

Arbitraje y protección al consumidor: *¿Tertium non datur?*

Francisco González de Cossío*

Recibido/Received: 14/10/2022

Aceptado/Accepted: 04/11/2022

SUMARIO: 1. Estado actual de la cuestión. 1.1. Prevalencia de la protección al consumidor. 1.2. Prevalencia del derecho arbitral. 1.3. Implicaciones. 1.3.1. Protección al consumidor. 1.3.2. Arbitraje. 1.3.3. Conclusión: el análisis de prevalencia es subóptimo. 2. Propuesta. 2.1. Protección al consumidor. 2.2. Acciones colectivas. 2.3. Arbitraje. 2.3.1. Derechos distintos. 2.3.2. Arbitrabilidad. 2.3.3. Orden público. 3. La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia. 3.1. Postulado. 3.2. Ideas en ciernes en México. 3.2.1. Caso. 3.2.2. Criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte. 3.2.3. Comentario. 3.3. Deseable. 3.4. Solución al riesgo de sobre-indemnización. 3.4.1. El riesgo es posible pero no generalizable. 3.4.2. Soluciones. 3.4.3. El Riesgo no justifica descartar la idea.

RESUMEN: Las inquietudes suscitadas por acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y las acciones colectivas han sido enfrentadas por jurisdicciones distintas definiendo cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y acciones colectivas. Este ensayo propone que existe

* Árbitro internacional. Abogado de parte en casos complejos, particularmente de construcción y energía. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Deseo reconocer y agradecer la ayuda en la elaboración de este ensayo de la Lic. GEMMA NAVEJA ROMERO, deslindándola de cualquier error. Este artículo fue previamente publicado en Spain Arbitration Review (No. 44, 2022). Se publica en la REVISTA ECUATORIANA DE ARBITRAJE con la finalidad de diseminar en dicho foro la idea vertida en el mismo, y sujetarla a su escrutinio. Su publicación actual incluye respuestas a observaciones recibidas.



una mejor visión: que coexistan. La idea se defiende analizando el estado de la cuestión, y las implicaciones de ambas teorías.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, *compétence-compétence*, protección al consumidor, acciones colectivas.

ABSTRACT: Arbitration agreements in relations subject to consumer protection law and allowing for class claims provoke a dilemma. Different jurisdictions have tackled the said dilemma by assessing which prevails: arbitration or consumer protection. This essay posits that a better view exists: their coexistence. To defend the view the implications of both theories are assessed.

KEYWORDS: Arbitration, *compétence-compétence*, consumer protection, class claims.

El acuerdo arbitral genera dilemas cuando consta en actos jurídicos con implicaciones en derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas). Las soluciones a dichos dilemas han oscilado entre privilegiar ya sea al arbitraje o la protección al consumidor. Este ensayo propone que existe una mejor visión: su coexistencia¹. El análisis de prevalencia de una disciplina por encima de otra arroja resultados subóptimos: ponen en tela de juicio los objetivos de una u otra disciplina. Propongo—y someto al mercado de las ideas—que no tiene por qué ser así: existe una tercera vía: que coexistan. Dicha alternativa tiene el mérito que el bien tutelado de cada una es respetado y logrado sin tener que sacrificar los objetivos de cada disciplina. Ello redundaría en más derechos, lo cual es deseable siempre, particularmente cuando ante partes débiles o protegidas (como es el caso del consumidor). Dicha visión no requiere modificación legal alguna, solo un cambio de aproximación. Para explicar cómo lograrlo, a continuación expongo el problema, los resultados observados, para abogar a favor de la tesis de coexistencia.

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La existencia de acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y en situaciones que permiten

¹ La idea fue propuesta por vez primera en 2018 (ARBITRAJE, ed. Porrúa, México 5ª ed., 2018 p. 465.) En este ensayo desarrollo tal postulado.

acciones colectivas lleva algunos años suscitando inquietudes. Jurisdicciones distintas han enfrentado el dilema que ello genera y se observa que, al día de hoy, la respuesta ha consistido en analizar cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y las acciones colectivas. Y mientras que a veces ha prevalecido una (§1.1), a veces otra (§1.2). Ello tiene implicaciones lamentables (§1.3).

1.1. PREVALENCIA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas son importantes. Aunque no es el lugar para agotar su régimen y objetivos, dejar constancia de su importancia es de utilidad para los fines de este ensayo y la idea que defiende.

El derecho de protección al consumidor busca evitar abusos de la clase industrial sobre la clase consumidora. Abusos que no solo son probables, sino frecuentes—y serios: hacer malos productos puede ser muy lucrativo. Y en ausencia de un régimen que permita aglomerar el costo pulverizado que resiente la clase consumidora, el productor de productos malos puede contar con que el costo individual de hacer valer un derecho funcionará a su favor: el consumidor que compre un producto defectuoso encontrará en la practicidad un argumento suficiente para no hacerlo valer. Un ejemplo puede ser ilustrativo.

Imagine el lector que compra una licuadora marca X por la que paga 190 dólares. Al instalarla se percató de que no sirve. Recurre al canal de distribución. Este le contesta que no es el productor. Que el productor puede encontrarse en cierto sitio, mismo que se ubica en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente realizará el consumidor es si vale la pena incurrir en el costo para hacer valer su derecho. Una opción es presentar una reclamación ante las autoridades de protección al consumidor. Pero ello también tiene un costo. Al ponderar incurrir en ambos costos, se considerará el beneficio de hacerlo, para lo cual se analizará no solo el monto a obtener, sino la probabilidad de que se obtenga. Es decir, el quantum será multiplicado por la probabilidad

de que se obtenga un resultado positivo². De ser efectiva y enérgica la respuesta de las autoridades de protección al consumidor, el deseo de recurrir a ellas será mayor—y viceversa.

Si bien existen consecuencias que militan en favor de considerar que no es el mejor interés del productor incurrir en esa forma de hacer negocios³, tanto la experiencia como el análisis conductual enseña sin embargo que ocurren. Y el que el consumidor no esté ávido de incurrir en los costos para hacer valer derechos hace sensata tal estrategia de negocios. Es ante ello que la ingeniería jurídica concibió las acciones colectivas: como un mecanismo para aglutinar un costo otrora disperso. La herramienta de las acciones colectivas, cuando bien diseñada⁴, permite concentrar el costo en *un* frente, permitiendo su adjudicación gracias a que el costo de hacer valer el derecho se individualiza con economías de escala. Ello permite canalizar la asunción de costo a quien lo genera—un disuasivo poderoso de conducta incorrecta.

1.2. PREVALENCIA DEL DERECHO ARBITRAL

El arbitraje es el medio de solución de controversias idóneo y más exitoso para cierto tipo de disputas. Cuando estas detonan cuestiones de protección al consumidor, surge la duda sobre si estas serán consideradas por el árbitro—de hecho, si el árbitro debe siquiera considerarlas. Después de todo, el árbitro es el juez del contrato, no el órgano protector del consumidor.

2 La decisión de incurrir en un costo para lograr un objetivo lleva siempre un análisis (consciente o inconsciente) de probabilidad de éxito. Siempre.

