

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

11. Comisión de Derecho Internacional Privado

“CONSUMIDOR INTERNACIONAL”

Autor

– Ilse ELLERMAN (Abogada, Notaria, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora Titular de la Cátedra B de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba)

Título: La arbitrabilidad en los contratos de consumo internacionales y las condiciones de validez de la cláusula arbitral.

Resumen del contenido

Se analiza en primer término la arbitrabilidad de las relaciones de consumo internacionales, y en segundo lugar se fija posición sobre las condiciones de validez de la cláusula o compromiso arbitral.

Conclusiones

Se recomienda que las Jornadas Nacionales adopten las siguientes conclusiones:

1.- Los conflictos surgidos de contratos de consumo internacionales son por naturaleza arbitrables, a menos que la cláusula o el compromiso arbitral pueda reputarse abusivo.

2.- La invalidez de una cláusula arbitral no se determina *a priori* ni en abstracto, sino en función de su carácter abusivo en el caso concreto.

3.- La cláusula arbitral previa al surgimiento del conflicto no es abusiva *per se*. Lo que torna inválida dicha cláusula o compromiso arbitral es la situación de indefensión a la que puede verse sometido el consumidor en el caso concreto al ser desplazada la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria.

4.- Corresponde a los magistrados ponderar y valorar en cada caso en particular si ha mediado indefensión en términos sustantivos o procesales en detrimento del consumidor. Comprobada la situación de indefensión del consumidor deberán los magistrados proceder -aún de oficio- a declarar la nulidad de tales cláusulas, quedando la posibilidad de acudir al consumidor ante la justicia ordinaria.

5.-Sólo en los casos en los que la cláusula arbitral previa tenga carácter obligatorio se podrá establecer su consideración de cláusula abusiva. Será la *lexfori* del tribunal del Estado de residencia del consumidor quien tenga en cuenta sus normas imperativas de protección y, en virtud de ellas, proceda a la inaplicación de la cláusula arbitral.

6.-A fin de ponderar la validez de las cláusulas arbitrales deben considerarse las siguientes reglas:(i) si el consumidor es quien acciona ante el tribunal arbitral, la competencia arbitral será válida; (ii) si, por el contrario quien acciona es el proveedor, en base a un compromiso arbitral *ante litemnatam* el consumidor plantea la nulidad del compromiso o la incompetencia, deberá acogerse esa defensa como regla, a menos que el proveedor demuestre acabadamente la inexistencia de perjuicios al derecho de defensa del consumidor; (iii) Si acciona el proveedor, en base a un compromiso arbitral *post litemnatam*, deberá reconocerse la competencia arbitral, a menos que se acredite o surja evidente la violación del derecho de defensa del consumidor.; (iv) en caso de ser demandado el consumidor y no plantear nulidad de la cláusula compromisoria ni incompetencia, el juez deberá examinar de todos modos si este desplazamiento de jurisdicción no vulnera el derecho de defensa del consumidor a fin de admitir la validez de la jurisdicción arbitral.

Fundamentos

1.- El presente trabajo pretende determinar en primer término si las relaciones de consumo internacionales son arbitrables o no, y para el supuesto de que sí lo sean, establecer en segundo lugar las condiciones de validez de la cláusula o compromiso arbitral.

2.- La arbitrabilidad es quizá uno de los temas más polémicos en materia de contratos de consumo, adoptando las legislaciones locales distintos criterios. Éstos incluyen: la libre disponibilidad o enajenabilidad de los derechos, el carácter patrimonial del litigio u otros, y por ello las legislaciones varían desde las que establecen una pauta amplia (son arbitrables las cuestiones patrimoniales) a las que utilizan criterios menos precisos, tales como la capacidad de transigir ciertos derechos o si la materia en cuestión se refiere al orden público. De allí que si bien la no arbitrabilidad de algunos temas es muy clara¹, no sucede lo mismo con otras áreas como el derecho de la competencia, la propiedad intelectual² y las relaciones de consumo³.

3.- Más allá de las discusiones que pueden haberse planteado sobre el carácter vinculante de las cláusulas de arbitraje establecidas en los contratos de consumo, resulta comúnmente aceptado por la mayoría de las legislaciones nacionales que, en principio, las relaciones de consumo son una cuestión que puede ser resuelta mediante arbitraje (arbitrabilidad)⁴.

¹Vgr: temas de Derecho de Familia o estado civil de las personas.

² ALVAREZ, H., “Artículo V (2) (A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución”, en: TAWIL, G.S./ZULETA, E (dirs). *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 595.

³ RIVERA, J. C., “Arbitrabilidad de las relaciones de consumo. Posibilidad de ejecución en Argentina de una laudo extranjero”, en *RDPC*, 2012-1, pp. 59-75.

