

LA SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO Y LA ADAPTACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL COMO TUTELA PROCESAL EN EL ARBITRAJE DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

THE SUBSTITUTION OF THE ARBITRATOR AND THE ADAPTATION OF THE ARBITRATION AGREEMENT AS PROCEDURAL PROTECTION IN ARBITRATION UNDER ARTICLE 16 OF THE CONSUMER RIGHTS PROTECTION LAW

Victor Barria¹

Como citar: BARRIA, Victor. La sustitución del árbitro y la adaptación del convenio arbitral como tutela procesal en el arbitraje del artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 7, n. 1, e057, jan./jun., 2022. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v7n1.e057.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la protección del consumidor en el contexto de las llamadas cláusulas arbitrales a partir del art. 16, incisos penúltimo y final de la Ley 19.496, y las reglas del Código Orgánico de Tribunales. El propósito es establecer la tutela arbitral especial y, asimismo, el efecto de la fuente del arbitraje que formalmente cumpla con las exigencias que la normativa sobre dicha materia requiere. Para ello, se brindan algunas explicaciones sobre el antecedente histórico considerado por los redactores de la norma precitada, y se analiza la regulación que trata los derechos procedentes de esta. Los resultados de la investigación muestran que la solución chilena conduce a garantizar la denominada jurisdicción de arbitraje mediante dos derechos que comparten la finalidad de conservar el efecto reconocido por la norma.

Palabras claves: cláusula abusiva; cláusula no vinculante; clausula informativa obligatoria.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the consumer protection in the context of the so-called arbitration clauses referred to in article 16, penultimate and final clauses of Law 19.496 and the rules of the Chilean Organic Code of Courts (Código Orgánico de Tribunales). The purpose is to establish the special arbitration tutelage, on the one hand, and the effect of the source of arbitration on the other, that formally meet the requirements of the rules on this matter. In order to do so, some explanations are provided on the historical background considered by the drafters of the aforementioned rule, and the regulation that deals with the rights arising therefrom is analyzed. The results of the investigation show that the Chilean solution leads to guaranteeing the so-called arbitration jurisdiction through two rights that share the purpose of preserving the effect recognized by the norm.

Keywords: abusive clause; non-binding clause; mandatory informative clause.

¹ Alumno regular del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Agradezco el financiamiento por parte de CONICYT (BECARIO CONICYT PFCHA/DOCTORADO NACIONAL/2019-21191996). E-mail: vmbarria@miuandes.cl.

1 INTRODUCCIÓN

A nivel comparado, el arbitraje se ha considerado como una solución que los legisladores ofrecen o imponen para resolver conflictos entre consumidores y proveedores que puedan surgir de un contrato legalmente celebrado. La razón compartida es el reconocimiento normativo de esta figura como un método heterocompositivo pacífico y aceptable para la solución firme de disputas que recaen en intereses individuales.

Como resultado, se garantiza tanto la protección efectiva de las partes como la eficacia de todo el sistema de arbitraje, en la medida que el funcionamiento de la instancia arbitral de protección respete garantías esenciales en relación con el órgano arbitral. Así este medio procesal ofrecido conforme a lo establecido por la respectiva legislación de consumo presentará simetría en materia de garantías mínimas.

El tópico indicado en el ámbito nacional no ha sido explorado mayormente en nuestra dogmática y por ende requiere un análisis más detenido: La cuestión de la protección efectiva de los consumidores y la eficacia de los acuerdos arbitrales prevista por los incisos penúltimo y final del art. 16 de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (en adelante LPDC) en consonancia con las reglas del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT). Esta normativa contempla una regla de imparcialidad (inc. penúltimo) y otra sobre buena fe (inc. final) que no han concitado especialmente la atención. Otro tanto ocurre con los derechos conferidos en la misma norma.

La cláusula arbitral de los incisos penúltimo y final del art. 16 de la LPDC es válida y eficaz como regla general tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, se estimaría aplicable en contra de dicho pacto arbitral la sanción general de letra g) prevista en la norma citada, pero sin requerir de la concurrencia de una anomalía precontractual que tenga su origen en la etapa de formación del contrato de adhesión, como ocurre con las distintas cláusulas abusivas establecidas por el legislador de consumo. La revisión de la literatura permite constatar que la discusión en torno al precepto se centra en la sanción indicada cuya procedencia respecto de cláusulas del contrato de adhesión se justifica en una anomalía precontractual de este último. (DE LA MAZA, 2010; LÓPEZ, 2010; LÓPEZ, 2019; RODRÍGUEZ, 2013). Luego, la declaración judicial de abusividad sería improcedente respecto del convenio arbitral regulado en los incisos penúltimo y final del art. 16 de la LPDC al no concurrir el factor determinante de su procedencia.

El régimen jurídico de ineficacia aplicable respecto de una o más cláusulas de un contrato de adhesión con base en la letra g) es una problemática entre autores, quienes

reconocen distintas soluciones. (BAMBACH, 1991; TAPIA & VALDIVIA, 1999; HÜBNER, 1999; WAHL, 2006; RODRÍGUEZ, 2012; LORENZINI & POLIT, 2013). Al respecto, destaca: la declaración de la nulidad civil del Título XX, Libro IV del Código Civil (DE LA MAZA, 2003; LÓPEZ, 2010; BARRIENTOS, 2012; GOLDENBERG, 2018; DE LA MAZA, 2018; CARBALLO, 2018; MARTÍNEZ, 2018; LÓPEZ, 2010) y la procedencia de la integración del derecho de consumo o de su conformación como una disciplina autónoma (PINOCHET, 2007).

La equiparación entre el art. 16 de la LPDC y el contenido previsto en la Directiva presenta un elevado nivel de aceptación en la doctrina chilena pese a que no resulta del todo compatible con la historia fidedigna del establecimiento de la norma y ni con la coincidencia textual parcial que presenta con la misma. La interpretación doctrinaria supone una influencia de fondo entre la norma chilena y la solución expuesta por la doctrina europea mayoritaria con base en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su Anexo 1 (en adelante Directiva). (PIZARRO, 1999; PIZARRO, 2005; PIZARRO, 2007; DE LA MAZA, 2004; MOMBERG, 2013; MOMBERG Y PIZARRO, 2013; CARVAJAL, 2012; BARCIA, 2017; MORALES, 2018).

Con todo, es escaso el tratamiento del art. 16 inciso penúltimo y final de la LPDC que contiene la designación del árbitro en el contrato de adhesión para acceder a la justicia arbitral. Su estudio se caracteriza por referencias breves que implican la existencia de una cláusula arbitral en el contrato de adhesión cuya eficacia podrá afectarse a través de distintas vías, en particular, sin expresar razones, se considera la aplicación de la letra g) a la regulación arbitral de los incisos penúltimos y final para afectar la eficacia del arbitraje. Así, a la luz de la Directiva, se ofrecen argumentos teóricos europeos relativos a la “cláusula abusiva” de su art. 3, como la “cláusula no vinculante” del art. 6 y la “cláusula arbitral abusiva” del Anexo 1. También, se atribuye al derecho de recurrir siempre del inciso final de la norma chilena la finalidad de causar la ineficacia de la vía arbitraje elegida (KANGISER, 2005; MEREMINSKAYA, 2007; BORDACHAR, 2014; VÁSQUEZ, 2018). Con todo, otro sector expone sus reservas sobre el enfoque anterior de equivalencia absoluta (ROMERO, 2001; WAHL 2006; ROMERO & DIAZ, 2016).

