

EL ACUERDO DE ARBITRAJE COMO CLÁUSULA ABUSIVA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

1 Introducción.

El derecho de protección al consumidor tiene por fundamento equilibrar la posición jurídica del primero frente al proveedor habitual de un bien o servicio, quien al menos teóricamente, tiene una mayor poder negociación y de imposición de los términos del contrato. El contrato de consumo generalmente tiene el carácter de adhesión, y en tal condición puede contener o no cláusulas abusivas.

De este modo el Estado, por medio de la legislación, procura brindar protección al consumidor, ya que razones de orden público económico le obligarían a intervenir en una relación entre privados, mejorando las condiciones de base del consumidor no comerciante (o no especializado), tal como lo hace, por ejemplo, con las relaciones laborales.

Aunque la autonomía de la voluntad se mantiene vigente, ella se limita por el legislador, prohibiendo la imposición de ciertas cláusulas que, por definición, plantean un desequilibrio manifiesto en las relaciones entre el consumidor y el proveedor comerciante de bienes o servicios.

Resulta por tanto pertinente si estas razones de orden público prohíben el arbitraje como método de solución de controversias entre el consumidor y el comerciante, ya que le imponen al primero, mediante cláusulas predispuestas, procurarse justicia de una manera más gravosa que la que le hubiera correspondido en ausencia de una cláusula compromisoria. Yendo más lejos, cabe preguntarse si el laudo o sentencia arbitral podría considerarse

nulo, por atentar contra el orden público, ya que versaría sobre materias inarbitrables, como lo serían las materias de derecho del consumo.

Lo cierto es que las soluciones legales y también jurisprudenciales son disímiles en el mundo. Así algunas legislaciones prohíben o limitan el arbitraje, cuando éste ha sido impuesto con anterioridad por una de las partes, mientras que hay otras que lo permiten, pero aplicando a la vez criterios correctivos, caso a caso. Finalmente, otras van más lejos, estableciendo, en ciertas situaciones particulares, como obligatorio el arbitraje.

1.1 Delimitación general del concepto de orden público.

Creo no equivocarme al decir que el concepto de orden público es uno de los más invocados por autores y practicantes como limitación a la autonomía de la voluntad. El orden público sirve de parámetro de calificación de una norma, como contraria o conforme a aquél, derivando de ello su aplicación o no. DíEZ-PICAZO expresa, reconociendo la dificultad que conlleva conceptualizarlo, que « para un importante sector de la doctrina, el orden público es siempre una limitación de la genérica libertad, que por regla general se entiende que deben gozar los particulares, y por ende la frontera de esta libertad con la actuación de los poderes públicos ».¹ Se trata de normas que no pueden ser derogadas por los particulares, por interesar a la comunidad toda; por cuanto « inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado ».²

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2002). Máster en Derecho, con especialidad en litigios, arbitraje y métodos de solución de controversias por la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Actualmente es socio del estudio Bordachar, Alvear, Meneses, Montes & Cía. (Santiago de Chile) y coordinador para América Latina del Foro de Jóvenes Árbitros de la Cámara de Comercio Internacional (ICC YAF), para el periodo 2011-2014. Es profesor de pre y post grado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde además es coordinador académico de su programa de Arbitraje y solución de controversias.

1. DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo I, p. 53.

2. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, p. 483.

Pero más allá de ello, aún no podemos dotar a este concepto de contenido. No son pocos los autores que, ante la imposibilidad de concretar una definición para el orden público, recuerdan la analogía hecha por un juez inglés en el caso *Richardson v. Mellish*, que lo califica como « un potro indomable, que una vez que se logra montar, no se sabe a dónde lo llevará. Podría conducirlo lejos del buen derecho. Nunca es argumentado, sino cuando los demás puntos fallan ».³

Las normas de orden público pueden tener un objetivo diverso, como la consecución de objetivos sociales o económicos, así como también por ejemplo, el resguardo de partes más débiles, como ocurre con las disposiciones de protección en el derecho del trabajo y en la protección de los consumidores.

