

**LIMITES A LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR:
DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE
NORTEAMERICA Y EL CIVIL LAW**

Marcelo J. Amorín Pisa

Doctor en Derecho PhD, *summa cum laude* Universidad de Granada - España. Profesor Adjunto, Encargado de Curso de Obligaciones, Contratos y Derecho Cooperativo, Facultad de Derecho Universidad de la República – Montevideo (Uruguay).

Autor convidado.

RESUMEN

Se analiza en el presente si en el ámbito del derecho del consumo, es posible acordar, antes de que la controversia se plantee, mediante una cláusula arbitral, someter una posible controversia futura a arbitraje, en el entendido que no existe óbice para que se acuerde luego de presentada la controversia. Planteado el asunto de de otra manera, si es secundado por el ordenamiento, el siguiente supuesto de hecho: un consumidor adquiere un bien o contrata un servicio, el proveedor incluye o propone incluir una cláusula arbitral “cláusula compromisoria”, se trata de responder aquí, cómo debe actuar el proveedor para que ese comportamiento sea lícito y cómo incide a nivel de consecuencias, la regla inspirada en el derecho alemán y reconocida casi universalmente en el derecho internacional llamada “*Kompetenz-Kompetenz*” según la cuál, es el propio Tribunal Arbitral quien debe expedirse sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria.

RESUMO

Analisa-se no presente se, no campo do direito do consumidor, é possível pactuar, antes que surja a controvérsia, por meio de cláusula compromissória, submeter à arbitragem uma possível controvérsia futura, no entendimento de que não há nenhum obstáculo para acordado depois que a disputa foi apresentada. Colocada a questão de outra forma, se for amparada pelo ordenamento jurídico, a seguinte hipótese de fato: um consumidor adquire um bem ou contrata um serviço, o fornecedor inclui ou propõe a inclusão de cláusula compromissória “cláusula compromissória”, trata-se de questão de responder aqui, como o provedor deve agir para que esse comportamento seja lícito e como isso afeta o nível de consequências, a regra inspirada na lei alemã e quase universalmente reconhecida no direito internacional chamada “*Kompetenz-Kompetenz*” segundo a qual, é o Tribunal Arbitral que deverá decidir sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória.

1. LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Determinar qué asuntos son pasibles de arbitraje es cuestión de precisar límites a la autonomía privada, que dependen del derecho positivo nacional. En principio, toda contienda

individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario.

Existe una marcada tendencia en los sistemas del civil law a fijar el procedimiento arbitral como mecanismo hábil, con criterio general con la excepción de la existencia o de que se trate de cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción, cuestiones indisponibles.

En el ámbito del derecho del consumidor dependiendo del Derecho Positivo, hay sistemas que establecen que es una cláusula abusiva la inserta en un contrato de adhesión que prevé el arbitraje pero, el análisis de la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral corresponde al propio tribunal arbitral, este es entonces el que tiene jurisdicción en la materia. Aquí podría concluir el análisis, señalándose, como lo ha hecho cierta doctrina uruguaya, al comentar esas normas procesales, que en la anterior redacción del CGP esto no se preveía, y entonces, *“era frecuente que actuando de mala fe, cuando una de las partes firmantes de la cláusula compromisoria no quería someterse luego al arbitraje, alegara la nulidad del contrato o de la cláusula arbitral”* y que *“Ello, era muy frecuente, por ejemplo en materia de controversia entre proveedores y consumidores, donde existiendo cláusula arbitral, el consumidor demandaba directamente ante la justicia oficial alegando que la cláusula era abusiva y por ende nula, no debiendo aplicarse. En nuestra opinión surge ahora con claridad que esta posibilidad queda desterrada. Sólo podrá entender la justicia oficial si previamente el tribunal arbitral ha declarado nula la cláusula arbitral y por ende se abstiene de seguir interviniendo por carecer de jurisdicción”* (sic).¹

Con esta regulación y en esa línea argumental, podría pactarse, para cualquier tipo contractual al que aplica el régimen contingente de las leyes de defensa del consumidor de cualquier índole, desde la adquisición de bienes muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles y para cualquier servicio, insertándose a la sazón la cláusula arbitral en documento en cualquier soporte. Podría pactarse por ejemplo que el proceso se tramitara en Cámara de Conciliación y Arbitraje de París, en francés y que se aplicará la ley del Estado de Delaware de los Estados Unidos.

De esta forma si en cualquier contrato de consumo, se insertara una cláusula que estableciera el arbitraje, cualquiera fuera el contenido de la cláusula arbitral, el consumidor debería transitar el arbitraje primero para que el tribunal definiera la validez y eficacia de la cláusula compromisoria.

Si el consumidor pretendiera acudir a la justicia, para esta posición, de haberse pactado una cláusula arbitral habría falta de jurisdicción, el consumidor se haría acreedor a ser calificado como alguien que está *“actuando de mala fe”* (sic) eludiendo el arbitraje y solo si el Tribunal Arbitral resolviera que la cláusula es nula declinara jurisdicción, podría acudir a la justicia.

Podría agregarse, que a nadie debería sorprender la solución, pues este es el modelo por ejemplo, de los Estados Unidos de Norteamérica.

¹ PEREIRA, S. “Codigo General del Proceso –Reformas de la ley 19090” Ed. Universidad de Montevideo, 2014, p. 561-562.

2. LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA – LA INFLUENCIA EN ALGUNAS SENTENCIAS DE LA JUSTICIA DE URUGUAY

Los Estados Unidos de Norteamérica ha habilitado, por vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, la arbitrabilidad de litigios de Derecho del Trabajo contra la discriminación en razón de la edad y contra las discriminaciones raciales o sexuales, así como es creciente el uso de la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión aun en los celebrados con consumidores, incluso cuando la cláusula refiere a conflictos futuros.²

Este criterio, enseña el catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Julio C. Rivera, proviene del sentado por la Corte de aquel país a partir de la sentencia de 1984 en el caso "*Southland Corp vs. Keating*" en la que interpretó que la ley norteamericana de arbitraje, conocida como "*Federal Arbitration Act o FAA*" significa que el Congreso ha declarado una política nacional a favor del arbitraje.³

Así le ocurrió a la Sra. Linda James, a quien se envió a un arbitraje en función de una cláusula inserta en unas reglas de un juego, a cuya lectura remitía una mención hecha en el cartón con que se le entregaron papas fritas a través de la ventanilla de su automóvil, en un local de venta de "comida rápida".⁴

² RAU, A. S. - PEDAMON, C., "La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain", *Revue de l'Arbitrage* 2001-451, nro. III, p. 469, HUBER, S. - TRACHTE- HUBER, E. W, "Top ten developments in arbitration in the 1990's", en CARBONEAU, T. E. - JAEGGI, J. A. (eds.), *American Arbitration Association - Handbook on Commercial Arbitration*, Juris Net, Neew York, 2006, p. 15, nro. 5, p. 25. La jurisprudencia francesa ha resuelto también que la cláusula compromisoria no es de por sí manifiestamente nula o inoponible al consumidor: Cour de Cassation, 30.3.04, Dame Rado c/ Painvewebber et autre, *Revue d'Arbitrage* 2005-115, nota de X. Boucobza. En Canadá la Corte Suprema revocó una sentencia quebequense que había hecho lugar a una *class action* iniciada contra Dell, minorista on line cuyas condiciones de compra remitían al arbitraje; sostuvo la Corte Suprema que el sometimiento al arbitraje no es esencialmente inapropiado para resolver reclamos de consumidores; rechazando la idea de que la protección de los consumidores requiere una interdicción total del arbitraje: Supreme Court of Canada, 13.7.07, *Dell Computer Corp vs. Union des Consommateurs*, noticia en *Global Arbitration Review*, volumen 2, Issue 4, pág. 40 apud. RIVERA, J.C. Apuntes sobre la Arbitralidad en las Relaciones de Consumo, disertación al Congreso Internacional de Derecho Privado, Punta del Este 2016

³ Sentencia disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/1/> consultado el 23/3/2020, la misma tiene una profundización en el caso "*Allied-Bruce Terminix Cos vs. Dobson*" (1995) en la que Corte Suprema norteamericana estableció la prevalencia, de la ley federar sobre arbitraje sobre las leyes estatales sobre contratos y en el "*Buckeye Check Cashing Inc vs. Cardegna*" (2006) decidió que las controversias sobre la validez de los contratos donde se pactó el arbitraje deben ser resueltas en arbitraje. Iindica Rivera que "*en 2011 la Corte Suprema intervino en el caso "ATT Mobility LLC v. Concepcion et Ux", y revocó las sentencias de los tribunales inferiores que habían admitido la class action promovida por compradores de teléfonos celulares en cuyos contratos estaba no solo incluida una cláusula arbitral sino interdicta toda acción de clase. Los tribunales de California habían admitido la class action sobre la base de la ley local que era la aplicable al contrato, pero la Corte Suprema resolvió que la cláusula arbitral era válida, irre- vocable y ejecutable como lo establece la sección 2 de la FAA. De este modo el tribunal americano continúa en la senda establecida en los precedentes dictados en los casos Stolt Nielsen, American Express y Rent-a -Center, con lo cual las partes deben esperar que las cortes americanas se funden en la FAA para ejecutar los acuerdos arbitrales tal y como están escritos salvo circunstancias excepcionales*" RIVERA, J. C. disertación ante el Congreso de Punta del Este, cit. nota 5.

⁴ "United States Court of Appeals,Seventh Circuit. Linda JAMES, Plaintiff-Appellant, v. McDONALD'S CORPORATION, Simon Marketing, Incorporated, and Ante Enterprises LLC, doing business as McDonald's Restaurant, Defendants-Appellees" (omissis) "*McDonald's filed a motion to compel Ms. James to arbitrate her claims. It relied on an arbitration clause contained in the rules for the "Who Wants to be a Millionaire" game ("Official Rules"), which stated: Except where prohibited by law, as a condition of participating in this Game, participant agrees that any and all disputes and causes of action arising out of or connected with this Game, or any prizes awarded, shall be resolved individually, without resort to any form of class action, and exclusively by* Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 23, N. 3, p. 1115-1126, Set.-Dez. 2022. 1117

LIMITES A LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR: DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y EL CIVIL LAW

En línea con la jurisprudencia norteamericana citada, se ha expedido también la justicia uruguaya en alguna sentencia- que hemos criticado en nuestro país- respecto a una cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, que imponía el arbitraje en Europa del este.⁵

Hace más de cuarenta años advertía en España De Castro y Bravo, que este mecanismo podía constituir un modo de esquilmar a los consumidores.⁶