⁴Véase el repaso a la legislación de Derecho comparado sobre arbitrabilidad de controversias derivadas de contratos de consumo de KAUFMANN-KOHLER, G./SCHUTZ, T., “*Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*”, ob.cit. pp. 170-172. En algunos países, incluso, como Francia, la prohibición de sometimiento a arbitraje afecta solo a los litigios de consumo de ámbito nacional (art. 2061 del Código Civil francés) pero no afecta a los litigios internacionales. Entre las recientes sentencias de una jurisdicción nacional de un Estado miembro de la OEA, destaca la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el caso *Dell*. Allí se niega que la cláusula de sometimiento a arbitraje sea nula por el hecho de ser el contrato de consumo y sea una materia de orden público. Se destaca que esta circunstancia no obliga a que las controversias que deriven del contrato de consumo deban ser siempre planteadas ante la justicia ordinaria.

4.-La aceptación del arbitraje, como fórmula de resolución de controversias derivadas de un contrato de consumo no es un tema absolutamente pacífico. Existen posturas radicales fundamentadas en contra de admitir, en cualquier caso, la solución arbitral para resolver litigios de consumo como única solución válida, especialmente cuando se ha establecido con carácter previo al surgimiento de la controversia. La generalización absoluta de los casos de elección previa (adhesión) al nacimiento del litigio del árbitro es la razón principal que hace haya que detenerse en la condición de arbitrabilidad de las controversias derivadas de un contrato de consumo

5.- La tesis detractora de la arbitrabilidad de los contratos de consumo reposa en los siguientes motivos: (i) la ausencia de verdadero ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión, siendo estos la regla general en materia de relaciones de consumo. (ii) los altos costos de un arbitraje que impiden a algunos consumidores efectuar su reclamación, redundando esta circunstancia en beneficio de los proveedores, (iii) la prohibición de ejercitar acciones colectivas en algunos casos y la posición de privilegio de algunos proveedores más habituados a recurrir a esta fórmula (*repeatplayer*)⁵, (iv) la mayoría de los laudos arbitrales son secretos, no recurribles y no tienen por qué fundamentarse en laudos o decisiones anteriores sobre cuestiones análogas⁶.

6.En el Derecho Internacional Privado de fuente autónoma, el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 2654⁷ relativo a jurisdicción internacional en materia de contratos de consumo internacionales no sólo no contempla la posibilidad de someter a la decisión de árbitros los conflictos nacidos al amparo de esta clase de contratos sino que además prohíbe expresamente la prórroga de jurisdicción. Como contrapartida a esta prohibición se han establecido una multiplicidad de foros

⁵Es interesante esta teoría que compara a la empresa que participa al año en miles de arbitrajes, frente al consumidor que solo tiene uno y que, por tanto, tiene una gran ventaja debido a su familiaridad con el proceso. Véase GALANTER, M. "Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change" en *Law and Society Review*, 1974, reeditado (con correcciones) in R. Cotterrell (Ed) *Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1994, pp. 165-230, uno de los trabajos más citados de todas las revistas sobre temas legales de los Estados Unidos

⁶ Los consumidores no pueden beneficiarse del conocimiento de procesos arbitrales análogos al suyo, mientras que los proveedores cuentan con esa importante ventaja ya que participan en muchos arbitrajes, la mayoría ante los mismos árbitros.

⁷ El precepto establece que los foros atributivos de jurisdicción para demandas relativas a relaciones de consumo pueden entablarse a opción del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado, del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. Asimismo, son competentes los jueces el Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. En tanto que cuando la acción se inician en contra del consumidor por la otra parte contratante, el único foro ante el cual puede interponerse la demanda es el de los jueces del Estado del domicilio del consumidor. Los contratantes no pueden sustraerse de la jurisdicción establecida por ley.

concurrentes a favor del consumidor para el supuesto de que éste sea actor.

7.- En el derecho interno, el Código Civil y Comercial de la Nación introdujo como novedad la incorporación del contrato de arbitraje. Sin embargo, el art. 1651 del CCyC contiene una serie de exclusiones materiales, entre las que se encuentran las cuestiones vinculadas a derechos de usuarios y consumidores (inc. c). No obstante ello, la exclusión del arbitraje en el derecho interno ha dado lugar a diferentes posturas: (i) quienes entienden que en estos casos existe materia arbitrable, pero sometida a procedimientos arbitrales especiales⁸; (ii) quienes consideran que el arbitraje solamente es admisible en contratos paritarios, por lo que consideran justificadas estas exclusiones⁹; (iii) quienes entienden que existe materia arbitrable, a menos que el consumidor o trabajador hayan sufrido la imposición de un procedimiento arbitral mediante aprovechamiento de su estado de debilidad, por lo que es válido el sometimiento a arbitraje acordado por acto posterior al contrato¹⁰. Estas diferencias de criterio pueden llevar a la negativa mecánica del arbitraje en estas materias o a su ponderación en el caso concreto, a fin de verificar la efectiva lesión de derechos. La jurisprudencia argentina ha aplicado mecánicamente la regla de exclusión¹¹.

