

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

Arbitration and Consumer Protection: Tertium non Datur?

Francisco **González de Cossío**

 <https://orcid.org/0009-0007-9955-1513>

Universidad Iberoamericana. México

Correo electrónico: fgcossio@gdca.com.mx

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

Palabras clave: Arbitraje, acuerdo arbitral, efecto negativo del acuerdo arbitral, efecto negativo de *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, arbitration agreement, negative effect of arbitration agreement, negative effect of *compétence-compétence*, consumer protection, class actions.

Recepción: 24 de agosto de 2022

Aceptación: 14 de octubre de 2022

Sumario: I. *Introducción*. II. *Estado actual de la cuestión*. III. *Propuesta*. IV. *La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

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 coexistencia.¹ 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 de 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 es 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 (§II), los resultados observados (§III), para abogar a favor de la tesis de coexistencia (§IV).

II. 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 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. A veces se ha dado preferencia a una opción (§1), mientras que otras veces se ha optado por la otra (§2). Esto tiene implicaciones lamentables (§3).

1. *Prevalencia de la protección al consumidor*

El derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas son de suma importancia. Aunque este ensayo no pretende agotar su ré-

¹ La idea fue propuesta por vez primera en González de Cossío (2018a, p. 465). En este ensayo desarrollo tal postulado.

gimen y objetivos, dejar constancia de su importancia es de utilidad para los fines de este ensayo y la idea que se defiende.

El derecho de protección al consumidor busca evitar abusos de la clase industrial sobre la clase consumidora. Estos abusos no sólo son probables, sino también frecuentes y serios: hacer malos productos puede resultar muy lucrativo. Y en ausencia de un régimen que permita aglomerar el costo pulverizado que resiente la clase consumidora, el fabricante 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 ayudar a ilustrar este punto.

Imaginemos que un consumidor compra una licuadora de la marca X por la que paga 390 pesos. Al instalarla, se percata de que no sirve. El consumidor recurre al distribuidor, quien le informa que no es el productor y le indica que el productor puede encontrarse en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente debe realizar 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 esto también tiene un costo. Ambos costos serán multiplicados por la probabilidad de que arrojen un resultado positivo.² 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 en el mejor interés del productor incurrir en esa forma de hacer negocios,³ tanto la experiencia como el análisis conductual en-

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.

seña 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 se diseña correctamente,⁴ 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. Esto permite canalizar la asunción de costo a quien lo genera, un poderoso disuasivo de conducta incorrecta.

2. Prevalencia del derecho arbitral

El arbitraje es el medio de solución de controversias idóneo y más exitoso para cierto tipo de disputas. Cuando éstas detonan cuestiones de protección al consumidor, surge la duda sobre si éstas 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.

Esta última apreciación invita a considerar que al 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 competencia-competencia 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: la denegación

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 doctor 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 González de Cossío, 2017, p. 694).

de justicia: que el costo del arbitraje tendrá por efecto vedar de facto las 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 Concepcion* (2011) la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos privilegió el foro arbitral cuando ante una acción colectiva.⁶ Sus antecedentes fueron los siguientes: el juez de Distrito y el tribunal de apelación del noveno circuito sostuvieron que el acuerdo arbitral era “unconscionable”⁷ 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*.⁸ No hacerlo sería contrario al principio favor *arbitrandum*.⁹ Es útil destacar algunas premisas de su razonamiento:

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 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.

⁷ 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).

⁸ 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*”.

⁹ Para ser precisos, la cuestión se planteó así: si la FAA prohíbe el que los Estados condicionen la ejecutabilidad del acuerdo arbitral a la validez de acciones colectivas arbitrales (“*whether the FAA prohibits States from conditioning the enforceability of certain arbitration agreements on the availability of classwide arbitration procedures.*”) (*ATT v Concepcion*, p. 1744). Sostuvo que no: la FAA prevalece sobre la regla californiana sobre lesión (*unconscionability*) de renunciadas 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” (*ATT v Concepcion*, p. 1740).

