

La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado(*) -

Roque J. CAIVANO

Publicado en: El Derecho (ED), 23/08/2013, nº 13.306.

En un trabajo anterior hemos puesto de manifiesto la significativa evolución que el arbitraje ha tenido en los últimos años(1). Allí anunciamos que uno de los aspectos en los que esa evolución se pone nítidamente de manifiesto es el relativo a la "arbitrabilidad": el elenco de materias para las cuales puede pactarse válidamente el arbitraje se ha ensanchado de tal manera que hoy las cuestiones "no arbitrables" son, en varios países, verdaderas excepciones. Dos recientes sentencias, una de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y otra de la Corte Federal de Apelaciones de Canadá, sirven como ejemplo para ilustrar esta afirmación.

I. La noción de "arbitrabilidad"

Se sabe que los árbitros obtienen sus atribuciones (de naturaleza jurisdiccional) fundamentalmente del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes. Esta estipulación, que implica el sometimiento de las partes a la decisión de árbitros respecto de ciertas cuestiones, conlleva un doble efecto: por un lado, aquellas renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia, por lo que los jueces estatales devienen incompetentes para conocer de ellas(2); y, por el otro, le asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares, a quienes convierten en jueces(3).

La doble condición de "privada", por un lado, y "convencional", por el otro, de la jurisdicción que reciben los árbitros apareja algunos límites. De la última se deriva una limitación establecida por las mismas partes a los árbitros: en principio, éstos sólo pueden conocer de las cuestiones que aquellas acordaron someter a su decisión, y entre quienes son parte del acuerdo arbitral(4). De la primera, en cambio, se deriva una limitación establecida por el legislador a las partes: no todas las cuestiones que éstos deseen pueden someterse a decisión de árbitros, ni todas las personas tienen capacidad legal para hacerlo. Y aquí es donde entra a jugar el concepto de "arbitrabilidad" al cual nos referimos en este trabajo(5).

Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa "que es susceptible de ser arbitrado". Este término, aplicado a las materias (arbitrabilidad objetiva), indica la condición de una controversia que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros. Ello porque existen algunas para las cuales el recurso al arbitraje es prohibido, es decir, respecto de las cuales la jurisdicción de los tribunales judiciales es exclusiva(6). En la medida que con ello se afecta la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y se establece de manera imperativa e irrenunciable la jurisdicción del Estado,

la arbitrabilidad marca el punto donde finaliza la autonomía de la voluntad y comienza la misión adjudicatoria pública(7). En otras palabras: no todas las cuestiones litigiosas que pueden surgir entre las partes son susceptibles de resolverse por la vía del arbitraje. Hay algunas que la ley reserva al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales. De allí que la condición de arbitrable de una materia depende, fundamentalmente, de la legislación de cada país. Y si bien existen algunos principios relativamente universales, se trata en definitiva de una cuestión de política legislativa, pues cada Estado define qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles son de competencia judicial exclusiva(8).

Hasta donde conocemos, en ningún país la arbitrabilidad es absoluta. Todos establecen límites a la potestad de las partes de resignar el acceso a los tribunales judiciales; y es general la concepción de que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a aquellos. El mecanismo para lograrlo es cercenar el derecho de las partes a someterlos a decisión de árbitros, declarándolos no arbitrables(9). Por ejemplo, se reconoce casi universalmente que las cuestiones relativas a derechos personalísimos nacidos del derecho de familia (por ejemplo, divorcio o filiación), o las penales (entendidas como las derivadas de la prosecución y punición de los delitos), entre otras, no pueden ser decididas por árbitros.

Las legislaciones generalmente definen el elenco de materias arbitrables estableciendo un criterio general, que descansa sobre la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia: algunas aluden a su carácter patrimonial(10); otras se refieren a derechos de contenido económico(11); otras toman el concepto de la transigibilidad(12); y finalmente otras condicionan la arbitrabilidad a la disponibilidad de los derechos, sea bajo la fórmula de derechos "patrimoniales disponibles"(13), o con la sola referencia a su carácter disponible(14).

II. La arbitrabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

En los Estados Unidos, la Ley Federal de Arbitraje establece que un acuerdo arbitral incluido en contratos referidos a cuestiones marítimas o comerciales es válido, irrevocable y exigible, excepto cuando existan causales legales o de equidad para la anulación de los contratos en general(15). La ley, en general, y esta disposición, en particular, han sido interpretadas como un mandato legislativo en favor del arbitraje, que ha revertido siglos de hostilidad judicial hacia el arbitraje(16). La génesis de la ley permite confirmar que el Congreso quiso plasmar en una norma legal la "hospitalidad" hacia el arbitraje y una preferencia general de este método por sobre el litigio judicial, al surgir del trámite parlamentario la clara intención de los legisladores de hallar una vía alternativa a las demoras y costos del juicio(17).

Ello, por cierto, no significa que el legislador haya querido imponer el arbitraje de manera genérica e indiscriminada; lo que pretendió es otorgar la posibilidad de obtener, a través del Poder Judicial, el cumplimiento coactivo de los acuerdos arbitrales (como tal, voluntarios) contenidos en estipulaciones privadas. Y ese propósito se logra, entre otras medidas, reconociendo a un acuerdo arbitral el mismo estatus que cualquier otro contrato, evitando de ese modo la tradicional resistencia

judicial a ejecutarlos e imponiendo a los tribunales una interpretación que, como mínimo, no sea contraria al acuerdo arbitral o restrictiva de su alcance(18). Como se ha dicho, el art. 2º de la Ley Federal de Arbitraje traduce una política favorable al acuerdo arbitral y su principal efecto es crear una regla sustantiva aplicable a los acuerdos arbitrales que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la ley, consistente en interpretar las dudas sobre la arbitrabilidad de una materia en favor del arbitraje(19).