3 La reputación y la información juegan un papel. Respecto de la primera, la fama de ser una empresa decente es importante. El análisis económico de la reputación enseña que, entre más decente es una empresa, más negocio puede hacer y menos oneroso le es. Y viceversa. Respecto de información, el consumidor juega un papel: se hace de información respecto de los productos que considera adquirir. Y entre más duraderos son, más se informa pues mayores son las implicaciones de su decisión. El efecto que ambas cuestiones tienen sobre nuestro tema es que existe espacio para argumentar que un empresario que opte por la estrategia de lanzar malos productos a los mercados se hace un hara kiri: su demanda será inferior a la que podría ser; y eventualmente quedará expulsada del mercado.

4 Lo cual no es el caso de la legislación de acciones colectivas de México. Aunque no explayaré los motivos, es digno mencionar que la (loable) iniciativa de ley que se basaba en la propuesta del Dr. GIDI fue trastocada como resultado de la participación de grupos de interés en el proceso legislativo. Como resultado, la materia deja mucho que desear en cuanto a su efectividad. (Para abundar, véase F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Competencia, ed. Porrúa, 2017, p. 694.)

Esta última apreciación invita a considerar que, de detonar la relación cuestiones de protección al consumidor, deben activarse los recursos que dicha *lex specialis* contempla. Ello sin embargo puede verse obstruido por el efecto negativo del acuerdo arbitral.

El efecto negativo del acuerdo arbitral y el efecto negativo de *compétence-compétence* son la pieza clave de la efectividad del arbitraje. Lo que garantiza que el pacto de arbitrar no será burlado por una parte que demande en un foro diverso o que intente burlar la jurisdicción del tribunal arbitral mediante una de las (diversas) tácticas que la experiencia enseña que las partes recalcitrantes utilizan para intentar frustrar el funcionamiento de acuerdos y procesos arbitrales.

El efecto negativo del acuerdo arbitral detona sin embargo una preocupación en materia de protección al consumidor: denegación de justicia: que el costo del arbitraje tendrá por efecto vedar *de facto* reclamaciones. Y que ello tendrá por efecto restar eficacia a los objetivos del régimen de protección al consumidor. La preocupación es válida: el derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas tienen una función que cumplir. Y su burla puede ser extremadamente lucrativa.

Como puede observarse, estamos ante un dilema: ¿cuál debe prevalecer? ¿La protección al consumidor o el arbitraje?

Usando como premisa el efecto negativo de *compétence-compétence* y el principio *favor arbitrandum*⁵ casos diversos han sostenido que debe privilegiarse al arbitraje. Por ejemplo, en *ATT v Concepción*⁶ la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos privilegió el foro arbitral cuando ante una acción colectiva⁷. Sus antecedentes fueron los siguientes. El juez de Distrito y el tribunal de apelación del noveno circuito sostuvieron que el acuerdo arbitral

5 Mismo que toma nombres distintos. Por ejemplo, mucha jurisprudencia de Estados Unidos alude al principio en favor del arbitraje ("*policy in favor of arbitration*") como premisa analítica de soluciones a dilemas diversos.

6 *AT&T Mobility LLC c. Vincent Concepción et ux* (131 S.Ct. 1740), decisión de 27 de abril de 2011.

7 El caso versó sobre una acción colectiva en contra de AT&T por publicidad engañosa: habiendo ofrecido teléfonos gratuitos, se cobró el impuesto de ventas, lo cual los demandantes—y otros miembros de la clase—consideraron contrario a lo prometido.

era “*unconscionable*”⁸ pues obstruía acciones colectivas. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos atrajo el caso y sostuvo que la §2 de la FAA desplazaba dicho *common law*⁹. No hacerlo sería contrario al principio *favor arbitrandum*¹⁰. Es útil destacar algunas premisas de su razonamiento:

1. El principio a favor del arbitraje: Sostener lo contrario implicaría ir en contra del principio *favor arbitrandum*, mismo que encuentra apoyo en una estela de casos de dicho alto tribunal que sostienen que¹¹:

courts must place arbitration agreements on an equal footing with other contracts, and enforce them according to their terms

[los tribunales deben colocar los acuerdos arbitrales a la par de otros contratos y hacerlos cumplir de acuerdo a sus términos].

2. Los objetivos del arbitraje: Que¹²:

A prime objective of an agreement to arbitrate is to achieve ‘streamlined proceedings and expeditious results’ which objective would be “frustrated” by requiring a dispute to be heard by an agency first.

[Un objetivo primordial de un acuerdo arbitral es lograr ‘procedimientos simplificados y resultados expeditos’. Dicho objetivo se “frustraría” al requerir que una disputa sea escuchada primero por una agencia]

8 Dicho concepto es semejante (mas no idéntico) al de “lesión” conforme a la teoría del acto jurídico de México (artículo 17 del Código Civil Federal).

9 La porción relevante de la §2 de la FAA era la última oración que permite que los acuerdos arbitrales sean declarados no ejecutables “upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”.

10 Para ser precisos, la cuestión se planteó así: si la FAA prohíbe el que los Estados condicionen la ejecutabilidad del acuerdo arbitral a la disponibilidad de acciones colectivas arbitrales (“whether the FAA prohibits States from conditioning the enforceability of certain arbitration agreements on the availability of classwide arbitration procedures.”) (p. 1744). Sostuvo que no: la FAA prevalece sobre la regla californiana sobre lesión (*unconscionability*) de renunciaciones a acciones colectivas en contratos de consumidor. En palabras de la Suprema Corte: “the Federal Arbitration Act preempts California’s judicial rule regarding the unconscionability of class arbitration waivers in consumer contracts” (Ídem., p. 1740).

11 Ídem., p. 1745.

12 Ídem., p. 1749.

3. La flexibilidad del arbitraje¹³:

In bilateral arbitration, parties forgo the procedural rigor and appellate review of the courts in order to realize the benefits of private dispute resolution: lower costs, greater efficiency and speed, and the ability to choose expert adjudicators to resolve specialized disputes.

[En el arbitraje bilateral, las partes renuncian al rigor procesal y a la revisión de apelación de los tribunales para aprovechar los beneficios de un procedimiento privado de resolución de controversias: menores costos, mayor eficiencia y rapidez, y la capacidad de elegir árbitros expertos para resolver disputas especializadas]

Algo semejante ocurrió en Francia. Los casos *Jaguar*¹⁴ y *Rado*¹⁵ decidieron a favor del arbitraje. Mientras que el primero involucró la compraventa de un auto de lujo de serie limitada, el segundo involucró la apertura y mandato de gestión de una cuenta. En el primero se razonó que la cláusula arbitral prevalecía dada su independencia. En el segundo se razonó que, en ausencia de una nulidad manifiesta, la cláusula arbitral debe prevalecer en virtud de su independencia. En ambos se dijo que los árbitros deben observar el orden público y están bajo el control del juez de nulidad en cuanto a su jurisdicción y la arbitrabilidad de la materia¹⁶.

