

Derecho de contratos

El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas*

GUIDO ALPA

SUMARIO: I. Características del derecho de los consumidores. II. Las fuentes comunitarias. La Carta de los derechos fundamentales. III. La aprobación de los reglamentos sobre la ley aplicable. IV. La revisión de algunas directivas que disciplinan tipologías particulares de relaciones contractuales con los consumidores. V. La implementación del derecho comunitario en nuestro ordenamiento. Las modificaciones al Código del Consumo. VI. Las prácticas comerciales desleales. VII. Los servicios financieros on-line. VIII. Las acciones colectivas. IX. Las cláusulas arbitrales.

I. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

En el ordenamiento comunitario y en los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, el derecho de los consumidores se ha convertido en una rama compleja, sujeta a una rápida evolución, expuesta a variadas interpretaciones, susceptible de notables desarrollos. Es entonces un auténtico laboratorio, en el que el jurista, el economista, el estudioso de la política y de la sociología así como los estudiosos del lenguaje y de los valores encuentran una amplia materia de investigación y de reflexión.

Es una rama compleja debido a que está construida sobre una multiplicidad de fuentes, y en rápida evolución porque las políticas comunitarias se adaptan con velocidad a las exigencias del mercado, a las nuevas fronteras de la tecnología, a las nuevas expectativas de los consumidores. Expuesta además a variadas interpretaciones por una multiplicidad de razones. Las elecciones iniciales del legislador comunitario fijaban principios generales y directivas marco, pero dejaban amplias opciones a los legisladores nacionales llevando a cabo una "armonización mínima" que condujo, en los diferentes ordenamientos nacionales, a modelos a menudo en

* Traducción del italiano: PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

conflicto, e incluso en competencia. La aplicación de las reglas por parte de los jueces nacionales ha hecho que la adaptación del derecho comunitario al derecho interno asuma la morfología del derecho interno, sin crear fracturas o excesivas innovaciones. Este "soft impact" del derecho comunitario ha tenido efectos incisivos, aunque menos eficaces de cuanto habría podido ser si, desde un principio, se hubiese elegido el camino de la "armonización máxima". La tendencia a delegar en los ordenamientos nacionales y en los jueces nacionales la aplicación de los remedios de derecho interno con ocasión de violaciones del derecho comunitario o de las normas de derivación comunitaria ha hecho que los consumidores no puedan contar con las mismas formas de tutela en todos los países de la Unión. Es una rama susceptible de notables desarrollos debido a que la articulación de las fuentes, de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, de los proyectos de renovación de la entera rama con una sistematización orgánica y la actualización de cada directiva implican que esta no sea estática, sino dinámica e, incluso, incorpore en sí misma un ritmo acelerado en sus mutaciones. Así, se trata de una rama versátil y flexible, aunque, hay que decirlo, también volátil.

Son numerosas, interesantes y complejas las novedades que, en un breve lapso de tiempo, han marcado el derecho de los consumidores. Las novedades se registran, en relación tanto con las fuentes normativas que gobiernan el sector, como con las reglas vigentes, actualmente en proceso de revisión, y en relación con la introducción de reglas destinadas a disciplinar sectores aún no agregados a esta rama del derecho.

II. LAS FUENTES COMUNITARIAS. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una exploración sintética de este nuevo marco ofrecido por el derecho de los consumidores sólo puede partir de la evolución del derecho comunitario. *In primis*, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

El 29 de noviembre de 2007 el Parlamento Europeo tomó una decisión (2007/2218 ACI) con la cual, haciendo referencia a la resolución del 12 de enero de 2005 sobre el tratado que adopta una Constitución para Europa, confirmó el estatus jurídicamente vinculante de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Pues bien, en la carta se encuentran numerosas disposiciones sobre los consumidores.

El artículo 3.º (derecho a la integridad personal) reconoce el derecho de toda persona a la propia integridad física y psíquica. Esto implica que el derecho a la seguridad y a la salud de los consumidores, objeto de la Resolución de 1975 y mencionado por el artículo 153 del Tratado CEE de 1957, fue transformado en un derecho "constitucionalmente" garantizado a nivel comunitario, además de su garantía ya reconocida a nivel interno, en las constituciones, las leyes fundamentales

o por la praxis constitucional nacional. La disposición fue integrada por el artículo 6.º ("Derecho a la libertad y a la seguridad"); por el artículo 7.º ("Respeto a la vida privada y a la vida familiar"), que implica la exclusión de toda ingerencia en la vida individual y familiar de prácticas comerciales no permitidas o autorizadas; por el artículo 8.º ("Protección de los datos de carácter personal"), que impide a los profesionales utilizar datos de los consumidores, salvo que sea dentro de los límites establecidos por la disciplina protectora de dichos datos; por el artículo 12 ("Libertad de reunión y de asociación"), que reconoce una libertad individual que se expresa, para los consumidores, en la libertad de asociarse en entes dirigidos a la protección sus derechos e intereses; por los artículos 15 y 16 referidos a la libertad para el ejercicio de una profesión o empresa (con los límites establecidos para equilibrar los intereses de los profesionales y empresarios con los intereses de los consumidores).

Existen, además, muchas disposiciones que, haciendo referencia a categorías sociales débiles, prescriben que estas sean tuteladas cuando establecen con un profesional una relación de consumo (los menores, los ancianos, los discapacitados). Y, finalmente, el artículo 38 establece que en las políticas de la Unión está garantizado un nivel de protección de los consumidores.

Estas disposiciones pueden dividirse en dos grupos: las disposiciones que instituyen directamente posiciones de tutela en cabeza de los particulares (como por ejemplo los artículos 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 12, 15, 16) y las disposiciones que prevén, sea una perspectiva programática (art. 38), sea una iniciativa de protección de categorías especiales de consumidores, como posiciones anexas, reforzadoras, de los derechos reconocidos a cada consumidor.

Es necesario resaltar que las disposiciones mencionadas se refieren a "personas", o a "consumidores", y no necesariamente a "ciudadanos" europeos. Por esta razón, su ámbito de aplicación se extiende más allá de la ciudadanía europea.

1. Coordinación de las disposiciones de la Carta con las disposiciones del Tratado CEE de 1957.

¿La "constitucionalización" de la salud, de la seguridad, del derecho de asociación, implica un fortalecimiento de los derechos de los consumidores más allá de lo dispuesto por el artículo 152 del Tratado CEE? y ¿el vínculo del "nivel elevado de protección", introducido en la Carta de los derechos fundamentales, significa algo diferente de lo ya previsto por el artículo 152 del tratado CEE?

Aunque el proceso de constitucionalización del ordenamiento de la Unión no ha terminado, puesto que se espera la aprobación por parte de los estados miembros del nuevo texto, abreviado y simplificado, del tratado constitucional, es evidente que la decisión del Parlamento asume un significado no sólo político sino también jurídico. En efecto, hacer vinculante la Carta, es decir, reconocer efectos jurídicos y no sólo políticos a las disposiciones en ella contenidas, instaura una relación entre la Carta y el Tratado que, por el momento, parece paritaria, en espera de la inserción de la Carta en el Tratado, tratado que la antepondrá a todas las otras

disposiciones asumiendo, en consecuencia, dos funciones esenciales. Una función directiva, porque las normas constitucionales de la primera parte prevalecen sobre todas las otras; y una función interpretativa, porque las otras disposiciones deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones de la primera parte.