En el ámbito del Derecho del Trabajo, la dogmática ha analizado si es admisible la resolución de los conflictos laborales en vía arbitral.⁷

final and binding arbitration under the rules of the American Arbitration Association and held at the AAA regional office nearest the participant; (2) the Federal Arbitration Act shall govern the interpretation, enforcement and all proceedings at such arbitration; and (3) judgment upon such arbitration award may be entered in any court having jurisdiction. McDonald's presented evidence, credited by the district court, that the Official Rules were posted openly in participating restaurants. The rules were posted near the food counter, on the back of in-store tray liners and near the drive-thru window. Also, the french fry cartons to which game cards were affixed had language directing participants to see the Official Rules for details. Concluye dicho organo jurisdiccional confirmando la sentencia passible de recurso y enviando a la Sra. Linda James al arbitraje "...he district court concluded that the law required it to compel Ms. James to arbitrate her claims. Once it so ordered, it was incumbent upon Ms. James to abide by the district court's ruling and not to continue submitting arguments that the district court already had determined were meritless. Likewise, her failure to pursue promptly the court's reconsideration, or this court's review on interlocutory appeal, shows that the district court did not clearly abuse its discretion in dismissing Ms. James' case with prejudice" Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1262539.html>, consultado el 20 de marzo de 2020. A similar conclusión se llega de prohijarse la solución doctrinaria que antes mencionamos, o rectius, si la señora adquiere en Uruguay, en el caso, debería acudir al Tribunal arbitral para que este determinara si era abusiva la cláusula, si concluye que sí, debería acudir a la justicia y si concluye que no deberá entender el Tribunal Arbitral en su controversia con el proveedor.

⁵ El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6 Turno en sentencia del 24 de noviembre de 2016 (Ministras Dras. Klett, Alves De Simas, Gómez Haedo), indicaba al confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la falta de jurisdicción, "...sostiene que debe aplicarse la Ley 17.250, ya que el documento que suscribiera al abrir la cuenta constituye un contrato de adhesión y sus cláusulas abusivas por su forma". "Solicita se declaren nulas las cláusulas contenidas en el contrato de apertura de cuenta que pudieren referir a la prórroga de jurisdicción y/o a la exoneración de responsabilidad de la demandada, condenándose a la misma a celebrar los actos jurídicos necesarios a fin de reintegrar todos los bienes y derechos que se relacionaban con la cuenta y en caso de no ser posible se la condene a su equivalente en dinero más los intereses generados, gastos, daño moral, costas y costos". "Se irán a desestimar los agravios interpuestos. Como certeramente se concluyera en el grado anterior, en el caso rige la cláusula arbitral prevista en el contrato de apertura de cuenta internacional de administración de fondos que la actora y el Sr.celebraran con la demandada, La cláusula de Arbitraje se aplica para solución de controversias que se susciten en cuentas de, cuyas especificaciones se encuentran detalladas en el propio contrato, tal como emerge de fs. 338 a 340. La mencionada cláusula supuso la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria, las pretensiones referidas al contrato, las que deben someterse a la decisión de árbitros (art. 473 del CGP)." "Las expresiones utilizadas en el contrato ponen de manifiesto que la intervención de la Justicia Arbitral se pactó para entender en todas las desavenencias o controversias que se produzcan entre las partes: "Dichas controversias incluyen entre otras, las relacionadas con operaciones con mis/nuestras cuentas con o bien la interpretación, cumplimiento o violación de un acuerdo entre nosotros, celebrado ya sea en la fecha del presente o en un momento anterior o posterior". (Traducción de la parte demandada) y prosigue el Tribunal "Pactado el desplazamiento de competencia en términos tan categóricos, no puede ahora la pretensora escudarse en la abusividad de dicha cláusula. Por otra parte y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 475.2 del Código General del Proceso: "Corresponde también al tribunal arbitral conocer de las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral". Será entonces el tribunal arbitral quien deberá expedirse acerca de si la cláusula es o no abusiva."

⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., "El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*", ADC, 1979-619.

⁷ DE LA RIVA, A. "Nuevamente sobre el arbitraje y el Derecho del Trabajo en el marco del deporte", *Revista Derecho y Deporte Año 1 número 1, 2018, La Ley*; "Algunos apuntes sobre el arbitraje en el nuevo proceso laboral" *Revista de Derecho Laboral N° 255*, Julio - Setiembre 2014 pág. 499 y sig.; "Apuntes en relación con la competencia y el arbitraje en el fútbol profesional. (El caso Picún)" *Revista de Derecho Laboral N° 231*, enero - marzo 2008; "El arbitraje en el Derecho Individual del Trabajo" en *Derecho Procesal del Trabajo, Treinta Revista Argumentum – RA*, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 23, N. 3, p. 1115-1126, Set.-Dez. 2022. 1118