La "histórica" jurisprudencia de la Corte Suprema

Dentro de la extensa casuística tratada por los tribunales norteamericanos, nos ha parecido interesante resaltar aquellos que, en alguna medida, pueden considerarse hitos jurisprudenciales en la determinación de las materias que se consideran arbitrables.

Uno de los puntos de partida de la doctrina del favor arbitrandi es el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Scherk vs. Alberto-Culver Co."(20). En el caso, una de las partes, que había obtenido de la otra ciertos derechos relativos a marcas sobre determinados productos, alegó que esos derechos eran cuestionables y que su contraparte, al haber asegurado fraudulentamente su firmeza, había violado la ley sobre transacciones de crédito (Securities Exchange Act). La Corte Suprema consideró que una cláusula arbitral incluida en un contrato internacional debe ser respetada en los términos de la Ley Federal de Arbitraje si no existe alguna de las causales por las cuales pueda anularse cualquier otro contrato. La Corte comenzó recordando que las cláusulas de selección del foro son casi una condición necesaria en contratos internacionales, como única forma de evitar la incertidumbre nacida de las múltiples normas de conflicto que puedan ser aplicables y el peligro de que la controversia sea dirimida en un foro hostil a una de las partes o poco familiarizado con el tema por resolver. En ese contexto, añadió, la negativa de los tribunales a reconocer una cláusula arbitral internacional no sólo frustraría esos propósitos, sino que también invitaría a maniobras indecentes y mutuamente destructivas de las partes para obtener ventajas tácticas, perjudicando el comercio internacional y haciendo peligrar la voluntad de los hombres de negocios de involucrarse en transacciones internacionales. De lo que derivó que las cláusulas de selección de foro -como lo son las cláusulas arbitrales- deben ser respetadas, salvo cuando su invalidez sea evidente. Lo contrario, dijo la Corte, no sólo permitiría a una de las partes desconocer su solemne promesa (de resolver los conflictos por la vía del arbitraje) sino que reflejaría un concepto "parroquial" de los tribunales, pues implicaría que los conflictos internacionales deben ser resueltos conforme sus propias reglas.

En "Mitsubishi vs. Soler Chrysler-Plymouth"(21), la Corte Suprema declaró arbitrables las cuestiones relativas a la legislación que protege la competencia (Antitrust Act). Sostuvo que la primera misión que cabe a un tribunal judicial al que se le pide una orden de remisión de las partes al arbitraje es verificar que las partes lo hayan pactado, determinación que debe hacerse aplicando los parámetros de interpretación previstos para los contratos en general. Sobre esa base, consideró que la Ley Federal de Arbitraje no contiene ninguna norma que pueda ser interpretada como un obstáculo al uso del arbitraje para resolver controversias fundadas en normas imperativas y que las cuestiones fundadas en la legislación antimonopolio son arbitrables. La fuerte presunción en favor de las cláusulas libremente pactadas de

elección del foro es reforzada por la política federal favorable al arbitraje, política que se aplica con especial énfasis en el ámbito del comercio internacional. La mera circunstancia de que el conflicto involucre esa clase de cuestiones, o la complejidad que ellas conllevan, no invalidan la cláusula arbitral ni puede asumirse que los árbitros pongan en peligro las normas contenidas en esa legislación. Tampoco puede derivarse de ello que los remedios que la ley establece deban ser inexorablemente aplicados por tribunales judiciales. Con todo, la Corte fue cuidadosa en señalar que no todas las controversias que se funden en normas imperativas son arbitrables, pues existen supuestos en que la intención del legislador de reservar en exclusividad el juzgamiento a tribunales judiciales es evidente. Pero no consideró que este fuese el caso. Puso de manifiesto que al acordar el sometimiento a arbitraje, las partes no están renunciando a los derechos sustantivos reconocidos por la ley: simplemente están sometiéndose, para la resolución de los conflictos que las involucren, a un tribunal arbitral en lugar de hacerlo a un tribunal judicial, lo que cambia los procedimientos usuales de los tribunales ordinarios por otros más sencillos, informales y rápidos. Aun reconociendo que la legislación antimonopolio reviste una importancia fundamental para el sistema legal norteamericano y no es una mera cuestión entre particulares, admitió que las acciones privadas juegan un importante papel en el cumplimiento de esos objetivos, convirtiéndose cada una de las partes en defensoras del sistema en protección del interés general: las penalidades agravadas que la legislación prevé constituyen una herramienta clave del sistema, por su efecto fuertemente disuasorio de potenciales violaciones, al mismo tiempo que compensan al particular afectado. Y esas penalidades pueden perfectamente ser aplicadas por árbitros, con lo que el interés público en juego está suficientemente resguardado.