Con la aprobación de la naturaleza jurídica vinculante de la Carta se construyó un sistema de fuentes muy similar al de los estados miembros continentales, susceptible de aplicación no sólo directa, sino también indirecta. Y, según la orientación de la doctrina alemana e italiana, es posible agregar que estas disposiciones pueden ser aplicadas directamente a las relaciones establecidas entre particulares y, por ende, también a las relaciones establecidas entre profesionales y consumidores.

Tales relaciones no pueden violar las disposiciones de la Carta: si fuesen *contra legem* se podría, por ejemplo, aplicar los remedios previstos por los ordenamientos internos. El derecho comunitario ya hace parte integrante del derecho interno y, en consecuencia, cuando se prevé, en los códigos o en la praxis jurisprudencial, la integración del contrato mediante la ley (como, por ejemplo, el artículo 1374 del *codice civile* italiano) en la acepción *ley* se debe incluir también el derecho. Y, en las relaciones que se forman fuera del contrato, la violación de los derechos de los consumidores reconocidos por la Carta implica la configuración de un ilícito (no tanto un ilícito del Estado, sino del privado), un ilícito derivado de la violación de ley, si la ley tiene funciones de protección del afectado. Es entonces culpable quien violando los derechos reconocidos por la Carta causa daño al consumidor.

III. LA APROBACIÓN DE LOS REGLAMENTOS SOBRE LA LEY APLICABLE (ROMA I, ROMA II)

El Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron dos reglamentos, cuyo texto ya era aplicado por los estados miembros que firmaron bajo la forma de una convención, inherentes, el primero, a la ley aplicable en el tema de las obligaciones contractuales (Convenio de Roma, 19 de junio de 1980) y, el segundo, a la ley aplicable al tema de obligaciones extracontractuales (Reg. n.º 864/07).

El primer reglamento, publicado en la G.U.C.E. después de la revisión lingüística, invierte la jerarquía de los criterios previstos por la convención, la cual confiaba casi todo a la voluntad de las partes, en honor del principio de la libertad contractual. En efecto, la libertad de las partes asume una importancia residual, en la medida en que el reglamento establece como criterios prioritarios para la individuación de la ley aplicable, la residencia habitual del contratante que debe realizar la prestación característica; el lugar individualizado rígidamente para ciertos tipos contractuales (por ejemplo, para la compraventa, la residencia del vendedor; para la subasta, el lugar donde esta se lleve a cabo; para el *franchising*, el lugar de residencia del franquiciado; para la distribución, la residencia del distribuidor; para los servicios financieros intermediarios, el lugar fijado por la directiva en materia; para los contratos de seguros, el lugar de residencia del asegurado).

En relación con los contratos celebrados con el consumidor, se establece el lugar de residencia del consumidor, siempre y cuando el profesional lleve a cabo su actividad con cualquier medio, incluso telemático o informático, en ese lugar. No es suficiente que el profesional pueda ser contactado mediante estos medios, sino que es necesario que se prevea, en las condiciones contractuales, el uso del idioma o de la moneda local.

El segundo reglamento es el n.º 864/2007 (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo del 11.7.2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹.

Sin afrontar el reglamento en todo su contexto, que incluso presenta aspectos ventajosos respecto de la situación anterior, sea por el uso del instrumento, sea por los principios generales que introduce, se debe considerar la suerte de las reglas en materia de responsabilidad del fabricante.

El artículo 5.º del reglamento citado presenta esencialmente tres problemas de interpretación: los dos primeros relativos al sistema de derecho internacional privado, en particular 1. la definición exacta del contenido de la disposición y 2. su relación con la disciplina hoy vigente en nuestro ordenamiento (es decir, el artículo 63 de la Ley 218 del 31.5.1995); y el tercero, relacionado con las grandes diferencias en la adopción de la Directiva 85/374 sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que conduce a una discriminación de los perjudicados, dependiendo de la interpretación de la directiva (iii).

1. La disposición en examen tuvo un camino accidentado, puesto que el Parlamento Europeo había propuesto su supresión, considerando suficiente la aplicación de la regla general en materia de ilícitos contractuales [v. COM (2006) 0083, def. del 21.2.2006, §3.4]. La comisión prefirió conservarla por razones de certeza del derecho. El texto aprobado modifica las elaboraciones precedentes, agregando a los tres criterios de conexión ya previstos (la ley del país de residencia común al presunto responsable y del perjudicado, inciso 2.º artículo 4.º, la residencia del perjudicado y el lugar de adquisición del producto defectuoso) un cuarto criterio de conexión constituido por el lugar en el que se verificó el daño.

Este último criterio (*lex loci damni*) es el criterio general en materia de ilícito y sustituye el criterio general universalmente aplicado que había abierto muchos problemas interpretativos (*lex loci commissi delicti*): esto porque en algunos ordenamientos la responsabilidad objetiva es considerada como una responsabilidad *ex lege*, que no requiere la verificación de la culpa del afectado y, entonces, había dudas sobre la misma aplicabilidad del Convenio (ahora Reglamento) y, en otros ordenamientos, la distinción entre el daño-evento (lesión del derecho) y daño-consecuencia (efectos perjudiciales de la lesión) generaba dudas sobre la elección del lugar en el cual el daño se había generado y, entonces, sobre el criterio de

1 En G.U.C.E., L 199/40 del 31.7.2007.

conexión de la ley aplicable. La elección del nuevo criterio general es ciertamente afortunada, porque ya, aunque el reglamento no ofrece una lista de definiciones terminológicas de las palabras usadas, el *daño* en el derecho comunitario se entiende no tanto como el evento lesionador, sino como el hecho que perjudica la salud, la propiedad o los intereses de la víctima como consecuencia del comportamiento ilícito del causante del daño.

Se presenta una excepción al principio general en el caso del daño causado por un producto defectuoso. En este caso, la Comisión privilegió el lugar en el que el afectado tiene la residencia, tal vez para uniformar esta disciplina con la de las obligaciones contractuales del consumidor.

La excepción al principio de la *lex loci damni*, establecida por la responsabilidad por producto, se justifica con el objetivo de repartir en forma ecuánime los riesgos inherentes a una sociedad moderna altamente tecnológica, de tutelar la salud de los consumidores, de incentivar la innovación, de aligerar los intercambios comerciales (considerando n.º 20). Todos estos argumentos son apreciables, pero no dan en el clavo; sirven para justificar la responsabilidad objetiva del fabricante, pero no para justificar la elección del lugar de residencia del afectado como el criterio prioritario. Mejor habría sido si la elección de uno, entre los criterios de conexión, hubiese sido entregada, precisamente, al afectado, quien habría podido escoger la ley más favorable.

2. El reglamento prevalece sobre la disciplina interna y, entonces, modifica el artículo 63 de la Ley 218 del 35.5.1995 que, más acertadamente, daba al afectado la elección entre la ley del Estado en el cual se encontraba el domicilio o la administración del productor o la del Estado en el que el producto había sido adquirido.