Dicha visión recientemente cambió. En *PWC v Lefebvre*¹⁷ la Corte de Casación francesa sostuvo que, aunque el contrato base de la acción haya contenido un acuerdo arbitral¹⁸, en la medida en que el destinatario de los servicios en Francia era un consumidor, podía presentar su acción ante el juez. En sus palabras¹⁹:

La société d'avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale ... a une clientèle internationale,

13 Ídem., p. 1741.

14 Philippe Renault c. Sociétés V2000 (Jaguar France), Cass. Civ. 1re, decisión de 21 de mayo de 1997.

15 Rado c. Painewebber, Cass. civ. 1re, decisión de 30 de marzo de 2004.

16 Revue de l'Arbitrage, 2021, No. 3, p. 662.

17 Société PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services c. Lefebvre et autres, Cass. Civ. 1re, decisión de 30 de septiembre de 2020 ("PWC").

18 CIMA, una institución arbitral española.

19 PWC, 24.

domiciliée notamment en France, de sorte qu'en sa qualité de consommateur, Mme Lefebvre, domiciliée en France, pouvait porter son action devant les juridictions françaises...

[La sociedad de abogados PWC dirigía su actividad profesional más allá del ámbito territorial... tiene una clientela internacional, domiciliada particularmente en Francia, por lo que en su calidad de consumidora, la Sra. Lefebvre, domiciliada en Francia, podía ejercitar su acción ante los tribunales franceses...]

Como resultado de ello, la consecuencia es que²⁰:

La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder.

[La regla procesal de prelación establecida por este texto no puede tener por efecto hacer imposible, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el derecho comunitario que los tribunales nacionales están obligados a salvaguardar]

La “regla de prioridad procesal” a la que se refiere tal párrafo es nada más y nada menos que el principio de remisión al arbitraje²¹, que busca hacer cumplir el principio de *compétence-compétence*.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelación en el sentido que dejó de lado la cláusula arbitral por considerarla “abusiva”²² con miras a asegurar la plena eficacia del derecho comunitario de protección al consumidor (“...il incombe

20 Ídem., 13.

21 En México contenido en el artículo 1424 del Código de Comercio.

22 El adjetivo tiene como trasfondo el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que establece que una cláusula será abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. El apartado 1(q) del Anexo del artículo 3.3. tilda de “abusivas” las cláusulas que tengan por objeto o por defecto: “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 aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.” (énfasis añadido).

d'assurer la pleine efficacité du droit Communautaire de protection du consommateur"²³).

1.3. IMPLICACIONES

Privilegiar una *lex specialis* por encima de otra tiene implicaciones:

1.3.1. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

De optar por privilegiar al derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas) se frustra la voluntad de las partes de encausar vía arbitraje la solución de sus problemas. Se “neutraliza el efecto negativo de *compétence-compétence* a nombre de la protección del consumidor”, como dice Seraglini²⁴. La decisión de recurrir al arbitraje suele obedecer a una forma de gestionar el riesgo jurídico. Al dejarla sin efectos—resultado de hacer prevalecer la legislación de protección al consumidor—, se desmorona el acto de gestión, generando incertidumbre jurídica²⁵.

1.3.2. ARBITRAJE

Privilegiar el arbitraje por encima del derecho de protección al consumidor tiene por efecto descobijar al consumidor de la protección que le brinda el derecho de protección al consumidor. Ello pues el costo del arbitraje se torna en un disuasivo efectivo de una acción que busque vindicar un derecho del consumidor. Ello frustra los mecanismos que el Derecho ha ideado para atender el interés de la clase consumidora (como las acciones colectivas) ante una actividad que la lesiona.

Ello a su vez genera un segundo efecto negativo (que no veo que haya sido citado o explorado pero que como creyente en el arbitraje

23 PWC, 24.

24 C. SERAGLINI, *Eclaircie pour la protection du consommateur dans l'arbitrage international* (à propos l'arrêt Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2020), *Revue de l'Arbitrage* 2021, No. 3, p. 658.

25 Dicha incertidumbre se magnifica como resultado de la circulación de actos jurídicos y la posibilidad de que en algún eslabón de la cadena de transmisiones exista una parte que califique como protegida por la legislación de protección al consumidor.

me preocupa): que el arbitraje sea percibido por la clase consumidora como la forma en que las grandes empresas despojan de efectividad un régimen que les estorba, y que resguarda al consumidor. Que los cuida. Y que dada la forma en que el arbitraje es asimilado en otras áreas²⁶, ello lastime un concepto jurídico que tiene mucho valor que brindar.

1.3.3. CONCLUSIÓN: EL ANÁLISIS DE PREVALENCIA ES SUBÓPTIMO

Como puede observarse, el análisis de prevalencia es subóptimo. Descuida. Sacrifica. Exige un análisis de superioridad de un interés por encima de otro, lo cual invita debates que son innecesarios y no son constructivos.

El análisis de prevalencia no es obligatorio. Existe una tercera vía. Todo el análisis visible al día de hoy recuerda el principio Aristotélico de tercero excluido: *o es o no es: tertium non datur*. Existen ocasiones en que hay una tercera vía para enfrentar un dilema, en cuyo caso el dilema que se expone es falso. Este es nuestro caso— como a continuación explico.

2. PROPUESTA

Propongo, y someto al mercado de las ideas, que existe una mejor visión. Una que supera los obstáculos inherentes al análisis de prevalencia. Uno que evita las (nefastas) consecuencias descritas: la coexistencia de las disciplinas.

La protección al consumidor, las acciones colectivas y el arbitraje son conceptos jurídicos que tutelan intereses distintos que no tienen por qué enfrentarse, mucho menos supeditarse. Cuando un acto jurídico las hace aplicables a todas, propongo que se entienda que lo que existe son regímenes *aditivos*, no *excluyentes*, que ofrecen a las partes (particularmente al consumidor) opciones.

²⁶ El arbitraje es malentendido e injustamente vilipendiado en áreas diversas por personas diversas. Un ejemplo reciente es el arbitraje de inversión: lejos de entender la maravilla que se ha logrado con el mecanismo, algunos personajes lo critican haciendo apreciaciones incorrectas y que lo ponen bajo una luz negativa. (Para abundar, véase F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, El Arbitraje en los Tiempos de Cólera, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 42, 2018. El Llano en Llamas: Futuro del Arbitraje de Inversión, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 43, 2019).

Ante una diferencia el consumidor puede recurrir al régimen (incluyendo autoridades, en su caso) de protección al consumidor, puede también ser parte de una acción colectiva (ya sea implícita o explícitamente); puede además vindicar un derecho contractual en arbitraje. ¿Cómo? Aceptando que una cuestión contractual sea encausada en arbitraje sin perjuicio de que, si el contrato detona una arista de protección al consumidor, esta se ventile ante el régimen de protección al consumidor. Y si ocurre una acción colectiva, que la existencia de una cláusula o proceso arbitral no la impida.

La idea propuesta puede encontrar asidero en el régimen de derecho arbitral que ya existe. No requiere cambio legal alguno, solo una relectura del mismo. Para explicar por qué, detallaré cómo las piezas conceptuales de cada disciplina— consumidor (§2.1) y acciones colectivas (§2.2) y arbitral (§2.3)—permiten justificar el postulado conceptual.