1.2 La protección del consumidor como norma de orden público y la prohibición de cláusulas abusivas.

Aunque hemos advertido que dentro de los objetivos de las normas de orden público puede estar la protección de las partes más débiles de un contrato, como en las relaciones contractuales laborales y las de consumo, no toda norma de protección al consumidor es de orden público, ya que entre ellas podría haber derechos renunciables. En lo esencial se trata de relaciones entre privados y, aunque sea la parte más débil en la relación, el consumidor no es por ello jurídicamente incapaz. En otras palabras, el Estado, a través de las normas de orden público, sólo puede entrar a corregir situaciones de manifiesto desequilibrio, que provocan en el consumidor una posición de desprotección o inequidad en la carga de las obligaciones o derechos correlativos.

La mayor expresión de la consideración del orden público en los contratos de adhesión se da en la prohibición de las cláusulas abusivas. Ello deriva como consecuencia lógica de dos principios generales del derecho: la buena fe y la doctrina del abuso del derecho. El legislador reconoce el derecho y la facultad que tienen los proveedores de bienes y servicios para establecer anticipadamente las condiciones de contratación, dada su masividad, a través de contratos de adhesión. Pero esta prerrogativa no puede ser en perjuicio de su

co-contratante, ya que sería un abuso del derecho. « [E]xiste abuso del derecho cuando una persona, que es titular de una prerrogativa reconocida por la ley o por un contrato, la ejerce con la finalidad de causar daño a otra, o con un objetivo diferente a la que dicha facultad tiene por esencia ».⁴ La ley admite la contratación mediante términos predispuestos, pero a la vez la limita, en cuanto imposibilita al proveedor a fijar condiciones que puedan desviar el objetivo final de la norma, afectando derechos de terceros.

En términos generales, la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato de consumo es contraria al orden público, ya que « confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes ».⁵ Algunos ordenamientos jurídicos han optado por enumerar las cláusulas que tienen tal carácter, mientras que hay otros que prefieren fijar una suerte de tipo genérico descriptivo de conducta abusiva.

Por ejemplo, la Directiva Europea 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en su artículo 3.1 establece que « las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato ».

Siendo así, corresponde analizar la validez de un acuerdo de arbitraje, contenido en un contrato de adhesión, enfrentada al orden público. Para ello será necesario plantearnos la cuestión en su consideración como cláusula abusiva, de lo que derivaría su invalidez por atentar contra éste, o alternativamente, por el hecho de estar prohibida su inclusión en los contratos de consumo.

Quiero desde ya dejar en claro que no me estoy refiriendo a aquellos sistemas donde se tiene implementado un sistema de resolución de conflictos especial, que en no pocos casos se le llama arbitraje de consumo, al que proveedor y consumidor están obligados a recurrir en caso de diferencias. A mi juicio, por mucho que se les denomine como arbitraje, en la esencia estos órganos o tribunales no tienen el carácter de

3. "Public policy –it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail". BURROUGHS, J., en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229 (1824), pg. 303).

4. RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, pp. 32-33.

5. PIZARRO WILSON, Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, p. 11. Disponible en: http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos_pizarro/Clausulas%20abusivas.pdf. Última consulta: 23 de julio de 2014.

tales, ya que les falta el carácter voluntario en su constitución. En mi opinión, no pasarían de ser una jurisdicción especial o un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales, pero no podemos calificarlas de arbitraje.

2 La convención de arbitraje considerada como cláusula abusiva: soluciones legales y jurisprudenciales.

El anexo q) de la Directiva Europea 93/13/CEE ejemplifica entre las posibles cláusulas abusivas aquellas 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 [...] ».