3. Como mencioné anteriormente, la diferencia no es marginal porque todavía es notoria la diversidad de la disciplina del resarcimiento del daño por productos en los diferentes ordenamientos de los países miembros: una relación de la comisión, aún sin actualizar (ni siquiera después de la entrada de los diez nuevos países miembros), había puesto al descubierto como estas diferencias todavía se refieren a elementos esenciales de la responsabilidad por producto defectuoso como el nexo causal, la prueba del defecto del producto, el riesgo de desarrollo (que incluso esta en el área del resarcimiento en Finlandia, Luxemburgo, España, Francia y Alemania), el término de la prescripción, la franquicia y las voces del daño cubierto por la directiva [COM (2000)83 def. del 31.1.2001]. El problema debe ser resuelto con carácter prioritario como, en efecto, fue señalado por la misma Comisión en la segunda relación sobre el estado de evolución relativo al cuadro común de referencia [COM (2007) 447 def. del 25.7.2007], proyecto que busca coordinar de forma sistemática el *acquis communautaire*, además de las reglas de implementación vigentes en los ordenamientos nacionales.

La moraleja que se obtiene del nuevo Reglamento en materia de ley aplicable al daño por productos defectuosos es, entonces, que todo perjudicado (no sólo

el "consumidor" en sentido estricto, sino también el *bystander*) puede refugiarse sólo en la ley de su propio país, esperando que sea la mejor; como alternativa, deberá demostrar la prevalencia de un criterio más estricto, constituido por una relación preexistente con el productor, como un contrato (art. 5c. 2), en el caso en el que el afectado afirme que la ley del productor es más favorable para él. En este caso, la discriminación se presentaría entre los afectados que hayan celebrado un contrato directamente con el productor (pero no con el importador, el distribuidor o el vendedor final) y son, por lo tanto, *adquirentes* del producto, y los otros afectados que no pueden hacer uso de este criterio de conexión porque no celebraron el contrato, sino son simplemente consumidores o simples *bystanders*. Como resultado, los productores estarán interesados en exportar a los países de la Unión en los que las reglas son más favorables.

IV. LA REVISIÓN DE ALGUNAS DIRECTIVAS QUE DISCIPLINAN TIPOLOGÍAS PARTICULARES DE RELACIONES CONTRACTUALES CON LOS CONSUMIDORES

Dos directivas fundamentales para el derecho de los consumidores y para el derecho civil común –la relativa a la responsabilidad del productor por daños derivados de la circulación de productos defectuosos y la relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores– requieren algunas consideraciones adicionales.

1. La responsabilidad del productor. Antes de las respuestas dadas al Libro Verde (COM, 2000, 893 final) sobre las modificaciones de la directiva (85/374/CEE del 25 de julio de 1985), la Comisión delegó en dos entes –la oficina de abogados Lovells y la Fundación Rosselli– el análisis de dos aspectos relativos a la implementación de la directiva: respectivamente, la diferencia entre los modelos nacionales y la exigente representada por el riesgo del desarrollo.

El primer análisis comprobó que los más o menos veinte años de aplicación de las normatividades en materia no habían incrementado el contencioso ni habían extendido la protección de los consumidores. Aún así, muchas respuestas al Libro Verde fueron desfavorables a cualquier tipo de revisión de la directiva. Sin embargo, se podía coordinar su texto con otras previsiones relacionadas, como, por ejemplo, la disciplina de las garantías en la compraventa (Directiva 99/44).

Tampoco los resultados del segundo análisis son asombrosos, tomando en cuenta que la respuesta fue en el sentido de conservar la disciplina actual, sin importar que algún país miembro, ya desde la aprobación de la directiva, había incluido el riesgo del desarrollo en el ámbito del área de responsabilidad del fabricante.

Puesto que la directiva, en el artículo 13, prevé que el régimen especial de responsabilidad adoptado, basado en una especie de responsabilidad objetiva atenuada (en cuanto exige al afectado la prueba del defecto del producto), pueda coexistir con las reglas previstas por el derecho común y, por ende, que se pueda recurrir a diferentes remedios sobre la base de lo establecido por el derecho interno, se presentó el problema de la coordinación de esta regla con la regla

interna. La Corte de Justicia, en dos casos sobre la materia (*González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*, C-183/00 y *la Comisión v. Francia* C-52/00) estableció que la directiva tiene la finalidad de asegurar la armonización máxima de las reglas aplicadas en los estados miembros y que, por tal motivo, sólo es posible conservar una disciplina alternativa dentro del escenario nacional, cuando dicha disciplina no implique remedios diferentes a los ofrecidos por la directiva.

Además, las investigaciones revelaron que las diferencias entre los sistemas nacionales se deben al hecho de que muchas cortes razonan aún en términos de culpa del productor (eventualmente presunta), mientras que otras consideran probado el defecto del producto incluso cuando las causas del daño no son claras.

Existen otras diferencias en relación con la disciplina administrativa relativa a la seguridad de los productos y en relación con la responsabilidad del vendedor final.

La situación en Italia se ve actualmente facilitada, a partir de la inclusión de esta normatividad en el Código del Consumo. Si bien es cierto que el defecto del producto puede ocasionar daños a todos y, por lo tanto, también a las víctimas que no estén calificadas como consumidores (por este motivo la comisión redactora del código, por mí presidida, fue criticada por parte de la doctrina), también es cierto que la inclusión de estas normas en el código no precluye su aplicación a los no consumidores y, además, permite coordinar esta disciplina con otras reglas de la materia.

El artículo 115 reformado dispone que es productor el fabricante del producto terminado, o de alguno de sus componentes, el productor de la materia prima, así como el agricultor, el criador, el pescador y el cazador.

Los casos no han sido muchos –alrededor de treinta, si se consideran las decisiones publicadas en las revistas–, pero se puede decir que las cortes consideran objetiva la responsabilidad prevista por la Directiva, aunque también existen voces contrarias a esta perspectiva.

2. Las cláusulas abusivas. En algunos ordenamientos –Alemania, Holanda y Portugal– la disciplina se fundamenta en el principio según el cual quien predispone los textos contractuales y, entonces, no negocia las cláusulas incluidas en el contrato, se encuentra en una posición de ventaja frente a la contraparte y, por lo tanto, dichas cláusulas están sujetas a limitaciones en su validez, sea cuando son impuestas al consumidor, sea cuando son impuestas al profesional. En otros ordenamientos –como en Francia, Bélgica y Luxemburgo– las cláusulas predisuestas se consideran abusivas por cuanto han sido impuestas a la parte más débil y, entonces, su control se restringe sólo a los contratos celebrados con el consumidor, control que se extiende también a las cláusulas negociadas. Hay otros estados, como los escandinavos, que asumen los dos enfoques para así para extender la aplicación del control y, finalmente, hay otros que, como Italia, aplican el control sólo a los contratos de los consumidores, sin extenderlo a las cláusulas negociadas.

Por otra parte, hay diferencias en relación con la noción de consumidor. En algunos estados esta noción incluye cualquier destinatario final, en otros se consideran consumidores también los entes sin ánimo de lucro.

También subsisten diferencias en lo que tiene que ver con el requisito, adicional al del desequilibrio significativo, de la violación de la buena fe: en siete ordenamientos este requisito no se exige (Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Eslovaquia). También el anexo de la directiva, que enumera las cláusulas presuntamente abusivas, ha sido aplicado de diferentes formas.

Existe también un contraste entre los ordenamientos nacionales, en razón de la naturaleza de la nulidad de la cláusula (es decir, si es relativa o absoluta): prevalece el remedio de la nulidad absoluta (mientras que en Italia se ha preferido el remedio de la nulidad relativa). También el parámetro de claridad y comprensibilidad de las cláusulas es interpretado de forma diferente y no son unívocos los remedios para las cláusulas oscuras.