En "Shearson vs. McMahon"(22), la Corte Suprema declaró arbitrables las acciones basadas en derechos contenidos en la legislación sobre transacciones bursátiles (securities claims), a pesar de que estas normas prohíben la renuncia de las obligaciones contenidas en la ley y establecen la jurisdicción judicial exclusiva para entender en las acciones derivadas de las violaciones a ella. Volvió a recordar la Corte que la Ley Federal de Arbitraje establece una política favorable al arbitraje y exige que los tribunales hagan cumplir rigurosamente los acuerdos arbitrales, obligación que no se ve disminuida en casos que involucren reclamos basados en normas imperativas. Si bien el mandato legal admite excepciones, corresponde a quien se opone al arbitraje demostrar que el legislador ha querido imponer la jurisdicción de los tribunales judiciales prohibiendo su renuncia. En particular, afirmó que los reclamos basados en la ley bursátil (Exchange Act) son arbitrables, separándose de su propio precedente, emanado del caso "Wilko vs. Swan" de 1953(23), en el que había declarado no sujetas a arbitraje las cuestiones litigiosas derivadas de la legislación sobre transacciones bursátiles de 1933 (semejante a la actual). Aclaró que lo resuelto en "Wilko vs. Swan" debía ser leído como prohibiendo la renuncia al fuero judicial solamente cuando el arbitraje fuese inadecuado para proteger los derechos sustantivos en juego, situación que no se da en los casos de arbitrajes administrados por entidades supervisadas por la autoridad de aplicación de la legislación bursátil (Securities and Exchange Commission). La Corte también resolvió que las reclamaciones basadas en la violación a la legislación antifraude (RICO Act) son arbitrables, toda vez que no puede interpretarse del texto -ni tampoco de la historia legislativa de esa ley o de los propósitos que la inspiran- que el Congreso haya pretendido reservar su aplicación en exclusividad a la jurisdicción estatal: ni la coexistencia en dicha ley de disposiciones civiles y criminales, ni su complejidad, ni el interés público en la aplicación de la ley

impiden su sometimiento a arbitraje.

Un par de años más tarde, en "Rodríguez de Quijas vs. Shearson/American Express Inc."(24), la Corte ratificó este criterio al reinterpretar la ley de 1933 (Securities Act of 1933) y dejar expresamente de lado su propio precedente en el caso "Wilko vs. Swan", decisión que la propia Corte calificó de incorrecta e inconsistente con la prevaleciente interpretación de la legislación sobre arbitraje.

En "Perry vs. Thomas"(25), la Corte Suprema declaró arbitrables, en los términos de la Ley Federal de Arbitraje, las controversias nacidas de un contrato de trabajo, a pesar de la existencia de una norma contenida en la legislación laboral local que reservaba la posibilidad del empleado de accionar judicialmente por ciertos reclamos, aun habiendo pactado el arbitraje con su empleador. Y poco tiempo después, en "Gilmer vs. Interstate/Johnson Lane Corp."(26), fue más allá y declaró arbitrables los reclamos fundados en una norma de orden público como lo es la ley que previene la discriminación por edad en el empleo. No obstante reconocer que dicha legislación protege un evidente interés público y que cumple una no menos evidente función social, la Corte sostuvo que no existe inconsistencia entre esa función social y el arbitraje, desde que el arbitraje es igualmente adecuado para tutelar los intereses públicos en juego: los árbitros son capaces de resguardarlos apropiadamente -tanto como lo harían los jueces- y pueden aplicar todos los remedios previstos en la ley, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la agencia estatal encargada de velar por la aplicación de esta ley.

En "Green Tree vs. Randolph"(27), la Corte Suprema declaró arbitrables las acciones nacidas de supuestas violaciones a la legislación sobre préstamos y créditos al público, consideradas imperativas. Luego de recordar que uno de los propósitos de la Ley Federal de Arbitraje fue que los tribunales judiciales interpretaran los acuerdos arbitrales como cualquier otra cláusula del contrato, revirtiendo de ese modo la tradicional hostilidad judicial hacia el arbitraje, ratificó que aun las acciones basadas en normas imperativas dictadas en miras al interés general y destinadas a proteger derechos basados en importantes políticas públicas podían ser sometidas a arbitraje, cumpliéndose igualmente la finalidad perseguida por el legislador. Citando los precedentes "Gilmer" y "Shearson vs. McMahon", afirmó que la parte que resiste el arbitraje tiene la carga de acreditar que los reclamos no son arbitrables, prueba que requiere la demostración de que el Congreso quiso privar de eficacia a los acuerdos arbitrales referidos a ellos.

La jurisprudencia de la Corte -de la cual hemos reseñado apenas una parte- muestra que para los tribunales norteamericanos son arbitrables una amplia gama de cuestiones, que incluyen las que versan sobre derechos creados por normas imperativas, reduciéndose de ese modo la posibilidad de evitar o demorar un proceso arbitral por la mera invocación de normas de orden público(28). Si bien históricamente el arbitraje había sido considerado como un sistema en el que sólo podían resolverse conflictos que involucraran intereses privados, aquellos que se vinculan con normas imperativas o de orden público, antiguamente reservados a los tribunales judiciales, han sido paulatinamente admitidos como cuestiones arbitrables(29). Puede afirmarse entonces que el orden público puede ser invocado como motivo para evitar el arbitraje pero esta defensa es absolutamente excepcional: debe ser interpretada restrictivamente y admitirse sólo cuando se advierta que existe una definida política

fundada en razones de tipo constitucional o legal destinada a prohibir a las partes someterse a arbitraje para resolver determinadas cuestiones o a los árbitros adoptar ciertos remedios; y esa intención del legislador debe ser acreditada por la parte que resiste el arbitraje(30).

