

SOBRE LA ARBITRABILIDAD DEL CONFLICTO DE CONSUMO EN CHILE: INSUMO BÁSICO PARA UN REPLANTEAMIENTO ESTRUCTURAL

ABOUT THE ARBITRABILITY OF THE CONSUMER CONFLICT IN CHILE: BASIC SUPPLY FOR A STRUCTURAL REPLANTING

Eduardo Jequier Lehuede*

RESUMEN

En este trabajo se aborda la arbitrabilidad del conflicto de consumo en el derecho chileno, como punto de partida para el replanteamiento de todo el sistema de arbitraje de consumo en Chile. Trata la arbitrabilidad en sus manifestaciones subjetiva y material, y revisa los efectos que genera en este ámbito la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor, el carácter imperativo de las normas de la Ley n.º19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y el alcance del art. 230 del *Código Orgánico de Tribunales*, sobre arbitraje prohibido.

Palabras clave: arbitraje de consumo; arbitrabilidad; conflicto de consumo.

57

ABSTRACT

This work addresses the arbitrability of the consumer conflict in Chilean law, as a starting point for the rethinking of the entire arbitration system

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor titular del Departamento de Derecho Comercial y de la Empresa, Universidad de Los Andes, Chile. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Correo electrónico: ejequier@uandes.cl. Artículo recibido el 2 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020.

El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt regular n.º 1190099, titulado “El arbitraje de consumo en Chile: Análisis críticos y planteamientos para una indispensable revisión de lege ferenda”, del cual el autor es investigador responsable.

on consumer issues in Chile. It deals with arbitrability in its subjective and material manifestations, and reviews the effects generated in this area by the inalienability of consumer rights, the imperative nature of the norms of Law N° 19.496, about protection of consumer rights, and the scope of art. 230 of the Organic Code of Courts, about prohibited arbitration.

Keywords: consumer arbitration; arbitrability; consumer conflict.

INTRODUCCIÓN

Como nunca, durante los últimos años las relaciones de consumo masivo han experimentado un crecimiento exponencial en el ámbito mundial, incentivado en buena medida por el mejoramiento generalizado de las condiciones socioeconómicas y de acceso al crédito de las personas y facilitado, día a día, por el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías.

Junto a los canales tradicionales de encuentro entre proveedores y consumidores, una multitud de individuos y empresas interactúa cada vez más a través de canales informáticos y telemáticos de contratación masiva donde se ofrecen y adquieren, en forma rápida y sencilla, bienes y servicios de la más variada gama, incrementándose con ello no solo la cantidad de relaciones contractuales de consumo, sino, también –y consecuentemente–, el número de conflictos entre las partes contratantes, proveedores y consumidores.

Este fenómeno, que en la actualidad ocupa la atención no solo de los Estados, sino, también, de organismos supranacionales e internacionales, ha sido, a su vez, el elemento modelador de una tendencia transversal a escala global, inspirada en el convencimiento –también generalizado– de que el perfeccionamiento y el incremento de los mecanismos de protección de los derechos de los consumidores no es ya un simple deber programático o aspiracional del legislador, sino una necesidad ineludible; y no solo en una vertiente sustantiva, a través del mejoramiento del estatuto tutelar del interés de la parte “más débil” de la relación de consumo interna o transfronteriza¹, sino que, también, y en especial, en lo concerniente al acceso efectivo del consumidor a la justicia, por la vía de crear, ofrecer y

¹ En Chile, muestra clara de este proceso son las doce modificaciones que a partir del año 1999 se le han introducido a la Ley n.° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (*D.O.* de 7 de marzo de 1997). Se trata de la Ley n.° 19659, de 1999; Ley n.° 19761, de 2001; Ley n.° 19955, de 2004; Ley n.° 20416, de 2010; Leyes n.° 20543 y n.° 20555, de 2011; Ley n.° 20715, de 2013; Ley n.° 20756, de 2014; Ley n.° 20855, de 2015; Ley n.° 20967 de 2016; Ley n.° 21062, de 2018 y la Ley n.° 21081, de 2018. Adicionalmente está la Ley n.° 20720, de 2014, aunque solo con fines de adecuación terminológica.

mantener cauces procesales que aseguren una solución expedita y eficiente de los conflictos que lo puedan afectar en su condición de tal.

En este último sentido, y en lo que aquí interesa destacar, notorio ha sido el impulso que se le ha dado a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en lo que aquí concierne, al arbitraje de consumo, cuya particularidad radica en saber reconocer y en hacerse cargo de las especiales características de la relación proveedor-consumidor y en las asimetrías de diversa índole que en ella se generan, de cara a la solución equitativa de tales conflictos. La consolidación de la gran empresa, el fenómeno de integración en estructuras societarias y empresariales integradas de manera vertical y horizontal, la limitación de responsabilidad del comerciante a través de dichas figuras, el carácter masivo de los actos de consumo y, en fin, la disparidad jurídico-económica de quienes intervienen en ellos, constituyen –entre otros– factores que, en términos cualitativos y cuantitativos, se comunican necesariamente a los conflictos que surgen en este concreto ámbito negocial, ante los cuales el arbitraje debe adecuarse desde los mismos principios que lo rigen, partiendo por la arbitrabilidad de los conflictos que lo nutren.

Por su relevancia, entonces, y como se dirá infra, los modelos comparados que se han ocupado especialmente de esta materia han puesto el énfasis en el diseño de unos mecanismos alternativos de solución de conflictos que se adapten, con más o menos matices, a la particular naturaleza subjetiva y material de la relación de consumo, distinta, por cierto, de la que presentan –por regla general– las controversias que traen causa de relaciones de derecho privado, reguladas por el derecho común².

Por contraste, y como ocurre con todo el sistema de arbitraje interno en Chile, anclado en concepciones y estructuras jurídico-políticas de origen castellano-medieval³, la situación del arbitraje de consumo es radicalmente

² El arbitraje de consumo muestra un importante desarrollo en el orden internacional, fenómeno que en Europa se refleja en una diversidad de regulaciones legales internas que comparten, a modo de hilo conductor común, la institucionalización del sistema de arbitraje de consumo. Todavía más, en el orden europeo el arbitraje ha sido promovido incluso desde los fueros del derecho comunitario, de lo que es claro ejemplo 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 el Reglamento n.º 524/2013, de igual fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. En Latinoamérica, por su parte, la institucionalización del arbitraje de consumo constituye también un fenómeno generalizado, objetivado en regulaciones legales de larga data, como la argentina (decreto n.º 276/98, de 11 de marzo de 1998, que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo), y en otras más recientes y novedosas, como la normativa peruana de 2011 (decreto supremo n.º 046-2011, de 23 de mayo de 2011, que aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo).

³ En este sentido JEQUIER (2015), pp. 199-224; el mismo autor (2012), pp. 497-528. En igual sentido ROMERO y DÍAZ (2016), p. 7 y ss.

distinta. Desde luego, la única referencia general al arbitraje, como mecanismo alternativo de solución heterocompositiva de los conflictos de consumo, se contiene en el art. 16 de la LPDC, incisos penúltimo y final, referida de forma concreta a los contratos de adhesión. La norma legal, además, es especialmente parca, pues se limita a establecer un derecho de recusación sin expresión de causa en favor del consumidor y a reconocer, en todo caso, que este tendrá siempre la posibilidad de acudir ante el tribunal estatal competente, para la solución del conflicto⁴.

Adicionalmente, la LPDC regula en la actualidad la figura del *árbitro financiero*, incorporada a la LPDC por la Ley n.º 20555 (D.O. de 5 de diciembre de 2011), art. 55 y ss. Sin embargo, y más allá de la doble especialidad a la que se circunscribe esta figura (contrato de adhesión, celebrado además por el consumidor financiero con ciertas y determinadas entidades proveedoras de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero), el sistema de arbitraje financiero se aplica solo a aquellos contratos celebrados por proveedores que cuenten con el denominado Sello Sernac, que, amén de voluntario, no ha tenido mayor acogida hasta aquí en el sector financiero.

En suma, el sistema chileno de arbitraje de consumo, al igual que el arbitraje interno en general, presenta un notorio abandono por parte del legislador, panorama que contrasta con el estímulo y desarrollo que ha tenido el mismo instituto en el derecho comparado. Podrá decirse, acaso, que la excepción a este escenario de desamparo normativo se encuentra en materia de seguros, ya que el art. 543 del *Código de Comercio*⁵ sí regula

60

⁴ Nótese que la referencia que se hace aquí al arbitraje y, con ella, al derecho a recusar sin expresión de causa, aplica de manera única y exclusiva a los predichos contratos “de adhesión”, definidos en el art. 1º, n.º 6, de la misma ley. En los demás contratos de consumo, por ende, las referidas facultades del consumidor simplemente no existen, circunstancia que ha sido destacada por la jurisprudencia más reciente: “SÉPTIMO: Que, en todo caso, para que sea aplicable la norma que permite al consumidor recurrir siempre a la justicia ordinaria, debe tratarse de un contrato de adhesión. En efecto, el artículo 16, que contiene la norma debatida, se ubica en el párrafo 4º del Título II, titulado ‘Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión’. Por lo demás, el inciso que inicia el artículo 16, que determina el ámbito de las reglas, se refiere expresamente a los contratos de adhesión. En todo caso, el propio inciso 3º comienza disponiendo que: (...). Así pues, esta facultad de recurrir siempre a los tribunales ordinarios aun cuando exista una cláusula arbitral constituye una prerrogativa excepcional para el consumidor en los contratos de adhesión lo que, por cierto, supone que en el proceso se encuentre establecido que el contrato sobre el que versa el conflicto tenga dicha naturaleza jurídica” (Corte Suprema, 2 de marzo de 2017, “Nicolás Uribe Kunz con CE Inmobiliaria S.A.” (casación en el fondo), rol n.º 46551-2016.)