La jurisprudencia nacional por su parte coincide principalmente con la idea de la “cláusula arbitral abusiva” y con la aplicación del derecho especial del inciso final con un efecto jurídico que produce la ineficacia de la fuente del arbitraje. Esta última, resulta procedente por diversas causas.¹ Así, la Corte de Apelaciones de Santiago declara la abusividad a partir de una

¹ Corte Suprema Roles N.º 31701-2014, N.º 46551-2016, N.º 17695-2016, y N.º 34507-2017; Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 1998, MJCH_MJJ1154; Corte de Apelaciones de Santiago Roles

infracción al art. 16 letra g) inciso final que solo puede impedir los efectos propios del arbitraje, dado que plantea una sanción especial que imputa deberes tácitos de negociación e información.² La Corte Suprema, por su parte, estima que el proveedor puede plantear una acción para afectar la fuente del arbitraje con base en el derecho a recurrir que se reconoce también a favor del consumidor.³

Las principales razones de la doctrina y la jurisprudencia nacional para justificar la ineficacia del arbitraje de consumo coinciden con una doctrinaria dominante dentro de la Comunidad Europea a la luz de la Directiva. La línea argumental dispone una relación excluyente entre la protección efectiva del consumidor y la eficacia del convenio con consumidores. En síntesis, se considera abusiva la cláusula arbitral europea, bajo la premisa de que de haber podido negociar, el consumidor no hubiera aceptado el contenido propuesto en el convenio arbitral. También, se postula la irrenunciabilidad del derecho a la justicia del consumidor. (STEWART & MATTHEWS, 2002; STERNLIGHT, & JENSEN, 2004; MATTHEWS, 2005; HAMILTON, 2006; STERNLIGHT, 2006; STERNLIGHT, 2007; STIPANOWICH, 2007; HÖRNLE, 2008; CORTÉS & DE LA ROSA, 2013; CORTÉS & LODDER, 2014). Esta tendencia europea es coherente con una especie de convenio arbitral que no forma parte del art. 16 de la LPDC o bien con el ejercicio por parte del consumidor de derechos optativos que no reconoce el legislador nacional.

Del planteamiento anterior, surge la siguiente interrogante: ¿Si el arbitraje que se establece en el contrato de adhesión prescrito en los incisos penúltimo y final del art. 16 de la LPDC y que determina la procedencia que un conjunto de derechos especiales de eficacia o de ejecución del acuerdo arbitral, constituye protección especial con respecto al libre acceso a la justicia a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus intereses legítimos y en las mismas condiciones?

Para resolver esta cuestión, se analizarán dos aspectos de los incisos citados: el antecedente directo del contenido normativo y el efecto de los cuatro derechos conferidos por

N.º 5573-2005 y N.º 11780-2015; Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N.º 912-2018; Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N.º 146-2011; Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 110-2010; Corte de Apelaciones de Concepción Roles N.º 433-2011, N.º 198-2012 C. 4, N.º 268-2012 C. 4, N.º 87-2013 C.4; N.º 172-2014 C. 3 y N.º 235-2014 C. 9 y 10; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N.º 8281-2013 confirma Corte Suprema Rol N.º 23092-2014; Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 3746-2007, C.9.

² Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 8281-2013. C.2. confirma Corte Suprema Rol N.º 23092-2014. Al respecto, sostiene que por “infracción al artículo 16 letra g) inciso final, atendida la ausencia de cláusula que informará al consumidor de su derecho a recusar al árbitro designado sin expresión de causa, con motivo de la cláusula de “Arbitraje”. El supuesto régimen de la letra g) del art. 16 representa una modificación en cuanto a los tres supuestos normativos que se consideran para determinar la abusividad de un convenio arbitral y un arbitraje unilateral que no se conforma a las reglas del COT.

³ Corte Suprema Rol N.º 17695-2016. C.8 y 9. El tribunal sostiene que “Las partes deben tener la posibilidad de que un tribunal de justicia pueda siempre revisar”.

la misma para demostrar que la tutela arbitral de consumo excluye la ineficacia de la cláusula arbitral. La metodología aplicada en este artículo permite realizar una investigación cualitativa y bibliográfica, que incorpora la doctrina nacional e internacional, como la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. En razón de su extensión se debe partir de la premisa que el convenio arbitral cumple con los requisitos esenciales que la normativa exige en la materia.

El presente trabajo de investigación se ha estructurado en dos partes. La primera abordará la historia legislativa del art. 16 que tuvo presente el redactor en la materia para explicar el enfoque protector chileno y su (in)compatibilidad con el texto de la Directiva. La segunda, analizará el efecto de cuatro derechos especiales prescritos en los incisos penúltimo y final, teniendo en consideración los criterios doctrinales y jurisprudenciales.

I. ANTECEDENTES DEL ART. 16 DE LA LPDC: ENFOQUE PROTECTOR DE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1) INFLUENCIA EUROPEA DIFUSA Y AUTONOMÍA PROCESAL DOMÉSTICA

A. DIRECTIVA Y ANEXO 1

La doctrina doméstica bajo la influencia de la Directiva y su Anexo 1 sostiene que el art. 16 le sigue muy de cerca. La razón indicada consiste en un grado de similitud textual de carácter parcial entre segmentos del texto de la letra g) y el párrafo 1 del art. 3 de la Directiva. (PIZARRO, 1999; PIZARRO, 2005; PIZARRO, 2007; DE LA MAZA, 2003; DE LA MAZA, 2004; MOMBERG, 2013; MOMBERG Y PIZARRO, 2013; CARVAJAL, 2012). La afirmación anterior debe matizarse respecto del arbitraje de consumo. La reacción chilena en esa materia ha seguido la tendencia de la doctrina europea mayoritaria. Sin embargo, la norma en cuestión no sigue como fuente primera un antecedente europeo, siendo más fiel a las reglas procesales orgánicas expresadas por la misma norma y, por tanto, a lo dispuesto en el Derecho procesal chileno. Luego, la posición chilena acerca del debate del convenio arbitral válido y eficaz y de la tutela efectiva del consumidor en el arbitraje de consumo, depende fundamentalmente del Derecho interno. De hecho, la prevalencia por la regulación arbitral doméstica acontece también en la mayoría de los Estados miembros a la luz de la Directiva y su Anexo 1.

La base de lo anterior es que el arbitraje no reduce el nivel de protección al consumidor. Al respecto, destacan tres argumentos. El primero, la noción de autonomía procesal doméstica

(SERRANO, 2016; PERTÍÑEZ, 2017; GASCÓN, 2018) que constituye un límite a la efectividad y equivalencia sin oponerse por ello a la colaboración. El segundo, la determinación de los redactores de la Directiva en cuanto a no establecer vínculos jurídicos sobre la materia. Por último, la cláusula arbitral abusiva de la letra q) párrafo 1, del Anexo 1. Este último, contiene una lista ejemplificativa para representar un valor indicativo e ilustrativo en la jurisprudencia europea.⁴ (PARDO, 2012) Por tanto, “una cláusula que contravenga el Anexo no debe considerarse necesariamente abusiva.”. (EBERS, 2012, p. 22).

La cláusula arbitral abusiva europea del Anexo 1 expresa que: “Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación, debería corresponder a otra parte contratante.”⁵ El texto transcrito presenta diferencias con la cláusula contractual abusiva del art. 3 de la Directiva. En primer término, la satisfacción del interés del consumidor se sustituye por variables objetivas por razones procesales. En segundo lugar, la cuestión relevante recae en el objeto y el efecto del arbitraje, en especial, se presenta como un asunto de interés público la procedencia de sanciones, derechos y principios del sistema nacional. Por lo tanto, reconoce criterios objetivos de la legislación interna cuya aplicación no puede depender de la voluntad sobreviniente de ninguna de las partes, incluido el consumidor.

B. PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DEL ART. 3.1

También, en el resultado del proceso de transposición de la Directiva se observa que los estándares de protección para reconocer y asegurar la eficacia del convenio arbitral están sujetos a la legislación interna de cada Estado miembro. La recepción interna prioriza la eficacia del convenio arbitral entre consumidores y proveedores, sin atender necesariamente al art. 3, con tal que concurran los requisitos expresados en la ley doméstica arbitral respectiva, y estos sean aplicados por un órgano interno competente e imparcial.⁶ En tal sentido, la tendencia europea

⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 7.5.2002 Asunto C-478/99 Comisión contra Reino de Suecia, párrafo 22.

⁵ Sobre el tema el Anexo 1 letra q) párrafo 1 de la Directiva 93/13/CEE.