La reciente ratificación en "Nitro-Lift"

La reciente sentencia de la Corte Suprema federal en el caso "Nitro-Lift"(31) sirve para ilustrar, una vez más, la amplitud que el concepto de arbitrabilidad tiene en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos: la Corte resolvió que la validez de una cláusula de "no competencia" incluida en un contrato de trabajo que también contenía una cláusula arbitral es una cuestión que puede y debe ser resuelta por los árbitros y no por los tribunales judiciales.

Nitro-Lift Technologies LLC, una empresa dedicada a prestar servicios a la industria del gas y el petróleo, había celebrado sendos contratos con dos ex empleados (Eddie Lee Howard y Shane D. Schneider), contratos que contenían cláusulas de confidencialidad y no competencia. Estos contratos también incluían una cláusula arbitral que disponía que cualquier cuestión entre las partes debía ser resuelta por un árbitro único aceptable para ambas partes, en un proceso llevado adelante en Houston, Texas, de acuerdo con las reglas de la American Arbitration Association.

En alegada violación al contrato celebrado con Nitro-Lift, Howard y Schneider habrían comenzado luego a trabajar para competidores de su ex empleador. Ello motivó que Nitro-Lift iniciara un arbitraje. Los demandados respondieron con una demanda judicial ante los tribunales judiciales de Oklahoma, a quienes pidieron que declarasen nulas las cláusulas de no competencia, por ser violatorias de la ley antimonopolio. La Corte de Distrito rechazó la demanda, al juzgar que esa era una cuestión que sería decidida por los árbitros. La Corte Suprema de Oklahoma, en cambio, hizo lugar al reclamo, aplicando una norma local que limita la ejecutabilidad de acuerdos de no competencia, considerada de orden público. Para ello, el tribunal razonó que la existencia de un acuerdo arbitral en un contrato de trabajo no prohíbe la revisión judicial de la validez del contrato.

La Corte Suprema Federal, a su turno, revocó la sentencia de la Corte de Oklahoma. Invocando el art. 2º de la Ley Federal de Arbitraje y sus propios precedentes en los cuales juzgó que esa norma contempla una política favorable al arbitraje, subrayó que los cuestionamientos a la validez del contrato principal deben ser resueltos por los árbitros porque el acuerdo arbitral es separable y distinto de aquel. El principio de la separabilidad -reconocido en la jurisprudencia de la Corte desde la década de 1960- lleva a revocar la sentencia de la Corte de Oklahoma pues, si no existen motivos para poner en tela de juicio la existencia y validez del acuerdo arbitral, declarar judicialmente la nulidad de la cláusula de no competencia importa invadir la esfera de competencia de los árbitros. Y declaró que, aun cuando existiera una norma local que prohiba el arbitraje para una determinada categoría de disputas, esa regla sería desplazada por la Ley Federal de Arbitraje.

Como se ve, esta decisión de la Corte no innova un ápice en lo que constituye su sólida línea de interpretación del efecto de un acuerdo arbitral. Su importancia más bien radica en que reafirma el apoyo de la Corte al arbitraje,

particularmente en materia laboral(32).

III. La materia arbitrable a los ojos de los tribunales canadienses

La justicia canadiense ha exhibido también un criterio amplio respecto de las cuestiones que pueden someterse a arbitraje.

Los "clásicos" precedentes

En el caso "Dell Computer"(33), la Corte Suprema convalidó la validez y ejecutabilidad de una cláusula arbitral contenida en términos y condiciones generales de contratación vinculados a contratos de consumo celebrados por Internet, no obstante el interés público de las acciones colectivas y la restricción a prorrogar convencionalmente la jurisdicción judicial contenida en la legislación de defensa del consumidor(34). En 2003 Dell había colocado en Internet un precio erróneo de algunos de sus productos. Aunque a los pocos días lo corrigió, en ese lapso varios centenares de consumidores accedieron al sitio web y colocaron órdenes de compra a los precios publicados. Dell se negó a procesar y ejecutar esas compras, lo que motivó la iniciación de acciones colectivas en su contra por parte de la Unión de Consumidores, ante los tribunales de Quebec. Dell resistió la competencia de los tribunales judiciales invocando la cláusula arbitral contenida en los términos y condiciones accesorios al contrato, contenidos en un link de la página web donde se habían registrado las compras. Aunque ese planteo no tuvo éxito en la primera instancia, finalmente el caso llegó a la Corte Suprema, quien lo remitió a arbitraje para que fuesen los árbitros quienes decidiesen en primera instancia sobre la validez y oponibilidad de la cláusula arbitral.

La Corte aplicó el principio kompetenz-kompetenz, en virtud del cual los árbitros tienen la prioridad para resolver los cuestionamientos a su propia competencia. También juzgó inaplicable al caso la norma que determina la exclusividad de la jurisdicción judicial y la inoponibilidad de las prórrogas convencionales (el ya citado art. 3149, cód. civil), al considerar que su objetivo es proteger la jurisdicción de los tribunales de Quebec cuando existe un elemento de extranjería, situación que no se daba en el caso, a pesar de que se aplicarían las reglas de una entidad arbitral norteamericana y el arbitraje se llevaría en idioma inglés(35). La Corte rechazó el argumento de que la cuestión, al nacer de un contrato de consumo e involucrar un proceso colectivo, no sería arbitrable por afectar el orden público.