⁵ Según esta norma, “Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación

un mecanismo arbitral de espectro subjetivo amplio y que incorpora, por tanto, al “consumidor” de tales productos y servicios. Sin embargo, lo concreto es que entre este sistema de arbitraje *sui generis* y el de consumo no existe parentesco ni relación alguna, de manera que aquel no puede –ni debe– ser tomado como un referente para la implementación de un sistema de arbitraje de consumo en Chile. Muy por el contrario, en dicha norma se establece un arbitraje forzoso incluso para el asegurado, contratante o beneficiario (salvo las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10000 UF, en cuyo caso aquel podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria), lo que constituye una *contradictio in terminis* de cara a la plena voluntariedad que debe tener el arbitraje para el consumidor⁶, y una infracción a la garantía fundamental de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Son muchos –acaso todos– los elementos que deben abordarse y aclararse en este sentido, tarea sumamente extensa que, por lo mismo, no puede agotarse en un único trabajo, como el que iniciamos. Por ello, y como punto de partida de esta extensa labor (que a estas alturas resulta ineludible e impostergable), parece necesario recorrer y despejar, en primer lugar, el terreno teniendo a la vista uno de los aspectos esenciales del arbitraje, que no por básico deja de ser uno de los más controversiales: la arbitrabilidad subjetiva y material del conflicto, surgido en este caso en el contexto de la relación de consumo.

La arbitrabilidad del conflicto sobre asuntos de consumo, en fin, y su precisa determinación en el ámbito del derecho nacional, constituye uno de los aspectos más relevantes a tener en cuenta en todo y cualquier proceso de revisión del actual modelo de arbitraje de consumo en Chile que junto con la mediación, recoja las muy particulares características de las disputas C2B (*consumer to business*) y las desventajas que en ese contexto presentan los procedimientos judiciales: el alto volumen y bajo valor de la mayoría de las reclamaciones, lo que requiere un foro accesible, simplificado y de bajo costo para resolver las disputas, y las asimetrías de poder e información entre los consumidores y las grandes empresas o proveedores experimentados⁷. La definición de la arbitrabilidad, por tanto, constituye un insumo básico e indispensable en el replanteamiento estructural del sistema chileno de arbitraje de consumo, según se dirá en

de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa (...)”.

⁶ VÁSQUEZ (2015), p. 476 y ss.; JEQUIER (2011), p. 453 y ss.

⁷ GILL *et al.* (2015).

trabajos posteriores, lo que ha motivado a iniciar este recorrido desde la base misma del instituto arbitral, en este concreto ámbito del conflicto de consumo.

I. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA DEL CONFLICTO DE CONSUMO

Uno de los factores que justifican el tratamiento diferenciado del derecho del consumo consiste, como se dijo supra, en las asimetrías que presenta la relación de consumo y en la necesidad de tutelar el interés del consumidor, como parte jurídica y económicamente más débil e inexperta⁸. Este mismo componente, a su vez, trasladado al ámbito del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo, es el que justifica también la construcción de sistemas diferenciados y especiales de arbitraje, capaces de reconocer esas diferencias y de plasmarlas en regulaciones que permitan un acceso real y efectivo del consumidor a la justicia.

Por lo anterior, y considerando que son esas asimetrías las que explican precisamente la aplicación de estos regímenes jurídicos especiales⁹, la determinación de quien es en concreto un “consumidor”, quién es “el proveedor” y en qué consiste una “relación de consumo”, resulta indispensable a la hora de tratar sobre el arbitraje de consumo.

1. Consumidor jurídico, consumidor material y situación de los terceros no usuarios afectados por el bien o producto defectuoso como sujetos del proceso arbitral

En lo que concierne al consumidor, la LPDC, tomando como base el modelo español¹⁰, lo define en su art. 1, n.º 1, como

⁸ Sobre el denominado “principio pro-consumidor” puede consultarse a ISLER (2019), p. 112 y ss.

⁹ Así lo sostiene la doctrina mayoritaria en Chile. Por todos: BARRIENTOS (2010), pp. 109-158; MOMBERG (2004), pp. 41-62; PINOCHET (2011), pp. 343-367.

¹⁰ La ley siguió en esto lo dispuesto por el art. 1.2. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su texto del año 1984 y que rigió hasta el año 2007 (véase el art. 3 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), que señalaba: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. En su texto actual, la ley española señala en su art. 3º: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”, de manera que, según esta ley y como destaca Belén Iboleón, “no se consideran consumidores aquellos que adquieren

“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”.

De manera adicional, debe tenerse en cuenta lo que dispone el art. noveno de la Ley n.º 20416, que contempla una particular “protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras”¹¹ por la vía de hacerles aplicables las normas de la LPDC y, concretamente, “a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores”, aun cuando estas, en estricto rigor, debiesen considerarse como proveedoras al tenor del art. 1º n.º 2 de la misma ley¹².

bienes y servicios para incorporarlos a un proceso productivo o a una actividad comercial”. IBOLEÓN (2012), p. 24. El preámbulo de la ley de 2007 es todavía más enfático en este punto: “El consumidor y usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional... interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros” (un completo análisis de la noción de consumidor en el derecho español y comunitario actual puede encontrarse en REYES [2019], p. 69 y ss.) La figura introducida en Chile por la Ley n.º 20416, sin embargo, se aparta de este criterio, cuando se trata de micro y pequeñas empresas que adquieren bienes o contratan servicios.

¹¹ El art. segundo de la Ley n.º 20416, inc. 2º, tiene la virtud de ser la única norma legal que conceptualiza a las empresas de menor tamaño, al señalar: “Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”.

¹² Esta norma puso término a una larga discusión, aunque del punto de vista doctrinal y jurisprudencial poco tratada, en cuanto a si aplicar o no el estatuto de la LPDC a las personas jurídicas que adquirían bienes o contrataban servicios más allá de la definición legal de consumidor-persona jurídica-destinatario final. Mayoritariamente, además, se entendía que las personas con fines de lucro no encajaban en la señalada definición, así, por ejemplo, JARA (1999), p. 64, aun cuando la LPDC no distinguía en tal sentido, de manera que bien podía sostenerse que la finalidad lucrativa –o no– de la persona jurídica no era un elemento a considerar al momento de asignarle el carácter de consumidor. Con la dictación de la Ley n.º 20416 y particularmente a partir de lo dispuesto en su art. noveno, n.º 6, resulta claro que las empresas de menor tamaño serán consideradas siempre como consumidoras en los contratos que celebren con sus proveedores, incluso si los bienes adquiridos o los servicios contratados “se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa” y, en este entendido, por tanto, les serán aplicables las normas contempladas en la LPDC, párrafos 1º, 3º, 4º y 5º del título II, y en los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º del título III.

Según esto, entonces, el criterio base que adopta el legislador chileno, al momento de identificar a la persona del consumidor, radica en la posición terminal que este ocupa en la cadena productiva o de prestación de servicios; o como dice Rodrigo Momberg:

“el legislador chileno ha acogido el denominado *criterio positivo* para la determinación del concepto de consumidor, esto es, que la persona *sea* el destinatario final del bien o servicio”¹³.

El mismo autor aclara, además, que el carácter *oneroso* del acto de consumo, que predica la norma legal, admite ciertos matices:

- a) dentro de aquel caen también aquellos actos gratuitos accesorios a uno oneroso y
- b) la onerosidad no supone necesariamente la existencia de una relación contractual entre consumidor y proveedor¹⁴.

El concepto apuntado no presenta gran dificultad, si el consumidor afectado es precisamente quien adquiere el bien o servicio al proveedor (consumidor “jurídico”¹⁵). En cambio, distinta es la situación en aquellos casos de responsabilidad extracontractual en que personas que no han adquirido el bien o el servicio, resultan afectados de igual forma como usuarios del mismo (consumidor “material”¹⁶), como ocurriría si un consumidor “jurídico” adquiere alimentos que luego intoxican a los miembros de su familia que los ingieren; y la de aquellos terceros que no habiendo adquirido ni usado el bien materialmente, resultan afectados también por aquel, como sería el caso de un vehículo defectuoso que, por causa de dicho defecto, atropella a un transeúnte, o el de una lámpara en exhibición en un establecimiento comercial, que al ser accionada por un potencial adquirente le causa una electrocución. ¿Cuál de todos estos “consumidores” queda sometido al régimen especial de responsabilidad de la LPDC y podría activar, un proceso arbitral de consumo?

Por una parte, y como apunta Francisca Barrientos, en Chile

“la mayoría de la doctrina considera que la ley regula exclusivamente las relaciones que rigen al vendedor y al consumidor adquirente”,

¹³ MOMBERG (2013), pp. 4-5.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 6.

¹⁵ José Fernández lo define como aquel que realiza el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. FERNÁNDEZ (1999), p. 97.

¹⁶ Aquel que realice la utilización, uso, disfrute o consumo del bien, producto o servicio, *op. cit.*, p. 97.

lo que se explica –agrega– a partir de:

“las mismas definiciones dadas por la ley respecto del proveedor y de consumidor, que exige, por una parte, el cobro de un precio o tarifa a los consumidores (art. 1 n.º 2 de la LPDC) y, por la otra, la celebración de cualquier acto jurídico oneroso (art. 1 n.º 1 de la LPDC)”¹⁷.

Hernán Corral, en cambio, refiriéndose a la legitimación activa y pasiva en las acciones de responsabilidad por productos defectuosos, distingue entre aquellos casos de responsabilidad contractual, donde el consumidor es quien adquiere el bien (consumidor jurídico), y los de responsabilidad extracontractual, donde el afectado es un consumidor material o, incluso, un tercero no usuario¹⁸. En el primer caso, de responsabilidad contractual, el consumidor legitimado será quien adquirió el producto defectuoso (consumidor jurídico), mientras que, en los demás casos, de responsabilidad extracontractual,

“toda persona que haya sufrido daño tiene derecho a ser indemnizada, con independencia de que se trate del consumidor-adquirente o de un usuario no contratante (...) Igualmente podría demandar un tercero que no ha utilizado o consumido el bien o servicio, y sin embargo ha sido dañado por su mal funcionamiento (...)”,

65

con la sola excepción, dice, de la infracción tipificada en el art. 23 de la LPDC¹⁹.

Junto con Rodrigo Momberg²⁰ se postula un concepto amplio de consumidor, comprensivo de tanto del denominado “consumidor jurídico” como del “consumidor material”. Este criterio, además, ha sido respaldado por la jurisprudencia en más de una ocasión, al considerar como “consumidor” al usuario no adquirente²¹ e, incluso, al tercero-potencial adquirente de un bien defectuoso, y es refrendado también por la doctrina comparada²².

¹⁷ BARRIENTOS (2010), p. 25.

¹⁸ CORRAL (1999), p. 163 y ss.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 199, nota 53.

²⁰ MOMBERG (2013), p. 7 y ss.

