

-XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal -

El arbitraje de clase y la reforma al Código Civil: algunos elementos a considerar para su implementación.

Autor: Augusto Martinelli¹.

Dirección Postal: 44 nro. 1111 Piso 4 Depto. B (1900), La Plata, Pcia. De Buenos Aires

Tel.: (0221) 6165905.

Correo Electrónico: augustomartinelllic@gmail.com

Fecha de nacimiento: 03/03/1989.

Solicito se incorpore la presente al concurso de Jóvenes Ponentes.

Aclaraciones previas.

El trabajo que aquí se presenta se enmarca dentro de la consigna propuesta por la Comisión 1 Derecho Procesal Civil y Comercial: *Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos.*

índice.

-I- Abstract; **-II-** El Código Civil y Comercial unificado: implicancias procesales en materia colectiva; **-III-** Antecedentes en el derecho comparado: Camino hacia la impunidad; **-IV-** El contexto argentino: Una defensa que queda a mitad de camino; **-V-** Conclusiones finales.

¹ Abogado de la matrícula; Maestrando en Derecho Procesal por la *Universidad Nacional de La Plata*. El trabajo que aquí se presenta forma parte de una de las hipótesis que me propongo afirmar en la tesis a defender para obtener el título de Magister.

-I-

Abstract.

El nuevo Código Civil y Comercial elimina la posibilidad de resolver a través del arbitraje aquellos conflictos vinculados a contratos de adhesión y derechos de usuarios y consumidores. Esta prohibición pareciera ser un paso estratégicamente pensado a los efectos de asegurar dos cuestiones. La primera, desde un aspecto procesal, reafirmar al proceso colectivo como herramienta idónea para defender derechos individuales homogéneos². En un segundo plano, la imposibilidad de recurrir al arbitraje para resolver este tipo de conflictos protege a la parte más débil del contrato, logrando que en caso de existir una actitud lesiva de la parte más poderosa, ésta no termine impune. Aún así, ésta protección queda a mitad de camino dado que el arbitraje de clase³ es una herramienta eficaz para defender derechos individuales homogéneos.

-II-

**El Código Civil y Comercial unificado:
implicancias procesales en materia colectiva.**

Es sabido que en los contratos de adhesión no median fuerzas equivalentes entre las partes para acordar sobre aquellas cláusulas que serán incorporadas. Esto implica que la parte más aventajada en la relación será quien imponga las condicio-

² Utilizaré como definición de ésta categoría a la ofrecida por el cimero tribunal nacional en Halabi: “...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”, HALABI, Ernesto c/ PEN, consid. 12 de la mayoría.

³ El arbitraje de clase es un proceso de similares características a la acción de clase que se desarrolla en el ámbito judicial, aunque con algunas diferencias. Para más información ver STRONG, Stacie, I., “Does Class Arbitration “Change the Nature” of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles”, 17 Harvard Negotiation Law Review, pp. 5.

nes sin la intervención de la otra. Entonces, si tenemos en cuenta que los contratos de adhesión naturalmente implican la formalización del mismo acuerdo por una gran cantidad de veces, podríamos afirmar que, desde el aspecto colectivo, la violación que pudiere hacer el más poderoso sobre las bases de tal acuerdo será la causa fáctico/jurídica que justifique la resolución del conflicto a través de un proceso colectivo, dado que se habrían afectado derechos de incidencia colectiva, específicamente, derechos individuales homogéneos⁴.

Con la reforma y unificación en el nuevo Código Civil y Comercial se elimina la posibilidad de resolver a través del arbitraje aquellos conflictos que pudieren surgir en los contratos de adhesión, haciendo lo mismo con las cuestiones vinculadas a usuarios y consumidores. Desde mi punto de vista, la prohibición que el nuevo Código incorpora busca adelantarse a un futuro conflicto teniendo en cuenta la reciente experiencia en Estados Unidos, territorio que por antonomasia ha sido referente en materia colectiva pero que, sin embargo, ha sido autor principal del importante retroceso en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, como así también en materia relativa a contratos de adhesión.