Finalmente, los métodos de control son diferentes: prevalece el control judicial, pero subsisten también los modelos de control administrativo y modelos en los cuales se adopta el método persuasivo, dirigido a convencer al predisponente de la conveniencia de modificar el propio esquema contractual, eliminando la cláusula abusiva. En este punto han sido fructíferas tanto las intervenciones de las cámaras de comercio, como las de los operadores de asociaciones de categoría de profesionales que han firmado los *protocolos de entendimiento* con las asociaciones de los consumidores (como la ABI y la ABIA).

V. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL CONSUMO

El Código del Consumo, aprobado con el Decreto legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005 fue modificado por la Ley 13 del 6 de febrero de 2007 y por la Ley 244 del 24 de diciembre de 2007. Además de las leves modificaciones de naturaleza lexical y de coordinación de las disposiciones que ya habían sido recogidas de forma sistemática por la comisión ministerial, las tres grandes innovaciones se refieren a la modificación del texto con las normas relativas a la implementación de la Directiva comunitaria sobre las prácticas comerciales desleales, a la modificación relativa a las normas sobre la compraventa de servicios financieros a distancia y a la adhesión de las disposiciones relativas a las acciones colectivas.

Cada una de estas modificaciones requiere algunos comentarios.

Las disposiciones sobre las prácticas comerciales desleales todavía no habían sido redactadas cuando la Comisión había concluido sus trabajos. La Comisión era consciente de que poco tiempo después dichas normas habrían sido introducidas, pero no tuvo la posibilidad de anticiparlas. Sin embargo, precisamente en consideración de las integraciones posteriores y las modificaciones de actualización que

el código habría tenido, la Comisión redactó una disposición (el actual artículo 144 del Código) donde precisó que las modificaciones debían ser explícitamente formuladas por el legislador y el código sería el receptor de ellas. Así, el código fue concebido como una especie de "contenedor" en el cual se recogerían todas las disposiciones relativas a las relaciones con el consumidor.

Esta pretensión no fue seguida literalmente por el legislador, el cual prefirió mantener fuera del Código del Consumo y dentro del Texto Único Bancario las disposiciones relativas al crédito del consumo, mientras que introdujo (sin coherencia sistemática) en el Código del consumo las disposiciones de adopción de la Directiva sobre la compraventa a distancia de productos financieros.

VI. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

Con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 11 de mayo de 2005, se introdujeron reglas concernientes a las *prácticas desleales entre empresas y consumidores en el mercado interno*². Entre las definiciones relevantes se señala, en particular, la de las "prácticas comerciales", es decir, "cualquier acción, omisión, conducta o declaración, comunicación comercial, incluida la publicidad y el *marketing*, llevada a cabo por un profesional, directamente conectada con la promoción, venta o suministro de un producto a los consumidores". La directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales. Son desleales las prácticas contrarias a la diligencia profesional, que distorsionen o que sean idóneas para distorsionar de manera relevante el comportamiento económico, con relación al producto, del consumidor medio al que llega o al que está dirigida, o del miembro medio de un grupo cuando la práctica comercial esté dirigida a un determinado grupo de consumidores. La directiva incluso considera las acciones o las omisiones *engañosas* y las *prácticas comerciales agresivas*. La directiva confía a los estados miembros la elección de las acciones judiciales para contrarrestar las prácticas desleales. En todo caso, los profesionales deben elaborar códigos de conducta para prevenir dichas prácticas.

La directiva fue adoptada mediante la inserción en el Código del consumo de los artículos 18-27 *quarter*.

Más allá de la definición general de prácticas comerciales incorrectas –en cuanto contrarias a la diligencia profesional, y distorsionadas o idóneas para distorsionar el comportamiento del consumidor– la nueva disciplina individualiza las prácticas comerciales engañosas (art. 21), las omisiones engañosas (art. 22), las prácticas que por presunción *iuris et de iure* son consideradas engañosas (art. 23) y las prácticas comerciales agresivas (art. 24).

2 La directiva modifica las directivas 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE y el reg. (CE) n. 2006/2004.

En cuanto a la disciplina de derecho civil, se discute en la doctrina si los contratos celebrados sobre la base de tales prácticas son anulables (por error o por dolo), o si el consumidor puede pedir el resarcimiento del daño (por dolo incidental), o si son nulos, por haberse celebrado en violación de una obligación *ex lege*, o si sea posible declararlos nulos y hacer uso del remedio del resarcimiento del daño en forma específica (art. 2058 *codice civile*).

VII. LOS SERVICIOS FINANCIEROS ON-LINE

Con el Decreto legislativo 190 de 2005, con un retardo de un año, el gobierno ejecutó el mandato previsto por la ley comunitaria para el 2003 (Ley 306 del 31.10.2003) y, así, adoptó la directiva 2002/65/CE relativa a la "comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores". Las disposiciones se encuentran actualmente en el Código del Consumo en los artículos 67 *bis*-67 *vicies bis*.

La opción elegida por el legislador comunitario se ha caracterizado por dictar reglas de *armonización máxima*: pocos son los espacios dejados a la libertad de los legisladores nacionales. Esta elección, que podría parecer autoritaria y excesivamente limitante de las elecciones de los legisladores nacionales es, sin embargo, oportuna, en cuanto las finanzas *on-line* no tienen fronteras y, entonces, es importante que en todos los países de la Unión se asegure un trato jurídico lo más uniforme posible a los inversionistas y a los mismos operadores económicos que propongan servicios de inversión en el mercado.

La directiva está dirigida exclusivamente a los inversionistas no institucionales, los *consumidores* (o *ahorradores*). El lugar natural de las reglas de implementación habría sido, entonces, el Código del Consumo pero, aún así, en este código no se encuentran, como ya precisamos, disposiciones referidas a las operaciones del mercado financiero porque el ámbito de las facultades asignadas al gobierno para la elaboración del código no comprendía este sector. Las reglas del mercado financiero están contenidas en leyes especiales o en el Texto Único Bancario de la intermediación financiera.

La normatividad se aplica a la comercialización a distancia de *servicios financieros destinados a los consumidores*, aunque la fase de comercialización comporte la participación, independientemente de su estado jurídico, de un sujeto diferente del proveedor. Se aplica sólo al "acuerdo inicial" (el "contrato de inversión"), pero no a las operaciones sucesivas que son, normalmente, la realización, es decir, las "órdenes" de inversión o las modificaciones acordadas por las partes, siempre y cuando después de un año de la celebración del contrato las operaciones efectuadas sean de la misma naturaleza respecto de las practicadas durante el primer año. Si, por el contrario, se trata de operaciones diferentes, el decreto debe ser aplicado.

La disciplina se refiere a los "*contratos a distancia*" que son definidos como "cualquier contrato que tenga por objeto servicios financieros, celebrado entre

un proveedor y un consumidor, en el ámbito de un sistema de compraventa o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, emplee exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la misma celebración del contrato". El objeto del contrato es un "*servicio financiero*" definido como cualquier servicio de naturaleza bancaria, crediticia, de pago, de inversión, de seguros o de jubilación personal. Las partes son: de un lado, el "proveedor", es decir, cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que, en el ámbito sus propias actividades comerciales o profesionales, sea el proveedor contractual de los servicios objeto de contratos a distancia y, por otro lado, el "consumidor", es decir, cualquier persona física que, en el contrato a distancia, actúe con finalidades que no entran en el cuadro de su propia actividad empresarial o profesional. Esta definición fue estandarizada y recogida en el Código del Consumo.