- 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 que “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] (*ATT v Concepcion*, p. 1745).
- 2) *Los objetivos del arbitraje*: Que “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] (*ATT v Concepcion*, p. 1749).
- 3) *La flexibilidad del arbitraje*: “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] (*ATT v Concepcion*, p. 1741).

Algo semejante ocurrió en Francia. Los casos *Jaguar (Philippe Renault v Sociétés V2000)* y *Rado v Painewebber* 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 materia (*Revue de l'Arbitrage*, 2021, (3), p. 662).

Dicha visión recientemente cambió. En *PWC v Lefebvre* la Corte de Casación francesa sostuvo que, aunque el contrato base de la acción haya contenido un acuerdo arbitral,¹⁰ en la medida en que el destinatario de los servicios en Francia era un consumidor, podía presentar su acción ante el juez. En sus palabras: “La société d’avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale[...] a une clientèle internationale, 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...”] (*PWC v Lefebvre* ¶24).

Como resultado de ello, la consecuencia es que: “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] (*PWC v Lefebvre* ¶13).

La “regla de prioridad procesal” a la que se refiere tal párrafo es nada más y nada menos que el principio de remisión al arbitraje,¹¹ 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”¹² con miras a asegurar la plena eficacia del derecho

¹⁰ CIMA, una institución arbitral española.

¹¹ En México contenido en el artículo 1424 del Código de Comercio.

¹² 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 disposi-

comunitario de protección al consumidor (“[...] il incombe d’assurer la pleine efficacité du droit Communautaire de protection du consommateur”). (*PWC v Lefebvre* ¶24)

3. Implicaciones

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

A. 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 Seraglini (2021, p. 658). 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 jurídica.¹³

B. 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. 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) cuando se enfrenta a una actividad que la lesiona.

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

ciones 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).

¹³ 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 áreas,¹⁴ ello lastime un concepto jurídico que tiene mucho valor que brindar.

4. Conclusión: el análisis de prevalencia es subóptimo

Como se puede observar, 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 hoy en día 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.

III. 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.

¹⁴ 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 González de Cossío, 2018b; 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, ésta 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, sólo una relectura de este. Para explicar por qué, detallaré cómo las piezas conceptuales de cada disciplina —consumidor (§1) y acciones colectivas (§2) y arbitral (§3)— permiten justificar el postulado conceptual.

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 consumidor.¹⁵ Con dicha finalidad, tiene facultades diversas, algunas severas,¹⁶ incluyendo la de dirimir disputas entre los consumidores y proveedores.¹⁷

Dicha actividad no sólo 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.

¹⁵ Artículos 20 y 24 de la LFPC.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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. 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 indemnización.¹⁸ El régimen en México está disperso en diversos cuerpos normativos:¹⁹ Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC),²⁰ Código Civil Federal (CCF),²¹ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE),²² Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC),²³ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJ),²⁴ Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA),²⁵ Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (LPDSF).²⁶ El artículo 17 de la Constitución dice: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen

¹⁸ 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.* (énfasis añadido)

¹⁹ 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 fue derivado 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.

²⁰ *Diario Oficial de la Federación* del 30 agosto 2011. Libro V del CFPC, artículos 578 a 626.

²¹ Artículo 1934 Bis del Código Civil Federal.

²² Otorgándole facultad a la Comisión Federal de Competencia Económica de iniciar una acción colectiva (artículo 12 de la LFCE)

²³ Facultando a la Procuraduría para ejercer una acción colectiva (artículo 26, LFPC).

²⁴ Dando competencia a los jueces de distrito civiles y mercantiles para conocer de acciones colectivas (artículos 53 y 53.Bis).

²⁵ Otorgándole a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente facultad de iniciar una acción colectiva (artículo 202 de la LGEEPA).

²⁶ Otorgándole la facultad a la Condusef (Comisión Nacional para la Protección y De-

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 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 sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente” (énfasis añadido). Como puede observarse, en México,²⁷ las acciones colectivas son de competencia exclusiva de tribunales judiciales federales.²⁸

El objetivo de las acciones colectivas es tutelar derechos e intereses difusos; colectivos,²⁹ los 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 atención es la posibili-

fensa de los Usuarios de Servicios Financieros) para iniciar una acción colectiva (artículos 11 y 92 LPDUSF).