Partiendo también de la ausencia de norma legal, que excluya la posibilidad de resolver los conflictos de trabajo a través del arbitraje; la profesora uruguaya de la Riva concluye que es posible resolver mediante arbitraje los conflictos individuales del trabajo, posición que ha sido secundada por la Suprema Corte de Justicia calificándola de altamente opinable y con discordias. Ahora bien, admitido el arbitraje para dirimir los conflictos individuales del trabajo, agrega de la Riva, que aún pactada libremente -individual o colectivamente- la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias, solamente puede aceptarse en su faz voluntaria. Eso implica que no si se pacta una cláusula arbitral, solo luego de planteada la controversia y si el trabajador está de acuerdo, en que opere, podrá acudir al arbitraje. Agrega la laboralista que, no importa que tan tajante, o severamente obligatoria sea la formulación, solamente su alcance podrá ser a lo sumo voluntario, con esto se alude a que si y solo sí el trabajador, luego de verificada la controversia acepta acudir al arbitraje la misma operará, la propia Organización Internacional del Trabajo, así lo concibe. Señala de la Riva que solamente es compatible con la naturaleza del litigio que se ventila, el acceso en forma voluntaria a la justicia arbitral, sin importar cuan enfáticamente impuesta haya sido pactada la cláusula, el arbitraje será siempre, exclusivamente, voluntario. Concluye entonces la autora en cita, es posible la resolución de los conflictos laborales en vía arbitral siempre que fuera voluntaria y refiere a dos supuestos, el arbitraje sería preceptivo si antes de generarse el conflicto intersubjetivo de intereses, se pactara la cláusula arbitral pero solo para el empleador que queda a lo que el trabajador entienda apropiado luego de presentado el conflicto, el arbitraje voluntario refiere a la facultad que tienen las partes de someter su divergencia, ya verificada la misma a un tribunal arbitral esta posibilidad no encuentra limitación alguna.

Se desprende de lo sostenido por la autora, que la cláusula arbitral en el Derecho del Trabajo, se reconduciría a un negocio de opción, donde el único privado de la posibilidad de acudir a la justicia resulta ser el empleador una vez convenida la cláusula arbitral y el trabajador tiene la opción de aceptar o no lo planteado luego de presentada la controversia.

3. LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMO EN ALGUNOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW

Contemporáneamente en el sistema del civil law, el arbitraje de consumo se considera una herramienta eficaz para que los consumidores obtengan una satisfacción rápida y adecuada a sus reclamaciones contra los proveedores de bienes o servicios. Esto es así, tanto en Europa, como en la Argentina y en Brasil. Es un sistema diverso del consistente en pactar una cláusula arbitral en un contrato de consumo y endilgar al consumidor que pretende acudir a los estrados invocando que la cláusula no se le aplica, obrar de mala fé, como se señalaba por doctrina nacional antes citada. Es un sistema que tiene a facilitar al consumidor con una fuerte intervención estatal lograr una satisfacción a su interés.

El 21 de mayo de 2013, se dictò la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que apunta a unificar las legislaciones nacionales en la materia y a facilitar a los consumidores mecanismos rápidos y eficientes de resolución on line de controversias, en particular para el caso de compras

Estudios, Grupo de los Miércoles, FCU 2005, pág. 441 y sigs. En el siglo pasado lo hicieron; Ermida Uriarte, O. en “Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del Trabajo” *Anales del Foro*, 1983 N° 43-44, Garmendia Arigón, M. en “Arbitraje y acceso a la justicia del trabajo” en *Revista Derecho Laboral*, N° 195, julio-setiembre de 1999, Loustaunau, N. en “*Jurisdicción del Trabajo*”, pág. 121, S. en “Los laudos arbitrales en materia laboral” *Treinta y seis estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo*”, 1995.

a distancia via internet con proveedores de otros países de la Unión. Está diseñado como un mecanismo alternativo en beneficio del consumidor y no como un óbice para que si lo desea acceda a la justicia, una alternativa que podrá utilizar si le parece apropiado cuando se produce el conflicto con el proveedor.

Está estructurado sobre la base de los siguientes Principios:

a) El de Transparencia, (art. 7) que pretende que el público, antes de presentar una hipotética reclamación, tenga acceso a información esencial sobre el funcionamiento del sistema de resolución alternativa en cuestión. En el Considerando 39 de la Directiva, se indica que las entidades deben ser accesibles y transparentes, y se debe suministrar a las partes la información que necesiten para tomar una decisión con conocimiento de causa, exceptuándose a los proveedores cuando las legislaciones nacionales les obliguen a aceptar el arbitraje si el consumidor así lo requiere. A estos efectos la información debe estar a disposición del público, esto comprende datos relativos a la entidad, a las personas físicas que actúan, al procedimiento, informes anuales de actividad (art. 7.2)

b) El de Eficacia que obliga a los Estados miembros a que los procedimientos cumplan determinados requisitos, como la fácil accesibilidad, gratuidad o pago de un precio simbólico y celeridad, este último aspecto es fundamental, el resultado del procedimiento debe ser comunicado en un plazo de noventa días.⁸

c) El de Equidad que incumbe a la posibilidad de contradictorio, a la posibilidad de ser oído, a la igualdad, a la posibilidad de reconvencción por el proveedor y a la necesaria motivación de la resolución, la exposición de “las razones en que se funda”

d) El de Libertad; destaca al respecto la profesora valenciana, que los Estados miembros deben asegurar que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante no será vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes que surja el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución. En el derecho interno español la ley 3/2014, por la que se modifica la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios establece que: “No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto.” Lo que en una interpretación sistemática -indica la autora en cita- nos lleva a concluir que los convenios arbitrales de consumo no se prohíben y que la norma, que tiene como objeto garantizar al consumidor su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales, permite que el convenio se formalice en el momento en que existe una solicitud de arbitraje coincidente con el acuerdo, de allí que entiende que no es necesario modificar la normativa española para ceñirse a lo que indica la Directiva.⁹

En Argentina la Ley de Protección al Consumidor 24240 en su art. 59, indica que la autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como de derecho o como amigables componedores, para resolver cuestiones que se susciten por aplicación de esa ley desde fines del siglo pasado el decreto 276/1998 creo un Sistema Nacional

