

## LOS CONSUMIDORES, EL ORDEN PUBLICO Y EL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

### I.-

Es común advertir las dudas que se generan con relación a las cuestiones que pueden tener carácter indisponible para las partes, de ahí su interferencia con la decisión que deberá adoptarse al tiempo de decidir someterlas a un proceso arbitral.

Un ejemplo por demás elocuente se vincula al derecho de los consumidores, toda vez que por vía de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, se apuntó al tránsito de la vía arbitral para superar conflictos de consumidores con las empresas proveedoras de bienes o servicios, aspecto que se mantuvo con la reforma de la ley 26.631.

Ello surge del juego armónico de las previsiones de los arts. 41 y ss. de la ley y del art. 59, que propenden a la creación de ese sistema arbitral, más allá que se indica además en el art. 53 que los consumidores en caso de conflicto podrán acceder al proceso más abreviado que exista en cada jurisdicción, con lo cual ya surgen las primeras contradicciones de la propia normativa que consagra esa ley.

Sin perjuicio de ello, a nivel nacional se montó un sistema de arbitraje para consumidores, que fue seguido en la Ciudad de Buenos Aires, en donde existe otro de similares características, aunque limitado al ejido de esta Ciudad.

Sin embargo, con el dictado de la ley 26.993 se creó otro sistema, superpuesto con el anterior, que pretendió la creación de una justicia específica para consumidores, que contempla un mecanismo conciliatorio previo, aunque a nivel nacional no se perfeccionó el sistema judicial que la ley pretendía.

Pero una ley posterior, o sea la 26.994 que es la que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, contempló una restricción muy importante en materia de consumidores, pues en el art. 1651 inc. c) prohibió el arbitraje tanto para cuestiones vinculadas a usuarios como para consumidores, lo cual genera más dudas que certezas, no solo para consumidores, sino inclusive para las empresas proveedoras de bienes o servicios en atención al sistema que se venía utilizando, pues todo está vigente y se mantiene en pie.

Por lo visto la inconsecuencia del legislador parte de no entender apropiada la vía arbitral para resolver conflictos de usuarios y consumidores, contrariamente a los derechos que se involucran, pues se presume que los debe sumergir dentro de normas que resultarían indisponibles. La explicación o interpretación de esto es harto dificultosa, sino imposible.

## II.-

A partir de esta nueva realidad, la pregunta que surge sería conocer las razones que llevaron al legislador a superponer y restringir el desarrollo de la vía arbitral para ese tipo de conflictos.

Si ello obedece a un impedimento que se vincula al orden público, para restringir así el acceso a la vía arbitral a un consumidor, o de un reemplazo de sistema de resolución de conflictos, en cuyo caso la cuestión que aparece sería

conocer la razón que viene en apoyo de esa decisión del legislador, pues cabe inferir que se estarían considerando como indisponibles los derechos que involucran tanto a usuarios como consumidores.

No solo los antecedentes señalados convocan a esa reflexión, sino además razones de orden práctico, pues exponen al consumidor, más que protegerlo, que es lo que se debería perseguir, si lo que se ha tenido en cuenta radica en la desproporción isonómica que se genera frente a quien resultó su proveedor, para aventar así riesgos que lesionen su derecho a la jurisdicción.

Ello en razón de que fracasada una gestión conciliatoria en los términos que contempla la ley 26.993, al consumidor solo le queda iniciar un proceso de conocimiento sumarísimo, para poder resolver el conflicto que se le hubiera presentado.

Pero conforme lo normado por el art. 321 del Código Procesal cuya última actualización es a través de la ley 25.488 del año 2001, se dispone en su primer inciso, que tramitarán por vía de proceso sumarísimo aquellas cuestiones cuyo monto no superen los cinco mil pesos (\$ 5.000.-), con lo cual la restricción invita a reflexionar sobre la necesidad de la actualización que se impone o de la conveniencia de transitar una reforma sustancial que habilite otras vías de reclamación distinta a la judicial.

¿Es conveniente la judicialización de conflictos de ésta índole? Como se puede apreciar de lo expuesto, esa es la vía que la ley impone, y el tránsito por otras ha sido lisa y llanamente cercenado.

De tal forma la modificación en el sistema de justicia se hace imprescindible, no solo para advertir la necesidad de transitar nuevas vías de composición de conflictos, dejando de lado la ortodoxia existente, sino porque además desde la óptica legal el Código Procesal actualiza periódicamente el monto de inapelabilidad que contempla el art. 242 que en la actualidad asciende a \$ 700.000.-

Con lo cual, la compra de un simple artefacto hogareño que presente inconvenientes al consumidor, no solo puede superar aquel monto de inapelabilidad, sino además va de suyo que resulta irrisorio el límite que contempla el art. 321 del CPCCN que no fue actualizado, con lo cual solo quedaría la vía ordinaria para tramitar un reclamo por ejemplo que involucre un conflicto de \$750.000.-

Este laberinto lleva a cuestionarse si el legislador brega por la protección del consumidor o por el contrario, tal vez con un sesgo ideologizado, ha pretendido descalificar al arbitraje como vía adecuada para resolver los conflictos de usuarios y consumidores, y pretendió “protegerlos” bajo el paraguas de la jurisdicción judicial.

Por lo que se lleva señalado es evidente, que para todo lo actuado se ha omitido tener en cuenta la legislación proteccionista que contempla el propio Código Civil y Comercial de la Nación en favor de los consumidores, incluyendo la interpretación que deberá adoptarse frente a los contratos de adhesión a los que pueden verse sujetos.