²¹ En este sentido una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta condenó a un supermercado a indemnizar los daños sufridos con ocasión de la ingesta e intoxicación por acelgas en mal estado, tanto a la consumidora-adquirente como a terceros no adquirentes que también las consumieron (SCA, Antofagasta, 24 de julio de 2007, Vargas con Hipermercado Calama, rol n.º 51-2007).

²² Por todos, IBOLEÓN (2012), p. 27; LASARTE (2010), p. 64. Este último autor sostiene que, a partir del texto refundido del art. 135 de la LCU española (“Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente,

Con todo, debe observarse que en el derecho chileno no todo y cualquier tercero afectado por un bien defectuoso puede ser considerado como parte de un proceso arbitral de consumo. Para ello, y como lo ha señalado la jurisprudencia en los casos en que se ha ocupado de esta materia, para que en estos acontecimientos exista responsabilidad del fabricante o proveedor debe tratarse a lo menos de un consumidor “potencial”, en alusión a aquel tercero que, aunque ajeno a la relación contractual de consumo, tiene al menos una disposición psicológica a adquirir un bien o a recibir un servicio, atendidas las circunstancias del caso en particular. Es, por ejemplo, el suceso de la silla defectuosa puesta en exhibición por el vendedor, que al ser probada por un eventual comprador le causa lesiones²³ o el de la lámpara también defectuosa que al ser accionada por un interesado le ocasiona una electrocución.

Se hace este alcance por cuanto, en la actualidad, la posición jurídica en que se encuentran esos terceros afectados por un producto defectuoso no resulta en absoluto clara en el derecho comparado, de cara a un eventual proceso arbitral de consumo. Así, en Europa, y concretamente con ocasión de la transposición de la directiva n.º 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por productos defectuosos, diversos países optaron por incorporar esa normativa a sus legislaciones internas sobre protección al consumidor, lo que genera no pocas dudas en cuanto a si esos terceros perjudicados son considerados actualmente como tales consumidores. Es el caso de España, que modificó su LGDCU n.º 26/1984, de 19 de julio (texto refundido por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre), incorporando esta materia en su libro III, sobre “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”²⁴; el caso de la Consumer Protection Act de Gran Bretaña, de

66

fabriquen o importen”), tanto el consumidor jurídico como el material son sujetos de protección. “En ambos casos se es consumidor, si bien la protección y el ejercicio de los derechos y garantías variarán, según se trate de un consumidor material o jurídico”.

²³ SCA de Santiago, 2 de octubre de 2008, Diéguez con Falabella S.A.C.I. (casación en la forma y apelación), rol n.º 10.769-2004. En el mismo sentido: SCA de Concepción, 24 de diciembre de 2007, Arias con Sodimac S.A., rol n.º 174-2005, sección criminal; SCA de Concepción, 8 de noviembre de 2007, Sepúlveda Bouniard con Fuchs y Cía., rol n.º 2763-2004; SCA de Concepción, 17 de mayo de 2007, González Concha y otra con Supermercado Santa Isabel, rol n.º 31-2007; SCA San Miguel, 17 de mayo de 2010, Sernac y otros con B. Braun Medical S.A., rol n.º 187-2010.

Existen fallos en contra: Por todos, SCA de Chillán, 31 de julio de 2006, Acuña Sepúlveda y otros con Salazar Barra, rol n.º 175-2006, que consideró que el “consumidor material”, que no es adquirente, no goza de protección de la LPDC.

²⁴ El art. 128 inc. 1º de la LGDCU señala: “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”, sin hacer distinción alguno ni precisar si tales perjudicados deben ser consumidores jurídicos o materiales.

15 de mayo de 1987, que agregó toda una parte primera, sobre responsabilidad por productos defectuosos (Part I. Product Liability); o el de Italia, que modificó su *Codice del Consumo* para regular esta materia en los arts. 114 a 127.

En Chile, sin embargo, la situación es distinta por cuanto, si bien la LPDC recoge también esta figura de responsabilidad por productos defectuosos, el ámbito de aplicación de sus normas se restringe solo a aquellos casos en que el sujeto perjudicado sea un “consumidor”. Así se desprende del art. 23 de la ley, cuando señala que comete infracción a las disposiciones de la referida ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, “causa menoscabo al consumidor” debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Por tanto, y en lo que aquí concierne, aquel tercero perjudicado por un producto o servicio defectuoso podrá ser parte de un arbitraje de consumo solo si, en lo concreto, puede ser considerado como un consumidor, en cualquiera de las vertientes material o jurídica ya dichas.

Finalmente, hasta aquí no queda claro aún en qué pie regulatorio quedan aquellos contratos cuyo objeto principal, si bien comprende la adquisición de bienes o servicios que serán destinados a un uso o disfrute terminal, se relacionan igualmente –aunque en menor medida– con el oficio o actividad comercial de quien los adquiere. En tales casos, la cualidad de “consumidor” del adquirente o usuario directo quedaría extramuros de la definición legal; fenómeno que, además, parece contradecir lo dispuesto en el art. noveno de la Ley n.º 20416, n.º 6, que considera consumidoras a aquellas empresas de menor tamaño que adquieren o contratan bienes o servicios en aquellos casos en que éstos “se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa”.

Lo anterior, en fin, plantea un panorama en especial confuso a la hora de definir el concreto ámbito subjetivo de aplicación de las ya insuficientes –y muy parcas– disposiciones legales sobre arbitraje de consumo en Chile. Para evitar lo anterior, y consciente –precisamente– de la relevancia de este punto de cara al diseño y funcionamiento estructural de cualquier sistema de arbitraje (más allá de las diferencias y matices que puedan presentar las distintas regulaciones internas), la directiva comunitaria ya citada (supra, nota 2), pone especial énfasis en el concepto de ‘consumidor’, al señalar en su considerando 18º:

“La definición de ‘consumidor’ debe incluir a las personas físicas que actúan con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión”,

advirtiéndolo luego:

“si el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona (contratos de doble finalidad) y el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor”.

Así lo ha dicho también el TJCE²⁵.

²⁵ Debe destacarse que ya en la directiva 93/13/CEE se consideraba como consumidor solo a la persona física, lo que fue ratificado por la directiva 2011/83/EU, de 25 de octubre. No obstante, buena parte de las regulaciones europeas internas sí incorporan a la persona jurídica en el concepto de consumidor; Francia, la ya citada ley española, la ley portuguesa de 1996, Austria, Bélgica y Dinamarca.

Siguiendo entonces el criterio restrictivo de las directivas mencionadas, y en lo que aquí interesa destacar, el TJCE ha señalado que el concepto de consumidor final-persona natural supone que este no participe en actividades profesionales o comerciales: “20. A este respecto, debe señalarse, por una parte, que el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define al consumidor como una persona que actúa ‘para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional’ y prevé que los diferentes tipos de contratos que enumera, y a los que se aplican las disposiciones de la Sección 4 del Título II del Convenio, deben haber sido celebrados por el consumidor.

21. Por otra parte, el párrafo primero del artículo 14 del Convenio prevé la competencia de los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor para conocer de la ‘acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante’.

22. De la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que éstas sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (véase, en este sentido, asimismo, la sentencia Bertrand, antes citada, apartado 21, y el Informe de expertos elaborado con motivo de la adhesión al Convenio del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *DO* 1979, C 59, p. 71; texto en español en *DO* 1990, C 189, p. 184, apartado 153), que esté vinculado por uno de los contratos enumerados en el artículo 13 y que sea parte en una acción entablada ante los Tribunales, conforme al artículo 14” (STJCE de 19 de enero de 1993, Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. En igual sentido: Cape c. Idealservice c. Omai, caso C-541/99).

Mucho antes, ante la consulta de la Cour de Cassation de Francia en el caso Bertrand contra Paul Ott KG” el mismo tribunal de justicia había dicho, en su sentencia de 21 de junio de 1978: “21. Que una interpretación restrictiva del párrafo segundo del artículo 14, de acuerdo con los objetivos perseguidos por la Sección 4, induce a reservar el citado privilegio jurisdiccional tan sólo a los compradores que necesiten protección ya que su posición económica se caracteriza por su debilidad frente a los vendedores, por ser aquéllos consumidores finales de carácter privado que no están implicados, por la compra del producto adquirido a plazos, en actividades mercantiles o profesionales” (sentencia disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61977CJ0150&from=ES>) [fecha de consulta: 21 de agosto de 2019].

2. *El concepto de proveedor, como sujeto del proceso arbitral*

Así como no puede ser sometido a arbitraje un conflicto en el que no intervenga un consumidor o usuario, así tampoco lo será aquella controversia en que no participe a su vez un proveedor. Esta constatación, que parece simple y hasta evidente, ofrece, no obstante, una serie de matices y puede generar algunas dudas que es necesario despejar.

La LPDC, en su art. 1º, n.º 2, define al proveedor como aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas,

“que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”.

Por contrapartida, aclara la misma norma que no se considerarán proveedores “las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”. Por su parte, y tratándose de las micro y pequeñas empresas reguladas en la Ley n.º 20416, el art. noveno de la misma ley aclara:

“se entenderá por proveedores las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1º de la ley N° 19.496, desarrollen las actividades allí señaladas respecto de micro y pequeñas empresas”.

Para la ley resulta en cierto modo indiferente quien haya producido o fabricado el bien o prestado el servicio que el consumidor ha adquirido o usado, respectivamente, salvo que se trate de relaciones donde el servicio contratado corresponde al ejercicio de una actividad profesional independiente. La definición, además, es en particular amplia, pues comprende en ella al productor, fabricante, importador, constructor, distribuidor y, en general, al intermediador o comercializador de bienes y servicios en el mercado (agente de negocios, comisionista, distribuidor, concesionario, franquisiado, etcétera).

Lo que caracteriza en lo principal al proveedor, entonces, es la actividad económica habitual²⁶ que realiza, sea o no mercantil y persiga o no

²⁶ Algunos autores, como Rodrigo Momberg, confunden la “habitualidad” con la “profesionalidad”, sosteniendo que la LPDC no exige la concurrencia de “actos similares y repetidos a través del tiempo, sino vinculados a la profesionalidad del proveedor en el ejercicio de las actividades mencionadas en la norma... una actividad esporádica, pero profesional, debería incluirse como regida por la LPC”, MOMBERG (2013), p. 20. No se

finés de lucro²⁷. El acto o contrato, por tanto, puede ser mercantil para ambas partes, de carácter mixto o puramente civil, pues para la ley chilena la noción de proveedor supera la noción de comerciante y de acto de comercio, propios de la legislación comercial.