En pocas palabras, la Corte razonó: (i) Las únicas disputas no susceptibles de resolverse por arbitraje son las enumeradas en el art. 2639 del cód. civil(36), entre las cuales no se encuentran las relativas a relaciones de consumo. (ii) El hecho de que ciertas normas de la legislación de defensa del consumidor que debe aplicar el árbitro sean imperativas y de orden público no impide que los árbitros las apliquen, como expresamente aclara el segundo párrafo del art. 2639. (iii) No existiendo en la legislación una prohibición expresa y directa de someter a arbitraje controversias nacidas de contratos de consumo(37), éstas deben considerarse arbitrables, porque "una norma sólo puede interpretarse como excluyendo la posibilidad de convenir el arbitraje si es claro que el legislador tuvo esa intención". (iv) Tampoco es atendible el argumento de que se trata de una estipulación celebrada por adhesión, porque ese argumento "está basado en la falsa presunción de que la parte que adhiere al contrato

no presta un verdadero consentimiento para quedar obligada por las obligaciones contenidas en él", especialmente si la cláusula en sí misma no es abusiva. (v) No obstante que la acción colectiva reviste interés público, es un mero procedimiento, y su propósito no es crear nuevos derechos, por lo que la eventual procedencia de esa vía no impide que el acuerdo arbitral produzca sus efectos(38).

En el caso "Rogers Wireless"(39), resuelto el mismo día y con cita del anterior, la Corte afirmó esta interpretación. El señor Frederick I. Muroff, un usuario de telefonía celular residente en Quebec, había firmado un contrato de servicio que contenía una cláusula mediante la cual las disputas relativas al contrato se resolverían por arbitraje y el usuario renunciaba a iniciar o a participar de acciones colectivas. Ante el cobro de una suma que consideró abusiva por el servicio de roaming, Muroff pidió, en sede judicial, autorización para iniciar una acción colectiva. Habiendo sido esa petición rechazada por los tribunales inferiores, que ordenaron la remisión del caso a arbitraje, la cuestión llegó finalmente a la Corte Suprema. Este tribunal consideró que para determinar si la cláusula arbitral es abusiva se requiere de un análisis de los hechos y del derecho que forma parte de la "jurisdicción exclusiva" de los árbitros, y que un tribunal judicial que pretendiera efectuar ese análisis privaría a los árbitros de su jurisdicción y contravendría el art. 940.1 del cód. procesal civil, que manda a los jueces referir las disputas a arbitraje salvo que el acuerdo arbitral invocado sea nulo(40).

Algunos años más tarde, en "Seidel vs. Telus Corp."(41), la Corte declaró arbitrables las controversias en las cuales se alegan violaciones a la legislación de protección de los consumidores, con excepción de aquellas en las cuales el consumidor ejerce una acción colectiva especial de protección consagrada en dichas normas. La señora Michelle Seidel, cliente del servicio de telefonía celular de Telus Communications Inc., inició una acción judicial alegando que su proveedor violaba varias normas de la legislación de defensa de los consumidores de la Columbia Británica (British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act), y pidiendo la habilitación para iniciar una acción colectiva al amparo de dicha legislación. Telus pidió la suspensión del proceso judicial invocando la cláusula arbitral contenida en el contrato. La Corte, por mayoría, comenzó razonando que el propósito de la legislación en análisis era proteger a los consumidores, por lo que debía ser interpretada "generosamente" a favor de éstos. Sobre esa base, al juzgar que el art. 172 reconoce una acción especial en virtud de la cual cualquier persona, sea o no el interesado, puede promover una acción judicial tendiente a hacer cumplir la ley en defensa de los consumidores, y que conforme el art. 3º es nulo cualquier acuerdo que importe una renuncia a los derechos o protecciones otorgadas por la ley, concluyó que la acción judicial promovida por Seidel era viable en cuanto invocaba esa protección. Esa es, a juicio de la Corte, una específica y expresa restricción al arbitraje, fundada en el interés público, que los tribunales judiciales deben respetar en tanto es atribución legislativa determinar qué casos no pueden someterse a juicio de árbitros. A su juicio, el art. 172 está claramente diseñado para estimular la acción privada en defensa del interés general, y el legislador pudo perfectamente preferir la denuncia disponible a través de una acción judicial pública para promover la defensa de los derechos de los consumidores si entendió que los objetivos de la norma no pueden cumplirse a través de reclamaciones privadas en arbitrajes confidenciales. Con relación al resto de sus reclamos, sin embargo, la Corte sostuvo que la cláusula arbitral era válida y obligatoria, al no concurrir esas condiciones.