-III-

Antecedentes en el derecho comparado:

Camino hacia la impunidad.

⁴ Sostuvo la CSJN: “...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”; HALABI, Ernesto c/ PEN s/ Amparo, consid. 12 de la mayoría. Ver LORENZETTI, Ricardo L., “Justicia Colectiva”, Ed. RUBINZAL-CULZONI pp.11-24.; VERBIC, Francisco, “Procesos Colectivos”, Ed. ASTREA, p. 9-27.; SALGADO, José M., “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. RUBINZAL-CULZONI, p. 18.

Hace décadas que en los Estados Unidos las empresas de bienes y servicios comenzaron a exponer sus reparos frente a las acciones de clase, sosteniendo que la posibilidad de impulsar éste tipo de procesos era altamente riesgosa por la factibilidad de que se iniciaren procesos espurios al sólo efecto de obtener rápidos acuerdos transaccionales⁵. Consecuentemente, afirmaban que se veían obligadas a transar al sólo efecto de evitar perjuicios mayores ante posibles sentencias en su contra. No caben dudas de que las empresas buscaban maximizar sus ganancias en detrimento de los intereses de sus consumidores, intentando eliminar cualquier herramienta que aumentare el poder de éstos últimos al momento de litigar por sus derechos. En este sentido, la estrategia que se utilizó -de marcada tendencia procesal- fue incorporar paulatinamente en los contratos de adhesión cláusulas contractuales en donde las partes explícitamente renunciaban al impulso de acciones colectivas por cualquier conflicto que pudiese suscitarse en relación al contrato celebrado, prorrogando la jurisdicción hacia arbitrajes individuales⁶. Si bien en un comienzo se habilitó el desarrollo de arbitrajes de clase, poco a poco el criterio jurisprudencial fue mutando en favor de las empresas.

Hoy pareciera haberse consolidado una nueva tendencia que deniega la posibilidad de impulsar éste tipo de arbitrajes. Muy someramente desarrollaré la evolución jurisprudencial -o retroceso- que ha sufrido la temática en Norteamérica.

1. “*Keating v. Superior Court*”.

La Corte Suprema de Justicia de California reconoció la existencia de una nueva especie de arbitraje susceptible de agrupar en un solo proceso arbitral todos aquellos reclamos pertenecientes a un grupo de afectados por un mismo hecho fácti-

⁵ CHAMBLEE BURCH, Elizabeth, “*Securities Class Actions as Pragmatic Ex Post Regulation*”, 43 GA. L. REV. 63, pp. 74-76 (2008), cita tomada de STRONG, Stacie, I., “*Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*”, OXFORD, 1st. Edition, pp. 8.

⁶ “...Ud. renuncia al derecho de impulsar de forma colectiva a cualquier controversia o demanda en contra nuestra y nosotros renunciaremos al derecho de impulsar de forma colectiva cualquier controversia o reclamo en contra suyo...”. Este es un ejemplo de los tipos de cláusulas que las grandes empresas comenzaron a incorporar en sus contratos de adhesión. Ver RESNIK, Judith, “*Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*”, Yale Law Journal, pp. 2888.

co/jurídico. Sostuvo que incorporar cláusulas de prórroga de jurisdicción en los contratos de adhesión sería válido siempre y cuando no se utilice en miras a impedir el desarrollo de un futuro reclamo colectivo. El conflicto de fondo que se discutió en este caso se vincula con el poder que tiene la parte más aventajada de la relación de consumo, quien en realidad no busca resolver los distractos por medio del arbitraje por las bondades que éste ofrece, sino que su verdadera misión es bloquear por completo un proceso colectivo y obligar a cada afectado a incoar un reclamo arbitral para litigar por su acreencia, aún cuando la misma fuere de escaso valor económico (*small value claims*). A su vez, la corte dejó que los magistrados de tribunales inferiores decidieran la mejor solución para éste tipo de litigios, considerando que lo más conveniente sería la resolución del conflicto a través de un arbitraje colectivo. En esta primera etapa la suprema corte de California creó un nuevo remedio para la parte débil en un contrato de adhesión, reconociendo al arbitraje de clase como una opción válida cuando una cláusula arbitral bloquea la solución apropiada, es decir, a la acción de clase. La nota distintiva en la solución ofrecida, es que si bien el arbitraje de clase podría ser la solución, el poder judicial mantuvo su poder de decisión, aclarando que en cada caso particular el juez debería ordenar la solución del conflicto a través del arbitraje de clase. De ésta forma, el principio *competence-competence* que impera en materia arbitral fue explícitamente soslayado⁷.