En ocasiones, sin embargo, la determinación de la calidad de proveedor de una de las partes puede resultar dificultosa, si la habitualidad a que se refiere la definición legal aparece diluida entre –o se confunde con– el actuar de aquel en su esfera privada o personal. Sería el caso, por ejemplo, en que el propietario de una empresa de venta de vehículos motorizados vende su propio vehículo a un tercero, utilizando el nombre, la imagen institucional y las facilidades de financiamiento que ofrece dicha empresa. Como apunta Rodrigo Momberg²⁸, solo en los casos en que el papel profesional del proveedor sea insignificante o no exista, deberá excluirse la aplicación de la LPC y, en lo que aquí interesa, el arbitraje de consumo. En el ejemplo dado, el vendedor no podría eximirse de su responsabilidad como proveedor frente al consumidor, quien, por lo demás, puede creer

70

comparte este criterio, pues “profesionalidad” y “habitualidad” son dos conceptos distintos, que en el caso del art. 7° del *Código de Comercio* deben incluso concurrir copulativamente, para considerar a una persona como comerciante, en circunstancias de que se trata de dos aspectos distintos. Como señala Georges Ripert, “Ejercer una profesión es consagrar la propia actividad de una manera principal y habitual al cumplimiento de una determinada labor, con la finalidad de obtener un provecho”, RIPERT (1954), p. 108; o como lo dijo el propio codificador comercial José Gabriel Ocampo, en su primer borrador de *Código*, “La habitualidad de los actos de comercio no basta para adquirir la calidad de comerciante, si esos actos no constituyen una profesión, porque la profesión sólo trae consigo la idea de especulación sin la cual no se concibe negocio alguno, al paso que la habitualidad de los actos de comercio tiene comúnmente una causa extraña a la especulación”. Nota puesta al margen del artículo 8° del primer borrador, en BRAHM (2000), p. 55. Sobre esta materia véase a JEQUIER (2011), p. 204 y ss.

Más que asimilar entonces los conceptos de habitualidad y profesionalidad, la legislación chilena en materia de consumo parece distinguirlos de manera explícita, al menos a partir de la Ley n.° 20416. El art. noveno n.° 1 de esta ley, en efecto, señala que serán proveedores “las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.496...” , norma esta última que contempla el factor de “habitualidad”. El mismo art. noveno, sin embargo, en su numeral 6°, se refiere expresamente a la “profesionalidad” del proveedor, alusión que no tendría ningún sentido si dicho concepto se asimila al de “habitualidad”.

²⁷ Debe recordarse que, antes de la modificación introducida al art. 2 de la LPDC, por la Ley n.° 19955, el carácter mercantil que debía tener el acto o contrato para el proveedor era un requisito indispensable. En su texto anterior, el art. 2, letra a.), señalaba: “Solo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que... tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”, lo que fue modificado luego eliminándose la expresión ‘solo’, de manera que el acto mixto o de doble carácter pasó de ser la regla a una simple situación especial. Así lo señala también MOMBERG (2004), pp. 41-62.

²⁸ MOMBERG (2013), p. 19.

razonablemente que el negocio se ha realizado con la empresa, tal como habría ocurrido con cualquier otro vehículo ofrecido por esta²⁹.

II. ARBITRABILIDAD MATERIAL DEL CONFLICTO DE CONSUMO

El arbitraje, y la posibilidad de recurrir a él, formó parte del esquema de protección de los derechos del consumidor desde un comienzo, al punto de ser mencionado expresamente en el art. 10 del proyecto original que culminó con la dictación de la actual Ley n.º 19496. En ese texto primigenio, se reconocía de manera implícita –aunque de manera muy escueta– la posibilidad de que un contrato de adhesión incluyera válidamente un pacto arbitral (en concreto un compromiso) para la solución de los futuros conflictos que pudiesen surgir en el contexto de esa relación de consumo, aclarándose solo que, en tales casos, el consumidor podría siempre recurrir a la justicia ordinaria para que esta, con el mérito de esa sola solicitud, procediera a designar a un árbitro distinto³⁰.

Luego, durante el trámite legislativo, el senador Miguel Otero propuso reemplazar el texto referido (que a esas alturas formaba parte del art. 11), relativo a la designación de árbitros,

“con el objeto de disponer que, en caso de que se designe árbitro en este tipo de contratos, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se designe otro por el juez letrado competente, y, si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, estará facultado para ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos; todo ello, de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales. Hizo notar que, de esta manera, la disposición mantendría la finalidad que la inspira, con la ventaja de que guardaría concordancia con el criterio que recientemente adoptó el Senado en materia de arbitraje, y que se encontrará contenido en el nuevo artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo texto se fija en el Proyecto sobre jueces árbitros y procedimiento arbitral (Boletín N° 857-07³¹), que cumple actual-

²⁹ Así lo resolvió la Corte Suprema de Suecia, en una sentencia citada por HONDIUS (2008), p. 146.

³⁰ Decía el inc. final del art. 10 del proyecto: “No obstante la designación de árbitro que se contenga en la convención respectiva, el consumidor podrá siempre recurrir a la justicia ordinaria para la designación de un árbitro distinto”.

³¹ Este proyecto, que ampliaba radicalmente el ámbito de materias de arbitraje forzoso, fue archivado por fortuna en el mes de septiembre de 2002.

mente su Segundo trámite constitucional en la H. Cámara de Diputados”.

Ninguna duda tuvo el legislador, entonces, en cuanto a la perfecta incardinación del arbitraje en un esquema modelado por las particulares características del conflicto de consumo. Tanto más evidente se hace lo anterior si se considera que la Ley n.º 20555 (*D.O.* de 5 de diciembre de 2011), que creó la figura del “árbitro financiero”, se ocupó de regular especialmente algunos aspectos del arbitraje respecto de conflictos que traen causa en relaciones de consumo de productos y servicios financieros, reforzando así la perfecta pertinencia del instituto arbitral y, más aún, la conveniencia de favorecerlo como mecanismo alternativo de solución de los conflictos en este ámbito³².

De esta forma, y como se desprende del art. 56 D de la LPDC, el consumidor cuenta hoy con distintas alternativas para la solución de un conflicto, partiendo

- (a) por la autocomposición directa con el proveedor financiero, canalizada través del respectivo Servicio de Atención al Cliente,
- (b) la mediación y, finalmente,
- (c) la vía heterocompositiva, que podrá seguir a su vez dos cauces distintos, dependiendo de cuál sea la determinación –también libre– del consumidor: el arbitraje financiero o el proceso ante el tribunal estatal competente.

Esta última opción supone, como es evidente, una expresa atribución competencial al árbitro para conocer, por voluntad de las partes, las mismas materias y las mismas eventuales infracciones normativas de las que puede conocer el juez de policía local, con la sola diferencia de que no podrá imponer sanciones o multas, como se dirá más adelante. Todavía más, la norma legal muestra aquí un mérito adicional, al distinguir entre el “juez competente” como órgano jurisdiccional estatal y el “árbitro”, que no es ni un órgano y ni siquiera un juez propiamente tal, como pareciera desprenderse del art. 222 del *COT*. La misma correcta distinción hace también el art. 2º, letras b) y c), de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, n.º 19971³³.

³² Se dijo en este sentido, durante el trámite parlamentario: “Chile no ha avanzado en mediación y arbitraje de consumo, cuestión inexplicable dada la experiencia nacional y mundial al respecto. Basta ver el exitoso ejemplo de los tribunales arbitrales de consumo españoles. Menos han avanzado las iniciativas para establecer una ley de insolvencia de hogares, familiar o de quiebra individual”. *Historia de la Ley*, n.º 20555, Biblioteca del Congreso Nacional, Informe de Comisión de Economía, p. 22.

³³ En la doctrina nacional, véase por todos a JEQUIER (2011), p. 460. En igual sentido el mismo autor (2014), p. 196 y ss.

1. La “relación de consumo”
como base material del proceso arbitral de consumo

Como apunta Newton de Luca, la conceptualización de las relaciones de consumo no es unívoca entre unos modelos y otros, ya que varía de acuerdo con la posición que se asuma en cada ordenamiento jurídico respecto del fenómeno de consumo³⁴. Todavía más, esa concepción vendrá permeada en cada caso por particulares objetivos de política pública de protección al consumidor, cuya dinámica va de la mano con el cambio de circunstancias de variada índole (económicas, sociales, políticas, etc.) que modelan, en último término, la posición jurídica que ocupa el consumidor en la economía de mercado. Cualesquiera que sean esos objetivos, concepciones y políticas, lo concreto es que la congruencia instrumental y funcional entre todos ellos (congruencia intrínseca) debe convivir, a su vez, con un modelo de arbitraje que reclama la misma coherencia (congruencia extrínseca) a la hora de definir los elementos configuradores del conflicto de consumo: consumidor, proveedor y relación de consumo.

En la legislación chilena, existirá relación de consumo cuando, junto con el factor subjetivo ya analizado, concorra copulativamente el componente material que tipifica dicha relación en su esfera sustantiva y, en concreto, alguno de los actos y contratos contemplados en el art. 2 de la LPDC, según el texto fijado por la Ley n.º 19955 (*D.O.* de 14 de julio de 2004). Se trata de un elenco particular de actos y contratos muy disímiles entre sí, que evidencian una técnica legislativa esencialmente casuística orientada a abarcar el mayor número posible de situaciones en que el consumidor pueda verse enfrentado a una situación de desmedro frente al proveedor. Tal objetivo, sin embargo, parecer diluirse en una maraña de excepciones y contraexcepciones, que dificultan en buena medida la función del intérprete.

No es la intención adentrarse en el análisis de esta casuística, pues ello escapa al propósito de este trabajo. Se trata, además, de una materia que ha sido debidamente manejada por la doctrina especializada en Chile³⁵. Por ello, en lo que sigue se verán aquellos aspectos de carácter general que inciden o pueden incidir, de forma directa o indirecta, en la arbitrabilidad material de todo y cualquier conflicto surgido de una relación de consumo:

- a) la irrenunciabilidad anticipada de los derechos de los consumidores,

³⁴ DE LUCA (2008), p. 80.

³⁵ No obstante, sobre esta materia puede consultarse entre otros a VIDAL (2000), p. 235 y ss.; BARRIENTOS (2010), p. 109 y ss.; PINOCHET (2011), p. 343 y ss.; MOMBERG (2013), p. 66 y ss.