⁶ El arbitraje en los procesos de transposición de Dinamarca, Lituania, Suecia, Reino Unido, Francia, Austria, Estonia, Países Bajos, y República Checa, entre otros legisladores europeos adoptaron como estándar de protección del consumidor autorizar legal exclusivamente del convenio arbitral posterior al surgimiento de la disputa derivada de un contrato de consumo.

a la luz de la Directiva ha sido establecer un enfoque protector favorable al efecto del arbitraje, y establecer una relación complementaria entre la protección del consumidor y la eficacia del convenio arbitral. La orientación normativa permite diferenciar entre dos estándares de acceso a la justicia en los asuntos del consumidor basados en preceptos jurídicos internos que brindan mayor certeza.

El primer criterio protector de la eficacia del convenio arbitral surge en Francia e Reino Unido y logra un determinado equilibrio con una variable territorial y otra patrimonial para resguardar el ejercicio de derechos y libertades. Lo anterior, significa adoptar restricciones regulatorias específicas, considerando el establecimiento de regulación procesal y la determinación de la competencia de un órgano interno. Con todo, atienden a diversos requisitos, existentes en sus respectivas legislaciones.⁷ El segundo criterio, en el extremo opuesto, se adopta en Austria y Alemania, quienes reconocen la eficacia del acuerdo arbitral con la finalidad de responder a la protección de todos los consumidores. En concreto, se dispone el consentimiento informado y la constancia de este en un documento separado, firmado por ambas partes y redactado de manera inteligible y transparente.⁸ En tal sentido, el propósito de ambas soluciones es no privar a ambas partes de contar con la instancia de tutela arbitral y preservar la fuente del arbitraje en la medida que el consumidor emita una aceptación libre y sin coacción.

2) HISTORIA DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

A. LA ORIENTACIÓN NORMATIVA DE AMPARAR EL INTERÉS DE LAS PARTES PROCESALES

En Chile la regulación del arbitraje de consumo se introduce y permanece con escasas modificaciones en la LPDC, situándose desde 1997 dentro del Título II, Párrafo Cuarto bajo el nombre: “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”. El legislador chileno muestra su preferencia por el marco interno procesal, y presta especial atención a las normas establecidas por el COT. El texto europeo ha podido contribuir

⁷ FRANCIA. Code Civil Art. 2061; REINO UNIDO Arbitration Act 1996, s. 91 (1) y Unfair Arbitration Agreements Order 1999/2167. Art. 3.

⁸ ALEMANIA. Ley Alemana de Arbitraje 98. Art. 1301.5 (Deutsches Schiedsverfahrensrecht); AUSTRIA. Código de Procedimiento Civil 1895. Sección 617. (Zivilprozessordnung)

en aspectos formales como fuente externa de consulta debido a la presencia de rasgos técnicos en el art. 16 de la LPDC vinculados con la forma, pero el art. 1 es incompatible con lo previsto en el art. 3 de la Directiva.

El arbitraje que se establece por el contrato de adhesión se introduce a nivel normativo a partir de un planteamiento que considera “facilitar el acceso a la justicia de los consumidores”; mediante la adopción de dispositivos de resolución de disputas “entre proveedores y consumidores”, y la aplicación de los principios contenidos en el proyecto de ley para respaldar “ideas que consagren los derechos de los consumidores, con eficacia en la solución de sus problemas concretos.” (Historia de la Ley N.º 19.496, 1997, pp. 6-40). De esta manera, se materializa una clara orientación normativa dirigida a establecer una regulación arbitral de consumo que equilibra intereses públicos y privados.

El criterio protector adoptado por el legislador chileno, a la luz de la Historia de la Ley N.º 19.496, tiene como objetivo garantizar la fórmula heterocompositiva voluntaria que permite el art. 16 de la LPDC. Se trata de un medio de tutela idóneo para restablecer los derechos establecidos por la norma a través de un laudo arbitral firme pronunciado por el tribunal arbitral competente e imparcial. (Historia de la Ley N.º 19.496, 1997, p. 905). Esto último, por su lado, está intrínsecamente relacionado con la designación de otro árbitro que confiere el derecho a recusar garantizado por el derecho a recurrir.

La norma ofrece un mecanismo de autorregulación resolutive eficaz y eficiente (ESTEVE, 2013) según refleja inicialmente la Historia de la Ley N.º 19.496 (1997) y con mayor intensidad los procesos de las Leyes N.º 19.955 (2004) y N.º 20.555 (2011). Al respecto, se indica como uno de los principales fundamentos del reconocimiento de la institución arbitral de consumo es la ineficacia y deficiencia perjudicial para el consumidor dentro de la sede judicial y administrativa reguladas legalmente. Por tanto, la eficacia del convenio arbitral solo podría aumentar el nivel de protección del consumidor. (Historia de la Ley N.º 19.955, 2004; Historia de la Ley N.º 20.555, 2011)⁹.

Por último, se puede acceder al arbitraje de consumo a través de la justicia ordinaria o mediante el sistema arbitral de instituciones privadas. De esta manera, a modo ejemplar, cuenta con amplia difusión el arbitraje institucional del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS). Al respecto, las partes al incorporar la cláusula arbitral del CAM aceptan su Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional y quedan sometidas a un

⁹ Sobre la reforma mediante la citada ley (SANDOVAL, 2004; SANDOVAL 2009).

procedimiento arbitral para conocer y fallar la disputa el cual respetará “los límites del orden público y la necesidad de asistencia de la judicatura para la práctica de alguna actuación arbitral” (ROMERO, 2021, p. 17).

B. LA NOMINACIÓN DE UN ÁRBITRO DISTINTO COMO FINALIDAD DEL DERECHO A RECUSAR Y DEL DERECHO RECURRIR

La parte final del art. 16 de la LPDC prescinde del derecho que tiene el consumidor europeo de recurrir “ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio”. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley muestra que el consumidor chileno tiene el derecho a “siempre recurrir a la justicia ordinaria para la designación de un árbitro distinto”. Las ideas planteadas son congruentes con las exigencias del acceso a la justicia de consumo que deben tener ambas partes conforme a la legislación procesal doméstica. También, esto se aprecia en el nombramiento del árbitro previsto en el art. 10 letra f) inc. final, y en la finalidad del derecho de recusar y del derecho de recurrir, consistente en resguardar la eficacia y el funcionamiento del arbitraje. De esta forma, se garantiza la protección efectiva del consumidor nacional, con independencia del contenido que debe y puede redactar el proveedor de un contrato de adhesión, el cual incluye el texto del convenio arbitral. La razón fundamental radica en que la asimetría entre las partes comprende la dimensión sustantiva y procesal.

El inc. final del art. 10 de la LPDC expresaba que: “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”. Posteriormente, el texto transcrito se ubicó en el inc. final del art. 12. Con todo, se efectuaron dos propuestas para la eliminación de este, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley 19.496 (1997). La primera fue rechazada y se refería a la prohibición de sufrir indefensión por resultar excesiva la protección de hacer valer el derecho de recusar y el derecho de recurrir siempre. En tanto, la segunda propuesta se aceptó, puesto que en definitiva el texto en cuestión solo se reemplazaría, pues iba a formar parte del nuevo art. 226 del COT previsto en un Proyecto de Ley correspondiente al Boletín N° 857-07 (2002) que se tramitaba simultáneamente. Sin embargo, este último se archivó el día 03 de septiembre de 2002. (Historia de la Ley N.º 19.496, 1997, pp. 10, 56 y 678).

El nuevo art. 226 del COT consagraba la igualdad de las partes en el proceso y su derecho a la defensa, expresado como el derecho a ser oído y a contar con las debidas garantías. Sin embargo, nunca entró en vigor el procedimiento para la recusación sin necesidad de

expresar causa del árbitro designado en el contrato de adhesión, en el acto constitutivo del juicio arbitral o bien previo a este. Tampoco, el procedimiento de impugnación contra la procedencia de recusación incidental de única instancia. Además, de la citación del proveedor y el consumidor a un comparendo, la notificación de la recusación y la suspensión del procedimiento arbitral. (Boletín N° 857-07, 2002). La ausencia de este precepto en el COT se abordó en el proyecto de Ley N° 19.955 (2004). Se introdujo el derecho a recurrir siempre que expresaba el proyecto de la Ley N.º 19.496 (1997) y el derecho a suministrar información procesal sobre la posibilidad de ejercitar el derecho a recusar, dentro del mismo contrato de adhesión que designa el árbitro, en forma de una cláusula especial. (Historia de la Ley N° 19.955, 2004).