2.1. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Los regímenes de protección al consumidor incluyen tanto un régimen sustantivo, a veces uno adjetivo, de derechos y obligaciones que resguardan los derechos e intereses del consumidor, como autoridades encomendadas con la misión de cerciorar el respeto de los derechos del consumidor. En el caso mexicano, lo son la Procuraduría Federal del Consumidor y la Secretaría de Economía. La Procuraduría tiene como misión promover y proteger los derechos e intereses del consumidor²⁷. Con dicha finalidad, tiene facultades diversas, algunas severas²⁸, incluyendo la de dirimir disputas entre los consumidores y proveedores²⁹.

Dicha actividad no solo no puede ser realizada por un árbitro comercial, no es propia del árbitro, cuya naturaleza y misión es distinta: ser el juez del contrato; no ejercer *imperium* para cerciorar la observancia de un régimen regulatorio. Ello se contrasta con la naturaleza regulatoria (inclusive punitiva) de una autoridad de consumidor.

27 Artículos 20 y 24 de la LFPC.

28 Como asegurar bienes (Artículo 25 BIS.II y 98 TER de la LFPC), denunciar delitos (Artículo 24.XVII), imponer y ejecutar las sanciones (artículos 24.XIX 125 LFPC).

29 La Procuraduría ventila procedimientos por infracciones a la LFPC (artículo 123, LFPC).

Por consiguiente, conforme al derecho de protección al consumidor, su aplicación corresponde a las autoridades a quienes se confía dicha labor, no a un árbitro comercial.

2.2. ACCIONES COLECTIVAS

Una acción colectiva permite que un “representante” acuda a órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses colectivos. El objetivo es obtener reparación de daño mediante indemnización³⁰. El régimen en México está disperso en diversos cuerpos normativos³¹: Código Federal de Procedimientos Civiles (“CFPC”)³², Código Civil Federal (“CCF”)³³, Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”)³⁴, Ley Federal de Protección al Consumidor (“LFPC”)³⁵, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (“LOPJ”)³⁶, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (“LGEEPA”)³⁷, Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (“LPDSF”)³⁸. El artículo 17 de la Constitución dice:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las **acciones colectivas**. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. **Los jueces federales conocerán de forma**

30 No es el único fin, pero sí el relevante para lo abordado en este ensayo. El artículo 1934 Bis del Código Civil Federal que establece que: “El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, *estará* obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

31 Todos modificados mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 30 de agosto de 2011. Dicho decreto deriva de la modificación del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acciones colectivas, publicado en el DOF el 29 de julio de 2010.

32 Diario Oficial de la Federación de 30 agosto 2011. Libro V del CFPC, artículos 578 a 626.

33 Artículo 1934 Bis del Código Civil Federal.

34 Otorgándole facultad a la Comisión Federal de Competencia Económica de iniciar una acción colectiva (artículo 12 de la LFCE).

35 Facultando a la Procuraduría para ejercer una acción colectiva (art 26 LFPC).

36 Dando competencia a los jueces de distrito civiles y mercantiles para conocer de acciones colectivas (artículos 53 y 53.Bis).

37 Otorgándole a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente facultad de iniciar una acción colectiva (artículo 202 de la LGEEPA).

38 Otorgándole la facultad a la Condusef (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros) para iniciar una acción colectiva (artículos 11 y 92 LPDUSF).

exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos (énfasis añadido).

La fracción VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación establece que:

Los jueces de distrito civiles federales conocerán: ... **De las acciones colectivas** a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles ... (énfasis añadido).

El artículo 578 del CFPC señala:

La defensa y protección de los **derechos e intereses colectivos** será ejercida ante los **Tribunales de la federación** con las modalidades que se señalen en este Título, y solo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente (énfasis añadido).

Como puede observarse, en México³⁹, las acciones colectivas son de competencia *exclusiva* de tribunales judiciales federales⁴⁰.

El objetivo de las acciones colectivas es tutelar derechos e intereses difusos; colectivos⁴¹. Derechos que de otra manera quedarían excluidos del sistema de justicia. Dicho objetivo no tiene por qué ser supeditado o anestesiado por la existencia de un acuerdo arbitral. De ocurrir, se privaría al consumidor de una herramienta que le tutela. Y lo inverso es igualmente cierto: la existencia de una acción colectiva no debe tener por efecto que el acuerdo arbitral quede sin efectos: el derecho a encausar al arbitraje una diferencia derivada de un acto jurídico que podría dar el derecho al consumidor a ser parte de una clase en una acción colectiva no es motivo para privarle de la (valiosa) posibilidad de recurrir al arbitraje para encausar su disputa. Tomar esta postura adolecería de concluir algo que no es obligado, restando un derecho por la existencia de otro. Lo único que merece

39 Existe una visión que apoya que es posible diseñar procesos arbitrales que conozcan de acciones colectivas. Un ensayo interesante explica la idea y cómo lograrla, elaborado por un gran experto de acciones colectivas A. GIDI, Arbitraje Colectivo. Class actions and arbitration. Edición no publicada en posesión de este autor, quien recibió autorización del Dr. GIDI para citarlo. Posteriormente se publicó en Pauta 99, *Boletín Informativo de ICC México*, abril 2022.

40 Han existido ya procesos arbitrales colectivos. Un ejemplo es *Abaclat c. Argentina* (Caso CIADI ARB/07/5).

41 También los individuales cuando tengan incidencia colectiva.

atención es la posibilidad de doble cobro—lo cual quedará atendido con las medidas que se proponen en §III.A *infra*.

2.3. ARBITRAJE

La aplicabilidad del derecho de protección al consumidor, incluyendo acciones colectivas, no tiene por efecto el que el acuerdo arbitral no arroje consecuencias jurídicas. Ello pues se trata de materias distintas, que no tienen por qué mezclarse (§1), una de las cuales es inarbitrable (§2), sin que sea necesario abordar la cuestión del orden público (§3).

2.3.1. DERECHOS DISTINTOS

El derecho a la protección al consumidor es diverso al derecho aplicable al acto jurídico. Se trata de una capa regulatoria que rige por encima del derecho que nutre la existencia, validez, cumplimiento y otros aspectos del acto jurídico del cual es parte el consumidor. Mientras que el derecho de la protección al consumidor está o puede estar sujeto a una jurisdicción exclusiva (y por ende fuera del alcance de la jurisdicción del árbitro), el derecho sustantivo está claramente dentro de la jurisdicción del árbitro. Mientras que la autoridad de protección al consumidor se circunscribirá a aplicar el derecho de protección al consumidor, el árbitro aplicará el resto del derecho aplicable.

2.3.2. ARBITRABILIDAD

El derecho de protección al consumidor está *in natura* fuera del alcance del acuerdo arbitral por el hecho que versa sobre un régimen no contractual sino regulatorio que brinda derechos al consumidor que tienen como origen una fuente diversa al contrato: en el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por consiguiente, *no es arbitrable*. Si no es arbitrable, una cláusula arbitral no tiene por qué vedar una acción que hace valer un derecho de protección al consumidor. Conforme a derecho arbitral, el radio de acción de un acuerdo arbitral no alcanza las materias no arbitrables.