- b) la prohibición de someter a arbitraje “las causas de Policía Local” (art. 230 del *COT*) y
- c) la exclusividad competencial que la LPDC les asigna a los jueces de policía local, para conocer de los conflictos individuales de consumo.

2. Imperatividad de las normas de protección al consumidor, arbitrabilidad material y arbitraje de equidad

Una de las características del derecho del consumidor radica en la imperatividad de las disposiciones que lo regulan, integrantes –entre muchas otras– del entramado normativo del denominado orden público económico y, concretamente, de su vertiente tutelar, denominada orden público económico de protección³⁶.

Sin embargo, y en lo que concierne a la arbitrabilidad de los conflictos surgidos en este contexto de imperatividad normativa, una cosa es que en la regulación del asunto controvertido se encuentren involucradas normas imperativas o de derecho necesario, y otra muy distinta es que el laudo arbitral, al resolverlo, las vulnere efectivamente. Por ello, no resulta acertado rechazar la vía arbitral por la sola circunstancia de encontrarse involucradas, en la regulación material de la controversia respectiva, normas imperativas o de derecho necesario, pues las partes, cuando optan por el arbitraje, no disponen de ninguna de ellas, sino solo del vehículo

74

³⁶ Para el orden público de protección, la norma restaura el desequilibrio económico que existe en aquellos sectores de actividad en que una de las partes contratantes se encuentra en una situación de poder o ventaja frente a la otra, que se presenta como la parte más débil, lo que hace necesario modificar las relaciones contractuales con medidas de protección que involucran el otorgamiento de un derecho a una de ellas. Así ocurre, por ejemplo, con la reglamentación de las remuneraciones laborales o la figura del contrato de adhesión en el derecho del consumo, entre varios otros casos. Como explica Gérard Farjat, el aspecto individual de ciertas medidas económicas no deja duda alguna en cuanto a su pertenencia al orden público económico de protección, pues lo que allí está en juego es la economía interna del contrato, el perjuicio individual. De esta forma, entonces, en el espíritu del neoliberalismo pertenecerán a esta clasificación del orden público económico todas las medidas orientadas a dejar a un contratante en situación de defenderse frente al que detenta una posición privilegiada, ya sea por la vía de entregarle la información suficiente o prohibiendo derechamente las cláusulas peligrosas. Se trata, además, de medidas de naturaleza económica por cuanto, desde la perspectiva del poder público, ellas tienen la misma connotación que reciben, por ejemplo, las regulaciones de política monetaria o de crédito en su perspectiva económica. En otros términos, dependen o son el resultado de una planificación de la organización económica considerada como un solo todo, donde todas ellas, en cuanto tales medidas económicas, constituyen un elemento importante. FARJAT (1971), pp. 42-43. El mismo autor (1963), p. 118 y ss.

procesal para resolver una controversia³⁷. Dicho de otra forma, la sola circunstancia de que la controversia respectiva esté sometida a normas imperativas en su regulación material, no excluye *per se* su arbitrabilidad si los derechos comprometidos en aquella son disponibles en derecho³⁸. El convenio de arbitraje involucra, en efecto, la exclusión voluntaria que hacen las partes en el orden procesal y no de la normativa material o sustantiva que regula la materia que da causa a la controversia respectiva, que bien puede incluir normas imperativas o de orden público que deben ser aplicadas y observadas por los árbitros, incluso arbitradores o de equidad. Entenderlo de otro modo, además, implicaría limitar el ámbito de aplicación del arbitraje a parcelas ínfimas del espectro jurídico interno e, incluso, internacional, si se considera que las normas imperativas y de orden público se encuentran diseminadas prácticamente por todas las materias de derecho privado.

El arbitraje, por tanto, no está circunscrito a –ni limitado por– aquellas materias no alcanzadas por normas imperativas, pues por esa vía su aplicación se reduciría a un punto cercano a la extinción³⁹. La propia LPDC contempló en su origen el arbitraje como cauce heterocompositivo del conflicto de consumo, lo que se ha venido potenciando con las últimas reformas según lo dicho supra.

No es este, sin embargo, el camino que ha seguido siempre la jurisprudencia en Chile, la que en más de alguna ocasión se ha pronunciado de forma explícita sobre la incompatibilidad absoluta que existiría entre el arbitraje de equidad y aquellas materias reguladas por normas de orden público o imperativas, asimilando por esa vía los conceptos de indisponibilidad y norma imperativa como argumento excluyente. Así, por ejemplo, y fundándose precisamente en el carácter imperativo de las normas del DL n.º 964 de 1975, sobre arrendamiento de predios urbanos (derogado por la Ley n.º 18101), la Corte Suprema señaló:

75

“3. Que, en todo caso, cabe referir que, de acuerdo con la cláusula octava del contrato [de arrendamiento] invocado por la recurrente, el árbitro ahí designado debía resolver el asunto sin forma de juicio y conocer del mismo como arbitrador y amigable componedor, esto es, de un modo que se opone a las normas de competencia y de procedimiento aplicables a la materia y a la circunstancia de que

³⁷ Así también FERNÁNDEZ DEL POZO (1995), p. 6928 y ss.

³⁸ Tal postulado tiene, incluso, un reconocimiento expreso en la actual Ley General de Arbitraje de Perú, n.º 26572, que contempla en general la posibilidad de someter a arbitraje la cuantía de la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos, en cuanto esta no hubiere sido fijada ya por resolución judicial firme (art. 1.3).

³⁹ LÓPEZ (1999), p. 165.

los derechos conferidos en la ley son irrenunciables por el arrendatario. En efecto, como se sabe, tal clase de jueces fallan obedeciendo sólo a su prudencia y a la equidad y no están obligados a guardar en sus procedimientos más reglas que las señaladas por las partes en el compromiso o las que, con el carácter de mínimas, prevén en su defecto los artículos 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil, todo lo cual resulta incompatible con las normas y trámites obligatorios que prevé la respectiva ley sobre arrendamiento de predios urbanos, en este caso, el D.L. 964 de 1975, vigente a la fecha de la celebración del contrato de arrendamiento invocado (artículo 1° transitorio de la Ley 18.101)”⁴⁰.

En el sentido recién apuntado, ya antes la Corte de Apelaciones de Concepción había sentado la misma tesis al rechazar la posibilidad de someter a árbitros arbitradores el conocimiento de las controversias surgidas en el marco de un contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, regulados por la Ley n.° 18101, fundándose para ello en la irrenunciabilidad que contempla el art. 19 de dicha ley y, por ende, en el carácter de orden público de sus normas. Dijo al respecto la Corte:

76

“8°. Que no se concilia con la facultad de un árbitro arbitrador, que por su esencia no está obligado a fallar conforme a la ley vigente, sino a lo que su prudencia y equidad le dictaren, con los rígidos términos del artículo 19 de la ley [18.101] ya citada que impone la irrenunciabilidad de ciertos derechos. En cambio, podrían conciliarse la disposición del artículo 19 con los árbitros de derecho y los mixtos, pero no con los arbitradores, situación que no es la de autos;

9°.- Que, la disposición del referido artículo 19 de la ley recién citada al hacer irrenunciables los derechos que confiere a los arrendatarios, implícitamente está prohibiendo la celebración de pactos que vulneren esa disposición, como lo sería, por ejemplo, el que las partes acordaren someterse a la decisión de un juez al que confieren facultades para prescindir; para no aplicar disposiciones como las mencionadas, que establecen la irrenunciabilidad de ciertos derechos, porque en el fondo de esta manera se estarían vulnerando esas disposiciones protectoras del arrendatario”⁴¹.

Sin embargo, y como se dijo antes, se confunden nuevamente aquí conceptos que no son asimilables en modo alguno. Una cosa es que la

⁴⁰ Corte Suprema, 29 de agosto de 2002, p. 224.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de diciembre de 1983.

controversia respectiva surja de o se encuadre en materias reguladas por normas imperativas, y otra bien distinta es que el árbitro de equidad las infrinja, conociendo de esa controversia concreta. Así lo ha dicho la propia jurisprudencia por lo demás, al precisar:

“Los árbitros deben fallar conforme a la equidad y siendo éste un concepto objetivo, en su virtud deben los jueces árbitros respetar las normas del Derecho Positivo que tienen el carácter de orden público (...)”⁴².

Todavía más, la doctrina que surge de la jurisprudencia que aquí se comenta incurre en una suerte de contradicción sistémica o estructural, si se considera la imposibilidad de extrapolar sus conclusiones a los distintos espectros del derecho chileno vigente. En efecto, una tesis como la aquí comentada, donde la sola existencia de normas imperativas o de orden público excluye de plano la competencia de árbitros arbitradores o de equidad, no se concilia en modo alguno con un sistema como el chileno donde la solución de las controversias surgidas en el marco de materias reguladas típicamente por normas imperativas (como ocurre, por ejemplo, con la legislación sobre sociedades anónimas) son encomendadas por el legislador a árbitros de equidad, con carácter forzoso incluso. Dicho de otra forma, la incompatibilidad que predicen los fallos citados, entre el arbitraje de equidad y la regulación por normas imperativas de la materia que da causa a la controversia, no parece sustentable y ni siquiera lógico en un ordenamiento jurídico como el chileno, que en ciertos extremos (como el apuntado) fuerza, incluso, a las partes a recurrir a árbitros arbitradores en ámbitos normativos que precisamente se estructuran con base en disposiciones imperativas o de derecho necesario.

Asimismo, ni el peligro de la eventual inadecuación del árbitro de equidad a las normas de orden público –que, como se dijo antes, ha llevado a algunos autores a rechazarlo *a priori*– ni la supuesta mayor dificultad que existiría para revisar jurisdiccionalmente sus laudos, constituyen fundamentos suficientes como para discriminar entre unos y otros árbitros en situaciones como la descrita (cosa que ni la ley chilena ni la LA española hacen, por cierto). Todos se encuentran constreñidos en su actuar por el orden público definido en cada caso por unos principios y valores que la sociedad se ha dado en un momento determinado, de manera que su infracción dará origen, necesariamente, a la nulidad del laudo en el sistema español y en el ordenamiento jurídico chileno sobre arbitraje comercial

⁴² Corte Suprema, 16 de septiembre de 1993.

internacional, o a su invalidación –en el caso del arbitraje chileno interno– por la vía del recurso de queja o del recurso de casación en la forma por incompetencia (pues el árbitro no la tiene para vulnerar el orden público vigente, ni las partes han podido dársela).