La información debe ser entregada de forma clara y comprensible con cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, teniendo en cuenta los deberes de corrección y buena fe en la fase precontractual y los principios que disciplinan la protección de los incapaces para actuar y los menores (resulta singular que el legislador comunitario piense en los menores, ¡a no ser que se trate de expertos informáticos que pretenden jugar en la bolsa!). La información relativa a las obligaciones contractuales, que deben ser comunicadas al consumidor en la fase precontractual, debe respetar las obligaciones contractuales impuestas por la ley aplicable al contrato a distancia, también cuando la técnica empleada sea la electrónica.

El objeto de la información es muy amplio y detallado, en cuanto hace referencia al proveedor, al servicio, al contrato, al recurso.

Disposiciones adicionales están previstas (a partir del art. 67 *novies*) para las comunicaciones efectuadas mediante teléfono. Es importante resaltar que el consumidor debe conocer *antes de la celebración del contrato* todas las condiciones contractuales, así como la información mencionada anteriormente, en papel o cualquier otro medio duradero, disponible y accesible para los consumidores en tiempo útil, antes de que dicho consumidor sea vinculado por un contrato a distancia o por una oferta. Sin embargo, si el contrato se celebró por solicitud del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permite la transmisión de las condiciones contractuales ni de la información indicada, el proveedor debe cumplir la obligación de informar inmediatamente después de la conclusión del contrato a distancia. En cualquier momento de la relación contractual el consumidor, si lo solicita, tiene derecho a recibir las condiciones contractuales en papel. Además, tiene el derecho de cambiar la técnica de comunicación a distancia utilizada, a menos que la nueva técnica sea incompatible con el contrato celebrado, o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

También para este tipo de operaciones está previsto el derecho de rescisión. Análogas disposiciones ya habían sido previstas para el derecho de rescisión

de los contratos celebrados mediante los promotores financieros y fuera de los locales de la empresa (financiera). En efecto, el artículo 67 *duodecies* dispone que el consumidor cuente con un término de catorce días para rescindir el contrato sin penalizaciones y sin el deber de indicar el motivo. El término fue extendido a treinta días para los contratos a distancia que tengan como objeto contratos de seguros de vida regulados por el decreto legislativo 174 del 17 de marzo de 1995, y las operaciones que tengan como objeto los esquemas pensionales individuales (jubilaciones personales).

El término durante el cual se puede ejercer el derecho de rescisión comienza a correr alternativamente: *a.* a partir de la fecha de celebración del contrato, salvo tratándose de los contratos de seguros de vida, caso en el cual el término comienza a correr desde el momento en el que al consumidor se le informa que el contrato fue celebrado; *b.* a partir de la fecha en la que el consumidor recibe las condiciones contractuales y la información sobre las condiciones contractuales, si dicha fecha es posterior a la referida en el literal *a.*

La expresión *rescisión* es utilizada de forma correcta, porque la disolución de la relación se presenta *después de la celebración* del contrato que no produce efectos durante el lapso de tiempo previsto para el ejercicio del derecho de rescisión.

El derecho de rescisión no se aplica universalmente. Hay operaciones financieras que por su naturaleza no soportan que la operación permanezca suspendida en sus efectos, o que el consumidor disuelva la relación. La rescisión no se refiere, entonces, a *a.* los servicios financieros, diferentes del servicio de gestión sobre la base individual de portafolios de inversión, si las inversiones no han sido iniciadas, cuyo precio depende de fluctuaciones del mercado financiero que el proveedor no está en capacidad de controlar y que pueden tener lugar durante el periodo de rescisión, como por ejemplo los servicios referidos a: 1. operaciones de cambio; 2. instrumentos de mercado monetario; 3. valores mobiliarios; 4. cuotas de un organismo de inversión colectiva; 5. contratos a término fijo (*futures*) sobre instrumentos financieros, incluidos los instrumentos equivalentes que se regulan en efectivo; 6. contratos a término sobre tasas de interés (FRA); 7. contratos *swaps* sobre tasas de interés, sobre divisas o contratos de intercambio conectados con acciones o con indicaciones accionarias (*equity swaps*); 8. opciones para adquirir o vender cualquier instrumento previsto por la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. En esta categoría se incluyen, en particular, las opciones sobre divisas y sobre tasas de interés; *b.* las pólizas de seguro de viaje o equipaje o las análogas pólizas de seguro a corto plazo, de duración inferior a un mes; *c.* contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes por explícita solicitud escrita del consumidor antes de que este último ejerza su derecho de rescisión, ni a los contratos de seguro obligatorio de responsabilidad civil por los daños derivados de la circulación de vehículos a motor y de las embarcaciones, por los cuales se haya verificado el siniestro; *d.* declaraciones de los consumidores hechas frente a un oficial público

bajo la condición de que este último confirme que al consumidor se le garantizaron los derechos relativos a las informaciones preliminares.

Para ejercer el derecho de rescisión, el consumidor debe enviar, antes del vencimiento del término y según las instrucciones que le fueron suministradas por el proveedor, una comunicación escrita mediante correo certificado. Si a un contrato a distancia relativo a un determinado servicio financiero se agrega otro contrato a distancia relativo a servicios financieros prestados por un proveedor, o por un tercero con base en un acuerdo entre el tercero y el proveedor, este contrato anexo se resuelve, sin penalización alguna, cuando el consumidor ejerce su derecho de rescisión según la modalidad fijada por el presente artículo. El consumidor que ejerce el derecho de rescisión previsto está obligado a pagar sólo el valor del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor conforme al contrato a distancia. La ejecución del contrato puede iniciar sólo previa solicitud del consumidor. En los contratos de seguros la empresa retiene la fracción de la prima relativa al período durante el cual el contrato surtió efectos. El valor no puede: a. exceder un monto proporcional a la parte ya prestada del servicio, comparada con la cobertura total del contrato a distancia; b. ser de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización. El proveedor no puede exigir al consumidor el pago de un valor si no está en condiciones de probar que el consumidor fue informado del valor debido. En todo caso, el proveedor no podrá nunca exigir dicho pago, si inició la ejecución del contrato antes del vencimiento del período contemplado para el ejercicio del derecho de rescisión, a menos que exista una solicitud previa del consumidor.

El proveedor está obligado a rembolsar al consumidor, en el lapso de quince días, todos las sumas que este haya consignado de conformidad con el contrato a distancia, a excepción del valor correspondiente al servicio ya prestado. El término comienza a correr desde el primer día en el que el proveedor reciba la comunicación de rescisión. La empresa aseguradora debe cumplir las obligaciones derivadas del contrato, relativas al período en el que dicho contrato tuvo efecto.

El consumidor paga al proveedor cuanto corresponda y le restituye cualquier bien o valor que haya recibido por parte de este último dentro del término de quince días a partir del envío de la comunicación de rescisión. No se puede repetir por las indemnizaciones y las sumas eventualmente pagadas por la empresa a los asegurados y a los demás titulares del derecho a prestaciones aseguradoras.

Se previeron reglas particulares para la forma de pago.

Se prohíbe la prestación de servicios y el uso de técnicas de comunicación a distancia no solicitadas por el consumidor. Además de otras sanciones, para los aspectos relativos a la relación contractual, el Código del Consumo (art. 67 *septies decise*) sanciona con la nulidad del contrato cuando el proveedor obstruya el ejercicio del derecho de rescisión por parte del contratante, cuando no reembolse las sumas por este último pagadas, o cuando viole las obligaciones de información precontractual alterando de forma significativa la presentación de sus características.