⁸ Esto en España por ejemplo, aplicaba desde 1988 cuando se estableció la gratuidad en el Sistema Español de Arbitraje de Consumo

⁹ Cuenca García, A. “Los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español” en *Los Nuevos Instrumentos Europeos en Materia de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Consumo- Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido* Guillermo Palao Moreno (Editor) Carmen Azcarraga Monzonis (Sec) Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 p.46-74

de Arbitraje de Consumo, que se encuentra en plena actividad en ese país. Este sistema, se basa –entre otros principios– en la voluntariedad del consumidor, expresada *después* de existir la controversia concreta y siguiendo a Bersten, autor que ha estudiado a nivel monográfico los temas procesales vinculados a los derechos del consumidor que “*la puesta en funcionamiento de un arbitraje de consumo concreto siempre depende de una decisión exclusiva y actual de un consumidor...al punto que será a su sola petición que podrá requerirse la aplicación del sistema*”.¹⁰ De donde, es el consumidor quien toma la decisión para iniciar el procedimiento y ello depende siempre de una decisión actual que debe tomar en un caso concreto. *Ello importa que no serán válidos los compromisos arbitrales previos asumidos por los consumidores...*¹¹

En el derecho argentino, entonces “la arbitrabilidad de las controversias nacidas de las relaciones de consumo no se juzga a la luz de las reglas ordinarias que remiten a las materias transables, sino por las específicas de la ley de defensa del consumidor y las disposiciones de rango inferior que han establecido el Sistema de Arbitraje de Consumo; por lo que la controversia nacida de una relación de consumo puede ser sometida a arbitraje sólo *después* de que tal controversia existe; el sometimiento de la controversia ya existente a un arbitraje *depende exclusivamente de la iniciativa del consumidor*¹²; a la que deberá sumarse la aceptación –previa o posterior al caso– del profesional; por lo tanto *no es admitido incluir cláusulas compromisorias en contratos de consumo*; una cláusula compromisoria incluida en un contrato de consumo sería *inválida* no sólo porque podría considerarse abusiva, sino porque: (i) importaría un consentimiento anticipado al arbitraje –previo a la existencia de cualquier controversia– lo que resultaría ostensiblemente contradictorio con el principio de iniciativa del consumidor –o unidireccionalidad- que se encuentra consagrado en disposiciones imperativas¹³; (ii) importaría el desplazamiento de la jurisdicción a favor de jueces árbitros, lo que resultaría claramente incompatible con una idea central del régimen de defensa del consumidor que es el aseguramiento del acceso a la justicia estatal, al menor costo posible y por el procedimiento más expeditivo. Por lo demás –concluye el autor en cita “*es obvio que si está prohibida por abusiva la cláusula que desplace la competencia territorial a un tribunal judicial distinto del que corresponda por razón del domicilio real del consumidor, con mayor razón debería estarlo la cláusula que desplace la jurisdicción a favor de jueces privados.*”

En Francia, la Corte de Casación se expidió sobre cláusulas compromisorias en contratos de consumo en el remoto “*arrêt Prunier*”, primera piedra en la construcción del derecho francés para la protección al vulnerable y por la interdicción de la cláusula compromisoria en la materia. En un contrato de seguro de incendio que había sido celebrado entre el Sr. Prunier y la aseguradora Alliance, existía una cláusula que preveía el arbitraje. El asegurado promueve el litigio ante los Tribunales civiles de Lyon y la aseguradora invoca la existencia de la cláusula compromisoria para rechazar la competencia del tribunal, el juzgado de primera instancia y la corte de Lyon esta última en sentencia del 9 de junio de 1840 declara nula “*la clause compromissoire*”, la corte de casación tampoco la admite, y así se constata el riesgo para los “*citoyens*” a mediados del siglo XIX, en particular para los profanos indica la casación. La cláusula compromisoria no deberá consistir en una nueva arma de los expertos contra los profanos. La preocupación por la protección de la parte débil “*faible*” en “*l'arrêt Prunier*” transforma a este fallo en un verdadero adelanto de lo que se conformó en el actual derecho del consumo en los países del civil law.

¹⁰ BERSTEN, H. L., *Derecho Procesal del Consumidor*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 120.

¹¹ BERSTEN, ob. y lug. cit.

¹² Es lo que en la doctrina española se denomina “unidireccionalidad”, característica específica del arbitraje de consumo: BERNSTEN, ob. cit., p. 120.

¹³ El art. 65 de la ley 24.240 establece que ella es de orden público

Contemporáneamente las cláusulas compromisoras son admitidas en el derecho civil francés y excluidas en el derecho del consumo de aquel país. El artículo 2061 del *Code* establece en su inciso final que “*Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.*” La cláusula arbitral se admite cuando ambos contratantes son profesionales, no existe una definición estipulativa respecto a qué debe entenderse por actividad profesional, y esto lleva a discutir si queda incluido el consumo empresarial. Por lo que en dicho ámbito, esto es si ambos son profesionales, es posible pactar de regla una cláusula arbitral. Esto salvo que se admita el “consumo empresarial” en ese caso la misma podría ser rechazada ya no por lo dispuesto en el *Code* sino por lo establecido en el artículo L132-1 del “*Code de la Consommation*” que implica reputar la cláusula como no escrita por cuanto ella es abusiva, por generar al consumidor “*le déséquilibre significatif à son détriment*”.