3. Irrenunciabilidad anticipada de los derechos del consumidor y sus efectos en la arbitrabilidad del conflicto de consumo

Uno de los principios rectores del estatuto jurídico de protección del consumidor es el de la irrenunciabilidad anticipada de los derechos por parte de los consumidores, consagrado en el art. 4° de la LPDC. La norma, tributaria de un contexto jurídico muy distinto del que se observa en el ámbito de las relaciones contractuales conmutativas y estructuralmente simétricas del derecho común, limita el ámbito de la autonomía de la voluntad en el derecho del consumo, como forma de cautelar el interés del consumidor medianamente experimentado e informado de cara a sus reales capacidades de negociación con el proveedor⁴³.

En el derecho comparado, el debate sobre la no arbitrabilidad de determinados conflictos, surgidos en el marco de unas relaciones de consumo, se ha mantenido vigente por décadas a raíz, precisamente, de la irrenunciabilidad recién apuntada y de la naturaleza imperativa o de *ius cogens* de la normativa aplicable a aquellos sectores regulados que operan como proveedores (*v. gr.* los de telefonía y telecomunicaciones, energía, transporte público y correos, por nombrar los principales⁴⁴).

Por otro lado, y dada la nutrida casuística que puede darse en estos conflictos, las legislaciones más modernas que se ocupan de esta materia han optado por fórmulas genéricas que favorecen la arbitrabilidad del conflicto de consumo: es, por ejemplo, el caso español⁴⁵ y, más reciente-

⁴³ Así lo ha dicho en más de una ocasión el TJCE. Por todas, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia de 19 de enero de 1993.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el sistema nacional de arbitraje español, la jurisprudencia sobre anulación de laudos en materia de consumo ha sido variada y cambiante. En términos generales, sin embargo, la inclinación ha sido entender que la naturaleza imperativa de estas regulaciones sectoriales no descarta, en principio, el sometimiento de estas materias a arbitraje de consumo, MARCOS (2010), p. 106 y ss.

⁴⁵ El RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, reitera en este punto lo que ya señalaba el art. 2° de la Ley de Arbitraje n.° 60/2003, supletoria del RD recién citado:

“Artículo 2° Materias objeto de arbitraje de consumo.

1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que

mente, el de la ley peruana sobre arbitraje de consumo, que recoge un criterio todavía más amplio de arbitrabilidad⁴⁶.

En Chile, la irrenunciabilidad *ex lege* de los derechos del consumidor no constituye un obstáculo real de cara a la arbitrabilidad material de los conflictos que comprometen, de una u otra forma, esos derechos irrenunciables u indisponibles en su origen.

En términos generales, y en concreto en el caso que se analiza, el presupuesto base de la norma protectora radica en la conceptualización del consumidor como la parte económica y jurídicamente más débil del contrato de consumo, que requiere –por ende– de la intervención del legislador en un ámbito en el que por lo común no lo hace: la manifestación de la voluntad y la libre formación del consentimiento en la celebración de los contratos. A partir de una multiplicidad de factores (culturales, educacionales, económicos, psicológicos, físicos, de edad, etc.), para la ley el consumidor medio se encuentra en una posición desventajosa frente al proveedor, que asume así la calidad de parte dominante de la relación jurídica; y dicho criterio la lleva a presumir, por tanto, *in abstracto* y de manera excepcional⁴⁷, que aquel no está en condiciones reales de protegerse a sí mismo al celebrar un contrato de adquisición de bienes o de prestación de servicios⁴⁸.

Este criterio, conocido en general como principio proconsumidor (*pro consumatore*) en cuanto variante del principio *favor debilis*⁴⁹, se encuentra claramente reflejado en el art. 4° de la LPDC, al establecer que “Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”, norma imperativa que, como tal, podría interpretarse como un obstáculo para la arbitrabilidad de los conflictos de consumo, atendida la aparente indisponibilidad de los derechos subjetivos involu-

79

existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos (...).”

⁴⁶ La legislación peruana no contempla, como en el caso español, una norma que defina las materias que son arbitrables, optando en su reemplazo por la siguiente fórmula genérica: “Artículo 9.- Órganos arbitrales.

Los órganos arbitrales son competentes para resolver los conflictos entre consumidores y proveedores en relación con los derechos reconocidos a los consumidores.

Los órganos arbitrales pueden ser unipersonales o colegiados y se encuentran adscritos a una Junta Arbitral de Consumo, cuya Secretaría Técnica brinda el apoyo administrativo necesario para el debido cumplimiento de su función arbitral” (DS N° 046-2011-PCM, que aprueba el reglamento del sistema de arbitraje de consumo).

⁴⁷ No obstante, y como apunta Erika Isler, en la actualidad las relaciones de consumo constituyen la gran mayoría, de manera que la regla protectora de excepción ha pasado a ser la regla general. ISLER (2019), p. 103.

⁴⁸ OSSOLA e HIRUELA (2007), p. 417 y ss. En el mismo sentido SCHÖTZ (2013), p. 120.

⁴⁹ ISLER (2019), p. 102 y ss.

crados. Sin embargo, la propia norma legal se encarga de precisar que la indisponibilidad que predica es solo originaria o “anticipada”, entendida en todo caso como “una prohibición de exclusión de la aplicabilidad de las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”⁵⁰.

Pues bien, al celebrar un pacto arbitral, como alternativa de solución de los conflictos futuros que pudieren surgir entre las partes, el consumidor no renuncia a ninguno de los derechos establecidos en la LPDC, ya que solo opta por el cauce procesal en el cual esos derechos deberán ser invocados y puestos en acción. Lo irrenunciable son solo los derechos subjetivos que establece la LPDC en favor del consumidor en su calidad de tal⁵¹, entre los que no figura, obviamente, el de optar libremente por un cauce procesal alternativo de solución de conflictos. Dicho de otra forma, la opción que hace el consumidor al celebrar el pacto arbitral, en cuanto a someter el conocimiento de un conflicto al conocimiento y resolución del árbitro, si bien involucra una renuncia voluntaria al derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales (efecto negativo del pacto arbitral), no compromete ninguno de los derechos que la LPDC le confiere al consumidor⁵², de manera que, en principio, no se observa impedimento alguno para que este pueda celebrar el pacto de arbitraje –incluso de equidad⁵³– bajo la modalidad de una cláusula compromisoria; y se dice en principio, ya que, como ya se señaló, la opción por el arbitraje debe ser en todo caso la fiel expresión de la autonomía de la voluntad del consumidor, lo que justifica, por tanto, el tratamiento especial que se da a la cláusula arbitral incluida en los contratos de adhesión (art. 16 de la LPDC).

Por lo demás, lo que prohíbe la ley es la renuncia anticipada de derechos y no la que se hace una vez que esos derechos se han adquirido en efecto, en virtud de un contrato al que se incorpora o con el cual se vincula un pacto arbitral. Así quedó establecido durante el trámite legislativo, con ocasión de la discusión del art. 10° primitivo del proyecto (que luego fue

⁵⁰ ESPADA (2013), p. 195. Señala esta autora que para poder renunciar a un derecho es necesario que tal derecho exista en realidad en el patrimonio del titular. Por tanto, la renuncia anticipada de que habla el art. 4, en realidad, no es una renuncia propiamente tal.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² La doctrina distingue entre derechos básicos, que son aquellos que la ley confiere al consumidor “abstracto” (esto es, cualquier ciudadano que, como potencial consumidor, tiene derecho al consumo seguro, a la protección de la salud y el ambiente, a la educación para el consumo, etc.), y los derechos no básicos que se le reconocen al consumidor en concreto (esto es, al que ha participado efectivamente en una relación de consumo, como el derecho de retracto, de garantía, etc.). Sobre estas categorías puede consultarse a JARA (1999), pp. 62-63; ISLER (2019), pp. 196-198, con referencia a categorizaciones de la doctrina extranjera.

⁵³ No se tiene coincidencia, por tanto, con el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que rechazó la posibilidad de someter a arbitraje de equidad un conflicto regido por la Ley n.° 18101, sobre arrendamiento de predios urbanos (véase supra, nota 38).

12°, 11° y en la actualidad 16°), sobre cláusulas de renuncia anticipada de derechos en los contratos de adhesión:

“Cabe precisar que lo que se sanciona negándole todo efecto es la renuncia anticipada de derechos, a fin de evitar su inclusión como cláusula de estilo en los contratos de adhesión. Ello toda vez que la renuncia de derechos posterior será de común ocurrencia por la vía de la transacción”.

Así se desprende, además, del art. 53 B de la LPDC, que permite terminar un procedimiento judicial de consumo por avenimiento, conciliación o transacción, todas vías extraordinarias que involucran, precisamente, la plena disponibilidad de los respectivos derechos puestos en juicio.

Debe advertirse, por último, que la situación es distinta cuando el conflicto tiene su origen en un contrato de adhesión. Allí, y siempre como medida tutelar, el consumidor conserva en todo caso el derecho de optar de forma voluntaria por los órganos jurisdiccionales estatales (art. 16 inc. final de la LPDC), prescindiendo, por tanto, del pacto arbitral contemplado en el contrato de manera directa o por referencia. La regla es excepcional, pues, como señala la propia norma y como lo reitera la Corte Suprema, ella se aplica solo a los contratos de adhesión y no al resto de los contratos de consumo:

81

“SÉPTIMO: Que, en todo caso, para que sea aplicable la norma que permite al consumidor recurrir siempre a la justicia ordinaria, debe tratarse de un contrato de adhesión. En efecto, el artículo 16, que contiene la norma debatida, se ubica en el párrafo 4° del Título II, titulado ‘Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión’ (...). Así pues, esta facultad de recurrir siempre a los tribunales ordinarios aun cuando exista una cláusula arbitral constituye una prerrogativa excepcional para el consumidor en los contratos de adhesión lo que, por cierto, supone que en el proceso se encuentre establecido que el contrato sobre el que versa el conflicto tenga dicha naturaleza jurídica”⁵⁴.

III. ARBITRAJE PROHIBIDO Y “CAUSAS DE POLICÍA LOCAL”: EL ART. 230 DEL *COT* Y SUS ALCANCES EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

La ley chilena no contempla reglas especiales sobre arbitrabilidad del conflicto de consumo, lo que lleva a aplicar las normas comunes sobre

⁵⁴ Corte Suprema, 2 de marzo de 2017.

arbitraje prohibido contempladas en el *COT*, concebidas para una tipología de conflictos radicalmente distinta a los que generan las relaciones de consumo, que ni siquiera existían en aquel tiempo. Por contrapartida, y para evitar así las dificultades que genera este arbitrio del “traslape normativo” a contextos jurídicos que son disímiles entre sí, las legislaciones que se ocupan de regular el arbitraje de consumo han fijado en cada caso, con mayor o menor precisión, el concreto ámbito de la arbitrabilidad material⁵⁵.