2.3.3. ORDEN PÚBLICO

Existe espacio para argumentar que el orden público, como causal de nulidad o no ejecución de laudos, es relevante para la cuestión que analizamos. Que el juez de nulidad, como controlador de la regularidad del laudo en el contexto de su inserción en el orden jurídico mexicano, verifique que no se burla u ofende el orden público mexicano.

Ello no es evidente, sin embargo. El orden público está conformado por las nociones más elementales de justicia y moralidad. La Suprema Corte de Justicia Mexicana lo ha definido como⁴²:

las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del error cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

Como puede observarse, se trata de un estándar alto. Por ende, es cuestionable que el régimen de protección al consumidor actualice dicho concepto jurídico.

Hay quien ha propuesto soluciones al dilema que aquí tocamos que pueden ser citadas en el contexto de orden público. El Profesor Maximin de Fontmichel escribió una obra profunda, inteligente y elegante titulada *El débil y el arbitraje* (*Le faible et l'arbitrage*)⁴³. Su

42 Amparo en Revisión 755/2011, sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 13 de junio de 2012, párrafo 81.

43 Económica, París, 2013.

Hay más de un ángulo de entrada a la teoría de FONTMICHEL. Podría también verse como una cuestión de validez del acuerdo arbitral o de arbitrabilidad. Al respecto, la siguiente apreciación merece eco: "*La question cruciale n'est pas la présence de clauses compromissoires dans un contrat d'adhésion, mais le risque que les termes inclus dans la clause ne créent un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. La simple présence d'une clause dans un contrat d'adhésion ne peut fonder sa nullité. ... Les jurisprudences ... qu'admettent la validité des clauses compromissoires dans les rapports entre parties déséquilibrées ne s'y trompent pas en affirmant que la simple présence d'une clause compromissoire dans un contrat d'adhésion n'est cause de nullité mais qu'il est nécessaire d'examiner plus en profondeur le contenu de la clause.*" (ob. cit., pp. 98-99).

(Traducción: "La cuestión crucial no es la presencia de cláusulas compromisorias en un contrato de adhesión, sino el riesgo de que los términos incluidos en la cláusula generen un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. La mera presencia de una cláusula en un contrato de adhesión no puede justificar su nulidad. ... La jurisprudencia ... que admite la validez de las cláusulas compromisorias en las relaciones entre partes desequilibradas no se equivocan al afirmar que la mera presencia de una cláusula compromisorias en un contrato de

preocupación es la idoneidad del arbitraje en áreas en las que existe una asimetría que pueda propiciar una denegación de justicia⁴⁴. Su postulado: hay pasos que tomar para cerciorar que no ocurren abusos. Uno de ellos es precisamente orden público: matizar el nivel de revisión del laudo como parte del orden público para cerciorar que no se burla el ‘orden público de protección’, lo cual incluye nuestra materia: protección al consumidor.

La obra de Fontmichel merece ser leída y ponderada⁴⁵. Pero si se acepta la idea propuesta en este ensayo⁴⁶, toda la preocupación de Fontmichel es satisfactoriamente atendida: la coexistencia de regímenes tutela todas las esferas de la relación jurídica. Y si una de ellas tiene un sabor protector—como es el caso de la protección al consumidor y las acciones colectivas—estará adecuadamente amparada por la *lex specialis*. Así, evitamos tener que entrar en discusiones delicadas que pueden detonar otros problemas⁴⁷.

adhesión no es causa de nulidad sino que es necesario examinar el contenido de la cláusula con más profundidad”).

No obstante lo anterior, citó la teoría en este contexto por dos motivos. Primero, por reconocer que se trata de un régimen imperativo, de orden público, que podría (discutiblemente) hacerse valer en el contexto de la causal de nulidad y no ejecución de laudo “orden público”. Segundo, porque una de las propuestas que FONTMICHEL hace para paliar la problemática que detecta es descender el (alto) umbral de exigencia para que se actualice la causal de orden público (*ob. cit.*, pp. 429-459), invitando un nivel más profundo de revisión (id. 451), eliminando algunos de los requisitos que la jurisprudencia francesa ha arrojado; concretamente, el requisito de “flagrancia” (Ídem., 453). Lo que él llama una aproximación matizada (“*aproche nuancée*”, p. 446).

44 En sus palabras: “La solución del derecho positivo francés es lamentable. Incluso una filosofía pro-arbitraje no puede permanecer indiferente ante el riesgo de denegación de justicia” (“*La solution du droit positif français est regrettable. Même une philosophie pro-arbitrage ne peut rester indifférente à un tel risqué de déni de justice*”) (Ídem., p. 62.)

45 Como debe ser consumida toda obra letrada y bien intencionada que proponga constructivamente soluciones a dilemas que nuestro derecho detona—algo frecuente. De hecho, en épocas de crítica iracunda, superficial y destructiva, fue un placer leer una obra que no sucumbe a dichas tentaciones.

46 Que parte de algo con lo que estoy de acuerdo con FONTMICHEL: que hay dos aproximaciones observables: una que privilegia el respeto estricto del efecto negativo de *compétence-compétence*, otra que privilegia el principio de protección a partes débiles (*Ob. cit.* p. 82).

47 FONTMICHEL propone medidas diversas que el lector agudo no puede dejar de pensar que detonará otros dilemas. Un ejemplo de ello es el incrementar el nivel de revisión del laudo como parte de la causal de orden público. Otro es reducir el umbral de actualización del orden público. Ambos diluyen la finalidad del laudo, un valor importante.

3. LA TESIS DE COEXISTENCIA ES PREFERIBLE AL ANÁLISIS DE PREVALENCIA

El análisis de prevalencia no solo genera problemas, no es obligado. Existe una alternativa—de allí el título de este ensayo. La expongo (§3.1), haciendo ver como la experiencia mexicana puede ser entendida en el sentido que la apoya (§3.2), para luego explicar por qué es preferible (§3.3). Y el riesgo de sobre-compensación no la veda, tiene solución (§3.4).

3.1. POSTULADO

De lege ferenda propongo que se acepte que:

1. El derecho de protección al consumidor no deja de aplicar por la existencia de un acuerdo arbitral;
2. La acción colectiva no deja de ocurrir cuando ante un acuerdo arbitral, con o sin la participación de la parte obligada conforme a dicho acuerdo arbitral; y,
3. El acuerdo arbitral no deja de ser válido y eficaz cuando ante una disputa entre las partes (del género que si está dentro de su jurisdicción) poque existan aristas de protección al consumidor o una acción colectiva.

Ninguna de las disciplinas en juego (arbitraje, consumidor y acción colectiva) prevalece por encima de otra; coexisten. Los tres pueden (deben) arrojar efectos cuando concurren, y ello es beneficioso para todos. La tesis contraria resta derechos cuando podría sumarlos.