8.-Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (modificada por ley 26.361) admite la arbitrabilidad de las relaciones de consumo a fin de resolver disputas. Esto se evidencia en el artículo 59¹² que determina que la autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como de derecho o como amigables componedores para resolver cuestiones que se susciten por aplicación de esa ley. El decreto 276/98 –complementado con la Resolución

⁸ Véase PARODI, G., en Julio C. RIVERA y Graciela MEDINA (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 857.

⁹ Véase JUNYENT BAS, F. y GARZINO, M. C. en Ricardo L. LORENZETTI (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VII*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2015, p. 127-129, señalando que el convenio arbitral presupone un contrato paritario y solo es válido entre partes iguales, pero admitiendo el arbitraje institucional en el derecho del consumo.

¹⁰ Véase SANDLER OBREGÓN, V. en Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO y Sebastián PICASSO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 352-353.

¹¹ CNCIVIL, SALA F, “Blanco Rodríguez, María de Las Mercedes c. Madero Urbana S.A. s/ cumplimiento de contrato”, 16/12/2015, en *La Ley*, 2016-A, p. 234, declarando la nulidad de una cláusula compromisoria pactada en un contrato de consumo. Gonzalo A. VIÑA cuestiona la resolución, considerando que vulnera el principio de competencia de la competencia (“Nulidad de la cláusula arbitral en contratos de consumo anteriores al Código Civil y Comercial: ¿protección al consumidor o inseguridad jurídica?”, en *RCCyC 2016 (marzo)*, p. 249 y sigs.).

¹² Este dispositivo textualmente establece: “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

212/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería- instituyó el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, que se encuentra en plena actividad.

8.1. La autoridad de aplicación debe promover la organización de estos tribunales, lo que implica establecer un reglamento sobre composición e integración de los mismos. De la misma redacción legal parece inferirse que los tribunales deberán ser institucionalizados, de carácter permanente, y contar con una estructura y recursos estables.

8.2. Si bien gran parte de la doctrina argentina se ha pronunciado a favor del sistema de arbitraje en las relaciones de consumo, se han planteado dudas sobre la efectividad del sistema, con base en la remisión de la operatividad de la norma a la reglamentación y al carácter estrictamente voluntario del arbitraje, que podría redundar en el fracaso de esta herramienta si los proveedores no se someten a este tipo de procedimiento¹³

9.- El artículo 5.2.a¹⁴ de la Convención de Nueva York¹⁵ de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos arbitrales, establece que una causal para denegar el reconocimiento y/o ejecución de un laudo es precisamente el hecho de que según la ley del país donde se pide el reconocimiento el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje. Sobre esta norma pueden establecerse algunos conceptos básicos: (i) se refiere a la arbitrabilidad de la controversia sometida a los árbitros; sea por razones subjetivas (una de las partes no pudo someterse a arbitraje, por ejemplo, por ser una emanación de un Estado) o por razones objetivas (la relación jurídica de que se trata está excluida de las que se pueden resolver por árbitros); (ii) es una causal distinta e independiente de la causal de rechazo de la ejecución del laudo establecida en el inciso b, del mismo artículo 5.2, la cual se refiere al orden público¹⁶, (iii) la arbitrabilidad de la controversia sometida a decisión de los árbitros se juzga por la ley del juez a quien se pide la ejecución.

10.- Entendemos que los conflictos de consumo no repudian intrínsecamente el arbitraje ni otros

¹³Conf FARINA, J. M. *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 547/549.

¹⁴Textualmente dispone: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje...”

¹⁵Esta convención ha sido ratificada por nuestro país por ley 23.619.

¹⁶Art. 5.2.b: Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

medios alternativos de resolución de conflicto. Son, por naturaleza, arbitrables. Sin embargo, debe resguardarse al consumidor ante compromisos arbitrales contraídos al momento de contratar, en un contrato celebrado por adhesión y constitutivo de una cláusula inválida, tendiente a sustraerlo perjudicialmente de la jurisdicción que le corresponde conforme el derecho supletorio.

11.- Ahora bien, admitiendo la arbitrabilidad de las relaciones de consumo internacionales, corresponde analizar en segundo término las condiciones de validez de las cláusulas y/o compromisos que someten estas controversias a arbitraje. Esto implica establecer los supuestos en los que dichas cláusulas pueden llegar a tener la consideración de abusivas por suponer un perjuicio para el consumidor, cuando su carácter obligatorio le impidiera acudir a la justicia ordinaria.