Es la primera vez que se prevé este remedio en el ámbito comunitario y que se refleja en el nuestro, puesto que el derecho comunitario usualmente no presta interés a los remedios o, al máximo, se limita a recomendar el uso de técnicas de resolución extrajudicial de las controversias. También es interesante que, en este caso, se recurra a la nulidad mientras la jurisprudencia, en otros casos, recurre, como se dirá más adelante, a otros remedios.

La nulidad es relativa, puesto que se puede hacer valer sólo por parte del consumidor y obliga a las partes a la restitución de lo recibido. En los contratos de seguros la empresa está obligada a la restitución de las primas pagadas y debe cumplir con las obligaciones correspondientes al período en el que el contrato surtió efectos. No se puede repetir por la indemnización y por las sumas eventualmente pagadas por la empresa a los consumidores, ni actuar para buscar el resarcimiento del daño.

Los derechos atribuidos en el decreto al consumidor son irrenunciables. Es nulo todo pacto que tenga como efecto privar al consumidor de la protección asegurada por las disposiciones del decreto. La nulidad sólo la puede hacer valer el consumidor y puede ser declarada de oficio por parte del juez. Si las partes eligieron aplicar al contrato una legislación diferente de la italiana, al consumidor se le debe, de todas formas, reconocer las condiciones de tutela previstas por el decreto.

Al consumidor se le facilita el ejercicio de sus derechos de tutela porque el código establece que el proveedor tiene la carga de la prueba en relación con a. el cumplimiento de las obligaciones de información del consumidor; b. el consentimiento, por parte del consumidor, para la celebración del contrato; c. la ejecución del contrato; d. la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Las cláusulas que invierten, o modifican la carga probatoria se presumen abusivas según los términos del literal t inciso 2.º artículo 33 del Código del Consumo.

VIII. LAS ACCIONES COLECTIVAS

Otra gran innovación es la introducción –al lado de la acción inhibitoria– de la acción “colectiva resarcitoria” (art. 140 bis).

Están legitimadas para actuar las asociaciones más representativas de los consumidores, inscritas en el registro del Ministerio de las Actividades Productivas, así como las asociaciones y comités representativos de los intereses que se quieren hacer valer. El modelo aprobado es del tipo “opt-in”: todos los consumidores interesados pueden presentar escrito de “adhesión” a la acción colectiva. Siempre se admite la intervención de otros consumidores, así como la acción individual.

El ámbito de la acción colectiva resarcitoria está circunscrito a la prueba del derecho al resarcimiento del daño y a la restitución de las sumas respectivas a los consumidores y usuarios por contratos celebrados por adhesión –ex art. 1342 *codice*

civile—, o como consecuencia de actos ilícitos extracontractuales, de prácticas comerciales desleales o por comportamientos contrarios a la libre competencia, cuando los mismos lesionen los derechos de una pluralidad de consumidores o usuarios.

El procedimiento prevé una valoración por parte del tribunal sobre la admisibilidad de la demanda. Si se considera admisible, la demanda debe ser publicada y el juez determina los criterios con base en los cuales se debe liquidar o restituir la suma a los consumidores que adhirieron a la acción o que intervinieron directamente en el juicio y, si es posible, también la suma mínima que corresponda a cada consumidor. La empresa puede adherir; pero si no lo hace, se fija una cámara de conciliación para determinar las sumas exigidas por los particulares.

No son abusivas las cláusulas incluidas en los contratos de los consumidores que tengan por objeto el recurso a organismos que se establezcan siguiendo las normas anteriormente resumidas. El consumidor no puede ser privado, en ningún caso, del derecho a acudir al juez competente, sin importar cuál sea el resultado del procedimiento extrajudicial.

IX. LAS CLÁUSULAS ARBITRALES

Las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de los consumidores fueron objeto de un importante pronunciamiento de la Corte de Justicia, el 26 de octubre de 2006 en el caso *Elisa María Mostaza v. Centro Móvil Milenium sl (C-168/05)*. Se trata de un caso que no siguió totalmente las conclusiones del Abogado General, conclusiones que por su penetrante y completa articulación se revelan más persuasivas que el mismo pronunciamiento. No pudiendo disponer de los actos de la controversia, los hechos sólo pueden ser reconstruidos con base en las circunstancias que resultan de las conclusiones y de la sentencia. Las partes son de nacionalidad española y al contrato se le aplica la ley española, tanto en los aspectos de derecho sustancial (Ley 26 de 1984, sobre los derechos de los consumidores, actualizada con la adopción de la directiva comunitaria 13 de 1993 sobre las cláusulas abusivas) como en la disciplina de la cláusula arbitral (en ese entonces, la Ley 36 de 1988).

En pocas palabras, el caso hace referencia a un contrato de uso de telefonía móvil que preveía una duración mínima de suscripción. El contrato incluía una cláusula arbitral. El usuario "no había respetado la duración mínima de la suscripción" y la sociedad telefónica, sirviéndose de la cláusula arbitral, le asignó un término de diez días para adherir al procedimiento y presentar sus declaraciones. En caso de rechazo, la clienta habría podido acudir al juez ordinario. La clienta aceptó participar en el procedimiento arbitral, sin presentar objeción a la validez de la cláusula compromisoria y, al término del procedimiento, que concluyó con un laudo a ella desfavorable, impugnó ante el juez de apelación (Audiencia Provincial de Madrid). El juez de apelación, considerando el contrato como uno celebrado por un consumidor, situación que implica la aplicación de la disciplina

de la Directiva 13 de 1993, y calificando como abusiva la cláusula compromisoria contemplada en dicho contrato, elevó la cuestión prejudicial a la Corte de Justicia, preguntando si "la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE [...] puede implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral, y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral".

Las cuestiones centrales de naturaleza sustancial son tres: 1. si la cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es abusiva y por ende, nula; 2. si dicha nulidad deriva de la violación de una norma imperativa o de orden público, y 3. si dicha nulidad puede, o debe, ser declarada de oficio por el juez. A estas, se agrega la cuestión de derecho procesal presentada por la Audiencia Provincial de Madrid, es decir, si la omisión en relación con la excepción de nulidad durante el curso del proceso arbitral permite a la parte señalarla, bajo la forma de vicio del laudo, por la primera vez en el proceso de impugnación.

El Abogado General dio una respuesta positiva a la pregunta en los siguientes términos: "El sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implica que, en un asunto como el caso de autos, un juez nacional que conoce de la impugnación de un laudo arbitral puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula compromisoria y declarar la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, aun cuando tal vicio no haya sido invocado por el consumidor en el procedimiento arbitral y se alegue por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación".

La Corte, por su parte, declaró que: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación".

Para examinar el razonamiento jurídico de la Corte, también sobre la base de las observaciones del Abogado General, y expresar apreciaciones sobre el resultado al que esta llegó, es necesario partir de algunas precisiones.

En primer lugar, nos tenemos que preguntar si el contrato que contiene la cláusula compromisoria es efectivamente un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional. En el caso concreto la cuestión fue analizada por el Abogado General, retomando argumentos presentados por la Sociedad telefónica en el ámbito de su propia defensa. La sociedad había objetado que la actora celebró el contrato

de uso en el ámbito de su propia actividad profesional y que la cláusula había sido negociada. En este orden de ideas, no resulta legítimo invocar la disciplina de tutela de los consumidores y alegar la nulidad de la cláusula compromisoria.