II. TUTELA ESPECIAL DEL CONSUMIDOR:

1) CONSERVACIÓN DE LA VÍA ARBITRAL ELEGIDA POR LAS PARTES: SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO Y ADAPTACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El sujeto jurídico protegido que sigue el precepto en estudio es un consumidor adhesivo que ha celebrado legalmente el contrato de adhesión que designa un árbitro.¹⁰ El legitimado está protegido mediante una limitación de la libertad jurídica sin atender a la libertad contractual para determinar el contenido de un contrato. De lo contrario, la presencia o ausencia de la designación determinaría la procedencia de los derechos que expresa la norma. Así, la libertad es fuente y la ley es medida de los derechos y de las obligaciones.

La ineficacia del convenio arbitral contraviene el orden público de protección que inspira la relación jurídica que deriva del contrato de adhesión. Esto se traduce en la consagración de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores (art. 4)¹¹ y, principalmente, en la regulación de estos (art. 3)¹² que se precisan específicamente en el art. 16 incisos penúltimo y final de la LPDC acorde a las reglas del COT. Por tanto, la protección del consumidor en el arbitraje puede atender a consideraciones contra su voluntad, con tal que

¹⁰ Sobre la noción GUZMÁN (1999) pp. 134- 141.

¹¹ El art. 4 de la LPDC dispone que las normas de consumo son irrenunciables anticipadamente para el consumidor. El legislador evidencia en su afán de protección que los interesados continúan regidos por una norma de carácter imperativo, irrenunciable, de orden público logrando corregir el problema de coordinación entre el principio de legalidad y el de autonomía privada mediante su conexión con el principio de irrenunciabilidad de los derechos ambas partes. DíEZ GARCÍA (2018) pp. 153-208; GUZMÁN (1999) pp. 126-133. TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 49. MOMBERG (2013) pp. 191-193.

¹² Sobre esta disposición SAN MARTÍN (2013).

prevalezca el interés general de todos consumidores por sobre el interés de un contratante considerado individualmente.

La reacción legal contenida en la norma en cuestión para que el arbitraje pueda alcanzar su finalidad es la sustitución del árbitro nombrado por motivo de recusación (art. 16 inc. penúltimo) lo cual implicará la adaptación del convenio arbitral en cuanto a la elección del tercero que conducirá el arbitraje. Para este objetivo, se establecen derechos a favor de una sola persona en los incisos penúltimo y final del precepto en cuestión. En ese contexto, identificamos cuatro derechos relevantes y cohesionados entre sí por su finalidad común, excepcional y específica. Su procedencia exige la concurrencia de una circunstancia prearbitral que posibilita recomponer la simetría y conservar el convenio arbitral con un contenido diverso para así evitar la indefensión del consumidor y del proveedor. También, se resguarda con ello el derecho y el deber de defensa del consumidor ante el tribunal competente e imparcial. Esta es la tutela arbitral especial, del orden sustantivo como del orden procesal.

El contrato de adhesión puede incorporar una cláusula arbitral ad-hoc o institucional, no obstante, en la práctica, predomina el sometimiento al arbitraje institucional, y en particular al Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS). Sobre lo anterior, cabe precisar que el contenido esencial de su Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional produce efectos procesales que “se ajustan plenamente a derecho, al no vulnerar ninguna norma prohibitiva de nuestro ordenamiento jurídico.” (ROMERO, 2021, p. 18) Luego, los derechos conferidos al consumidor en el arbitraje de consumo chileno se encuentran amparados especialmente en el entorno institucional.

Los derechos en el arbitraje de consumo no deben confundirse con el ejercicio de derechos optativos. Este enfoque no logra configurarse, si el legislador impide su escogencia. Con ello, se protege al consumidor, de que incurra en el “abuso del derecho de opción” (LÓPEZ, 2018 p. 120). De hecho, la norma no puede legitimar la mala fe de someterse a arbitraje si ambas partes se comprometen de buena fe al arbitraje. Esto es coherente con el nivel de información con el que deben contar desde la celebración del contrato de adhesión, el cual ha sido limitado por la obligación legal de suministrar información sobre el ejercicio del derecho de recusar que recoge el art. 16 de la LPDC. El legislador ha sido lo suficientemente claro en este punto. Además, según la historia de la ley examinada, el consumidor puede ejercitar el derecho de recusar garantizado mediante el derecho de recurrir siempre ante el tribunal competente en el supuesto que el proveedor causa la imposibilidad de obrar del consumidor.

A. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN RELEVANTE: LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA INFORMATIVA OBLIGATORIA EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN

La tutela del inc. final primera parte del art. 16 impone un contenido contractual mínimo sobre el ejercicio del derecho de recusar que tiene el consumidor. Este derecho de información es distinto a un deber precontractual de información. (PICÓ 2005; DE LA MAZA, 2008, DE LA MAZA, 2010). Los consumidores, al tiempo de la formación del contrato de adhesión, tendrán toda la información que necesitan para ejercitar su derecho si se incorpora por el proveedor la cláusula informativa obligatoria que contempla la primera parte del inc. final del art. 16 de la LPDC. Luego, cumplida la obligación legal impuesta al proveedor, se confiere seguridad jurídica al consumidor desde el primer momento, y en tal sentido, podrá accionar con el medio que la ley franquea de manera oportuna y evitar riesgos que pudiera afectarle.

El precepto sobre contenido contractual mínimo fortalece el ejercicio del derecho frente a un supuesto de adaptación del contrato que permite excluir la ineficacia de la cláusula con esta obligación legal de suministrar información completa y veraz que se impone con el objeto de superar la asimetría con respecto al proceso arbitral. El proveedor, en el caso de dar a conocer información relevante a que tiene derecho el consumidor evita la sanción supletoria de multa del art. 24 de la LPDC consignada expresamente como reacción en caso de infracción. Con todo, dicha infracción no impide recurrir ante el tribunal competente para solicitar la recusación del inc. penúltimo del art. 16 de la LPDC.

La doctrina y la jurisprudencia se refiere a este derecho a recibir información. WAHL identifica dos soluciones interpretativas en el inc. final el art. 16. El autor explica: “surge la duda acerca de si la misma no busca más que enfatizar que, aunque la cláusula informativa se omita, el consumidor puede siempre hacer valer la recusación ante el tribunal competente, o si, como un efecto más extremo, lo que se está introduciendo aquí es la posibilidad de que el consumidor, no solo puede recusar al árbitro, sino también someter al juez ordinario la decisión del asunto controvertido”. (WAHL, 2006, pp. 56-76). Los tribunales superiores de justicia se refieren a este derecho en tres momentos. Primero, en 2013 la Corte de Apelaciones de Santiago estima posible la sanción de la letra g): “Atendida la ausencia de cláusula que informará al consumidor de su derecho a recusar al árbitro designado sin expresión de causa, con motivo de la cláusula de “Arbitraje”.¹³ Más tarde, en 2014 la Corte Suprema: “el mandato legal de

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 8281-2013.

informar al consumidor de su facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado, por lo que su infracción, a lo menos, en lo que respecta al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea, fueron ocultos artificiosamente por el proveedor”.¹⁴ Luego, en 2016 el mismo tribunal estima que “La cláusula en que se pacta el arbitraje sería nula, o no vinculante para su parte, en atención a que no se habría dado cumplimiento al artículo 16 de la ley 19.496, esto es, informar de la cláusula de arbitraje al consumidor”.¹⁵

La última interpretación judicial establece la infracción del art. 16 de la LPDC por omisión de una cláusula que informara sobre la existencia de la cláusula arbitral, lo cual provocaría que esta última fuera nula o no vinculante para el consumidor. Sin embargo, el precepto citado realmente obliga al proveedor a informar sobre la existencia del derecho de recusar que tiene el consumidor, y no contempla ninguna de las sanciones enunciadas. Por su parte, la doctrina nacional alude a la “cláusula no vinculante” de la Directiva para denotar una sanción para el proveedor que deriva de un acto eficaz en perfecta correspondencia con el orden jurídico interno. Al respecto, en la doctrina europea existe consenso que la “cláusula no vinculante” es un término genérico, neutral e instrumental que los redactores de la Directiva utilizan como sanción sea de invalidez, ineficacia, inexistencia, inoponibilidad, así como cualquier otra repercusión jurídica contraria a derecho. El único objetivo de dicha expresión era que cada Estado miembro durante el proceso de transposición, pudiera seleccionar una alternativa de sanción concreta y coherente con la realidad jurídica doméstica y armónica con la especificidad del marco regulatorio interno en cuestión.