La ratificación de esa línea en "Murphy vs. Amway"

En fecha más reciente, en "Murphy vs. Amway"⁽⁴²⁾, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá resolvió -apoyándose en los casos anteriores- que es arbitrable un reclamo de daños y perjuicios derivados de la violación a la Ley de Defensa de la Competencia. El señor Kerry Murphy era un pequeño empresario independiente que distribuía productos de Amway Canadá, una empresa mayorista de productos de belleza y cuidado personal. Alegando la violación de Amway a varias normas de la legislación federal de defensa de la competencia al no proporcionar información adecuada sobre las comisiones que pagaría a sus distribuidores, Murphy inició una acción colectiva ante los tribunales federales canadienses. Invocando la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado con Murphy -que, además, contenía una renuncia del distribuidor a promover acciones colectivas-, Amway pidió la remisión del caso a arbitraje. En primera instancia se hizo lugar a la petición de Amway argumentando que, salvo que de la ley surgiera clara y expresamente lo contrario, los jueces deben dar efecto al acuerdo arbitral celebrado por las partes. A su turno, la Corte Federal confirmó el fallo.

Entre otras consideraciones, la Corte Federal hizo notar que la Corte Suprema ha interpretado consistentemente que se necesita una norma legal expresa y clara para que un tribunal judicial pueda negarse a considerar vinculante un acuerdo arbitral. Y que la ley de protección de la competencia no contiene una norma que pueda indicar que el Parlamento quiso restringir o prohibir las cláusulas arbitrales. Si bien en el caso "Seidel" la Corte Suprema consideró no arbitrable una reclamación basada en el art. 172 de la Ley de Defensa de los Consumidores de la Columbia Británica, lo hizo sobre la base de interpretar que esa norma traducía una clara prohibición legislativa, pero declaró que eran arbitrables las reclamaciones basadas en otras normas de la misma ley que no contenían esa prohibición. En particular, ponderó la Corte que el reclamo de Murphy, basado en el art. 36 de la Ley de Competencia, tenía una gran similitud con el reclamo que, en el caso anterior, la Sra. Seidel había efectuado al amparo del art. 171 de la ley de protección al consumo, reclamo éste que la Corte Suprema había considerado arbitrable.

Uno de los argumentos de Murphy para resistir la remisión a arbitraje y mantener el caso en jurisdicción judicial fue que la ley de defensa de la competencia, por su propia naturaleza, nunca podría ser objeto de arbitraje porque el arbitraje es incompatible con los intereses públicos en que se funda la ley. Recordando que argumentos similares fueron planteados respecto de la legislación de defensa de los consumidores, y rechazados por la Corte Suprema en "Dell Computer" y "Rogers Wireless", el tribunal subrayó que comparte esta última interpretación: no hay ninguna base legal para concluir que los reclamos basados en el art. 36 de la Ley de Competencia no pueden ser resueltos por árbitros, porque "no hay nada sacrosanto acerca de la legislación sobre competencia" que pueda prevalecer sobre un acuerdo arbitral. Reiteró que "sólo cuando una ley pueda ser interpretada o leída como excluyendo o prohibiendo el arbitraje -como sucedió respecto del art. 172 de la Ley de Defensa de los Consumidores de la Columbia Británica- los tribunales pueden negarse a dar efecto a un acuerdo arbitral", y concluyó que la pretensión de Murphy traducía un reclamo privado que debía ser remitido a arbitraje como las propias partes quisieron cuando celebraron el acuerdo arbitral.

IV .Conclusiones

El arbitraje no es una herramienta apta para cualquier clase de controversia(43). Además de algunas limitaciones funcionales propias de sus características intrínsecas, existe una barrera legal: en todos los países del mundo hay materias que no son susceptibles de resolverse por arbitraje. Por distintas razones, el legislador puede prohibir el sometimiento a arbitraje de ciertas controversias o, lo que en definitiva es lo mismo, disponer que respecto de ellas la jurisdicción judicial sea exclusiva e irrenunciable.

Aun cuando la definición del ámbito que se reserva para el arbitraje es una cuestión de política legislativa que corresponde al parlamento de cada país, lo cierto es que, en los hechos, la palabra final la suelen tener los tribunales judiciales. Si, como vimos, las previsiones de la ley acerca de cuál es el límite entre lo arbitrable y lo que no lo es son relativamente ambiguas, la definición termina dependiendo de la interpretación que los jueces hagan(44).

Los tribunales norteamericanos y canadienses, así como los franceses(45), han sido particularmente consistentes a la hora de interpretar el alcance de las limitaciones legales a la arbitrabilidad. El punto de partida de su análisis es que, como cuestión de principio, las estipulaciones libremente pactadas deben respetarse. Y que ello sólo debe ceder cuando exista una disposición legal de la que surja, sin una sombra de duda, la intención legislativa de prohibir el arbitraje.

No podemos coincidir más con ese criterio. En la medida en que el sometimiento a arbitraje es una derivación de la libertad de contratación, y que ésta constituye un motor indispensable para el desarrollo de los pueblos y una parte esencial de la vida en comunidad, es dable exigir al legislador que no restrinja la autonomía de la voluntad de los particulares más allá de lo estrictamente necesario para tutelar intereses fundamentales. Por idénticas razones, es dable exigir a los jueces una interpretación coherente de los textos legales que respete su letra y su espíritu. Como lo demuestra el comentario que antecede, en estos tres países legisladores y jueces han comprendido cabalmente el rol que de ellos se espera: tanto que han considerado que el arbitraje es válido aun para resolver temas tan sensibles como los que surgen de contratos de trabajo o de consumo (generalmente celebrados por adhesión) o cuestiones vinculadas con la libre competencia.

*** Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La cultura del arbitraje, por Dante Cracogna, ED, 243-526; Arbitraje y medidas precautorias. Mirada al derecho nacional e internacional, por Francisco J. Muñoz, ED, 243-1057; Ventajas del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en China, por Juan Pablo Argentato, ED, 248-817; El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el ámbito del Mercado de Capitales, por Luis María Clouet, ED, 250-685; La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo, por Roque J. Caivano, ED, diario nº 13.240 del 17-5-13. Todos los**

artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 - Caivano, Roque J., La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo, ED, diario n° 13.240 del 17-5-13.

2 -Fouchard, Philippe - Gaillard, Emmanuel - Goldman, Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, París, Litec, 1996, pág. 416.

3-Kaufmann-Kohler, Gabrielle, Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité, en Liber Amicorum Claude Reymond, París, Litec, 2004, pág. 153 y sigs. Igualmente, Fouchard, Philippe - Gaillard, Emmanuel - Goldman, Berthold, Traité de l'arbitrage..., cit., pág. 395.

4 -Ello origina que, en la práctica, muchas veces se dispute el alcance de la estipulación, sea en su faz objetiva o material (¿para qué cuestiones las partes pactaron el arbitraje?), sea en su faz subjetiva o personal (¿quiénes son los sujetos que se sometieron a arbitraje?).

5 - Aclaramos que circunscribiremos nuestro análisis a la arbitrabilidad "objetiva", es decir, a cuáles son las materias para las que las partes pueden pactar válidamente el arbitraje.

6 -Nakamura, Tatsuya, Arbitrability and the lex arbitri, Mealey's International Arbitration Report, vol. 17, n° 3, marzo de 2002, pág. 29 y sigs.

7- Carbonneau, Thomas E. - Janson, François, Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability, Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 2, n° 1, 1994, pág. 193 y sigs.

8 -"La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* se refiere a la facultad de los árbitros de decidir una diferencia en razón de la materia (...) Todos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces" (Marzorati, Osvaldo, Los límites del acuerdo arbitral, La Ley del 17-3-10, pág. 1 y sigs.).

9 - Lee, Joao Bosco, Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul, Curitiba, Juruá, 2002, pág. 66.

10 - Tal es el caso de la legislación suiza (Ley Federal de Derecho Internacional Privado, de 1987), art. 177.1.

11 - La legislación alemana (Código Procesal Civil, según ley de 1997) indica que puede ser sometido a arbitraje cualquier reclamo que involucre un interés económico o, en caso de no reunir esta condición, si se trata de derechos respecto de los cuales las partes pueden transigir (art. 1030).

12 - Código Procesal Civil austríaco, art. 577, inc. 1°; Código Judicial belga, art. 1676, inc. 1°; Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador de 1997, art. 1°; Código Procesal Civil italiano, art. 806; Ley de Arbitraje de Paraguay (n° 1879 de 2002), art. 2°; Ley de Arbitraje sueca de 1999, art. 1°; Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (de 1998), art. 3°.

13 - Ley de Arbitraje de Brasil (nº 9307 de 1996), art. 1º.

14 - Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana 1770/96, art. 3º; Ley de Arbitraje española (nº 60 de 2003), art. 2º, inc. 1º; Código Civil francés, art. 2059; Ley de Arbitraje de Guatemala (decreto 67 de 1995), art. 3º, inc. 1º; Código de Procedimiento Civil holandés (según ley de arbitraje de 1986), art. 1020, inc. 3º; Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá (decreto ley 5 de 1999), art. 2º; Ley de Arbitraje de Perú (decreto legislativo 1071/2008), art. 2.1.

15 - "A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract" (Federal Arbitration Act, section 2).

16 -Esta hostilidad, originariamente proveniente de los tribunales ingleses, fue seguida inicialmente por los tribunales norteamericanos como parte del common law (Sturges, Wesley A. - Murphy, Irving O., Some confusing matters relating to arbitration under the United States Arbitration Act, Law and Contemporary Problems, vol. 17, nº 3, 1952, pág. 580 y sigs.).

17 - Supreme Court, 7-12-53, "Wilko vs. Swan et al.", 346 U.S. 427 (1953), entre muchos otros.

18 - Supreme Court, 4-3-85, "Dean Witter Reynolds Inc. vs. Byrd", 470 213 (1985).

19 - US Supreme Court, 23-2-83, "Moses H. Cone Hospital vs. Mercury Constr. Corp.", Nº 81-1203, 460 U.S. 1.

20 - Supreme Court, 17-6-74, "Scherk vs. Alberto-Culver Co.", 417 506.

21- Supreme Court, 2-7-85, "Mitsubishi Motors vs. Soler Chrysler-Plymouth Inc.", 473 614.

22 - Supreme Court, 8-6-87, "Shearson/American Express Inc. vs. McMahon", 482 220.

23 - Supreme Court, 7-12-53, "Wilko vs. Swan et al.", 346 427.

24 - Supreme Court, 15-5-89, "Rodriguez de Quijas vs. Shearson/American Express Inc.", 490 477.

25 - US Supreme Court, 15-6-87, "Thomas, Kenneth vs. Perry, Barclay", Nº 86-566, 482 483 (1987).

26 -Supreme Court, 13-5-91, "Gilmer vs. Interstate/Johnson Lane Corp.", 500 20.

27 - US Supreme Court, 11-12-00, "Green Tree Financial Corp. Alabama et al. vs. Randolph", Nº 99-1235, 531 U.S. 79.