Siguiendo esta definición, podríamos establecer que en la legislación comunitaria no está prohibido pactar arbitraje en el marco de un contrato de consumo, si cumple con las exigencias que la misma disposición ha definido. En otras palabras, se admite la solución del arbitraje si esta opción no significa ni supresión ni obstáculo al acceso a la justicia por parte del consumidor. Lo sería, por ejemplo, si se pacta arbitraje y el solo requerimiento del árbitro supone un costo mayor que la cuantía involucrada, o si se imponen requisitos previos de admisibilidad que dificulten al consumidor obtener una resolución jurisdiccional, sea judicial o arbitral. La solución me parece coherente con la garantía fijada en el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos,⁶ cuyo texto es similar al de nuestro artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Calificar de abusiva o no una cláusula arbitral —y por tanto, de contraria al orden público—, va a tener importantes efectos, no sólo en un vínculo contractual puramente doméstico, sino también en aquellas relaciones de consumo de carácter transnacional. Día a día se hacen más comunes las transacciones electrónicas, con proveedores y consumidores situados en distintos puntos del orbe, lo que complejiza la resolución de eventuales controversias, más allá de lo que los « términos y condiciones » de un determinado proveedor puedan disponer. Bajo ese esquema no sería extraño encontrarnos en un escenario de una derivación de la solución de controversias

por medio de un arbitraje internacional, siendo el resultado de ese proceso, un laudo extranjero. Para ejecutar esta sentencia debería aplicarse la Convención de Nueva York de 1958.

Cabe preguntarse entonces si los tribunales de la ejecución podrían, conociendo de este exequátur, aplicar algunas de las disposiciones del artículo V de la Convención, alegando que la derivación del consumidor al arbitraje significa una violación del orden público. Como se ve, los límites de la arbitrabilidad de las relaciones de consumo son difusos, y habrá que calificarlas caso a caso.

Ya he expresado que no es posible asimilar de manera genérica un acuerdo de arbitraje contenido en un contrato de adhesión, a una cláusula abusiva. De hecho, las soluciones legales son diversas enfrentadas a la cuestión. Algunos prohíben la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos, otros las validan, en la medida que cumplan con ciertas condiciones, tales como una cuantía mínima de la controversia, se estipule la posibilidad de recurrir alternativamente a la jurisdicción común o recusar sin expresión de causa al árbitro, entre otras opciones.

2.1 La aceptación de los acuerdos de arbitraje en los contratos de consumo en Chile.

La Ley de protección de derechos del consumidor chilena (N.º 19.496) trata en su artículo 16 las cláusulas abusivas. Y lo hace por medio de la ejemplificación de algunos casos. No obstante ello, en su literal g) contiene una definición general, muy similar a la que he citado anteriormente de la Directiva Europea: « No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. [...] ».

A pesar de no calificar directamente la convención de arbitraje como una cláusula abusiva, la misma disposición, en sus dos últimos incisos, hace referencia a aquella. Para tales efectos, y de manera indirecta, considera la posibilidad de

6. En lo que nos interesa, el Convenio expresa que « Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella ».

pactar arbitraje, al dar derecho al consumidor a recusar, sin necesidad de expresión de causa, al árbitro que hubiere sido designado en el contrato de adhesión,⁷ pudiendo requerir su designación al juez letrado competente. Mal podría recusar si las cláusulas arbitrales no fueran permitidas.

Junto con ello, la norma deja siempre el derecho del consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente, que en el caso de Chile es, para los procesos de protección del consumidor, el Juzgado de Policía Local.

Ahora bien, a mi juicio ello no obsta a que una cláusula arbitral pueda ser calificada como abusiva, al tenor de la provisión genérica de la letra g) del citado artículo 16. Estimo que la protección al consumidor no sólo debe ser anterior al acaecimiento de un hecho que amerite la designación de un árbitro, sino que antes, durante y después del proceso arbitral a que dé lugar el reclamo, aun cuando siempre deje a salvo la facultad de ocurrir a la justicia ordinaria. El carácter cautelar de estas normas debe alcanzar tanto aquellos que optaron por la justicia ordinaria, como a los consumidores que entraron a un arbitraje, ya que se debe asegurar a todos la garantía del debido proceso.