Así, cuando ante una acción colectiva, el acuerdo arbitral no deja de surtir efectos: ambas acciones pueden coexistir. Y permitirlo redundaría en beneficio del consumidor: cuenta con más derechos; con más opciones. Interpretarlo así no es un paso intelectual estirado: Los derechos *individuales* se encausan conforme al mecanismo *individual* pactado. Los derechos *colectivos* se encausan conforme a la legislación de acciones *colectivas* especializada.

La única preocupación que puede suscitar la coexistencia de los tres mecanismos procesales es el peligro de doble cobro. Aunque el peligro existe, es importante no sobre-exponerlo. Una parte que al mismo tiempo sigue un arbitraje, realiza una denuncia de protección al consumidor y acepta ser parte de una acción colectiva podrá obtener fallos que logran cosas distintas. Por ejemplo, multas en la acción de protección al consumidor, una compensación pequeña en una acción colectiva, y órdenes de hacer y no hacer en arbitraje, incluyendo pago. En este último caso, debe tomarse en cuenta el monto obtenido en los demás mecanismos a título de indemnización, y considerarse en el monto cuyo pago se ordene en el último, compensándolo. Así, el peligro descrito se resuelve adoptando la siguiente solución: el fallo posterior compensa todo lo ya indemnizado.

3.2. IDEA EN CIERNES EN MÉXICO

La idea propuesta puede ser ilustrada, anclada y defendida en base a un caso que se presentó en México, y la (atinada) respuesta judicial.

3.2.1. CASO

Sesenta y dos demandantes presentaron una acción colectiva en contra de un Club de Golf demandando (i) el cumplimiento de términos del contrato de membresía, mismos que aducían fueron modificados posterior y unilateralmente por el Club demandado; (ii) la declaración de que el contrato era de adhesión; (iii) la declaración que las cláusulas de modificación unilateral se tengan por no puestas; y (iv) bonificación por servicios deficientemente prestados.

El contrato de membresía contenía un acuerdo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM).

El juez de primera instancia⁴⁸ rechazó la demanda por considerarse incompetente razonando que el acuerdo arbitral le privaba de jurisdicción. Los demandantes apelaron argumentando *inter alia* que las acciones colectivas no son susceptibles de arbitraje⁴⁹. El tribunal

48 Exp. 119/2013-III, Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Guerrero, 22 de agosto de 2013.

49 Las premisas del argumento fueron que se trata de normas imperativas, no derogables, que

de alzada confirmó, sosteniendo que la cláusula arbitral implicaba una renuncia para acudir a la jurisdicción. Razonó que la cláusula compromisoria implica la renuncia a cualquier procedimiento en el cual intervenga un órgano de Estado, tanto individual como colectivo⁵⁰. Fundamentó la conclusión en la contradicción de tesis 51/2005-PS⁵¹, indicando que la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad, y que ello no viola el artículo 17 Constitucional pues los derechos pueden ser hechos valer en dicho foro, lo cual está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico⁵².

La decisión del juez de alzada constituyó el acto reclamado que dio lugar a un amparo directo que la Suprema Corte de Justicia atrajo por considerar que ello entrañaría fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

Algo digno de mención respecto de la solicitud de atracción es que uno de los ministros hizo la siguiente apreciación⁵³:

¿Existen derechos fundamentales de los consumidores, y al ejercicio de las acciones colectivas?

¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?

¿Las acciones colectivas son competencia de los jueces federales independientemente de que el contrato base de la acción estipule una cláusula arbitral?

El caso fue turnado a la ponencia de Don José Ramón Cossío.

regulan derechos colectivos, que son de orden público e interés social. También se argumentó que la cláusula arbitral era previa (2005) a la modificación legal que añadió a nuestro sistema jurídico las acciones colectivas.

50 Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Vigésimo Primer Circuito, auto de 5 de septiembre de 2014.

51 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, XXIV, septiembre de 2006, p. 5.

52 Al respecto, cito los antecedentes de derecho arbitral mexicano en la Ley Modelo de la CNUDMI como premisa para concluir que la facultad de poder apartar al juez estatal del conocimiento de las controversias que surjan en virtud de contratos donde tales cláusulas se encuentren insertas, y que ello es producto de pactos internacionales celebrados por México.

53 Párrafo 58 de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 432/2013, relacionada con el Amparo Directo 1280/2013.

3.2.2. CRITERIO DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE

La Primera Sala de la Suprema Corte planteó la cuestión a decidir así⁵⁴:

¿puede la autoridad judicial de primera instancia fundar oficiosamente su incompetencia para no conocer del procedimiento colectivo en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato base de la acción?

Dicho planteamiento requería determinar si existe una relación de consumo. Al respecto, se explicó que⁵⁵:

El consumidor se encuentra frente a una diversidad de bienes tan compleja que excede su posibilidad de conocimiento debido a que carece de la información necesaria sobre dos aspectos: las características del bien o servicio que pretende consumir y las obligaciones que asume al suscribir contratos unilateralmente diseñados. Por ello, los principios que imperan en el sistema de libre mercado tales como la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa dejan al consumidor en una posición débil frente a las ventajas y el poder económico que poseen los proveedores al momento de intervenir en el mercado.

La Sala determinó que sí se trataba de una relación de consumo⁵⁶. Los integrantes de la demanda son integrantes de una colectividad en una relación que reúne los requisitos que la LFPC define como de consumo. Y su finalidad es “romper la asimetría existente entre proveedores y consumidores”. Hecha esta determinación, pasó a la cuestión nuclear: ¿resta competencia la cláusula arbitral? Sostuvo que no⁵⁷. Ello pues:

1. La acción colectiva es el mecanismo idóneo para resolver la controversia entre las partes pues la acción colectiva es⁵⁸:

por excelencia, el medio para la tutela de los derechos e intereses colectivos por brindar a la colectividad economía procesal y

54 Amparo Directo 33/2014. Decisión Unánime de los cinco ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, sesión de 24 de septiembre de 2014 (“Sentencia”).

55 Sentencia, 50.

56 Sentencia, 62.

57 Sentencia, 64 y 83.

58 Sentencia, 81.

seguridad jurídica, así como por generar un efecto disuasivo ante prácticas económicas abusivas.

2. Considerar que un acuerdo arbitral veda acciones colectivas⁵⁹:

haría nugatorio los derechos de la colectividad consumidora, toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses; y segundo se le estaría privando de todos los beneficios que traen aparejados los procedimientos colectivos, tales como la **determinación de los derechos de una forma uniforme**, pues la sentencia que concluye el procedimiento colectivo brinda el mismo estatus al grupo frente al mismo hecho. Esta situación no se podría lograr mediante procedimientos arbitrales independientes, pues los laudos que concluyan dichos procedimientos podrían llegar a ser contradictorios (énfasis añadido).