28- Höellering, Michael F., Arbitrability, en Commercial Arbitration for the 1990's, Chicago, American Bar Association, 1991, pág. 13.

29 - Guzman, Andrew T., Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules, Duke Law Journal, vol. 49, n° 5, marzo de 2000, pág. 1287.

30 - US Supreme Court, 13-5-91, "Gilmer vs. Interstate/Johnson Lane Corp.", 500 U.S. 20; US Supreme Court, 8-6-87, "Shearson/American Express Inc. vs. McMahon", 482 U.S. 220; US Supreme Court, 11-12-00, "Green Tree Financial Corp. Alabama et al. vs. Randolph", n° 99-1235, 531 U.S. 79.

31 - US Supreme Court, 26-11-12, "Nitro-Lift Technologies, LLC vs. Eddie Lee Howard et al., per curiam", 568 U.S. (2012), accesible en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1377_3e04.pdf.

32 - De hecho, la propia Corte Suprema enfatiza que "es un asunto de gran importancia que las Cortes estatales adhieran a la correcta interpretación de la ley", y subraya que determinar qué dice la ley es responsabilidad exclusiva de la Corte Suprema Federal y que "una vez que la Corte ha hablado, el resto de los tribunales tiene el deber de respetar esa interpretación".

33 - Supreme Court of , 13-7-07, "Dell Computer Corp. vs. Union des consommateurs", 2007 SCC 34.

34 - Conforme el art. 3149 del cód. civil, las acciones relativas a contratos de consumo o de trabajo son de jurisdicción de una "autoridad de Quebec" si el consumidor o el trabajador tienen domicilio o residencia en Quebec, siéndole inoponible a éstos los pactos de renuncia a aquella jurisdicción ("Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée").

35 - A juicio de la Corte, las reglas son las que las partes voluntariamente escogieron, no importa de dónde las hayan tomado, por lo que el arbitraje sería puramente doméstico. Se consideró que ninguno de esos elementos era relevante a efectos de determinar la "extranjería" que haría aplicable la prohibición del art. 3149 del código.

36 - Conforme esta norma, no se pueden someter a arbitraje las disputas relativas al estatus o capacidad de las personas, cuestiones de familia u otras cuestiones de orden público. Esta norma, en el párrafo siguiente, aclara que la aplicación de normas de orden público no es un obstáculo para la intervención de los árbitros ("Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public").

37 -Es oportuno aclarar que la Ley de Defensa del Consumidor sancionada en diciembre de 2006 sí prohíbe de manera expresa el arbitraje: conforme su art. 11.1, si bien el consumidor puede someterse a arbitraje luego de surgida la controversia, es prohibida "cualquier estipulación que obligue al consumidor a someter una disputa a arbitraje, que restrinja su derecho a recurrir a los tribunales judiciales -en particular prohibiendo la iniciación de acciones colectivas- o que lo prive del derecho a ser parte de una acción colectiva" ("Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel

` l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige ` l'arbitrage"). Sin embargo, esta norma no resultaba de aplicación al caso, al haber entrado en vigencia con posterioridad a los hechos que lo motivaron.

38 - Supreme Court of , 13-7-07, "Dell Computer Corp.", cit.

39 - Supreme Court of , 13-7-07, "Rogers Wireless Inc. vs. Frederick Muroff" (2007) 2 S.C.R. 921, 2007 SCC 35.

40 -"Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties ` l'arbitrage, ` la demande de l'une d'elles, ` moins qu'il ne constate la nullité de la convention".

41 - Supreme Court of , 18-3-11, "Michelle Seidel vs. Telus Communications Inc.", 2011 SCC 15.

42 -Federal Court of Appeal, 14-2-13, "Kerry Murphy vs. Amway Canada Corporation", 2013 FCA 38.

43 - De allí que hayamos insistido, desde siempre, en la necesidad de que los abogados nos capacitemos para brindar a nuestros clientes un consejo profesional acerca de cuándo (y cómo) pactar el sometimiento a arbitraje. Ver, por ejemplo, Padilla, Roberto E. - Caivano, Roque J., Abogacía moderna vs. abogacía tradicional, o los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes, LL, 1994-E-885; o Caivano, Roque J., Los medios alternativos de resolución de controversias y la formación profesional de los abogados, LL, 1995-D-1052.

44 - De allí que uno de los indicadores principales para saber si un país es confiable para ser elegido como sede de un arbitraje internacional es examinar la jurisprudencia de sus tribunales. Sin perjuicio de verificar que el país tenga una legislación moderna y adaptada a los principios imperantes en el mundo, la actitud (amigable u hostil) de los tribunales judiciales hacia el arbitraje es un factor decisivo para determinar dónde se localiza jurídicamente un arbitraje internacional (Silva Romero, Eduardo, América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales, Revista de Arbitragem e Mediação, Año 1, n° 1, enero-abril de 2004, pág. 89 y sigs.).

45 - Aunque por razones de espacio nos limitamos a examinar aquí sólo los casos de los Estados Unidos y Canadá, hacemos notar que la aproximación de los tribunales franceses no es sustancialmente diversa. Para su análisis remitimos a Caivano, Roque J., Arbitrabilidad y orden público, Revista de Derecho Foro Jurídico, Universidad Católica del Perú, n° 12, Lima, 2011, pág. 62 y sigs.