Pongo, por ejemplo, el caso de las bases de la promoción de una conocida compañía de tarjetas de crédito. Las bases en una promoción se asimilan a las condiciones generales, propias de un contrato de adhesión. Esta compañía habilitó una aplicación para teléfonos móviles que permitía localizar comercios que ofrecieran descuentos a sus clientes. Así en el caso que comentamos se expresa « 11) *Cualquier dificultad relacionada directa e indirectamente con estas Bases que no pudiera ser resuelta por las Partes, será única y exclusivamente sometida al conocimiento y fallo de un árbitro arbitrador o amigable componedor, quien decidirá en única instancia, sin forma de juicio, ni ulterior recurso, renunciando desde ya los tarjetahabientes a todo recurso. La persona del arbitrador o amigable componedor será designado por [la compañía emisora de tarjetas]. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del tarjetahabiente de ejercer los derechos legales que le correspondan* ». La primera parte de esta cláusula me parece

perfectamente válida, pero el problema viene después, por cuanto deja únicamente al proveedor la carga de la designación del árbitro. Se obliga, entonces, al consumidor a someterse a la decisión de un tribunal que ha sido designado por una de las partes, en perjuicio de la otra. Ello pone en serio riesgo la constitución de un tribunal independiente e imparcial e infringe la norma general que prohíbe al proveedor designar al árbitro. Claro está, la norma se refiere a la designación previa, en el contrato, de la persona que resolverá el conflicto. Acá en cambio, se reserva el proveedor ese derecho para una instancia posterior.

A mayor abundamiento, la cláusula que le sigue en las referidas bases señala que: « 12) *En el evento de reclamos de tarjetahabientes respecto a esta promoción, previo al conocimiento del árbitro, el reclamo deberá ser presentado por escrito y dirigido a [la compañía emisora de tarjetas]. Si tras la respuesta de [la compañía emisora de tarjetas] se mantiene el reclamo, la diferencia será sometida al conocimiento del árbitro respectivo* ». Me parece que aquí hay una segunda expresión de una cláusula abusiva, al fijar como requisito previo al ejercicio de la acción del consumidor, la presentación de un reclamo y que se exija además la respuesta del proveedor, para lo cual éste no tiene plazo alguno.

La lectura de estas dos cláusulas parece ser consistente con las provisiones específicas del legislador en cuanto habilitan a recurrir al arbitraje, pero no así con la norma general de la letra g) del artículo 16 de la Ley de protección al consumidor. En efecto, hay un desequilibrio evidente en la posición jurídica, principalmente en el derecho de acción, de parte del consumidor.

Fuera de ello, es preciso hacer presente que una reciente reforma a la legislación del consumidor chilena introdujo una forma especial de arbitraje de consumo, destinado a resolver controversias derivadas de la prestación de servicios financieros. De esta manera se estableció un proceso ante mediadores y árbitros financieros, que tiene por objeto resolver « quejas o reclamaciones, en el caso de que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o

7. Cabe hacer presente que en el derecho chileno este tipo de acuerdos de arbitraje, en que previamente se ha designado a la persona del árbitro recibe el nombre de compromiso. Esto es una diferencia con la inmensa mayoría de los ordenamientos, que hace la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, a partir de un criterio temporal frente a la ocurrencia del conflicto llamado a ser resuelto por el árbitro. En el primer caso —cláusula compromisoria—, hay un acuerdo previo a la existencia de un conflicto, mientras que en el compromiso, éste ya ha surgido. Con todo, esta distinción entre las dos formas de convención ha comenzado a ser superada por el concepto genérico de acuerdo de arbitraje, usado en los sistemas inspirados en la Ley modelo CNUDMI.

servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión [...] ». La aplicación efectiva de esta forma de resolución de controversias está condicionada a, primeramente, la existencia de una cláusula en el contrato de servicios financieros que se remita al mediador o árbitro financieros, y al requerimiento del propio consumidor, quien igualmente tiene a salvo su acción para recurrir a la justicia ordinaria, si así lo prefiere.

2.2 La distinción territorial en la relación de consumo del derecho francés.

El caso francés es bien particular, pues hace una distinción entre contratos de adhesión de carácter interno e internacionales, y por consecuencia, la validez del acuerdo de arbitraje contenido en ellos dependerá en uno u otro caso. Todo ello deriva del artículo 2061 del Código Civil francés, que presume la validez de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados en el contexto de una actividad profesional. Ergo, no será válida en los contratos que no tengan tal carácter.