²⁷ 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 Antonio Gidi, *Arbitraje Colectivo. Class actions and arbitration*. Edición no publicada en posesión de este autor, quien recibió autorización del doctor Gidi para citarlo.

²⁸ Han existido ya procesos arbitrales colectivos. Un ejemplo es *Abaclat v Argentina* (Caso Ciadi ARB/07/5).

²⁹ También los individuales cuando tengan incidencia colectiva.

dad de doble cobro, lo cual quedará atendido con las medidas que se proponen en §IV.1 infra.

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 (§A), una de las cuales es inarbitrable (§B), sin que sea necesario abordar la cuestión del orden público (§C).

A. 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.

B. 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.

C. 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.

Sin embargo, ello no es evidente. El orden público está conformado por las nociones más elementales de justicia y moralidad. La Suprema Corte de Justicia mexicana lo ha definido como:³⁰ “Las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro 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)* (2013).³¹ Su preocupación es la idoneidad del arbitraje en áreas en las que exis-

³⁰ 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.

³¹ 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.*”) (Fontmichel, 2013, pp. 98 y 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

te una asimetría que pueda propiciar una denegación de justicia.³² Su postulado: hay pasos que tomar para cerciorarse de 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 ponderada.³³ Pero si se acepta la idea propuesta en este ensayo,³⁴ 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 problemas.³⁵

de una cláusula compromisoria en un contrato de adhesión no es causa de nulidad sino que es necesario examinar el contenido de la cláusula con más profundidad”].

No obstante lo anterior, cito 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, por que 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 (Fontmichel, 2013, pp. 429-459), invitando un nivel más profundo de revisión (Fontmichel, 2013, p. 451), eliminando algunos de los requisitos que la jurisprudencia francesa ha arrojado; concretamente, el requisito de “flagrancia” (Fontmichel, 2013, p. 453). Lo que él llama una aproximación matizada (“*aproche nuancée*”, p. 446).

³² 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*”) (Fontmichel, 2013, p. 62.)

³³ 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.

³⁴ 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 (Fontmichel, 2013, p. 82).

³⁵ 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

IV. La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia

El análisis de prevalencia no sólo genera problemas, no es obligado. Existe una alternativa —de allí el título de este ensayo. La expongo (§1), haciendo ver cómo la experiencia mexicana puede ser entendida en el sentido que la apoya (§2), para luego explicar por qué es preferible (§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 hay un acuerdo arbitral, con o sin la participación de la parte obligada conforme a dicho acuerdo arbitral.
- 3) El acuerdo arbitral no deja de ser válido y eficaz en una disputa entre las partes (del género que sí está dentro de su jurisdicción) porque 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.

actualización del orden público. Ambos diluyen la finalidad del laudo, un valor importante.

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 sobreexponerlo. 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.

2. Idea en ciernes en México

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

A. 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 instancia³⁶ rechazó la demanda por considerarse incompetente razonando que el acuerdo arbitral le privaba de jurisdicción. Los demandantes apelaron argumentando *inter alia* que las

³⁶ Exp. 119/2013-III, Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Guerrero, 22 de agosto de 2013.

acciones colectivas no son susceptibles de arbitraje.³⁷ El tribunal 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 colectivo.³⁸ Fundamentó la conclusión en la contradicción de tesis 51/2005-PS,³⁹ 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 jurídico.⁴⁰

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 apreciación:⁴¹

¿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?

³⁷ Las premisas del argumento fueron que se trata de normas imperativas, no derogables, que 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.

³⁸ Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Vigésimo Primer Circuito, auto de 5 de septiembre de 2014.

³⁹ "ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL".

⁴⁰ Al respecto, citó 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.

⁴¹ Párrafo 58 de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 432/2013, relacionada con el Amparo Directo 1280/2013.

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

B. Criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte

La Primera Sala de la Suprema Corte planteó la cuestión a decidir así: “¿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?” (Amparo Directo 33/2014).