2. “Bazze v. Green Tree Corp.”.

A partir de Keating, estados como Pennsylvania y Carolina del Sur comenzaron a expedirse sobre la resolución de este tipo de conflictos. El caso Bazze v. Green Tree Corp. se convirtió en el leading case del arbitraje de clase, al resolver acerca del poder de los jueces de decidir si determinado caso debiera ser resuelto a través del arbitraje colectivo. Lo trascendente de este caso fue que la Corte Suprema de Carolina del Sur entendió que eran los árbitros los facultados para decidir si era apropiado resolver determinado conflicto por medio del arbitraje de clase, aún a expensas de los miembros ausentes del debate. Pero ello no fue todo, ya que gracias a Bazze nació

⁷ ROJAS, Jorge A. “La cuestión de la competencia en el arbitraje”, disponible en <http://www.jorge-rojas.com.ar>, pp.4.

un criterio amplio el cual consideraba que para impulsar el arbitraje de clase el consentimiento podría ser explícito o no.

3.a “*Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*”.

En el 2009 la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió sosteniendo que si un acuerdo arbitral omitía hacer explícita la posibilidad de impulsar un arbitraje de clase, posteriormente no podría llevarse a cabo bajo el fundamento de que el mismo no se encontraba expresamente prohibido en el acuerdo. Pareciera que lo resuelto por la Corte no hizo más que generar dudas acerca de a quién le correspondería resolver si una cuestión es susceptible de resolverse a través de un arbitraje de clase o no. En efecto, la nueva regla pareciera ser que ante la duda, silencio o ambigüedad acerca del tratamiento colectivo en el arbitraje, corresponde a los jueces decidir por si o por no, retrocediendo varios escalones en el avance que venía obteniendo la materia arbitral en el aspecto colectivo.

3.b. “*AT&T Mobility v. Concepcion*”.

Una gran cantidad de clientes de AT&T aceptaron celulares que habían sido ofertados gratuitamente, enterándose luego que se les estaban cargando los costos de los mismos. Los afectados intentaron impulsar el reclamo a través de una acción de clase pero cada contrato de adhesión firmado por los clientes incluía una cláusula que expresamente prohibía resolver cualquier conflicto a través del arbitraje de clase, obligando a cada uno a resolverlo en un arbitraje bilateral.

La Corte Suprema estadounidense revocó lo que en instancias anteriores había sido confirmado, sosteniendo la primacía de una ley federal por sobre una estatal y, en consecuencia, admitiendo la validez de aquellas cláusulas contractuales insertas en contratos de adhesión donde expresamente se renunciara al impulso de acciones de clase para la defensa de aquellos derechos.

De ésta forma, lamentablemente pareciera consolidarse el criterio que permite a las grandes empresas incorporar cláusulas en sus contratos de adhesión donde se elimine de plano la posibilidad de accionar colectivamente. Esto implica un grave retroceso ya que en los casos de escasa cuantía la herramienta colectiva justamente

es la única idónea para evitar la impunidad de aquel que cometió el accionar ilícito⁸, aún cuando el dinero recuperado no retorne de forma directa a las manos de los afectados sino indirectamente, por ejemplo, a través de fondos de recomposición⁹.

-IV-

El contexto argentino:

Una defensa que queda a mitad de camino.