La legislación de consumo regula precisamente aquellos casos en que hay, por una parte, un proveedor de bienes y servicios con carácter profesional, y por la otra, un consumidor que no tiene tal condición. Por otro lado, la determinación de una cláusula abusiva está dada, en su contenido, por el artículo L.132 del Código del consumo francés, que replica en gran medida la definición genérica de la Directiva Europea.

« A pesar de que en principio, el pacto arbitral no puede ser en sí mismo abusivo, ya que su objeto es neutro, tratándose de una cláusula procesal, las modalidades que precisan el recurso al arbitraje pueden crear un desequilibrio significativo en el acceso al Tribunal arbitral ».⁸ Pero en lo concreto, en su parte reglamentaria, el Código precisa que en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, se presumen abusivas las cláusulas que tengan por objeto o como efecto « suprimir o entorpecer el ejercicio de acciones judiciales o recursos judiciales en perjuicio del consumidor, especialmente que lo obliguen a recurrir exclusivamente a una jurisdicción arbitral no cubierta por las disposiciones legales o de pasar exclusivamente por un método alternativo de resolución de conflictos » (art. R. 132-2 N.º 10).

En términos generales, aun en ausencia de esta norma específica, podríamos decir que en el contexto de una relación de consumo interna, dado que se trata de un contrato entre un no profesional y un profesional, no podría pactarse arbitraje. Y sólo en el caso que la relación de consumo tenga carácter internacional, el árbitro, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, verificará si el acuerdo de arbitraje cumple los parámetros de los artículos L.132-1 y R.132-2 del Código del Consumo. Esta es una doctrina ya asentada en la jurisprudencia francesa, pero no por ello exenta de críticas, ya que podría derivar, en el caso de contratos de consumo con carácter internacional, en supuestos de denegación de justicia, o tener implicancias prácticas, como que al momento de pretenderse ejecutar el laudo que se dicte con ocasión de este arbitraje, se discuta su conformidad al orden público, grupo de normas en el que se suele insertar a las reglas de protección del consumidor, dado su carácter protector de la parte más débil. « Es incoherente e inútil dirigir a las partes al arbitraje para luego tomar el riesgo de que los árbitros se declaren incompetentes o que el laudo sea anulado por los jueces estatales por incompetencia del Tribunal arbitral con motivo del carácter abusivo de la cláusula compromisoria o de la violación del art. 6º1 de la [Convención Europea de Derechos Humanos] ».⁹

2.3 El control judicial del laudo del arbitraje de consumo por los jueces estatales en España. La protección y defensa de los derechos de los consumidores tiene, en España, carácter constitucional. El art. 51.1 de la Constitución española de 1978 al disponer que « [l]os poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos », determina una directriz general de comportamiento tanto del legislador, como de los órganos públicos. Coherentemente, la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU) española dispuso un « sistema extrajudicial 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

8. DE FONTMICHÉL, Maximin. *Nota a sentencia de 12 de mayo de 2010, Corte de Casación, Sala 1.ª Civil*. En: Revista del Club Español del Arbitraje, N.º 10, 2011, p. 124.

9. DE FONTMICHÉL, Maximin. *Op. Cit.*, pp. 124-125

muerte y existan indicios racionales de delito » (art. 57(1)). Como consecuencia de él, la junta arbitral de consumo designa al órgano arbitral, que decidirá la controversia.

La sumisión al sistema arbitral de consumo establecido por el legislador español tiene el carácter de voluntario, y cualquier otro convenio o acuerdo arbitral que involucre a consumidores será nulo, si no se han pactado con posterioridad al surgimiento del conflicto material o controversia entre las partes o, en su defecto, si no se ha sometido a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico.

Fuera de este particular sistema, habría que verificar si igualmente podría, una cláusula arbitral que cumpla con las condiciones excepcionales fijadas en el texto de la LGDCU puede eventualmente ser considerada como abusiva. En concreto dos casos nos parecen interesantes de traer a este estudio, pues determinan las facultades de los jueces estatales —y no los árbitros— para apreciar la cuestión. Resulta esencial a este respecto la integración normativa entre la legislación comunitaria y la local, ya que la primera pasa a formar parte de la segunda, haciendo obligatorias sus disposiciones a la jurisdicción nacional. En ambas decisiones ha sido el Tribunal de Justicia Europeo el que ha dirimido la cuestión.