Tratándose de la arbitrabilidad material del conflicto de consumo, y considerando que la LPDC encomienda su conocimiento y resolución a los jueces de policía local (art. 50 A), resulta necesario despejar en primer término la aparente limitación que establece en este punto el art. 230 del *COT*, al señalar que no podrán someterse a la decisión de árbitro, entre otras, las “causas de policía local”.

⁵⁵ Así, por ejemplo, en España las cuestiones que pueden ser sometidas al arbitraje de consumo, están determinadas por el artículo 2 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Se establece allí que solo podrán ser objeto de arbitraje los conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales, que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. Por contrapartida, excluye del arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en los que existan indicios racionales de delito, además de la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivados de ellos, en conformidad con lo previsto por el art. 57.1 del RDL 1/2007, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias.

En Portugal, son arbitrables los conflictos derivados de las relaciones jurídicas de consumo, es decir, aquellos que surjan de la prestación de bienes o servicios de los profesionales a los consumidores (art. 2 de la Ley n.º 24/96, de 31 de julio, de *Defensa do Consumidor*). Se excluyen, como en España, los litigios en caso de intoxicación, lesión, muerte o cuando existan indicios de delito, a lo que se suma la responsabilidad del productor derivada de productos defectuosos.

En Argentina, el art. 1º del decreto n.º 276/1998, que regula el SNAC –considera como arbitrables “las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la ley 24240 y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo que definen la ley citada”. En su art. 2 establece las cuestiones que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo: las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos; las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral; las cuestiones de las que deriven daños físicos, psíquicos o muerte del consumidor, y en las que exista presunción de la comisión de delito. Por último, considera inarbitrables “las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación”, aunque, en realidad, ni el decreto 276 ni las resoluciones que implementaron el funcionamiento del SNAC establecen un monto fijo mínimo o máximo para reclamar, de manera que en Argentina el consumidor puede reclamar por cualquier suma dinero, sin límites.

1. Breve reseña del art. 230 del COT

En materia de arbitraje prohibido (arbitraje interno), el *COT*, en su texto original del año 1943, no hizo más que reiterar lo dispuesto por el art. 178 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, del año 1875, al considerar como inarbitrables, únicamente, los conflictos que versan sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer.

Luego, la Ley n.º 18969 (*D.O.* de 10 de marzo de 1990), le introdujo una serie de modificaciones, y agregó dos nuevas materias de arbitraje prohibido, modificando para ello su art. 230: las causas criminales y las de policía local. Básicamente, y como se señaló durante el trámite parlamentario, con esta reforma se quiso aclarar, solo, “que las causas criminales y las de policía local no pueden ser sometidas a arbitraje”, pues, aunque “se entendía así ..., la disposición no estaba muy clara”.

Como fundamento único de la reforma, se sostuvo:

“en materia de procesos de causas de acción privada, por ejemplo, de calumnias e injurias, existían dudas si acaso podían someterse estas causas a arbitraje, lo que evidentemente iba en contra del sistema, por cuanto, por muy de acción privada que sea un proceso, se trata de imponer una pena. El Código no lo decía claramente y hubo que precisarlo”⁵⁶.

83

Este ejemplo, entonces, aunque simple, deja en evidencia que la predicha modificación legal no pretendió, en ningún caso, establecer una suerte de incompatibilidad absoluta e indiscriminada entre las materias propias de las “causas de policía local”, por un lado, y la arbitrabilidad de esas mismas materias, por el otro. Simplemente, y como se acaba de señalar, el propósito fue aclarar un aspecto que, aunque obvio y consabido, generaba aun alguna confusión: el árbitro –se dijo– no está facultado para imponer multas ni, en general, para ejercer el *ius puniendi* reservado a la potestad pública, pues las partes no han podido disponer de un imperio del que carecen. En lo demás, y por tratarse de materias de índole patrimonial perfectamente disponibles en derecho, las partes son libres para someter sus conflictos de consumo a arbitraje.

De esta manera, queda en evidencia que lo prohibido por el art. 230 del *COT* no es el arbitraje de los asuntos sobre consumo en manifestación patrimonial y disponible, sino únicamente aquello que comporta la aplicación de sanciones infraccionales o multas por parte del árbitro.

⁵⁶ *Historia de la Ley* n.º. 18969, Biblioteca del Congreso Nacional, Acta Junta de Gobierno, p. 142.

No se coincide, por tanto, con lo señalado por Patricio Aylwin⁵⁷, para quien las acciones civiles incluidas en la expresión “causas de policía local” no pueden ser sometidas a compromiso. Según este autor, el art. 230 del *COT* no distingue sobre la naturaleza de la acción, a lo que se suma que el art. 9 de la Ley n.° 18287, en relación con el art. 14 de la Ley n.° 15231, señala: “las acciones civiles que deriven del incumplimiento de una norma de policía local sólo pueden ejercerse dentro del procedimiento contravencional establecido por la ley”:

- a) Primero, y como ya se dijo, la historia del establecimiento del art. 230 deja en claro que el propósito de dicha norma no fue prohibir el arbitraje de tales materias, sino solo las de carácter infraccional que deriven en la aplicación de multas.
- b) Luego, tampoco se entiende la referencia que se hace a “una norma de policía local”, pues lo cierto es que tales normas no existen más allá de las materias que son de competencia de esos tribunales especiales, contempladas en leyes y cuerpos normativos particulares (y el derecho del consumo no es una “norma de policía local”).
- c) Y, por último, lo señalado por los arts. 9° de la Ley n.° 18287 y 14 de la Ley n.° 15231 no tiene ninguna relación con la arbitrabilidad de las materias de índole patrimonial de que conocen los referidos tribunales, pues aquellas normas se limitan solo a ordenar el procedimiento seguido ante dichos tribunales.

84

El art. 9° recién mencionado, por lo demás, señala que el juez de policía local será competente para conocer de la acción civil “siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional”, disposición que solo demarca la competencia de esos tribunales sin excluir, en ningún modo, la posibilidad de que dichas acciones sean ejercidas en sede arbitral. Dicho de otra forma, que la acción civil no se ejerza “oportunamente” ante el juez de policía local dentro del procedimiento contravencional, no quiere decir que ella no pueda plantearse ante árbitros, si las partes así lo acuerdan.

De forma adicional, no parece acertado justificar la inarbitrabilidad de la materia tomando como base o único criterio, la exclusividad o especialidad del órgano jurisdiccional llamado por la ley a resolver los conflictos que en cada suceso se generen. En otros términos, no es esa exclusividad competencial lo que habilita para concluir en la inarbitrabilidad de las controversias que surgen en un determinado entorno normativo, aun cuando la ley le preasigne un determinado órgano jurisdiccional especial para resolverlas en cada caso. Sí lo será, en cambio, el contenido material concreto de la misma controversia y la naturaleza de los derechos e

⁵⁷ AYLWIN (2005), p. 139.

intereses involucrados en cada acontecimiento, de manera que solo se podrá hablar de inarbitrabilidad cuando esos intereses y aquel contenido concreto excedan de la pura esfera particular o individual de las partes involucradas, comprometiendo el interés colectivo y, en último término, el bien común que modela a cada momento y en cada sociedad el concepto de orden público. Es lo que ocurre precisamente en el conflicto laboral, en el concesional minero o en los atentados a la libre competencia, por poner algunos ejemplos tratados por la jurisprudencia en Chile⁵⁸.

2. La innecesaria referencia que hace el art. 56 C de la LPDC

Como se acaba de señalar, el art. 230 del *COT* no establece ninguna incompatibilidad entre las materias propias de las “causas de policía local” y la arbitrabilidad de los conflictos de consumo; y tanto es así que es la propia LPDC la que reconoce (y lo hizo ya en su texto original, art. 16) la perfecta viabilidad del arbitraje en esta materia, en cuanto cauce procesal idóneo para la solución de dichas controversias.

La duda, paradójicamente, la generó, sin embargo, el propio legislador cuando, en la Ley n.º 20555 y con ocasión de la regulación del denominado “arbitraje financiero”, se remitió –de manera innecesaria– al art. 230 del *COT*, en los términos siguientes:

“Artículo 56 C.- (...) En todo caso, no será aplicable al árbitro financiero la prohibición del artículo 230 del Código Orgánico de Tribunales de someter a conocimiento de un árbitro las causas de policía local, siempre que se funden en una controversia, queja o reclamación de las señaladas en el número 3 del inciso primero del artículo 55, pero el Servicio Nacional del Consumidor deberá denunciar la infracción ante el juez de policía local competente, quien podrá aplicarle al proveedor la multa que correspondiere según la naturaleza de la infracción”.

Según esto, entonces, pareciera que el legislador, al remitirse aquí al art. 230 del *COT*, entendió que dicha disposición sí tenía aplicación respecto del arbitraje de los conflictos de consumo en general y que para regular el arbitraje financiero era necesario hacer expresa excepción de aquella. Tal criterio, sin embargo, es erróneo según se dirá infra; máxime

⁵⁸ En materia laboral: Corte Suprema, 18 de octubre de 1993, p. 90; Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006. En el ámbito del derecho minero: Corte Suprema, 21 de junio de 1990, p. 136. Y en materia de derecho de la competencia: Comisión Preventiva Central dictamen n.º 895/131, p. 229.

si el arbitraje de que trata el art. 16 de la misma ley no sufrió alteración alguna tras la dictación de la Ley n.º 20555.

Todavía más, la confusión del legislador queda de manifiesto en el propio texto legal, cuando señala que, en todo caso,

“el Servicio Nacional del Consumidor deberá denunciar la infracción ante el juez de policía local competente, quien podrá aplicarle al proveedor la multa que correspondiere según la naturaleza de la infracción”.

Con esta advertencia, pues, se hace notorio que la norma legal entremezcla dos tipos de materia y, por tanto, dos esferas competenciales, la infraccional y la civil/patrimonial, que, sin embargo, son por completo distintas entre sí; o dicho de otra forma, la circunstancia casi obvia (como señaló el legislador de la Ley n.º 18969) de que el árbitro no tenga competencia para imponer multas a un proveedor (ámbito infraccional), no transforma en inarbitrable el conflicto de consumo en su vertiente civil-patrimonial.