En base al escenario descripto, entiendo que éste es el motivo por el cual nuestro nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1651 elimina de plano la opción de resolver a través del arbitraje los conflictos vinculados a contratos de adhesión y derechos de usuarios y consumidores. De ésta forma la ley de fondo protege al más débil frente a aquellas incorporaciones contractuales que pudieren realizar las empresas con claras intenciones de impedir el desarrollo de procesos colectivos y así, garantizar su impunidad en aquellos reclamos de escasa cuantía en los cuales un litigio individual no se encuentre plenamente justificado. A su vez, de una forma un tanto más indirecta, protege cuestiones de índole procesal ya que elimina una de las más fuertes estrategias, sino la más fuerte, que podrían utilizar las grandes corporaciones en miras a desterrar los reclamos colectivos que en un futuro se les pudieren plantear.

Postula SAMUEL ISSACHAROFF que las acciones de clase -entre otras facetas- se presentan como un sustituto al ejercicio directo de la autoridad estatal, pudiendo de esta forma “controlar” la actividad de los mercados para que no operen en contra de los más débiles en la relación comercial¹⁰. Este empoderamiento de la sociedad ha sufrido grandes retrocesos en el derecho norteamericano, circunstancia que positivamente pareciera haber sido recogida por la nueva legislación de fondo, sin perjuicio de que la misma pareciera quedar a mitad de camino. Es que, aún cuando fuere inne-

⁸ FITZPATRICK, Brian, T., “*The end of Class Actions?*”, Arizona Law Review, Vol. 57:1, pp. 166, disponible en http://ssrn.com/abstract_id=2576304.

⁹ KLONOFF Robert H., “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation*”, WEST, pp. 307. 6

¹⁰ ISSACHAROFF, Samuel, “*Class Actions and State Authority*”, 44 Loy. U. Chi. L. J., texto traducido al español por VERBIC, Francisco, “*Acciones de Clase y Autoridad Estatal*”, pp.20

gable que dicha prohibición protege al hiposuficiente del vínculo contractual, la protección es insuficiente ya que el citado artículo no realiza distinción alguna sobre el tipo de proceso a desarrollarse en el ámbito arbitral. Dicho en otras palabras, la protección que el nuevo Código incorpora sólo tiene razón de ser ante los arbitrajes individuales, no sucediendo lo mismo en arbitrajes de clase.

Desde mi punto de vista, tanto el arbitraje individual como el proceso judicial tradicional terminan desalentando el reclamo de un consumidor o de un lesionado en un contrato de adhesión por la escasa cuantía del reclamo. En consecuencia, no me parece atinado pensar únicamente al arbitraje como el proceso que desaliente al afectado a luchar por lo que le corresponde, ya que lo mismo acontece en sede judicial.

En cambio, entiendo que la solución es resolver el conflicto de forma colectiva, ya sea a través de un proceso judicial como de un arbitraje, es decir, la acción colectiva es la respuesta a éste tipo de conflictos, sin distinciones en razón del escenario donde la misma pueda desenvolverse. Por ello creo que no debiera eliminarse la posibilidad de realizar arbitrajes colectivos en defensa de derechos individuales homogéneos, circunstancia que a priori pareciera quedar vedada según desprende del artículo 1651. Varios son los motivos que me llevan a sostener mi postura.

En primer lugar, los derechos de incidencia colectiva no cuentan con una regulación normativa completa ya sea en su aspecto formal o sustancial, razón por la cual el arbitraje de clase se constituye como una opción capaz de subsanar dicha ausencia ya que el mismo permite a las partes optar por las normas de fondo y forma que regirán al proceso¹¹. De hecho, en Estados Unidos existen instituciones arbitrales que ya cuentan con sus propios códigos procesales sobre arbitrajes de clase¹². Así, la comunidad que se dedique a ésta temática podría trabajar en conjunto para darle forma a un cuerpo normativo único, acabado y coherente que permita el desarrollo de

¹¹ CAIVANO, Roque J., *“Arbitraje”*, Ed. AD HOC, 2da edición actualizada y ampliada, pp. 72

¹² JAMS Class Action Procedures, disponible en <http://www.jamsadr.com/rules-class-action-procedures/>, como así también la opción que ofrece la American Arbitration Association (AAA) disponible en <https://www.adr.org/aaa/faces/home>.

estos procesos con una mayor seguridad y previsibilidad que la ofrecida en los procesos judiciales.