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

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. (Amparo Directo 33/2014, ¶50)

La Sala determinó que sí se trataba de una relación de consumo (Amparo Directo 33/2014, ¶62). 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 no (Amparo Directo 33/2014, ¶64 y 83). Ello pues:

- 1) La acción colectiva es el mecanismo idóneo para resolver la controversia entre las partes, pues la acción colectiva es: “por excelencia, el medio para la tutela de los derechos e intereses colectivos por brindar a la colectividad economía procesal y seguridad jurídica, así como por generar un efecto disuasivo ante prácticas económicas abusivas” (Amparo Directo 33/2014, ¶81).
- 2) Considerar que un acuerdo arbitral veda acciones colectivas:

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. (Amparo Directo 33/2014, ¶82)

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 que

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. (Amparo Directo 33/2014, ¶90)

C. Comentario

Sin duda, se trata de una magnífica decisión 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 cuestión.⁴² El mérito de la ponencia de 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 tesis:

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, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo 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 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

⁴² Así lo explicó en González de Cossío, F. (2018a), p. 467. Se trata de un argumento que es muy fácil de vencer dado cómo se expuso —lo cual con frecuencia implica exponerlo débil o sesgadoamente. 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?

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. (Tesis: 1a. CV/2015 (10a.))

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. Desmenucémoslo:

- 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 sólo 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. 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 cosa 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 sus derechos de separarse (*opt out*).⁴³

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 problema.⁴⁴

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

* * *

Recientemente *The Economist* denunció: “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)”] (2018, 27 de enero).

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

V. Conclusión

Se ha abordado la relevante cuestión de la coexistencia entre el arbitraje, la protección al consumidor y las acciones colectivas en el contexto jurídico de México. Se ha defendido la postura de que concebir estas disciplinas como entidades separadas y no supeditadas entre sí es deseable, ya que garantiza más opciones para el consumidor al encausar sus problemas y evita la reducción de sus derechos a través de un análisis de prevalencia. La decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que puede leerse en sentido de respaldar esta teoría de coexistencia, se presenta como un ejemplo acertado. En conclusión, promover la coexistencia entre estas vías de resolución de controversias es un paso importante hacia una mayor protección de los derechos del consumidor y un equilibrio en las relaciones comerciales, evitando abusos y asegurando que los consumidores sean respetados en todas las esferas jurídicas.

VI. Bibliografía

- 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.
- AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepción et ux* (131 S.Ct. 1740) [*ATT v Concepcion*], decisión de 27 de abril de 2011.
- Código Civil Federal. 2008. México.
- Código de Comercio. 1889. México.
- Código Federal de Procedimientos Civiles. 1943. México.
- Fontmichel, M. (2013). *Le faible et l'arbitrage*. Economica.
- Gidi, A. (2022). Arbitraje Colectivo (*Class actions and arbitration*), *Pauta 99, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*.
- González de Cossío, F. (2019). El llano en llamas: futuro del arbitraje de inversión. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, (43).
- González de Cossío, F. (2018a). *Arbitraje* (5a. ed.). Porrúa.
- González de Cossío, F. (2018b). El arbitraje en los tiempos de colera. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, (42).
- González de Cossío, F. (2017). *Competencia*. Porrúa.
- Ley Federal de Competencia Económica. 2014. México.
- Ley Federal de Protección al Consumidor. 1992. México.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. 1988. México.
- Philippe Renault v Sociétés V2000* (Jaguar France), Cass. Civ. 1re, decisión de 21 de mayo de 1997.
- Rado v Painewebber*, Cass. civ. 1re, decisión de 30 de marzo de 2004. *Revue de l'Arbitrage*, 2021, (3).
- Seraglini, C. (2021). Eclaircie pour la protection du consommateur dans l'arbitrage international (à propos l'arrêt Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2020). *Revue de l'Arbitrage*, (3).
- Société PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services v Lefebvre et autres [PWC v Lefebvre]*, Cass. Civ. 1re, decisión de 30 de septiembre de 2020.
- Tesis: 1a. CV/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1107
- The Economist* (2018, 27 de enero).