En estricto rigor al señalar el art. 56 C que el art. 230 del *COT* no se aplica al arbitraje financiero, y considerando que este último solo abarca la señalada esfera infraccional, podría entenderse que con dicha norma el legislador estaría permitiendo que el árbitro aplique las multas mencionadas, cuando se trata de un arbitraje financiero. Se dice lo anterior, entiéndase bien, no para sostener esta conclusión, inaceptable por donde se la mire, sino solo para evidenciar los efectos que genera la errónea interpretación que ha hecho el propio legislador respecto del art. 230 del *COT*. Dicha norma, se reitera, jamás excluyó la arbitrabilidad del conflicto de consumo, pues solo se limitó a prohibir el arbitraje en lo que concierne a la aplicación de las multas que establecen las leyes, en un ámbito puramente infraccional; y mal podría haberlo hecho, por lo demás, considerando que la LPDC es muy posterior a la Ley n.º 18969, que incorporó a aquella norma la referencia a las “causas de policía local”.

Por lo dicho, en suma, la remisión que hace aquel texto del art. 56 C de la LPDC al art. 230 citado, carece de sentido y es del todo innecesaria, por lo que fue eliminado en la reforma del año 2018, Ley n.º 21081.

IV. CONCLUSIONES

1. En el derecho chileno, el conflicto de consumo, entendido como aquel que surge en el contexto de una relación de consumo y en el que intervienen como partes un consumidor o usuario y un proveedor, es perfectamente arbitrable.

En un plano material, la arbitrabilidad del conflicto de consumo se limita a las manifestaciones patrimoniales de la relación de consumo, quedando extramuros, por tanto, la vertiente infraccional-sancionatoria que surge de la infracción de los derechos del consumidor.

En su expresión subjetiva, la arbitrabilidad abarca a todo aquel individuo o persona jurídica que, según la LPDC y la Ley n.° 20416, deben considerarse como “consumidores” y “proveedores”, incluyéndose, por tanto, los denominados “consumidores jurídicos” y los “consumidores materiales”.

2. Ni la prohibición de renuncia anticipada de los derechos del consumidor ni la imperatividad de las normas de la LPDC, son obstáculos que impidan someter a arbitraje los conflictos de consumo.

El art. 230 del *COI*, cuando prohíbe el arbitraje de “causas de policía local”, no descarta tampoco la arbitrabilidad del conflicto de consumo en su expresión patrimonial (acción civil), pues solo se refiere a lo infraccional y al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. La referencia que se hace a dicha norma en el art. 56 C de la LPDC, es innecesaria y se origina en una errada interpretación del art. 230, recién citado.

3. La determinación del ámbito de arbitrabilidad del conflicto de consumo constituye un factor inicial determinante para la reformulación del sistema de arbitraje de consumo en Chile, actualmente en desuso dada su muy deficiente regulación legal.

87

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2005). *El juicio arbitral*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2010). “La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 14. Santiago.
- BRAHM GARCÍA, Enrique (2000). *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena*. Santiago: Colección Jurídica Universidad de los Andes. Tomo 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos”. *Cuadernos de Extensión*, n.° 3, Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Santiago: AbeledoPerrot.
- DE LUCA, Newton (2008). *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin.

- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2013). “Artículo 4”, en Íñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- FARJAT, Gérard (1971). *Droit Economique*. Paris: Themis-Presses Universitaires de France.
- FARJAT, Gérard (1963). *L'ordre public économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et. R. Durand-Auzias.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (1995). “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales”. *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 609. Valencia.
- FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual (1999). *Derecho de consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GILL, Chris, Jane WILLIAMS & Carol BRENNAN (2015). *A Dispute System Design for Consumer Alternative Dispute Resolution*. Trabajo presentando en el taller de diseño de sistemas de reparación del consumidor (Edimburgo, 11-12 de junio de 2015). Disponible en www.academia.edu/19031728/A_Dispute_System_Design_for_Consumer_Alternative_Dispute_Resolution?auto=abstract [fecha de consulta: 1 de octubre de 2019].
- HONDIUS, Ewoud *et al.* (2008). *Principles of European Law*. Munich: Sellier European Law Pub.
- IBOLEÓN, Belén (2012). *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*. Madrid: Dykinson.
- INFANTE ANGARITA, Christiam Ubeymar (2015). “Arbitraje de consumo: aspectos generales e integración del contradictorio”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 42. Bogotá, julio - diciembre.
- ISLER SOTO, Erika (2019). *Derecho del consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- JARA AMIGO, Rony (1999). “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”. *Cuadernos de Extensión Jurídica*. n.º 3. Santiago.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2011). “El arbitraje forzoso en Chile”. *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2. Talca.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2012). “El sistema chileno de arbitraje en el siglo XXI. Una paradoja entre el derecho medieval y las tendencias actuales del derecho comercial internacional”, en María Fernanda VÁSQUEZ PALMA y José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (dirs.). *Derecho mercantil internacional*. Santiago: Thomson Reuters.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2014). “Arbitraje societario y arbitraje forzoso en el anteproyecto de ley de arbitraje interno. Algunas propuestas”, en Eduardo PICAND ALBÓNICO (coord.). *Estudios de arbitraje. Libro homenaje a Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2017). *Curso de derecho comercial*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters. Tomo I.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2015). “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”. *Ius et Praxis*, vol. 21, n.º 2, Talca.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 4ª ed. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (1999). “Posibilidad de someter estatutariamente a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales (TS 1ª S 355/1998, de 18 de abril)”. *Tribunales de justicia: Revista Española de Derecho Procesal*, n.º 2. Madrid.
- MARCOS FRANCISCO, Diana (2010). *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004). “Extensión del ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Cuestiones generales”. *Revista de Derecho*, vol. 17. Valdivia.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). “Artículo 1° N° 1°”, en Íñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- OSSOLA, Federico A., María del Pilar HIRUELA (2007). “El contratante débil (determinación de la categoría jurídica)”. *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 1/1. Lima.
- PINOCHET, Ruperto (2011). “Delimitación material del Derecho de consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional”, en María Fernanda VÁSQUEZ PALMA (coord.), *Primeras jornadas de derecho comercial*. Santiago: Abeledo Perrot.
- REYES LÓPEZ, María José (2019). “Noción de consumidor y usuario”, en Pablo PAJÍN ECHEVARRÍA (coord.), *GPS Consumo*. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RIPERT, Georges (1954). *Tratado elemental de derecho comercial*, traducción de Felipe de Solá Cañizares con la colaboración de Pedro G. San Martín. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. París: Librairie Générale de Jurisprudence.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ V. (2016). *El arbitraje interno y comercial internacional*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Ediciones UC.
- SHÖTZ, Guztavo (2013). “El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1. Salamanca.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2015), “Artículo 543”, en Roberto RÍOS OSSA (dir.), *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, libro II, del Código de Comercio*. Santiago: Thomson Reuters,
- VIDAL, Álvaro (2000). “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los Consumidores”. *Revista de Derecho*, n.º 21. Valparaíso.

Jurisprudencia citada

- Comisión Preventiva Central, dictamen n.º 895/131, 20 de enero de 1994, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia*, Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005, p. 229.

- Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de diciembre de 1983, citada en “El arbitraje en los contratos de arrendamiento de predios urbanos”, Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago. Disponible en www.camsantiago.com/articulos_online/36_ARBITRAJE_URBANO.pdf [fecha de consulta: [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].
- Corte Suprema, 21 de junio de 1990, recurso de queja, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia*, Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005., p. 136.
- Corte Suprema, 16 de septiembre de 1993, en *Revista Fallos del Mes*, n.º 418. Santiago. En el mismo sentido *RDJ*. Tomo LXXXVI, 2ª parte, sección 1ª, p. 85; *RDJ*. Tomo LXIX, 2ª parte, sección 1ª, p. 131.
- Corte Suprema, 18 de octubre de 1993, recurso de queja, citado en *El arbitraje en la jurisprudencia*, Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005, p. 90.
- Corte Suprema, 29 de agosto de 2002, causa rol n.º 3833-01. Readí Aguad, José con Elizabeth Aday y Cía. Ltda., en , Santiago: Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005.
- Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006 (casación en el fondo) rol n.º 2450-2005. Isella Ferlini, Néstor con Canal 13.
- Corte Suprema, 2 de marzo de 2017 (casación en el fondo), rol n.º 46551-2016). Nicolás Uribe Kunz con CE Inmobiliaria S.A.
- Cour de Cassation de Francia, 21 juin de 1978, “Bertrand contra Paul Ott KG”.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 19 de enero de 1993, asunto C-89/91. Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=4DB897A7031F46257494389D102B798A?text=&docid=97826&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1465733> [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, asunto C-541/99. Cape c. Ideal-service c. Omai Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46434&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1172263> [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- al. alii* (otros)
 art. artículo
 arts. artículos
 c. con
 CEE Comunidad Económica Europea
 Cía. Compañía
 coord. coordinador

<i>COT</i>	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>	
dir.	director	
dirs.	directores	
DL	decreto ley	
<i>D.O.</i>	<i>Diario Oficial de la República de Chile</i>	
<i>DO</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>	
DS	decreto supremo	
ed.	edición	
etc.	etcétera	
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico	
H.	honorable	
http	Hypertext Transfer Protocol	
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>	
inc.	inciso	
Inc.	Incorporation	
LA	Ley de Arbitraje Española	
LCU	Ley de Consumidores y Usuarios	
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios	
LPDC <i>a veces</i> LPC	Ley n.º 19496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores	91
Ltda.	limitada	
n.º <i>a veces</i> Nº	número	
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (obra citada)	
p.	página	
pp.	páginas	
RD	Real decreto	
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>	
RDL	Real Decreto Legislativo	
S.A.	sociedad anónima	
S.A.C.I.	Sociedad Anónima Industrial Comercial	
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones Servicio Nacional del Consumidor	
Sernac	Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo	
SNAC	Sumo	
Sodimac	Sociedad Distribuidora de Materiales de Construcción	
ss.	siguientes	
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	

TJCE	Tribunal de Justicia de las Comu- dades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UC	Universidad Católica
UE <i>a veces</i>	EU Unión Europea
UF	Unidad de Fomento
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
www	World Wide Web