En segundo lugar, entiendo que la reticencia general alrededor del arbitraje como mecanismo idóneo para resolver conflictos colectivos se genera por adherir a éste caracteres que, si bien comúnmente se encuentran presentes, no forman parte de sus rasgos distintivos. Un claro ejemplo de ello es el *secretismo* generalmente adosado al procedimiento arbitral. Con esto intento resaltar que el arbitraje no necesariamente debe ser un procedimiento secreto, sino todo lo contrario. Es más, no existe norma alguna en nuestro orden normativo que obligue al arbitraje a desenvolverse por fuera de un marco público.

En tercer lugar, creo que la especialidad en la materia puede ser un gran punto a favor del arbitraje, habilitándose la posibilidad de contar con árbitros de marcada experiencia en el área objeto del litigio. La misma CSJN se expidió sobre la cuestión años atrás, afirmando la ventaja que éste mecanismo posee sobre determinados conflictos que requieren un elevado estándar de tecnicismo¹³.

En cuarto lugar, los costos y tiempos procesales pueden ser altamente reducidos, oxigenando a los tan abarrotados estrados judiciales¹⁴.

Por último, creo que el arbitraje de clase, al contar con la participación de órganos públicos como el Ministerio Público Fiscal y el Defensor del Pueblo, garantizará el respeto al debido proceso y a la defensa en juicio de todos aquellos miembros de la clase que se encuentren fuera del debate.

¹³ “...El arbitraje, entre otras ventajas, proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas. Los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que las partes desean en la persona a cuyos fallos se someten, y carecen, por regla general, de conocimientos especiales de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios. Para suplir tal deficiencia tienen que recurrir al auxilio de peritos que los ilustren, con lo cual se ocasionan dilaciones y gastos y no siempre se forma el tribunal una conciencia cabal del asunto...”; “CSJN, YPF s/ Tribunal Arbitral”, sentencia del 11/11/1997, fallo 320:2379.

¹⁴ CAIVANO, op. cit., pp.37.

Conclusiones finales.

Por lo expuesto, si bien reconozco como positiva la protección que el nuevo Código Civil y Comercial busca brindar tanto a los consumidores como a la herramienta que éstos poseen para defender colectivamente sus derechos, sostengo que la prohibición debiera recaer únicamente en el desarrollo de arbitrajes individuales, no así en lo que respecta al impulso de arbitrajes en clave colectiva.

En esta línea argumental, entiendo que el fin tuitivo por el cual fue incorporado éste artículo busca evitar que la parte más poderosa de una relación comercial incorpore en sus contratos de adhesión cláusulas que permitan impedir el acceso a procesos colectivos en defensa de aquellos reclamos que al ser de escasa cuantía no se justifican en procesos individuales. Es por ello que una adecuada interpretación del artículo bajo estudio -1651 CCC- debiera dejar bien en claro que la prohibición únicamente recae sobre reclamos individuales, no sobre colectivos.

Por último, siento la necesidad de resaltar que la propuesta del arbitraje colectivo no es en absoluto una idea privatista, sino todo lo contrario. En verdad, lo que propongo es hacer uso de una herramienta dócil para responder a la total inactividad del Congreso, quien continúa evitando regular de una forma acabada y coherente a los derechos de incidencia colectiva.

Para finalizar y en idéntica posición a lo que postula OTTO KAHN FREUND, asumo que debemos tener mucho cuidado al estudiar éstos institutos cuyo origen es totalmente ajeno a nuestras costumbres jurídicas¹⁵, dado que las circunstancias gracias a las cuales en otros contextos funcionan, seguramente no se encuentren presentes en el nuestro. Aún así, al menos me parece necesario estudiar ésta opción.

¹⁵ KAHN-FREUND, Otto, *"Sull'uso ed abuso del diritto comparato"*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1975, pp. 785 y ss.