12.- Al respecto existe consenso en que los motivos alegables de invalidez de una cláusula no residen en la no arbitrabilidad *priori* de este tipo de controversias, -sometidas en cualquier caso a la ley que regule el arbitraje-, sino en algún elemento presente o derivado de la misma que genere una situación de indefensión del consumidor (costos elevados, obligación de realizar grandes desplazamientos, dudas sobre la fácil comprensión de la cláusula tal y como es expresada en el contrato, prohibición del ejercicio de acciones colectivas, etc), comparado con la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria. En definitiva, se trata de casos en los que la cláusula tiene un carácter abusivo y claramente perjudicial para el consumidor¹⁷ y que se producen con cierta frecuencia por la generalización en la práctica de los contratos de adhesión¹⁸.

¹⁷ En este sentido, destaca el apartado Q de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores donde se establece que podrán ser declaradas abusivas (en relación al art. 3) las que tengan por objeto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor, en particular, obligándose a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas...” Aunque también es real que tanto la Directiva sobre el comercio electrónico y el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflicto animan a incluir fórmula de sometimiento

¹⁸ Así en la jurisprudencia de los Estados Unidos se ha extendido la exigencia, en la mayoría de los Estados, de dos requisitos acumulativos para considerar inaplicable una cláusula arbitral (o cualquier otra cláusula contractual). Ambos requisitos se exigen, para un supuesto de contrato de consumo *online*, en la sentencia del *Northern District Court* de California del 30 de agosto de 2002 en el asunto *CraingComb, et. V PlayPal*. En este fallo se exige, por una parte, que la cláusula arbitral no vaya incluida en un contrato de adhesión, y por otra, que sus términos sustantivos sean justos. En la precisión de esta última circunstancia entran diferentes baremos, como la ausencia de equidad en las obligaciones de las partes, los altos costos del arbitraje, la prohibición de acciones colectivas, etc. Por tanto, según este enfoque, la mera consideración de la cláusula de arbitraje como una cláusula de adhesión, sin posibilidad de negociación o de modificación por el consumidor, sería insuficiente para establecer su nulidad. Una solución intermedia –y también parcial- quizás consista en aplicar criterios utilizados en la determinación de la competencia judicial internacional como los de sitio *web* activo/pasivo (tal y como estableció la citada sentencia *Zippo Manufacturing Co v ZippodotCom, Inc.*). De esta manera, por encima de lo establecido en el respectivo contrato de adhesión, prevalecería la posibilidad de que el consumidor se dirigiera a un árbitro de su domicilio

13.- Consideramos que la cláusula arbitral previa al surgimiento del conflicto no es abusiva *per se*. Lo que torna verdaderamente inválida dicha cláusula o compromiso arbitral es la situación de indefensión a la que puede verse sometido el consumidor en el caso concreto al ser desplazada la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria. Será entonces tarea de los magistrados ponderar y valorar en cada caso en particular si ha mediado indefensión en términos sustantivos o procesales en detrimento del consumidor.

14.- Comprobada la situación de indefensión del consumidor deberán los magistrados proceder - aún de oficio- a declarar la nulidad de tales cláusulas, quedando la posibilidad de acudir al consumidor ante la justicia ordinaria. Sólo en los casos en los que la cláusula arbitral previa tenga carácter obligatorio se podrá establecer su consideración de cláusula abusiva. Será, en la práctica, la *lex fori* del tribunal del Estado de residencia del consumidor quien tenga en cuenta sus normas imperativas de protección y, en virtud de ellas, proceda a la inaplicación de la cláusula arbitral

15.- De acuerdo con lo expresado, entendemos que: (i) si el consumidor es quien acciona ante el tribunal arbitral, la competencia arbitral será válida; (ii) si, por el contrario quien acciona es el proveedor, en base a un compromiso arbitral *ante litemnatam* el consumidor plantea la nulidad del compromiso o la incompetencia, deberá acogerse esa defensa como regla, a menos que el proveedor demuestre acabadamente la inexistencia de perjuicios al derecho de defensa del consumidor; (iii) Si acciona el proveedor, en base a un compromiso arbitral *post litemnatam*, deberá reconocerse la competencia arbitral, a menos que se acredite o surja evidente la violación del derecho de defensa del consumidor.; (iv) en caso de ser demandado el consumidor y no plantear nulidad de la cláusula compromisoria ni incompetencia, el juez deberá examinar de todos modos si este desplazamiento de jurisdicción no vulnera el derecho de defensa del consumidor a fin de admitir la validez de la jurisdicción arbitral.