B. DERECHO DE RECUSAR

La tutela prevista en el inc. penúltimo del art. 16 permite al consumidor que pueda defender adecuadamente sus propios intereses ante tribunal competente, independiente e imparcial. Para ello, se confiere el ejercicio del derecho a recusar al árbitro que permite el nombramiento de otro árbitro, por motivo de recusación, sin necesidad de hacer referencia a la causa legal expresada en la norma, previo al inicio de la instancia arbitral. La norma citada sobre el contrato de adhesión indica que: “el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente”. Luego, se trata de una regla especial dado que permite solo al consumidor a solicitar una vez el nombramiento

¹⁴ Corte Suprema Rol N.º 23092-2014.

¹⁵ Corte Suprema Rol N.º 46551-2016.

de otro árbitro a la autoridad judicial, por lo cual la regla general del inc. 1 del art. 232 del COT es inaplicable dado que contempla solo la intervención judicial subsidiaria por falta de acuerdo de las partes.

En el arbitraje de consumo se mantiene, la imparcialidad de los jueces como garantía constitutiva del debido proceso y su protección acorde al COT que tiende a objetivar taxativamente determinadas situaciones subjetivas. (ROMERO, 2001; RASCIO, 2001; BORDALÍ, 2009). Luego, si bien la garantía a un juez imparcial no cuenta con reconocimiento expreso en la Constitución el derecho a un juez imparcial, es un elemento de la jurisdicción acorde a su art. 76 que el art. 19 N 3 inc. quinto establece como garantía fundamental del debido proceso. (BORDALÍ, 2007; BORDALÍ, 2013). Al respecto, la Corte Suprema sobre su finalidad indica: “la ley busca evitar que los proveedores impongan abusivamente árbitros que carezcan de imparcialidad”.¹⁶ También, la Corte de Apelaciones de Santiago precisa: “consecuentemente debe entenderse que, al no estar sujeta dicha facultad del requirente en estas materias a las normas ordinarias procesales ya aludidas, el planteamiento de la recusación al juez árbitro aparece interpuesto dentro de la facultad otorgada por la ley especial que rige la materia”.¹⁷

La Corte Suprema sobre la materia indica también que el consumidor tiene una “facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado”.¹⁸ Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago señala que se trata de un “derecho a recusar al árbitro designado sin expresión de causa, con motivo de la cláusula de “Arbitraje”.¹⁹ Sin embargo, es errada la equiparación a la recusación sin expresión de causa. La objetivación de la causa aparece expresada en el art. 16 de la LPDC que advierte el ejercicio de un derecho “sin necesidad de expresar causa” cuestión distinta al derecho de recusar “sin expresión de causa” previsto en el COT para abogados integrantes. La regla especial asegura al consumidor que ante el tribunal competente no deba rendir prueba ni fundar la causa de recusación expresada en el precepto de consumo, dado que la norma exige al consumidor que pretenda ejercitar su derecho “solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente” dentro de un procedimiento que no requiere de la participación del proveedor.

El derecho del consumidor evidencia la imposibilidad de afectar la eficacia de la cláusula arbitral por medio de la sanción de cláusula abusiva por producir un efecto semejante a la facultad de modificación unilateral y sobreviniente.²⁰ Su ejercicio en tiempo y forma

¹⁶ Corte Suprema Rol N. °17695-2016.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 1998, MJCH_MJJ1154.

¹⁸ Corte Suprema Rol N.° 23092-2014.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.° 8281-2013.

²⁰ Sobre el tópico de la modificación unilateral reviste al consumidor de una facultad atípica e innominada, que se considera abusiva para las partes, PINOCHET (2013) pp. 365-378.

despliega un efecto, tanto en el plano procesal como en la esfera sustantiva que importa respectivamente la sustitución del árbitro nombrado por otro elegido directamente por una autoridad judicial según ordena la propia norma y la consecencial adaptación del convenio arbitral en cuanto a la elección del sujeto que conducirá el arbitraje de consumo. La tutela que establece el legislador de consumo para proteger la imparcialidad y el ejercicio de este derecho se garantiza a su vez mediante el derecho a recurrir siempre (inc. final primera parte) frente a la infracción de la obligación de suministrar información del proveedor (inc. final parte final). Los dos derechos reducen el riesgo de afectación a la imparcialidad, sin alterar la base general de que la imparcialidad de los jueces debe presumirse y la confianza en los árbitros para desarrollar de forma adecuada el ejercicio de la función jurisdiccional, cuyo objeto es resguardar el acceso a la justicia de las partes.

C. DERECHO DE RECURRIR ANTE EL TRIBUNAL COMPETENTE

Según la historia de la ley examinada, la parte final del art. 16 no comprende la afectación de la eficacia del convenio arbitral como finalidad de este derecho que siempre tiene el consumidor “ante el tribunal competente”. La conclusión contraria a la norma chilena puede descansar en argumentaciones de la doctrina europea sobre un derecho de recurrir “ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio”. Sin embargo, tal finalidad no aparece en la norma chilena. Con todo, por un lado, el art. 16 inc. final comprende el derecho de recurrir siempre que tiene el consumidor ante el tribunal competente. Por el otro, el proveedor, también tiene el derecho de recurrir acorde la Corte Suprema.

En cuanto al primer punto, el art. 16 inc. final recoge el derecho de recurrir siempre que tiene el consumidor ante el tribunal competente. La norma constituye un medio de tutela *ipso iure* que garantiza la no afectación del derecho de recusar en el evento que se configure la causal de imposibilidad de obrar derivada del incumplimiento de la obligación legal de suministrar información sobre su ejercicio que recae en el proveedor. La finalidad de este derecho garantiza el nombramiento judicial de otro árbitro que permite el derecho a recusar. Con ello, se previene la inadmisibilidad de la solicitud de recusación que ocasiona el proveedor, no imputable al consumidor. Luego, el juez civil letrado competente, de oficio podrá garantizar directamente el derecho de recusar, extemporáneamente, por un motivo justificado. Esto en el supuesto de infracción de la obligación de información imputable al proveedor, todo lo cual constará en el instrumento que contiene el contrato de adhesión y el convenio arbitral.

La doctrina y la jurisprudencia se refiere a este derecho. A nivel jurisprudencial, se considera que el consumidor “no obstante la existencia de un acuerdo de arbitraje se encuentra facultado para “recurrir siempre ante el tribunal competente” (art. 16(g)). En otras palabras, aunque es válida y ejecutable, la cláusula compromisoria no será vinculante para el consumidor.” (MEREMINSKAYA, 2007, p. 124.). También, se indica que “la norma deja siempre el derecho del consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente, que en el caso de Chile es, para los procesos de protección del consumidor, el Juzgado de Policía Local.” (BORDACHAR, 2014, p. 42). A nivel doctrinal, WAHL identifica dos soluciones interpretativas sobre este derecho. El autor explica: “surge la duda acerca de si la misma no busca más que enfatizar que, aunque la cláusula informativa se omita, el consumidor puede siempre hacer valer la recusación ante el tribunal competente, o si, como un efecto más extremo, lo que se está introduciendo aquí es la posibilidad de que el consumidor, no solo puede recusar al árbitro, sino también someter al juez ordinario la decisión del asunto controvertido”.²¹ (WAHL, 2006, pp. 56-76).