En España funciona desde hace años un sistema arbitral de consumo, tendiente a que los consumidores, si así les parece apropiado, luego de acaecido el conflicto puedan acceder de forma eficiente y económica a este mecanismo de resolución de las controversias.

En el mismo sentido el Superior Tribunal de Justicia del Brasil, al expedirse sobre una cláusula arbitral inserta en un contrato de consumo entre un proveedor que comercializaba inmuebles y el consumidor adquirente, en sentencia del 20 de setiembre de 2018, indica que en el derecho del consumidor lo vedado es la adopción previa y compulsiva del arbitraje, en el momento de la celebración del contrato, esto no impide que, posteriormente, ante un eventual litigio planteado, habiendo consenso entre las partes, en especial el consentimiento del consumidor, sea instaurado el procedimiento arbitral, en el caso sobre el que le tocaba resolver, una cláusula arbitral inserta en un contrato predispuesto por el comercializador de inmuebles, la cláusula compromisoria no puede ser admitida, pues la actitud del propio recurrente consumidor, al promover el proceso ante la justicia estatal, evidencia, aun de forma implícita su discrepancia en someterse al proceso arbitral, no pudiendo prevalecer la cláusula compromisoria que de modo compulsivo lo sometía a arbitraje.¹⁴

Esto es consistente pues el Derecho del Consumo procura el equilibrio entre el proveedor y el consumidor, evitando que el primero imponga la regulación, que reputa apropiada para sus intereses, en función de la vulnerabilidad jurídica del consumidor.

En sistemas como los mencionados, bajo esas reglas, el arbitraje es un medio que puede generar también ventajas a los consumidores, por la rapidez, la confidencialidad -pues no se ventila en los estrados- y la gratuidad o costos exiguos para el consumidor.

En cambio una convención por la cual las partes en un contrato acuerdan someter a arbitraje los conflictos intersubjetivos de intereses que pudieran presentarse como consecuencia de las normas que genera el contrato y las respectivas situaciones jurídicas de que devienen titulares, en los contratos de consumo, presenta un evidente perjuicio al consumidor, que no escapa al ordinario entendimiento y de allí su exclusión en los sistemas europeos y sudamericanos mencionados.

¹⁴ Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, “Documento: 1752681 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 21/09/2018,” Ministra Redactora Dra. Nancy Andrighi, en el original “*O CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral*”, não há como se admitir, in casu, a eficácia da cláusula compromissória em questão. É que a atitude do recorrente (consumidor) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsoria.”

4. EL APARTAMIENTO DE LA BUENA FE OBJETIVA COMO SUPUESTO DE HECHO QUE GENERA UNA SANCIÓN Y NO UNA NORMA NEGOCIAL - SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE DE ITALIA DEL 20 DE ENERO DE 2017

El comportamiento del proveedor cuando plantea la cláusula, puede reconducirse en a un supuesto para la aplicación de una norma primaria, esto es la que establece una sanción, o respuesta coactiva desfavorable, porque la situación, la inclusión de la cláusula comporta un apartamiento de lo que es debido conforme al concepto jurídico indeterminado Buena Fe. Así por ejemplo el art. 32 de la ley de Defensa del Consumidor uruguaya, contiene un determinado supuesto de hecho (antecedente) que tiene como consecuencia una respuesta coactiva desfavorable del sistema jurídico hacia un individuo, en el caso el proveedor. Para que la sanción se dispare es necesaria la verificación de un adicional, que el otro en la relación jurídica solicite la coerción estatal.

El proveedor debe actuar conforme al concepto indeterminado buena fe en la etapa precontractual, de perfeccionamiento y de ejecución del contrato. Se supera así la clásica segmentación de las etapas sucesivas y se aprecia un proceso desde que las partes entablan contacto y hasta que se extinguen las obligaciones. De esta forma la oferta y desenvolvimiento de la comunicación para la inserción lisa y llana de una cláusula compromisoria por parte del proveedor deberá ser objeto de ponderación contra el modelo abstracto de conducta exigible; debe precisarse si el consumidor sabía que renunciaba a acudir a la justicia, si se le explicaron los costos que podría implicarle, si se le informó sobre las consecuencias de acudir a árbitros, si se le informó el derecho aplicable y lo que el mismo dispone en el caso, si esto se trató específicamente, si se le explicó lo que implicaba, si fue objeto de negociación y en qué términos.

Para esto como ha señalado la jurisprudencia europea no es suficiente apelar al expediente de hacer firmar un documento indicando que sí lo sabía.

Es que la actividad mediante la que se establecen normas jurídicas, en el caso las que genera el contrato, no es una actividad que se desarrolle por encima o fuera del Derecho, sino que se desarrolla en el ámbito del Derecho y es regulada por éste. Lo es a través de las normas de competencia que confieren a los sujetos la posibilidad de crear normas jurídicas (poder normativo negocial), pero también lo es, por las normas primarias, las que establecen sanciones.