El primer fallo se dicta con ocasión de un arbitraje que enfrentó a doña María Mostaza Claro, quien tenía un contrato de abono a una línea de teléfono móvil con Centrum Móvil. Éste contenía una cláusula compromisoria que remitía a las partes, en caso de conflictos, a arbitraje ante la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. La señora Mostaza Claro no respetó el período mínimo de abono, por lo que el proveedor inició el correspondiente proceso arbitral. La señora Mostaza contestó las alegaciones de fondo, pero no se pronunció sobre la eventual nulidad de la cláusula de arbitraje ni la calificó de abusiva. Se dictó laudo, condenándola. Sin embargo, ésta recurrió de nulidad del laudo, conforme a la Ley de arbitraje española N.º 60/2003, fundándose en que el carácter abusivo de la cláusula, implicaba su nulidad.

Conociendo de dicho recurso de nulidad, la Audiencia Provincial de Madrid suspende el

procedimiento y eleva la consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Fue así como de 26 de octubre de 2006, el Tribunal comunitario estableció que « un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación ».¹⁰

En el caso recién descrito sólo se alegó la nulidad de la cláusula al momento de pedirse la nulidad del laudo arbitral dictado en el procedimiento al cual dio origen el acuerdo de arbitraje, fundando aquélla en su carácter abusivo. Bien podría haberse señalado que al contestar la cuestión de fondo, el consumidor validó la jurisdicción arbitral. Sin embargo, la condición de orden público del acuerdo se sobrepone a una eventual validación *ex post*, por parte del consumidor.

¿Pero qué ocurre en el control que toca, de acuerdo a las normas generales, al juez de la ejecución? Tenemos un laudo dictado, que no ha sido impugnado por la vía de nulidad. En tal caso la sentencia arbitral se encuentra firme y por tanto tiene efecto de cosa juzgada. ¿Podría el juez declarar de oficio la nulidad de la cláusula arbitral? Podemos encontrar una respuesta a estas interrogantes en otra decisión del Tribunal de Justicia Europeo, recaída con ocasión de un exequátur de una sentencia arbitral. En ese caso el consumidor se mantuvo en total pasividad procesal y no participó en ninguna de las instancias del juicio. Se falló entonces que « un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está

10. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, caso María Mostaza Claro / Centrum Movil Milenium S.L., N.º C-168/05, de 26 de octubre de 2006.

vinculado por la citada cláusula ».¹¹

Los dos casos descritos tenían elementos en común, tales como la cuantía del proceso era considerablemente menor a los gastos de desplazamiento del consumidor, lo que hacía gravosa la participación de éste en su defensa.

3 Conclusiones.

Del examen de los casos expuestos es posible inferir que, en principio, el acuerdo de arbitraje contenido en los contratos de consumo es válido, en la medida que no sometan, exclusivamente, al consumidor a la jurisdicción arbitral. Por otro lado resulta imperioso que se garantice a éste el acceso a la justicia, de tal manera que si el acuerdo de arbitraje termina por entorpecer o impedir el derecho del consumidor a demandar en juicio, será una cláusula abusiva, por un existir desequilibrio evidente entre los derechos del consumidor y de los proveedores. Ello puede ocurrir en razón de que se hace excesivamente oneroso, en relación a la cuantía final del litigio, se imponen trabas de acceso, como el requerimiento de informes técnicos previos, o la formulación de reclamos, o porque se entrega la designación del árbitro al proveedor, entre muchas otras causas.

El control será, entonces, caso a caso, ponderando las individuales circunstancias que rodean la relación jurídica contractual y procesal, pero de manera previa, y no, como ocurre en el caso francés, de contratos con carácter internacional, donde el control es ex post, perdiéndose el objetivo funcional de la prohibición de las cláusulas abusivas.

11. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, caso Asturcom Telecomunicaciones, S.L. / Cristina Rodríguez Nogueira, N.º C-40/08, de 6 de octubre de 2009.