Sobre el segundo punto, el proveedor, también tiene el derecho de recurrir estima la Corte Suprema.²² El fundamento deriva de las cuestiones de jurisdicción o del derecho de impugnación contra el convenio arbitral.²³ A nivel jurisprudencial, las cuestiones de jurisdicción del arbitraje civil se consideran aplicables, sin matices ni reparos en el arbitraje de consumo por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago. Las decisiones judiciales que se refieren de forma directa a la noción indicada plantean la competencia concurrente y permite advertir una cuestión que repercute en el derecho a recurrir del consumidor. El sentenciador afirma que el proveedor del convenio arbitral tiene el derecho de recurrir ante tribunal competente, y en juicio de lato procedimiento, deducir toda acción dirigida a la invalidez o de ineficacia de la fuente del arbitraje de consumo.²⁴ La doctrina de consumo, no aborda este tópico. La reacción se estima posible dentro del ámbito del arbitraje interno civil por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria.

A nivel jurisprudencial, la competencia sobre la materia y la aplicación de las normas procesales se sostiene que “para determinar la individualización del tribunal que debe conocer

²¹ El mismo autor aclara que ese segundo sentido parece plantear Pablo Kangiser como ponente del Seminario Nueva Ley de los Derechos del Consumidor: Alcances y Efectos. Cámara de Comercio de Santiago

²² Corte Suprema Rol N.º 17695-2016. C.8 y 9.

²³ Corte Suprema Rol N.º C-6529-2017. En el sentido de AYLWIN, (2014) pp.439-441 quien se refiere a esta distinción y denomina “cuestión de jurisdicción” a la controversia que se suscite entre las partes en relación con la existencia y validez de la cláusula arbitral.

²⁴ Corte Suprema Rol N.º 17695-2016 C.9; Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 2016, confirmada por Corte Suprema Rol N.º 46551-2016.

y resolver una contienda de relevancia jurídica, es menester recurrir a las normas adjetivas que, a título de reglas sucesivas de descarte, deben ser consultadas con dicha finalidad, siendo la primera de ellas, la que determina cuestionar si el asunto en particular integra el listado de aquéllos que, por ley, están sometidos al conocimiento forzoso de un árbitro, conforme previene el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales”.²⁵ La Corte Suprema en esta materia indica que el tribunal competente a que alude el art. 16 inc. final es un tribunal ordinario.²⁶ La Corte de Apelaciones de Concepción ha concluido que “la materia debatida debe quedar radicada ante el Juez de Policía Local”.²⁷ Las decisiones de los tribunales superiores de justicia evidencian dos aspectos problemáticos respecto de la competencia concurrente, y la modificación sobreviviente de la competencia asignada. En cuanto a estos dos impedimentos del efecto procesal (ALBORNOZ, 2014). El primero, descansa en la exclusividad de la jurisdicción arbitral, mientras que el segundo, explica que la jurisdicción del árbitro se debe conservar en todo momento para asegurar que las partes puedan acudir a la vía procesal aceptada por el consumidor, particularmente al tiempo en que alguna de ellas decida accionar, con los medios que franquea la LPDC. Como resultado de estos obstáculos, no resulta posible celebrar pactos privados entre las partes que importen pluralidad de jueces para conocer del mismo asunto y/o alteración de la competencia.

D. DERECHO DE TERMINAR EL CONFLICTO POR ARBITRAJE

El derecho a terminar el conflicto de consumo por medio del arbitraje del art. 16 de la LPDC representa tutela bilateral y constituye, desde la perspectiva de la LPDC, una contraexcepción en cuanto a la formulación del derecho y la acción, ante un tribunal competente dentro de un racional y justo proceso. El arbitraje que se establece en el contrato de adhesión que reconoce y prescribe el precepto de ningún modo puede afectar el nivel de protección especial de los derechos de quienes acuden a este instituto arbitral que se fundamenta en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y que tiene como base la igualdad ante la ley y el debido proceso que tiene toda persona. (BALLESTEROS, 1999). El enfoque protector

²⁵ Corte Suprema Rol N.º 8166-2011; Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 3746-2007 C. 8,9,10; Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 5573-2005 C. 11, 14; Corte de Apelaciones de Concepción Roles N.º 87-2013 C. 4, N.º 172-2014 C. 3, N.º 235-2014, C. 9-10 y N.º 198-2012; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N.º 110-2010. C.2; Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N.º 146-2011, C. 11; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 11780-2015. C.12 – C.15.

²⁶ Corte Suprema Rol N.º 17695-2016 C.9

²⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 198-2012 C.4; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 268-2012. C.4; Corte de Apelaciones de Concepción Rol N.º 172-2014, C.3

de este instituto entendido desde la esfera procesal, es una solución tradicional que resulta adecuada para asegurar la efectiva defensa de intereses individuales depende de la regulación interna que acude a parámetros objetivos previstos en reglas dirigidas a cautelar la vía arbitral y la cosa juzgada en el arbitraje de origen voluntario, en el sentido que reconoce el Derecho procesal interno. Su objeto consiste en resolver la disputa mediante un laudo arbitral firme, mientras que el efecto que puede producir es el del arbitraje voluntario del COT, que se entiende puro y simple, sinalagmático perfecto para las partes.²⁸

El convenio arbitral produce el efecto procesal atributivo de competencia absoluta (COLOMBO, 2004; SÁEZ, 2015), debido al árbitro nombrado a que alude la norma de consumo impide el conocimiento del mismo asunto por otro tribunal, supone atribución de competencia y exclusión de esta respecto de otro tribunal. En particular, la abstención de los tribunales ordinarios y especiales, tan pronto como entren en contacto con la controversia sometida a la competencia de un tribunal arbitral. (AYLWIN, 2014; ROMERO y DÍAZ, 2016).

El contenido específico del convenio arbitral no resulta determinante para aplicar el régimen de protección de los incisos penúltimo y final. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago indica que basta “cualquiera sea la cláusula de arbitraje que se hubiere pactado”.²⁹ La norma en cuestión, reconoce la fuente del arbitraje de la mayoría de los sistemas arbitrales al atender a una noción amplia de la misma que prescinde de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. El legislador nacional excluye la terminología “cláusula” y/o “estipulación” únicamente para referirse a la obligación de someter las contiendas judiciales a arbitraje, y la instituye directamente para la obligación de suministrar información que enuncia la primera parte inc. final del art. 16. La doctrina y la jurisprudencia, por su lado, difieren en cuanto a si el sentido de la expresión “cláusula arbitral” es instrumental o contractual. El inconveniente se observa en el tratamiento de la designación del árbitro debe formar parte o no del acto pues los incisos penúltimo y final parecieran aludir al contenido del convenio al expresar respectivamente “Si en estos contratos se designa árbitro” y “En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro”.

En los fallos judiciales examinados tiende a predominar el sentido instrumental del concepto convenio arbitral para conferir protección al consumidor dado que admitir el sentido contractual provocaría que el propio proveedor pueda reducir el nivel de protección, al igual

²⁸ Corte Suprema ROL N°46551-2017. “La facultad de recurrir siempre a los tribunales ordinarios 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”.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 3746 - 2007.

que la procedencia de la sanción de la letra g). La Corte de Apelaciones de Santiago requiere de una cláusula arbitral estipulada para reconocer el derecho del consumidor a recurrir siempre del inc. final del art. 16 de la LPDC.³⁰ Con todo, se identifica la cláusula compromisoria del arbitraje civil en el sentido propuesto por AYLWIN.³¹ Por su parte, el carácter contractual parece predominar a nivel doctrinal, al estimar indispensable la presencia de la nominación para determinar la aplicación del art. 16. En ese sentido, al parecer se pronuncia NASSER (2003) pues sostiene que: “el artículo 16 LPDC parte final supone precisamente que el árbitro venga designado en el contrato.” (p. 4). La afirmación, sin embargo, no cuenta con el respaldo de la jurisprudencia mayoritaria.