### III.-

Por lo tanto, aparece en escena la noción de orden público, que por su vaguedad puede ser utilizada de cualquier manera para adaptarla a las necesidades del caso que se trate.

En el ámbito arbitral existen tres franjas claramente diferenciadas, que tienen que ver con la posibilidad de someter un conflicto a arbitraje o no. Para ello, es imprescindible partir de la base que para poder hacerlo siempre tiene que existir materia arbitrable.

La hay cuando los derechos que estén involucrados en el conflicto sean disponibles para las partes. Los derechos son disponibles cuando son susceptibles de ser objeto de transacción. Así lo señala expresamente el art. 737 del Código Procesal, aspecto que replica el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1644, 1649, 1652).

Por lo tanto, existe una primera franja que resulta mayoritaria, pues prácticamente todos los derechos son disponibles para las partes, en donde el arbitraje es susceptible de desarrollarse.

En el otro extremo existen los derechos que no pueden ser sometidos a arbitraje, pues resultan indisponibles en razón de que existe un compromiso del orden público que los afecta. En tal sentido dispone textualmente el art. 1644 del CCCN que: “no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables”.

Con lo cual tenemos un segundo ámbito claramente demarcado. En el primero el arbitraje es viable, en el segundo el arbitraje está prohibido.

Finalmente existe un tercer ámbito en donde el arbitraje resulta obligatorio, también llamado forzoso o legal, en donde la ley es la que impone su tránsito a los fines de dirimir conflictos.

Sirva como ejemplo lo normado por el art. 1157 del CCCN, o las regulaciones que en materia societaria impone la Inspección General de Justicia para que en ese ámbito los conflictos sean resueltos por vía arbitral, o bien las previsiones del art. 6 de la ley de propiedad intelectual 11.723, o el art. 5 de la ley 17.418 de seguros, o las previsiones de la ley 26.831 de mercado de capitales, que brinda una opción a favor del socio minoritario en un oferta pública de opciones.

Con lo cual quedan delimitadas las tres esferas o ámbitos que marcan un límite para el desarrollo, o la prohibición, o bien la necesidad de someter una cuestión a la vía arbitral para su resolución.

Como se puede inferir a partir de lo informado al comienzo, el tema vinculado a usuarios y consumidores, puede considerarse en una situación límbica que no encuentra asidero o justificación razonable de ningún tipo en virtud de la maraña normativa que se creó.

#### IV.-

Con lo cual si bien la noción del orden público siempre lleva a un concepto jurídico indeterminado, de contornos indefinidos, por su propia vaguedad, su interpretación corresponderá formularla teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se lo considera o se lo analiza.

No resulta difícil interpretar básicamente que cuando se alude al orden público, se hace referencia a aquello que excede el interés individual y compromete el general o colectivo, o público dentro de una sociedad, por lo tanto, partiendo de esta premisa en el ámbito jurídico, y más específicamente aún dentro del arbitraje, corresponderá entender al orden público como aquel que afecta la noción del derecho a la jurisdicción que tiene todo justiciable.

Noción que en sentido amplio involucra la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional, sea público o privado, como asimismo la posibilidad de acceder al desarrollo del debido proceso legal, que permita un adecuado ejercicio del derecho de defensa en los términos que contempla el art. 18 de la Constitución Nacional.

Dentro del ámbito jurídico corresponderá apreciar este tipo de eventuales alteraciones, que importen una violación del orden público, a la luz de las circunstancias que sean objeto de tratamiento en particular, más allá de la normativa que específicamente lo contemple, o que resulte indisponible para las partes.

Ello importará la identificación del espacio dentro del cual se puede desarrollar un proceso arbitral, como asimismo de los contornos en los que se desenvolverá, y la forma en que concluyó, para conocer así si existe un pronunciamiento jurisdiccionalmente válido susceptible de ser ejecutado.

Esto permite advertir que, conforme nuestro ordenamiento adjetivo, una decisión adoptada por un órgano jurisdiccional privado, como es un tribunal arbitral, es susceptible de ser convalidada en cuanto a su legitimidad pues

queda a resguardo el orden público involucrado, al habilitar la normativa procesal su eventual impugnación por vía de nulidad, sea por acción o por recurso.

Para ello, esas vías impugnativas hacen que, tanto el recurso de nulidad como la acción de nulidad, tengan causales propias que permiten la descalificación de un pronunciamiento por su ilegalidad.

Esta es la distinción que cuadra realizar con el recurso de apelación, generalmente renunciado en los procesos arbitrales, ya que su origen es legal, y por ende disponible, por oposición a la nulidad que encuentra sustento constitucional, pues apunta a la ilegalidad del pronunciamiento, de ahí que se persiga su rescisión, esto es la posibilidad de casar el pronunciamiento para dejarlo sin efecto por resultar nulo y no simplemente su revisión para analizar su mayor o menor injusticia.

Del mismo modo nuestra legislación resguarda el orden público, para evitar su alteración, al comenzar el eventual arbitraje en caso de que una de las partes no reconozca la jurisdicción que se atribuye el tribunal, o incluso la forma de su integración, y no lo considere competente, como asimismo al final, no solo con el planteo de la eventual nulidad del laudo, sino con su ejecución, tal como lo contempla la Convención de Nueva York para laudos que afecten nuestro orden público.

Con lo cual, es sencillo advertir que el orden público queda debidamente resguardado a través del desarrollo de un proceso arbitral, pues el sistema está preparado para contener cualquier desborde que se pudiera generar, lo que

hace mucho más complicado poder interpretar al legislador cuando introdujo en el art. 1651 la restricción señalada en materia de usuarios y consumidores.