Si se determina que la inclusión de la cláusula arbitral se apartó de la buena fe objetiva pasará a ser el supuesto de hecho para la aplicación de la norma sancionatoria, conforme lo previsto en el artículo 32 de la ley de relaciones de consumo y el derecho no lo secunda, no constituye un supuesto de hecho para la aplicación de una norma atributiva de competencia, por lo que no existirá tal cláusula sino solo una conducta reconducible al incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe.¹⁵

El comportamiento del proveedor podrá adquirir relevancia como presupuesto para la aplicación de normas atributivas de competencia, las que lo habilitan a crear derecho en ejercicio de la autonomía privada, pero también en lo que interesa al aspecto ahora analizado, un negocio jurídico, adquiere relevancia como hecho. En el caso para determinar si ingresa en

¹⁵ Se aprecia la diferencia radical con el régimen previsto para los contratos que no son de consumo.

el supuesto de hecho de la norma primaria que consagra la responsabilidad civil del proveedor si se aparta de lo que es debido..¹⁶

La pretensión vinculada al apartamiento de la obligación legal de actuar de buena fe por parte del proveedor al incluir la cláusula arbitral, al plantear la inclusión, al sugerirla, al determinar su contenido normativo, al celebrarlo, es lo que debe cotejarse contra lo debido conforme al parámetro de la buena fe objetiva.

En lo que ahora interesa en la etapa precontractual y de perfeccionamiento del contrato; se trata de un situación de jurídica de obligación, el acreedor es el consumidor, el deudor el proveedor, una obligación que se cumple prestando un cierto comportamiento ajustado a un parámetro abstracto de conducta, que en caso de incumplimiento, esto es si el proveedor no lo desarrolla ingresa en un ámbito de responsabilidad. Para el dualismo, en teoría genral de las obligaciones, se pasa a la clásica situación en la que el consumidor –acreedor- tiene un derecho potestativo, a disparar la respuesta coactiva desfavorable del Estado y el proveedor –deudor- consecuentemente, se ubica en situación de sujeción, en una descripción actuada del supuesto previsto en la norma primaria, que establece una sanción en caso que no se actúe de buena fe.

El proveedor al insertar la cláusula arbitral y todos los contactos comunicacionales que ello comporta en una visión constructivista del negocio, se sitúan antes de la celebración de la cláusula arbitral.

El análisis de si se actuó conforme a la buena fe objetiva, es necesariamente previo a la concreción del negocio.

Si se concluye que esto no ocurrió, el haber pretendido la inserción de la cláusula arbitral en si configura un supuesto de hecho para la aplicación de una norma sancionatoria, la cláusula se tendrá por no puesta en tanto resultante de un comportamiento ilícito el incumplimiento. Una observación predecible, es la siguiente, “esto debe analizarse en términos de validez o nulidad” o de vicios del consentimiento. Tal como se explicó el artículo 32 opta por otra solución en este caso. La validez o la nulidad debe escudriñarse luego, sólo si antes se hubiera determinado que el proveedor actuó de buena fe. El determinar si actuó de buena fe o no constituye un “*quid prius*” respecto al negocio, tal como señalara la Corte de Casación Italiana, al aludir a las tratativas necesarias para considerar admisible una cláusula arbitral en un contrato bancario con consumidores.¹⁷

Aunque el contrato sea de adhesión, la cláusula arbitral conforme al parámetro analizado siempre debe ser objeto de tratativas y de información abundante en particular explicando en

¹⁶ Adquire así una doble relevancia como negocio, y como hecho, esto se percibe con nitidez en otros casos, así es clásico analizar a la sentencia que para ciertos efectos funciona como simple presupuesto de hecho. En materia concursal, el acreedor privilegiado que vote en la junta de acreedores se torna un acreedor quirografario, porque la ley, además de la función de conferir a los particulares competencia normativa a fin de autorregular sus intereses, establecer sus límites y crear un estatuto supletorio respecto de negocios por estos celebrados, puede conectar otros efectos. En el caso mencionado, del acreedor que vota en la junta, la manifestación de voluntad del acreedor, al aceptar la propuesta constituye presupuesto de hecho previsto en la norma, acaecido el cual opera la consecuencia respectiva, se produce la extinción ipso facto de los privilegios, se trate de derechos reales u otros. La pérdida de la garantía se encuentra absolutamente fuera de lo que el acreedor puede normar en ejercicio de su señorío volitivo AMORIN, M. “El Proyecto Uruguayo de Ley de Concursos y Reorganización Empresarial” *Rev. De Derecho Comparado n. 14* : reformas concursales, Julio C. Rivera Director, Saanta Fe ,Rubinzal Culzoni 2008 p. 225.

¹⁷ Aunque la corporación concluye en la nulidad en ausencia de una norma como la del art. 32 de la ley uruguaya de defensa del consumidor, de todas formas la consecuencia es la misma, sea que se concluya en la inexistencia como aquí se sostiene o en la nulidad absoluta como lo hace la Corte de Casación Italiana.

qué se beneficia el consumidor, viéndose privado de acudir al Poder Judicial y cuál es el perjuicio que le genera.

Luego de determinado que el proveedor actuó de forma apropiada, de acreditado que se cumplió con la obligación de actuar de buena fe, la cláusula arbitral se tiene por puesta y resulta aplicable todo lo regulado en materia de arbitraje, de esta forma, corresponderá al Tribunal Arbitral expedirse sobre su validez y eficacia. En cambio, si hay ilicitud por parte del proveedor en la etapa de tratativas o de perfeccionamiento del contrato en referencia a la cláusula arbitral, ya no será posible ingresar a ese análisis.