CONCLUSIONES

De lo declarado en los acápites anteriores se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. El criterio protector de los incisos penúltimo y final del art. 16 de la LPDC de la doctrina y la jurisprudencia chilena induce a confusión en materia de eficacia-ineficacia del arbitraje de consumo acorde con las reglas del COT. Se brindan soluciones interpretativas dudosas en torno a la protección efectiva del consumidor y del convenio arbitral. La interpretación de conformidad con el cuerpo legal que establece la norma especial incorpora la dimensión procesal dentro del marco jurídico tutelar de consumo. Sin embargo, se presenta la procedencia de supuestos de ineficacia en contra de la convención arbitral que coincide parcialmente con las razones expuestas por la doctrina europea mayoritaria elaborada a partir de la Directiva, interpretación que no resulta del todo compatible dado que la ineficacia de la cláusula compromisoria afecta también el acceso a la justicia del proveedor.

2. La protección efectiva del consumidor se encuentra fundamentalmente mediante la eficacia de las denominadas cláusulas arbitrales asimétricas. La reacción del legislador chileno consistente en garantizar la imparcialidad es una solución razonable y favorable acorde con la regulación vigente. El precepto en comento asegura el funcionamiento del arbitraje de consumo, de conformidad con el carácter autónomo del Derecho procesal y los principios de legalidad y de igualdad de condiciones ante la ley, para así resguardar los intereses de los sujetos que

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N.º 3746 - 2007 refiere en particular “cualquiera sea la cláusula de arbitraje que se hubiere pactado, el inciso final del artículo 16 de la ley 19.496, ha reconocido el derecho del consumidor a recurrir siempre ante el tribunal competente”.

³¹ Corte Suprema, Rol N.º 31071-2014. Al respecto AYLWIN (2014) señala que se trata “un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten a juicio arbitral obligándose a nombrar árbitros en acto posterior” (p. 309)

revisten la calidad de parte. La jurisprudencia judicial chilena muestra paulatinamente la pérdida de protección jurídica a los consumidores mediante la ineficacia de la fuente del arbitraje, con base en fundamentos que coinciden con la doctrina europea mayoritaria que es incompatible con la normativa aplicable del COT y de la LPDC.

3. El enfoque tutelar de la eficacia del acuerdo de arbitraje es consistente con el criterio nacional, al tenor del texto legal y la historia fidedigna del establecimiento del art. 16 de la LPDC, el cual permite obtener la adaptación del convenio arbitral y la sustitución del árbitro mediante derechos que proyectan un efecto favorable y compatible con la cláusula compromisoria. La eficacia del convenio arbitral y su determinación acorde a las reglas del COT confirman que se trata de un acto que obliga a ambas partes a someter de buena fe contiendas al arbitraje de la LPDC. La especial tutela del interés del consumidor del convenio arbitral representa la base de un arbitraje reglamentado expresamente por disposiciones legales anteriores al conflicto que puede surgir entre las partes y se constituye como una vía idónea para el restablecimiento de derechos afectados en el contenido normativo mediante: el derecho a terminar el conflicto por medio del arbitraje; el derecho de recurrir ante el tribunal competente; el derecho de recusar ante el tribunal competente y el derecho a recibir información oportuna sobre la recusación.

4. El análisis de las aristas de protección de los consumidores en el arbitraje de consumo permiten establecer que existen supuestos en que no se puede optar entre la tutela. El resultado de la investigación permitió identificar que el derecho a recurrir siempre tiene por objeto el nombramiento judicial de otro árbitro, a la luz de la evolución histórica de la norma de consumo. También, muestra la relevancia de los márgenes de la protección jurídica que produce el convenio arbitral legalmente celebrado debe respetar también la regulación arbitral de carácter procesal e interpretarse de conformidad con las reglas objetivas que forman parte del Derecho procesal. El análisis permite identificar que existen parámetros sobre los cuales nada se ha dicho por la doctrina chilena y que pueden abordarse en futuras investigaciones, de conformidad con el articulado del COT.

REFERÊNCIAS

- Aylwin, A. P., & Picand, A. E. *El juicio arbitral*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 2014.
- Ballesteros, G. J. A. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 1999.
- Bambach, M. V. “Las cláusulas abusivas”, En Barros, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago: Jurídica, pp. 47-79. 1991.
- Barcia Lehmann, R. Análisis de la letra g) del artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la luz de la jurisprudencia, *Sentencias Destacadas*, n.13, vol.1, pp. 103-119. 2017.
- Barrientos Camus, F. Comentario Derecho del Consumo. Tercera Sala Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2012, Rol N° 8470-2010 y Juzgado de Policía Local de Vitacura, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 114.876. *Revista chilena de derecho privado*, (18), pp. 215-222. 2012.
- Bordachar, R. El acuerdo de arbitraje como cláusula abusiva en los contratos de consumo. *Arbitraje PUCP*, (4), pp. 39-45. 2014.
- Bordalí Salamanca, A. Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno”, Atria, Fernando y Couso, Javier (Eds.), *La judicatura como organización*. Santiago de Chile, Expansiva - Instituto de Estudios Judiciales, pp. 57-82. 2007.
- Bordalí Salamanca, A. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33), pp. 263-302. 2009.
- Bordalí Salamanca, A. La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena. *Revista chilena de derecho*, 40(2), pp. 609-634. 2013.
- Carvajal, P. Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16 y letra g) de la Ley N°19.496. *Estudios de Derecho Civil VII*. Thomson ReutersAbeledo Perrot, Santiago de Chile, pp. 443-448. 2012.
- Colombo Campbell, J. *La Competencia*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile. 2004.
- Cortés, P; De La Rosa, F. Building A Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n. 2, pp. 407-440. 2013.
- Cortés, P; Lodder, A. Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol.1, n.24, pp.14-38. 2014.
- De la Maza, I. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.1, pp. 109-147. 2003.
- De la Maza, I. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.3, pp. 35-68. 2004.

De la Maza, I. Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.11, pp. 43-72. 2008.

De la Maza, I. El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información, *Revista Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 17. n.2, pp. 21-52. 2010.

Díez García, H. Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo. En Díaz, Silvia; Fuenteseca, Cristina (coords.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Editorial Reus, España, pp. 153-208. 2018.

Ebers, M. El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Revista InDret* 1. pp. 1-46. 2012.

Esteve, J. La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid, Editorial Marcial Pons. 2013.

Gascón Inchausti, F. Derecho Europeo y Legislación Procesal Civil Nacional: Entre Autonomía y Armonización. Madrid: Marcial Pons. 2018.

Guzmán, A. M. Derecho a la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor. En: Corral, Hernán (edit.), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, Cuadernos de Extensión Jurídica 3, Universidad de los Andes, Santiago, pp. 125-143. 1999.

Hamilton, J. W. Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?, *McGill LJ*, vol.51, pp. 693-734. 2006.

Hörnle, J. Legal controls on the use of arbitration clause in B2C Electronic Commerce contracts, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol.2, n.1, pp. 23-37. 2008.

Hübner, A. Derecho a la contratación en la Ley de Protección al Consumidor. En: Corral Talciani, Hernán (Ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, n.3, pp. 125-144. 1999.

López Díaz, P. V. Por una Modulación Reequilibradora del Ámbito de Aplicación Subjetivo de la Ley 19.496: Su Expansión a las Tratativas Preliminares y al Período de Prueba del Bien y su Improcedencia Frente al Abuso del Consumidor. *Rev. derecho* (Concepc.), vol.86, n.244, pp. 91-127. 2018.

López Díaz, P. V. La Tutela Precontractual en la Ley 19.496: Su Configuración, Alcance y Eventual Convergencia con aquella propia de la Contratación Civil. *Rev. chil. derecho*, vol.46, n.2, pp. 399-425. 2019.

López Santa María, J. Los Contratos. Parte General. Tomo I, Sexta edición. Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile. 2010.