En ambos casos, el juez italiano que hubiese tenido que aplicar la ley italiana a un contrato de ese tipo habría excluido la aplicación del literal t inciso 2.º artículo 33 del Código del Consumo (num. 18 inciso 3.º art. 1469 bis Decreto legislativo 206 del 6.9.2005) si cualquiera de las dos argumentaciones de la Sociedad telefónica hubiese resultado fundamentada.

La primera, puesto que no aplicándose la disciplina especial de los contratos de los consumidores, en cuanto ambas partes estaban calificadas como "profesionales", se habría aplicado la disciplina general, es decir, el inciso 2.º artículo 1341, que priva de efecto las cláusulas compromisorias y la derogación de la competencia de la autoridad judicial sólo si, contenidas en las condiciones generales del contrato, no hubiesen sido específicamente aprobadas por escrito. Y, según un enfoque más restrictivo, no se exigiría la aprobación por escrito, puesto que no es abusiva, de la cláusula que introduce un arbitramento no ritual, puesto que no se trata de una renuncia directa a la competencia del juez natural.

La segunda, puesto que, siendo una cláusula negociada, se habría superado la presunción de abuso referida en la disposición del Código del consumo ya citada.

Pero la Corte de justicia superó ambas argumentaciones sin dedicar, por cierto, mucha atención, afirmando (en los numerales 22 y 23) que corresponde al legislador comunitario fijar los criterios generales para definir el concepto de cláusula abusiva, que dicha cláusula debe ser examinada sobre la base de las circunstancias concretas del caso (como ya fue establecido en el precedente *Freiburger Kommunalbauten C-237/02*) y que corresponde al juez nacional determinar si la cláusula es, o no, abusiva. Puesto que los jueces españoles, al elevar a la Corte la cuestión prejudicial, ya habían deliberado sobre el punto, calificando como abusiva la cláusula, la Corte afirmó que no podía entrar en el mérito de la disputa en relación con ese punto.

Sobre el mismo plano sustancial, si se aplicase la ley italiana, la solución de los jueces nacionales habría sido más compleja. En efecto, el tema de la validez de la cláusula arbitral contenida en un contrato del consumidor aún no ha sido resuelto de forma pacífica, ni por parte de la doctrina, ni por parte de la jurisprudencia³. Mientras al parecer ya se ha asumido la noción restrictiva de consumidor,

3 Sobre este punto existe una amplia literatura: entre los aportes v. G. GABRIELLI, "Clausola compromissoria e contratti per adesione", en *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 555 ss.; CONSOLO y DE CRISTOFARO, "Clausole abusive e processo", en *Corr. giur.*, 1997, n.º 4, 468; ALPA, "La clausola arbitrale nei contratti dei consumatori", en *Riv. srb.*, 1997, 660 ss.; TOMMASEO, "Sub art. 1469 bis, 3.º comma, n.º 18", en ALPA y PATTI (eds.), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 619 ss.

con valor subjetivo, dirigida a indicar a la persona física que opera fuera de sus actividades económicas⁴.

Primero que todo, es necesario recordar que entre la fórmula acogida por la directiva (lit. q inc. III art. 3.º) y la fórmula acogida por el legislador italiano en la disciplina de implementación (art. 25, Ley 52 de 1996), posteriormente numeral 18 inciso 3.º artículo 1469 bis, posteriormente literal t inciso 2.º artículo 33, hay una cierta deformidad de léxico y de contenidos, puesto que según la versión italiana de la directiva y, posteriormente de la disciplina de implementación, los intérpretes comenzaron a preguntarse sobre el objetivo, sobre la amplitud y sobre el contenido específico de la normatividad. Además, es necesario recordar que, en el texto acogido, la sanción de la cláusula abusiva era la *ineficacia*, mientras que ahora, según lo establecido por el Código del Consumo, la sanción es la *nulidad*; pero se trata de una *nulidad de protección* –artículo 36– que opera sólo a favor del consumidor y puede ser declarada de oficio por el juez.

La directiva considera presuntamente abusiva –pero no necesariamente abusiva– una cláusula que tenga por objeto, o por efecto, “suprimir o limitar el ejercicio de acciones legales o vías de recurso al consumidor, en particular, obligándolo a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitramento no disciplinada por disposiciones jurídicas”. La disciplina de implementación prescribe: “imponer al consumidor caducidades, limitaciones de la facultad de presentar excepciones, renunciadas a la competencia de la autoridad judicial [...]”.

En la doctrina se pueden identificar al menos tres enfoques:

1. el enfoque que considera nulas (*olim* ineficaces) todas las cláusulas arbitradas⁵;
2. el enfoque que ataca sólo las cláusulas que fijan arbitramentos no rituales, en cuanto están privados de reglas legislativas que los disciplinen⁶;
3. el enfoque que acusa sólo las cláusulas que resulten *abusivas*, salvo prueba contraria aportada por el profesional. Es decir, se trata de un control caso por caso.

Esta última opción es la tesis que defendí hace diez años, prestando atención a la necesidad de equilibrar los intereses del consumidor con los intereses del profesional, prestando atención a la debilidad negocial del consumidor, y prestando atención a la necesidad de promover las ADR, de las cuales no puede ser eliminado sin más el procedimiento arbitral.

Es obvio que las cláusulas que comprometan al consumidor a adherir a un procedimiento de *conciliación* o de *mediación*, pero que no impliquen una renuncia a la jurisdicción, no pueden ser consideradas presuntamente abusivas. Sin embargo,

4 En este sentido precisamente en materia de recurso al procedimiento arbitral, v. Trib. Roma, 6.6.2004 s. m.

5 Para todos, v. DE NOVA, *Le clause vessatorie*, Milano, 1996, 26.

6 En este sentido, ver GABRIELLI, op. loc. cit.; CONSOLO y DE CRISTOFARO, op. loc. cit.

el Consejo de Estado (Ad. gen con sentencia 59 del 17.4.1997) decidió que "el esquema de reglamento que contiene las normas y las condiciones de suscripción esencial al servicio telefónico solo puede prever que los procedimientos de conciliación y de arbitramento entre los proveedores del servicio y los usuarios (que involucran posiciones subjetivas plenas y perfectas de ambos contratantes) estén subordinados a acuerdos entre el gestor y las asociaciones de consumidores individualizadas de forma genérica".

En la jurisprudencia encontramos reflejados todos los enfoques:

1. El enfoque más restrictivo proviene de los jueces que consideran "abusiva y, por lo tanto, ineficaz, la cláusula incluida en un contrato con un consumidor que prevea una renuncia a la competencia por territorio de la autoridad judicial"⁷.

2. El segundo enfoque lo comparten los jueces que consideran que "la cláusula que impone al consumidor, en caso de controversia, un arbitramento no ritual o un peritazgo contractual, debe ser calificada como abusiva (hasta prueba contraria) debido a que es "derogatoria" de la competencia de la autoridad judicial y, entonces, nula según los términos del artículo 1469 bis inciso 3 n. 18 *codice civile*"⁸. Y, nuevamente en relación con el arbitramento no ritual, se ha señalado que "son abusivas, según el artículo 1469 bis inciso 3, n. 18 *codice civile*, las cláusulas de los contratos de pólizas de incendio, gastos médicos y accidentes que prevean el arbitramento no ritual, incluso si no implican una renuncia a la competencia de la autoridad judicial, en cuando son consideradas abusivas por la directiva 93/13 que prevalece sobre el derecho nacional"⁹.

