparado, principalmente el derecho comunitario europeo, que por décadas ha venido construyendo las bases y modelando los principios dogmáticos por los que debe regirse todo y cualquier sistema de arbitraje de consumo, de cara a la protección del consumidor como parte más débil y al efectivo acceso a una justicia rápida, sencilla y eficaz, que pueda complementar la labor de los tribunales estatales. Son esos principios, por tanto, los que deberá recoger el legislador nacional al momento de abandonar de una vez su silencio y abulia en esta importante materia, reacción que ya se observa en iniciativas legales que esperamos sean una pronta realidad.⁶¹

2. Como se observa en los sistemas de arbitraje de consumo revisados, y considerando el interés general que concurre en el conflicto de consumo, anterior y coexistente con los intereses particulares involucrados en cada caso, la experiencia comparada ha optado de manera uniforme por un sistema de arbitraje de consumo de carácter institucional-administrativo y orgánicamente estructurado, que proporcione todo un soporte administrativo a esta vía extrajudicial de resolución de conflictos.⁶² Cada uno de estos sistemas se ha ocupado de

⁶¹ El proyecto de ley que “Establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores”, hoy en tercer trámite constitucional, incorpora un artículo 3. g) nuevo que sienta las primeras bases de un sistema de arbitraje de consumo en Chile (Boletín N° 12.409-03).

⁶² En el derecho europeo, la Directiva 2013/11/UE no se inclina por ningún modelo de arbitraje de consumo en particular, público, privado o mixto. Sin embargo, en la actualidad el grueso de esta actividad se encuentra organizada y gestionada por entidades de naturaleza pública. Garantizar la cobertura del sistema a través de entidades de carácter público, dicen Cortés y Esteban de la Rosa “facilita el cumplimiento de algunos de los nuevos estándares europeos, como por ejemplo el relativo a la independencia. Del mismo modo, al tratarse de entidades públicas es posible reducir, incluso hasta la gratuidad, tal y como sucede con el sistema español de arbitraje de consumo en la actualidad, el coste del servicio para el consumidor” (Pablo Cortés y Fernando Esteban de la Rosa, *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y sus transposición en España: Una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el derecho comparado* (Barcelona: ADICAE, 2016), 15).

regular el arbitraje como forma de potenciar el acceso de los consumidores a una justicia ágil que se adecúe a las particularidades y cuantías del conflicto en estos casos, en la que coinciden todos, con matices, en la instauración de modelos institucionalizados con participación o supervisión estatal. La justificación de esta intervención del Estado en el arbitraje de consumo, objetivada en la creación de sistemas publicados de arbitraje como los recién mencionados, radica en la convicción compartida de que el acceso a los tribunales ordinarios de justicia, por parte de los consumidores, resulta a lo menos difícil y en muchos casos inadecuado de cara a las características particulares del conflicto de consumo. Como observa Abellán, refiriéndose al sistema español, el acceso a los tribunales de justicia por parte de los consumidores resulta complejo “dada la inadecuación de los mecanismos procesales existentes en relación con la tipología de los conflictos de consumo y los riesgos económicos desproporcionados que conllevaba la interposición de un pleito judicial en materias, generalmente, de escasa cuantía”,⁶³ lo que explica que el consumidor no utilice habitualmente la vía judicial para la tutela de sus derechos en un escenario de conflicto.

Referencias

- Abellán Tolosa, Luis. “Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo xx”. *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, editado por Silvia Barona Vilar, 84-95. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2007.
- Abellán Tolosa, Luis. “El Sistema Arbitral de Consumo”. En *GPS Consumo*, editado por Pablo Pajín Echeverría, 161-261. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- Barral Viñals, Inmaculada. “La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2017: La mediación de consumo y otros ADRs”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, editado por Inmaculada Barral Viñals, 17-49. Barcelona: Atelier, 2019.

⁶³ Luis Abellán Tolosa, “El sistema arbitral de consumo”, en *GPS Consumo*, ed. Pablo Pajín Echeverría (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 164-165.

- Barros Leite, Joao P. “Arbitraje en línea en conflictos de consumo. Un estudio de derecho comparado luso-brasileño”. En *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, editado por Eduardo Jequier Lehedé, 247-277. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Benfeld E., Johann. “Profesión legal y tecnologías de la información y las comunicaciones: Una discusión necesaria”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9, no. 2 (2020): 5-31.
- Billiert, Philippe. (Ed.). *Class Arbitration in the European Union*. Amberes: Maklu Publishers, 2013.
- Catalán Chamorro, María José. *El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Cortés, Pablo. *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Cortés, Pablo y Fernando Esteban de la Rosa. *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el derecho comparado*. Barcelona: Asociación de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas, Productos Financieros y de Seguros, 2016. Consultado el 20 de noviembre de 2020. http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_5/pdfs/46.pdf
- Estados Unidos de América. *Borrador de propuesta de ley modelo interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y reparación a favor de los consumidores*. https://www.oas.org/dil/esp/propuesta_pc_ley_modelo_solucion_reparacion_consumidores.pdf
- Estancona Pérez, Araya Alicia. “La protección del consumidor en España y Portugal a través del desarrollo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos de consumo”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, editado por Inmaculada Barral Viñals, 249-285. Barcelona: Atelier, 2019.
- Eurobarometer. *Flash Eurobarometer 358. Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection*. Eurobarometer, 2013. Consultado el 3 de diciembre de 2020. https://ecommerce-news.es/wp-content/uploads/2013/10/ec.europa.eu_public_opinion_flash_fl_358_en.pdf
- García Faure, María Constanza. “El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada: derechos español, portugués y argentino”.

- Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 15, (2017): 1-37. <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1846/2443>
- Gonzalo López, Vicente. “Principios de la protección jurídica de los consumidores y resolución alternativa de los conflictos de consumo”. En *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, editado por Jorge Tomillo Urbina, 45-57. Albarore-Granada: Comares, 2016.
- Huerta Viesca, María Isabel. “La protección de la confianza y otros valores en la resolución alternativa de litigios en materia de consumidores”. En *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, editado por Jorge Tomillo Urbina, 21-40. Albarore-Granada: Comares, 2016.
- Jequier Lehuedé, Eduardo. “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”, *Ius et Praxis* 21, no. 2 (2015): 199-224.
- Jequier Lehuedé, Eduardo. “El arbitraje de consumo en la regulación chilena sobre protección al consumidor: ni el bueno ni el malo, sino el feo de la historia” En *Psicoanálisis del arbitraje: Solución o problema en el actual Paradigma de justicia*, editado por Silvia Barona Vilar, 195-220. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Lara González, Rafael “La organización del sistema arbitral de consumo”, en Richard González, Manuel (et al.) (coord.), *Estudios sobre arbitraje de consumo*, 151-206. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- Marcos Francisco, Diana. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Marcos Francisco, Diana. “¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo?”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, no. 11 (2011): 176-203.
- Martínez García, Elena. “Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea”. En *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, editado por Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar y María Pía Calderón Cuadrado, 1317-1336. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Molina Caballero, María Jesús. “Libertad y celeridad: estándares de calidad en los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del consumo”. En *La Resolución Alternativa de Litigios en materia de Consumo*, editado por María Jesús Ariza Colmenarejo y María José Fernández-Figarez Morales, 115-140. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- Montecinos García, Ana. “La recomendación de la Comisión Europea sobre los principios aplicables a los mecanismos de recurso

- colectivo (2013/396/UE) ¿Es posible el arbitraje colectivo?”. En *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, editado por Guillemos Palao Moreno, 177-194. Valencia: Tirant lo Blanche, 2016.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Recomendación de la OCDE sobre Resolución de Disputas de Resarcimiento a Consumidores*. Traducido por Ana Carmen Delgado Rosas. Ciudad de México: Procuraduría Federal del Consumidor, 2007. <https://www.oecd.org/mexico/40060255.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). *Resolución 39/248* (9 de abril de 1985). Consultado el 10 de marzo de 2021. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/Dia-Mundial-Derechos-Consumidor-02-2013.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). *Resolución 70/186* (22 de diciembre de 2015). Consultado el 10 de marzo de 2021. https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d186_es.pdf
- Palao Moreno, Guillermo. “Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Fdederal de Uberlandia* 47, (2019): 61-91.
- Paredes Pérez, J. Ignacio. “Análisis crítico del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo”. En *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo*, editado por Jorge Tomillo Urbina, 237-289. Albarore-Granada: Comares, 2016.
- Pillado González, Esther. “Incidencia de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”. En *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, editado por María Jesús Ariza Colmenarejo y María José Fernández-Figarez Morales, 15-39. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- Pita Ponte, J. María “La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo”. En *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, editado por Esther González Pillado, 17-43. Madrid: Tecnos, 2012.
- Raluga Stroie, Iuliana. “La acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios de Consumo”. En *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, editado por María Jesús Ariza

- Colmenarejo y María José Fernández-Figarez Morales, 67-77. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- Ribón Seisdedos, E. “Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo”. *Noticias Jurídicas*, mayo 1, 2007. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo/>
- Richard González, Manuel. “Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de Ley de Mediación de 2011”. En *Estudios sobre arbitraje de consumo*, editado por Manuel Richard González, José María Rifá Soler e Iñaki Riaño Brun, xx-xx. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- Rodríguez, Gonzalo M. “El sistema nacional de arbitraje en el derecho del consumo argentino”. En *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, editado por Eduardo Jequier Lehedé, 209-245. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Stürner, Michal, Fernando Gascón Inchausti y Remo Caponi. *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015.
- Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (SUBTEL), *Series estadísticas 2020*. Consultado el 30 de noviembre de 2020. https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/PPT_Series_MARZO_2020_V1.pdf
- Susskind, Richard y Daniel Susskind. *El Futuro de las Profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*. Madrid: Teell Editorial, 2016.
- Tomillo Urbina, Jorge. “Vicisitudes y carencias del arbitraje de consumo”. En *Soluciones Alternativas a los Conflictos de Consumo*, editado por Jorge Tomillo Urbina, 61-90. Albarore-Granada: Comares, 2016.
- Tuchmann, Eric. “The administration of class action arbitrations.” En *Multiple Party Actions in International Arbitration*, editado por Belinda Macmahon, 1301-1336. Oxford: The Permanent Court of Arbitration, 2009.
- World Justice Project. *Global Insights on access to Justice 2019, Chile*. Consultado el 29 de septiembre de 2020. <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Access-to-Justice-2019-Chile.pdf>

Jurisprudencia

Chile, Tribunal Constitucional. Rol N° 2386, Requerimiento de Inconstitucionalidad de los artículos 1° , numeral 19 y segundo transitorio del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892 (27 agosto de 2013).

Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia. *Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung mbH*, Asunto C-89/91 (19 de enero de 1993). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:61991CJ0089>