En esta línea de razonamiento, la Corte de Casación italiana ha separado de modo preciso un supuesto de hecho, el vinculado a la conducta del proveedor en la formación del contrato y las necesarias tratativas de la posterior etapa de análisis de la validez y eficacia del negocio. En sentencia del 20 de enero de 2017, la Corte Italiana casó –anuló– una sentencia del Tribunal de Macerata, que había resuelto no dar curso a la acción por daños promovida por dos consumidores contra un Banco que los había asesorado en inversiones de bonos argentinos, por una cláusula arbitral que sometía a árbitros las controversias que su suscitaran, conforme lo dispuesto en el contrato de adhesión que los vinculaba con el Banco. La Corte indica que el foro para resolver las cuestiones de los consumidores, es de naturaleza derogable, pero tal derogación es posible siempre que se demuestre la existencia de una específica tratativa entre las partes, cuya prueba constituye una carga del proveedor que intenta valerse de la cláusula que deroga el foro ordinario, constituyendo la existencia de dichas tratativas un *prius* lógico respecto a la demostración de la naturaleza no vejatoria de tal cláusula. Sentado que el comportamiento exigible al proveedor consiste en desarrollar una específica negociación y aprobación por escrito del consumidor. Esto es ontológicamente imposible en el contrato de adhesión contrato cuadro o con condiciones generales por cuanto la redacción por el predisponente excluye la negociación y por tanto debe considerarse contraria a la disciplina de protección al consumidor; casa la sentencia y declara la competencia del Tribunal ordinario de Macerata, en lugar de los árbitros.¹⁸

La pretensión del consumidor reclamando el incumplimiento del proveedor a la obligación de actuar de buena fe, cuál fue su comportamiento, deberá ventilarse en la justicia ordinaria y no ante el Tribunal Arbitral.

El no apartarse de lo debido por parte del proveedor, resulta un *quid prius* respecto al contenido de la cláusula, ese comportamiento anterior, no es revisable por el propio Tribunal Arbitral pues, solo luego que se determine por la justicia ordinaria, que el proveedor cumplió, esto es, estuvo actuando de buena fe, se podrá analizar la validez y eficacia de la cláusula arbitral.

¹⁸ Sent. 3744/2017 “Cámara de Consiglio della Sezione Sesta Civile- 1 della Corte Suprema di Cassazione, 20 gennaio 2017- Cesetti Danielle, Caponi Marisa c/ Banca Popolare di Ancona” “*In tema di arbitrato tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria in favore degli arbitri, in forza di quanto previsto dall’ è possibile alla condizione che si dimostri l’ esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l’ esistenza della trattativa come un prius lógico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola*” “...tra banca e consumatore (nella specie: contenuta nel cd. Contratto quadro) è subordinata a lla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, onde nei casi in cui essa sia inserita in contratti contenenti condizione generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), la stessa deve essere dichiarata nulla perché in forza di quanto previsto dall’..... la deroga ala competenza dell’ autorità giudiziaria ai di fuori di talle condizioni è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione dei consumatore.” En similar sentido se había pronunciado dicha corporación en sentencia 17083/2013.

Tal cumplimiento del proceder debido conforme a la buena fe objetiva, nunca se puede configurar en un contrato de adhesión con una cláusula arbitral, porque por definición el contrato de adhesión no implica, la negociación de los términos del negocio, ni la explicación sobre las ventajas de las cláusulas. La finalidad de no acudir a la justicia, los costos que el arbitraje comporta, el procedimiento, las consecuencias, todo eso debe ser explicado al consumidor y negociado con éste, para de esta forma, cumplir mínimamente con el requerimiento de la buena fe objetiva.

Es previsible, también sobre lo que viene de indicarse una observación, de este calibre: “eso donde esta establecido”.

La respuesta es, surge del concepto jurídico indeterminado, que implica obrar de buena fe para el proveedor, el contenido, cómo debe procederse, es socialmente extraíble, no de lo que le parece bien a alguien en concreto, sino de lo que es considerado apropiado en un lugar y tiempo determinados, en los países centrales del civil law y en la región.

Presentada la controversia, puede ser el proveedor quien acuda al Tribunal Arbitral, bajo el fundamento de la cláusula compromisoria.

En ese caso el consumidor deberá rechazar la constitución del tribunal arbitral o su jurisdicción y acudir a la justicia ordinaria reclamando por el incumplimiento del proveedor del actuar exigible conforme a la buena fe, solicitando los daños que le hubiera originado a esa altura la convocatoria al arbitraje, que no está secundada por el ordenamiento jurídico, por tener su base en un hecho ilícito, a saber, el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe.

Ante la negativa del consumidor, en caso que se le requiera designar su árbitro, será el proveedor quien deberá acudir a la justicia para que se designen los árbitros; en esa oportunidad, el consumidor dará cuenta de la situación de incumplimiento por parte del proveedor a la obligación de actuar de buena fe y deberá promover la pretensión que tiene como base el incumplimiento a la obligación de actuar de buena fe del proveedor. Si se hubiera establecido por el proveedor al escribir la cláusula arbitral, un tribunal ya designado por la vía que fuera, el consumidor deberá simplemente acudir a la justicia con dicha pretensión invocando el incumplimiento y seleccionando el remedio que más le convenga.

Si es el consumidor quien demanda por incumplimiento del proveedor, deberá describir en la demanda el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe y pretender la inexistencia de la cláusula pues es el resultado de un obrar ilícito. Calificado como ilícito dicho comportamiento, es el presupuesto de aplicación de una norma primaria la que surge del deber de obrar de buena fe y por tanto la cláusula es inexistente, luego o concomitantemente, debe el consumidor incoar su pretensión referida a la controversia que en el caso pretenda plantear y que en función de la cláusula inexistente y del comportamiento ilícito del proveedor este último pretendía llevar al arbitraje. -