3. Según el tercer enfoque se han expresado algunos jueces –en el tema del arbitramento ritual y no ritual– precisando que "el recurso a un procedimiento arbitral –sea o no ritual– no implica un límite a la tutela que el ordenamiento (también, según lo señalado por los artículos 1469 *bis* y ss. del *codice civile*) garantiza al consumidor. Dicha apreciación también es apoyada por el Libro Verde del 16 de noviembre de 1993, relativa al acceso a la justicia de los consumidores, que indicaba precisamente al procedimiento arbitral como uno de los instrumentos idóneos para remediar la insuficiencia de la jurisdicción ordinaria"¹⁰. Una solución análoga se propuso en relación con la cláusula contenida en un contrato de seguros dirigida a la instauración de un arbitramento no ritual. A este propósito, se señaló que "la cláusula del contrato de seguros que trasfiere a un colegio arbitral no ritual las cuestiones en el tema de la liquidación de la indemnización no debe considerarse abusiva en los términos del n.18 del inciso 3 del artículo 1469 *bis codice civile*,

7 Giud. di pace, Torino 17.4.1998, en *Giur. piemontese*, 1998, 72.

8 Trib. Torino, 27.11.2001, en *Giur. merito*, 2002, 112.

9 Trib. Roma, 28.10.2000, en *Contratti*, 2001, 441; en el mismo sentido, Trib. Roma, 8.5.1998, en *Dir. econ. assic.*, 1998, 1024.

10 Trib. Monza, con sentencia del 21.1.2003, en *Giur. milanese*, 2003, 149.

en cuanto no implica una renuncia a la competencia de la autoridad judicial"¹¹. Y así mismo, en el tema de peritazgo contractual "no puede ser considerada abusiva la cláusula que fija un peritazgo contractual en un contrato de aseguración por accidente que prevea el envío de la controversia a un colegio de médicos en lo relacionado con el monto de la indemnización del siniestro, siempre y cuando no implique la renuncia a la competencia de la autoridad judicial ordinaria"¹².

Como ya se ha señalado, en nuestro ordenamiento se pasó del régimen sancionatorio de la ineficacia al régimen sancionatorio de la nulidad. Es también cierto que parte de la doctrina había considerado que ya en el precedente régimen, si bien se decía expresamente que era un régimen de la ineficacia, el legislador en realidad hacía referencia a la nulidad. En todo caso, ahora el Código del Consumo es claro al respecto. Pero, como ya se dijo, se trata de una nulidad relativa y parcial, pues se trata de una nulidad de protección que puede ser invocada, o no, por parte del consumidor, quien puede también invocar la ejecución del contrato: en efecto, el consumidor podría no tener interés en presentarla como excepción, si es demandado, o como pretensión, si es el demandante. En otras palabras, en nuestro ordenamiento no se trata de nulidad por violación del orden público y, precisamente por este motivo, es singular que la Corte se haya expresado al respecto bajo dos perfiles, afirmando que 1. la cláusula abusiva, por cuanto está dirigida a reconstituir un equilibrio real del poder contractual entre las partes, implica la tutela del ordenamiento público y 2. que la cláusula abusiva (compromisoria) viola el derecho comunitario. Se trata de *obiter dicta*, particularmente significativos porque, según el enfoque uniforme de la doctrina y de la jurisprudencia, las cláusulas abusivas son nulas sólo una vez calificadas como tales, siendo radicalmente nulas sólo aquellas afectadas por la presunción de vejatoriedad *iuri et de iuri* (lits. a, b y c inc. 2.º art. 36).

En cuanto a la declaratoria de oficio del carácter abusivo de la cláusula, esta está prevista en el artículo 36 del Código del consumo. En cuanto al momento procesal, el juez (o el árbitro) pueden declarar de oficio la nulidad en cualquier etapa puesto que, aunque el texto del Código no lo dice, al no existir preclusiones o limitaciones, parece obligatoria la respuesta afirmativa a esta inquietud.

Sin embargo, aquí estamos en presencia de una situación particular, porque no se está discutiendo acerca de una cláusula abusiva cualquiera, sino de la cláusula compromisoria. Ahora bien, en el caso español, los jueces ya habían declarado la nulidad de la cláusula y el único problema que se presentaba era si la nulidad podía ser solicitada por primera vez en la fase de impugnación.

Por el contrario, en el caso del derecho italiano, es necesario establecer si se debe aplicar la disciplina general en el tema de arbitramento o si, en cambio,

11 Trib. Napoli, 4.6.2002, en *Giur. napoletana*, 2002, 362.

12 Trib. Rimini, 31.3.2004, en *Foro it.*, 2004, I, 2542.

se debe aplicar la disciplina especial sobre las cláusulas abusivas, en la que está incluida también la cláusula arbitral.

Según la primera alternativa, la impugnación por nulidad se admite si el acuerdo arbitral es inválido (num. 1 inc. 1.º art. 829 *codice di procedura civile*, modificado por el artículo 24 del Decreto legislativo 40 de 2006); sin embargo, la misma disciplina dispone (inc. 2.º art. 817 *codice di procedura civile*, según el artículo 22 del decreto legislativo citado) que la incompetencia de los árbitros por invalidez del acuerdo arbitral debe ser alegada en la primera defensa sucesiva a la aceptación de los árbitros. En el caso concreto, entonces, la nulidad no habría podido ser alegada en apelación.

Si se sigue la segunda opción, se está en presencia de una regla especial que derogaría la disciplina general sobre el arbitramento.

Surgen, sin embargo, algunas dudas: si el consumidor que se encuentra ante la alternativa de remitirse directamente al juez o, por el contrario, aceptar el procedimiento arbitral, sigue el segundo camino, ¿puede afirmarse que renunció a la posibilidad de hacer valer la nulidad (por cierto relativa y parcial) de la cláusula arbitral? Y, si para aceptar el segundo camino contase con un término breve, ¿se puede afirmar, por esa razón, que la cláusula es abusiva solo cuando se pretende 1. que el consumidor esté en conocimiento de los aspectos jurídicos de la cuestión y del procedimiento arbitral, 2. que se manifieste en breve término, 3. que deposite en un término breve su defensa?

Sobre este aspecto se detiene sobre todo el Abogado General que, como señalamos al inicio, presentó conclusiones muy articuladas y persuasivas. Puede también acogerse la posición de la Corte, pero no en los términos generales y *tranchants* con los cuales se expresó. El caso, en otras palabras, no me parece un *leading precedent* sino, más bien, una decisión circunscrita al caso concreto que presupone la aplicación del derecho español y la valoración –del carácter vejatorio de la cláusula– formulada por los jueces nacionales. Examinado desde la perspectiva de la aplicación al derecho italiano, la solución de la Corte no me parece tan segura. En realidad, el consumidor que desconoce el procedimiento arbitral siempre tiene la posibilidad de dirigirse directamente al juez ordinario.

Pero, para concluir como concluí hace diez años, si el arbitramento no encuentra un espacio ni siquiera en el ámbito comunitario, ¿cómo lograr la procedencia y la práctica de las ADR a las cuales la misma Unión Europea hace referencia en todas las directivas relativas a la protección de los intereses de los consumidores?