- Lorenzini, J; Polit, J. El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno. En: Domínguez, Carmen; González, Joel; Barrientos, Marcelo; Goldenberg, Juan Luis (coord.). *Estudios de Derecho Civil VIII*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 465-480. 2013.
- Matthews, J. M. Consumer Arbitration: Is it Working Now and Will It Work in the Future? *The Florida Bar Journal*, vol.79, n.4. p. 22. 2005.
- Mereminskaya, E. La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Iuris Dictio*, pp. 121-140. 2007.
- Momberg R & Pizarro C. Artículo 16 G). La buena fe y el equilibrio contractual. Comentario. En: De la Maza, I. y Pizarro, C. (dirs.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 340-347. 2013.
- Momberg R. Comentario al artículo 4. En De la Maza, I. y Pizarro, C. (dirs.), Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters, pp. 190-193. 2013.
- Momberg R. El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol.26, n.1, pp. 9-27. 2013.
- Morales Ortiz, M. E. *Control preventivo de cláusulas abusivas*. Der Ediciones, Santiago de Chile. 2018.
- Nasser, M. Consumidor y seguros: Una mirada desde la solución de controversias En Boletín de la Academia de Derecho y Consumo, agosto-septiembre, n.2, (ADECO) Universidad Diego Portales, pp. 2-4. 2013.
- Pardo Iranzo, V. La especial protección de los consumidores por la Directiva 93/13/CEE: El control judicial de la nulidad de la cláusula arbitral, en Andrés de la Oliva Santos y Pía Calderón Cuadrado (Coords.), *La Armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 485-510. 2012.
- Pertíñez Vílchez, F. La inhabilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.57, pp. 671-688. 2017.
- Picand, E. *Arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2005.
- Picó I Junoy, J. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII. 2005.
- Pinochet, R. ¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma? En Guzmán Brito, Alejandro (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago de Chile, pp. 9-20. 2007.

Pinochet, R. Modificación Unilateral del Contrato y Pacto de Autocontratación: Dos Especies de Cláusulas Abusivas a la Luz del Derecho de Consumo Chileno. Comentario a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 Recaída en el “Caso Sernac Con Cencosud. *Ius et Praxis*, vol.19, n.1, pp.365-378. 2013.

Pizarro, C. *La protección de los consumidores en materia contractual*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile. 1999.

Pizarro, C. Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 26, 2, pp. 391-404. 2005.

Pizarro, C. El Fracaso de un Sistema: Análisis Empírico y Dogmático del Control de Cláusulas Abusivas en Contratos por Adhesión. *Rev. derecho (Valdivia)*, vol.20, n.2, pp. 31-47. 2007.

Pizarro, C; Pérez, I. Comentario al artículo 1 N° 6 En De la Maza, I. y Pizarro, C. (dirs.), *La protección de los derechos del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile. 2013.

Rascio, N. Contradditorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale, *Rivista di Diritto Civile*, N° 5: pp. 601-622. 2001.

Rodríguez Grez, P. Inexistencia y nulidad en el código civil chileno: teoría bímembre de la nulidad. Editorial Jurídica, Santiago de Chile. 2012.

Rodríguez Pinto, M. S. Responsabilidad precontractual en la Ley N° 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. En Domínguez, Carmen; González, Joel. (coord.), *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz 2012*, Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 493-501. 2013.

Romero, A. La independencia e imparcialidad en la Justicia Arbitral, *Revista Chilena de Derecho*, vol.28 n.3, pp. 509-535. 2001.

Romero, A. Curso de Derecho Procesal Civil. De los actos procesales y sus efectos. Tomo IV, Ed. LegalPublishing. 2017.

Romero, A.; Diaz, J. I. *El arbitraje interno y comercial*. Ediciones UC, Santiago de Chile. 2016.

Romero, A. *El nuevo reglamento procesal de arbitraje del centro de arbitraje y mediación de Santiago (CAM Santiago)*. Tirant lo Blanch. 2021.

Sáez Martín, J. Los Elementos de la Competencia Jurisdiccional, *RDUCN*, Coquimbo, vol. 22, n. 1, pp. 529-570. 2015.

San Martín, L. Comentario al artículo 3° Inciso 2°. En De la Maza, I.; Pizarro, C. (coords.) *La protección de los derechos del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile. 2013.

Sandoval López, R. *Derecho Comercial*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, T.I. 2009.

Sandoval López, R. Las reformas introducidas por la Ley N° 19.955 de 14 de Julio de 2004 a la Ley N° 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. LexisNexis, Santiago de Chile. 2004.

Serrano Masip, M. Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno. *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, julio-diciembre, pp. 5-32. 2016.

Sternlight, J. R. Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law, *DePaul L. Rev.*, vol. 56, pp. 569-592. 2006.

Sternlight, J. R. In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company), *Nevada Law Journal*, vol 8, n 1, pp. 82-106. 2007.

Sternlight, J. R.; Jensen, E. J. Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?. *Law and Contemporary Problems*, vol.67, n.1, pp. 75-103. 2004.

Stewart, K.; Matthews, J. Online arbitration of cross-border, business to consumer disputes. *U. Miami L. Rev.*, vol.56, pp. 1111-1114. 2002.

Stipanowich, T. J. The Arbitration Penumbra: Arbitration Law and the Rapidly Changing Landscape of Dispute Resolution. *Nevada Law Journal*, vol.8, pp. 427-473. 2007.

Tapia Rodríguez, M.; Valdivia Olivares, J. *Contratos por adhesión Ley N° 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1999.

Vásquez Palma, M. F. Solución de Conflictos en el Contrato de Seguro: Algunos Problemas que se Plantean a partir del Sistema Actual y su Coexistencia con el Régimen de Consumo. Una Propuesta de Interpretación y Reconstrucción. *Rev. derecho Concepc*, vol.86, n.244, pp.129-176. 2018.

Wahl, J. Los contratos de adhesión: normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento. En: Baraona, Hernán; Lagos, Osvaldo (Eds.). *La protección de los derechos de los consumidores en Chile: Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, n.12, pp. 59-78. 2006.

NORMAS CITADAS

Ley N.º 19.496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N.º 19.955, Modifica la Ley N.º 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial, 14 de julio de 2004.

Ley N.º 21.081, Modifica Ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial, 13 de septiembre de 2018.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 09 de noviembre de 2015, Rol N.º 23092-2014.

Corte Suprema, 10 de noviembre de 2016, Rol N.º 17695-2016.

Corte Suprema, 2 de marzo de 2007, Rol N.º 46551-2016.

Corte Suprema, 21 de enero de 2019, Rol N.º 34507-2017.

Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N.º 31701-2014.

Corte Suprema, 28 de mayo de 2021, ROL N.º C-6529-2017.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 de enero de 2019, Rol N.º 912-2018.

Corte de Apelaciones de Concepción, 06 de diciembre de 2012, Rol N.º 268-2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de agosto de 2013, Rol N.º 172-2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de agosto de 2011, Rol N.º 433-2011.

Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de junio de 2013, Rol N.º 87-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de agosto de 2012, Rol N.º 198-2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de febrero de 2015, Rol N.º 235-2014.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de octubre de 2011, Rol N.º 110-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de junio de 2014, Rol N.º 8281-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de mayo de 2006, Rol N.º 5573-2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 1998, MJCH_MJJ1154.

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007, Rol N.º 3746-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de febrero de 2016, Rol N.º 11780-2015.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 15 de septiembre de 2011, Rol N.º 146-2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 7 de abril de 2002, Asunto C-478/99 Comisión contra Reino de Suecia.

HISTORIA DE LEY CITADA

Historia de la Ley N.º 19.496 (1997), Proyecto de Ley relativo a los Derechos de los Consumidores (Boletín N.º 446-03)

Historia de la Ley N.º 19.955 (2004), Modifica la Ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. (Boletín N.º 2787-03)

Historia de la Ley N.º 21.081 (2018), Modifica Ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. (Boletín N.º 9369-03)

Historia de la Ley N.º 20.555 (2011), Modifica Ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor. (Boletín N.º 7094-03)

Data de submissão: 06/04/2022

Data de aprovação: 10/05/2022

Data de publicação: 10/05/2023

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.