Explicó que los objetivos de las acciones colectivas son: (a) proporcionar economía procesal; (b) garantizar el acceso a la justicia y brindar seguridad jurídica, y (c) generar en la sociedad un efecto disuasivo ante abusos. Y ello se logra al ejercer una acción colectiva: los miembros de la colectividad se agrupan por economía procesal y para dar oportunidad a otros afectados de adherirse a la demanda. Concluyó enfatizando que⁶⁰:

la cláusula arbitral no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia se niegue a conocer de la acción colectiva individual homogénea, toda vez que, en primer término, la aplicación irrestricta de disposiciones civiles y mercantiles desconocería que estamos frente a una relación de consumo regulada en disposiciones constitucionales y legales; en segundo, se estaría privando a la colectividad consumidora del medio idóneo establecido en el texto constitucional para defender sus derechos como consumidores y, finalmente, se estaría contribuyendo a que se acentúe la asimetría existente entre proveedores y consumidores, en la cual este último generalmente es la parte débil.

59 Sentencia, 82.

60 Sentencia, 90.

3.2.3. COMENTARIO

Se trata de una magnífica decisión. Una que sintoniza con el dilema aquí abordado. Una que sigue de premisas correctas algo que podría fácilmente no haber ocurrido, dado el planteamiento inicial de la cuestión al momento de atraerse el caso por la Corte.

“¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?”

Dicho planteamiento merece crítica: es lo que la teoría de la argumentación llama un “espantapájaros”: un planteamiento que se expone de una manera que exige una solución predeterminada. Uno que dista de exponer equilibradamente la cuestión⁶¹. El mérito de la ponencia de Don José Ramón Cossío es haber hecho un planteamiento objetivo, equilibrado, no cargado. Uno que expone la cuestión en forma debida.

La Sentencia generó la siguiente tesis⁶²:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO. En transacciones mercantiles comunes, las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, esta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no solo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional. Considerar lo contrario, implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar

61 Así lo explicó en Arbitraje, Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 467. Se trata de un argumento que es muy fácil de vencer dado como se expuso—lo cual con frecuencia implica exponerlo débilmente o sesgadamente. Un ejercicio similar pero que arrojaría el resultado inverso sería preguntar ¿es válido que quien firmó un contrato con un acuerdo arbitral pueda dejar de acatar el mismo aduciendo que el contrato es de adhesión?

62 Registro: 2008648, Tesis: 1a. CV/2015 (10a.). Primera Sala, Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, Materia Civil, p. 1107.

por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; además de que también se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales, entre los que se encuentran la economía procesal, la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en igual situación se adhieran -siempre que prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado- y así desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como obtener una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y evitar posibles fallos contradictorios que pueden generarse con la promoción de diversos procedimientos individuales. Así, en el caso de relaciones de consumo, considerar al arbitraje como el medio idóneo para resolver controversias entre las partes haría nugatorios los derechos de la colectividad consumidora toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses y, en segundo, se le estaría privando de todos los beneficios que traen los procedimientos colectivos. De ahí que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo.

El criterio es atinado, tanto en conclusión como contenido. Y aunque no se expresa así, propongo que puede ser asidero de la teoría de coexistencia. Desemenucémoslo:

1. Comencemos con el rubro:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO.

El rubro sintetiza el corolario de la cuestión en una oración.

2. La siguiente oración contiene el corazón de la cuestión:

[...] las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no solo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional [...].

La primera oración hace las veces de una aclaración y zanjamiento de la cuestión. La cláusula arbitral abarca las cuestiones que pueden resolverse en arbitraje: lo arbitrable. Si la materia no es arbitrable, *ex hypothesi* no está dentro del radio de acción de la norma consistente en el acuerdo arbitral.

3. La consecuencia de no seguir esta postura:

[...] implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; [...].

Este párrafo explica con tino la consecuencia de no seguir la teoría de la coexistencia: burlar régimen de orden público (no-renunciable).

4. Las implicaciones de seguir en análisis de prevalencia en las acciones colectivas:

[...] se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales [...].

5. El corolario:

la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo.

Tanto la conclusión como las premisas del criterio son atinadas. Cada una es una premisa válida de la conclusión que arroja, misma que resuelve adecuadamente la problemática enfrentada. Tomaría las mismas como hilo que sirve para tejer el manto de la teoría aquí defendida: la existencia de acuerdos arbitrales no debe vedar ni los recursos del derecho de protección al consumidor, ni la posibilidad de que se entablen acciones colectivas. Sin embargo, ello no significa que quede sin efectos el acuerdo arbitral. Coexisten: El consumidor puede (i) ejercer sus derechos de protección al consumidor no obstante haber pactado un acuerdo arbitral, (ii) ser parte de una acción colectiva, y (iii) comenzar un arbitraje. El motivo: coexisten. Se trata de instrumentos distintos para cuestiones *distintas* que arrojan remedios *distintos*.

Aplicada al caso que motivó la atracción de la Corte, el socio del club de golf tiene la opción de encausar su problema de formas diversas. Puede presentar una denuncia ante la PROFECO, detonar una acción colectiva o activar el acuerdo arbitral. No tiene que renunciar a uno para ejercer el otro. Y aunque la cuantía de la disputa no sea enorme, pueden existir motivos de principio que hagan que el socio desee contar con un tribunal especializado, con un proceso diseñado como traje a la medida del problema, que arroje una decisión revestida de finalidad—los beneficios que arroja el arbitraje.

3.3. DESEABLE

Concebir las disciplinas como separadas, concluyendo que no se mezclan ni se supeditan, es deseable. Trae como resultado el que el consumidor cuenta con más opciones: puede encausar su problema de tres maneras diversas:

1. *Arbitraje*: Puede activar el acuerdo arbitral, lo cual permitirá contar con un tribunal especializado, siguiendo un proceso como traje a la medida de las necesidades de su problema, arrojando un fallo que es coza juzgada—el valor que da el arbitraje.
2. *Protección al consumidor*: Puede denunciar el problema ante las autoridades de protección al consumidor.

3. *Acción colectiva*: Puede aceptar ser parte de la clase en una acción colectiva. Dependiendo del régimen, se trataría de una aceptación (*opt in*) o no ejercer su derecho de separarse (*opt out*)⁶³.

Resultado: el consumidor tiene más derechos.

La tesis contraria (la de prevalencia) resta derechos. Implica que una de las vertientes descritas prevalecerá, lo cual *ex hypothesi* significa que la otra no. Ergo, el consumidor tendrá menos derechos. Ello, propongo, es lamentable. Dependiendo de las características del problema, bien puede ser el interés de las partes (incluyendo el consumidor) encausar el problema de formas diversas. Es de suponerse por ejemplo que muchos de los problemas que detonen aristas de protección al consumidor sean encausadas a las autoridades de protección al consumidor: el costo del arbitraje puede hacer dicha opción indeseable. Pero ello no admite generalización. Puede ocurrir que el consumidor prefiera activar un proceso arbitral, y encausar por dicha vía la resolución de su problema⁶⁴.

3.4. SOLUCIÓN AL RIESGO DE SOBRE-INDEMNIZACIÓN

El peligro de sobre-indemnización suele ser un motivo para cuestionar esta idea. La preocupación es válida, pero no veda el postulado. Ello pues, aunque no es imposible que pueda ocurrir, no puede suponerse como regla—y mucho menos como motivo para descartar la idea en su totalidad.

3.4.1. EL RIESGO ES POSIBLE PERO NO GENERALIZABLE

La posibilidad de sobre-indemnización no debe universalizarse. Lo que se discute en una denuncia de protección al consumidor suele ser distinto a lo que se discutiría en un arbitraje. El cumplimiento del

63 En México aplica el régimen *opt in*, lo cual es uno de los pasos más lamentables del régimen (artículo 594 del CFPC). El mecanismo *opt out* es la respuesta idónea de la cuestión. Esta medida es uno de los grandes *faux pas* del régimen mexicano. Debe modificarse, si es que deseamos tomar en serio la protección al consumidor y las acciones colectivas.

64 Los motivos pueden ser diversos. Porque se trata de una cuestión de principio. Porque la declaración evitará problemas futuros. Porque el problema vivido puede tener una baja cuantía, pero su definición es delicada. O sencillamente porque las partes deciden que el tema es mejor ventilado ante un experto.

régimen de protección al consumidor puede tener un componente del derecho contractual que teje el acto que da lugar a la relación jurídica, pero los remedios que suelen ordenar las autoridades de protección al consumidor están basados en derecho de protección al consumidor, no el derecho sustantivo aplicable al acto—y es sobre esto último que versaría un arbitraje. Por consiguiente, los resultados que uno obtenga conforme a la acción de protección al consumidor suelen no ser los mismos que los que arroja el derecho contractual.

Respecto de acciones colectivas, aunque éstas buscan indemnización, ésta suele centrarse en daños pequeños sufridos por muchos—algo distinto a lo que probablemente se discutiría en un arbitraje.

3.4.2. SOLUCIONES

Suponiendo que exista coincidencia (algo que no debe suponerse como regla), existen mecanismos procesales para resolver la cuestión, por ejemplo:

1. *Electa una via non datur recursus ad alteram*: Este principio procesal soluciona situaciones en que exista traslape procesal: de elegirse una vía (vgr, protección al consumidor), no puede seguirse otra cuya materia sea idéntica a la acción ya entablada.
2. *El posterior compensa*: toda condena debe permitir que la indemnización que derive de condenas previas sea compensada del monto posteriormente ordenado.
3. *Sanción a abusos*: en caso de que se enderecen pluralidad de vías con el propósito de obtener sobre-indemnización, existirá abuso de derecho que debe ser sancionado. Y siendo que el demandado será el mismo, estará informado de ello. Le corresponderá por ende hacerlo valer para que el juez o autoridad respectiva sancione.

Un ejemplo puede ilustrar: el artículo 56 de la LFPC brinda el derecho al comprador en una venta a domicilio de revocar su consentimiento dentro del plazo de cinco días a partir de la firma del contrato o recibida la cosa. En caso de que el vendedor no respete dicho derecho, el comprador puede pedir a la Procuraduría

Federal del Consumidor que ejerza sus facultades de apremio (apercibimiento o multa). O podría solicitar que un árbitro declare que la compraventa nunca se perfeccionó (suponiendo que la revocación ocurre dentro del plazo). Ambas peticiones pueden coexistir; y no son incompatibles—de hecho colaboran al mismo propósito. Pero si por ejemplo se pide indemnización en ambos, entonces entran en juego los principios citados para atender y evitar el riesgo apuntado.

Un punto semejante puede hacerse respecto de Acciones Colectivas. Basándonos en el ejemplo descrito en la sección I. *A supra*, de existir un arbitraje, lo más probable es que sería diverso a lo que se discutiría en el caso de la licuadora defectuosa. Se asemejaría más a lo que ocurre en el caso del Club de Golf descrito en la §III.B.1. Y en dicho caso, no es evidente que exista coincidencia de materia. De existir coincidencia entre lo que se discute en arbitraje y la acción colectiva, el principio “el posterior compensa” resolvería la cuestión. Y de no ser coincidentes, es mejor que una acción no haya vedado la otra.

Corolario: la pluralidad de vías no necesariamente significa sobre-indemnización. Se trata de derechos distintos, que prevén recursos distintos, arrojando respuestas distintas. Mientras que ciertos derechos de consumidor tienen un sabor más contractual, otros tienen un sabor más regulatorio. Y algunos tienen ambos—como es el caso mexicano, en que existe un régimen aplicable a los contratos en relaciones de consumidor, al margen del régimen regulatorio que brinda facultades diversas a la entidad que vela por el cumplimiento de la ley de protección al consumidor (la Procuraduría Federal del Consumidor).

La solución propuesta ha demostrado ser controvertida, es de admitirse. Algunos la descartan en su totalidad (a veces ni siquiera consideran —mucho menos con seriedad) por este motivo. Propongo que la idea merece ser considerada y que la propuesta dista de ser superficial. Y que si bien existen pasos prácticos a tomar para lograr su implementación adecuada, definitivamente es un mejor remedio que el *statu quo*: *es el remedio adecuado ante situaciones en que existen (coexisten) derechos derivados de fuentes normativas diversas*. La multiplicidad de leyes que proveen derechos de acción para tutelar derechos diversos significa que un mismo conjunto de circunstancias puede dar lugar a una multiplicidad de reclamaciones conforme a

diversas *lex specialis*—pero el daño monetario es el mismo. Ante ello, la solución idónea no es privilegiar unos derechos por otros, sino compensar pagos recibidos por unos que colaboran, paulatinamente, a lograr el objetivo de *restitutio in integrum*. Para ello, lo que debe ser cerciorado es que la existencia de doble (o múltiple) compensación sea evitada—no descartar *a priori* la procedencia de reclamaciones para lograrlo. Una forma de lograrlo es la propuesta que hago en este ensayo: permitir que el último fallo compense todos los pagos recibidos hasta entonces.

3.4.3. EL RIESGO NO JUSTIFICA DESCARTAR LA IDEA

Aún suponiendo que existan dudas sobre cómo implementar la propuesta, ello no justifica descartar la idea *in toto*. Militaría a favor de analizar con más detalle formas de evitar que el riesgo se materialice. Aceptar que el riesgo implique descartar la idea en su totalidad implicaría aceptar el *statu quo* que, como se explicó en la sección I, es grave—más que la preocupación de sobre-indemnización.

* * *

Recientemente *The Economist* denunció⁶⁵:

The problem with the craze for mandatory arbitration (millions of American employees have no recourse to the courts). Kept out of the courthouse; When you cannot sue your employer (over half of non-unionised employees are now covered by mandatory arbitration).

[El problema con la manía por el arbitraje obligatorio (millones de empleados estadounidenses no pueden recurrir a los tribunales). Mantenido fuera de las cortes; Cuando no puede demandar a su empleador (más de la mitad de los empleados no sindicalizados ahora están cubiertos por el arbitraje obligatorio)].

La denuncia es válida. Lo denunciado proviene de la utilización del arbitraje en áreas en las que no es idóneo, sin confectionar teorías jurídicas adecuadas que remedien el dilema que ello genera. Ello ocurre con la teoría de la prevalencia, que la tesis de coexistencia remedia.

⁶⁵ The Economist, 27 de enero de 2018.

