

Presentación del tema

1) Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual

Hace muchos años que la doctrina y los foros de codificación, en la elaboración de instrumentos tanto de hard law como de soft law, se ocupan de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales, focalizándose en aquellos en que ambas partes negocian las cláusulas del contrato (free discussion contracts), incluyendo la cláusula de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral.

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos (que son lo opuesto a los contratos “de libre discusión” o “free discussion contracts”, es decir, son aquellos en los cuales las partes no tienen igual o equivalente poder de negociación²), B2b contracts y demás denominaciones. Utilizaremos de aquí en más la expresión contratos con cláusulas estándar, que es el utilizado en instrumentos tales como los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, dándole aquí el sentido amplio y comprensivo que se desarrolla a continuación.

² Definición tomada del art. 25 del Proyecto de Ley General de Derecho internacional privado, en el cual trabaja el Instituto Antioqueño de Derecho internacional privado trabaja, mencionado en la respuesta al cuestionario de la Dra. Claudia Madrid Martínez, al que se hará referencia más adelante.

Los contratos con cláusulas estándar de los que nos ocuparemos en este Informe son básicamente los de adhesión –tanto domésticos como internacionales-, que son aquellos redactados unilateralmente por la parte que ofrece el servicio o el producto, sin que exista posibilidad de que la parte que adhiere, aun siendo comerciante, negocie las cláusulas del contrato, plasmadas habitualmente en condiciones generales impresas o en formularios. Quedan incluidas en este Informe todas las modalidades contractuales que encuadran en el concepto antedicho, sin perjuicio de hacer, a lo largo del documento, referencias específicas a alguna modalidad contractual en concreto. En otras palabras, el Informe refiere a todos aquellos contratos comerciales internacionales, cualquiera sea la modalidad específica -distribución, agencia, transporte, seguros, contratos bancarios, entre otros- en que una de las partes carece de poder de negociación, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez.

Se ha sostenido que esta forma de contratar es indispensable para que funcione el comercio internacional, dado que sería imposible y muy costoso negociar individualmente cada contrato, especialmente cuando la oferta es masiva. La veracidad de dicha afirmación no se discute, pero ello no puede legitimar la eventual inclusión de cláusulas abusivas en ese tipo de contratos. Precisamente este Informe y sus Recomendaciones apunta a brindar a los jueces y demás operadores jurídicos herramientas que les permitan evitar abusos de Derecho, derivados del superior poder de negociación de una de las partes y materializado en la inclusión de cláusulas abusivas en materia de elección de juez y/o ley -entre otras- insertas en contratos de adhesión, formulario y demás variantes.

Este informe se focaliza en las cláusulas de elección de ley y/o de juez (o árbitro) incluidas habitualmente en las condiciones generales de los contratos internacionales de adhesión celebrados entre comerciantes. No obstante, se incluyen referencias a contratos domésticos, a contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, entre otros, así como a otras cláusulas generalmente incluidas en los contratos de adhesión, como las de limitación o exoneración de responsabilidad. Ello se debe a que el desequilibrio en el poder de negociación existente en los contratos de adhesión se observa no sólo en los contratos internacionales comerciales, sino también en los domésticos, así como en los civiles.

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes tiene un poder contractual mucho mayor, desde que puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje). La otra parte, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “take-it-or-leave-it contracts”*. Una de las partes del contrato sólo lo toma o lo deja.

La situación descrita en el párrafo anterior se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen, lo que

* Restatement 2nd Conflict of Laws, Section 192, Comment e.

deriva del control dominante del mercado por parte de algunos sectores³. En esos casos, el comerciante al que se le presentan esas condiciones sólo puede tomarlas, o no contratar, lo que implica no comerciar, porque no tiene condiciones generales alternativas para elegir, ni posibilidad alguna de negociar y discutir las cláusulas unilaterales. Excedería los límites de este trabajo profundizar en el problema de la naturaleza anticompetitiva del dominio del mercado y los monopolios. A los efectos de este informe y sus recomendaciones, baste señalar que las condiciones generales monopólicas utilizadas en determinados sectores del comercio internacional son habitualmente ofrecidas en el mercado a través de contratos con cláusulas estándar o de adhesión. Nos enfocaremos aquí en analizar cómo se podría neutralizar o minimizar los efectos nocivos e injustos derivados de los desequilibrios propios de los contratos de adhesión.

Todas las circunstancias descritas en este epígrafe constituyen indicadores de debilidad contractual de la parte que adhiere a los contratos con cláusulas estándar, aunque se trate de un comerciante informado y debidamente asesorado. Dichas circunstancias podrían sintetizarse, en esa primera aproximación al tema y sin perjuicio de posteriores desarrollos como la existencia de condiciones generales unilaterales preimpresas y no negociables y que dichas condiciones sean de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de opciones.

2) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión

La autonomía de la voluntad conflictual es la facultad que el legislador -nacional o internacional- otorga a las partes de pactar la ley aplicable a su contrato y/o el juez competente para dirimir las controversias que pudieran surgir con relación a su contrato. Ese pacto de elección de ley y/o juez constituye un acuerdo entre ambas partes del contrato, de dos o más voluntades, por lo que queda excluida la elección unilateral por una de las partes no consentida por la otra. Lo que se cuestiona en los contratos con cláusulas estándar, de adhesión y modalidades análogas es la existencia misma del consentimiento, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez, incorporadas en sus condiciones generales, formulario o medio análogo.

Se ha sostenido que los comerciantes contractualmente débiles pueden estar a veces deseosos de aceptar los términos de los contratos de adhesión porque ello implica menores costos y mayor celeridad en la contratación, porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede

³ Afirmar la ABA-SIL en la página 7 de sus Comentarios al segundo informe de avance de esta relatora: "When the stronger bargaining party enjoys dominant market control, that can have monopolistic consequences. However, there is an argument that market dominance is the issue in that case, rather than the contract of adhesion. Focusing on the unequal bargaining party runs the risk of shifting focus from the anticompetitive nature of market dominance."

ocurrir en algunos casos, en especial en aquellos en que las condiciones generales no contienen cláusulas abusivas o claramente perjudiciales para los intereses de quién adhiere. En esos casos, las cláusulas de elección de juez y/o ley no van a generar problemas, porque de surgir un diferendo el comerciante que adhirió recurrirá a la jurisdicción establecida en las condiciones generales, y no discutirá la ley allí establecida como aplicable al contrato. El problema se plantea cuando surgido el diferendo, el comerciante que adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos. Así, por ejemplo, no creo que ningún comerciante con establecimiento en Uruguay que importó mercadería de Argentina, la cual le llega dañada o con faltante por un monto total de unas pocas decenas de miles de dólares, o menos, acepte de buena gana una cláusula incluida en las condiciones generales del conocimiento de embarque que diga que ante cualquier reclamo, los jueces competentes son los de Reino Unido.

Con respecto a la ley, se ha dicho que en general la parte que redacta el contrato elige su propia ley, lo que habitualmente es así, porque es la que mejor conocen los abogados de dicha parte. Pero la razón fundamental de la elección de la ley es que esta sea la más conveniente a los intereses de quien la elige. Aquí también se inclina la balanza a favor de quien redacta las condiciones generales.

Nótese que el solo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley (o de juez); para que ello ocurra, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil⁴. Es al legislador primero, y al juez o árbitro cuando se llega a la etapa contenciosa, a quienes corresponde evitar abusos a este respecto.

El legislador, ya sea este internacional, a través de normas de DIPr convencionales, o nacional mediante normas de DIPr autónomas o nacionales, y también quienes elaboran instrumentos de soft law, como el presente, deben actuar con anterioridad a que se plantee el conflicto. Es al juez o árbitro a quien corresponde actuar una vez planteado el mismo.

De esta forma, una vez que se plantea la acción ante el tribunal, este deberá resolver si asume o no jurisdicción, para luego determinar cuál es la ley aplicable al contrato que ha dado lugar al conflicto. Para ambas cuestiones, deberá analizar si la parte contractualmente débil tuvo realmente "autonomía" o "libertad" para elegir el juez competente y la ley aplicable al contrato, o si en realidad no hubo elección efectiva de ambas partes. Estas decisiones varían de un país a otro, conforme lo que establezcan sus respectivos ordenamientos jurídicos. Si el juez determina que el contrato, y en especial las cláusulas de elección de foro y de ley, fueron libremente celebrados, las cláusulas serán confirmadas. De lo contrario, si el juez determina que el contrato y las cláusulas no fueron libremente celebrados o que la elección de ley y juez no fue válida, el juez recurrirá a sus propias normas de DIPr para determinar tanto su competencia como la ley aplicable al contrato.

⁴ Eugene F. SCOLES & Peter HAY, Conflict of Laws, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

Si se pusiera en pie de igualdad al comerciante que tiene el poder contractual suficiente como para establecer unilateralmente las condiciones generales del contrato, incluyendo la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, con el comerciante que no tiene otra opción más que adherir o no contratar, considerando que el supuesto “consentimiento” de ambas partes vale lo mismo, se estaría tratando igual a desiguales. En otras palabras, no se le puede dar el mismo tratamiento a las cláusulas de un contrato libremente negociado por las partes (free discussion contracts) que a las cláusulas estándar de un contrato asimétrico, como es el de adhesión en todas sus variantes.

3) La solución clásica

La forma clásica y tradicional de evitar ese tipo de problemas, es estableciendo por parte del legislador, uno o más foros razonables al que ambas partes puedan acceder, en vez de permitirle al comerciante contractualmente fuerte imponer unilateralmente al comerciante que adhiere una jurisdicción altamente inconveniente para este último, jurisdicción que además es exclusiva, porque la elección válida del foro excluye otras posibles jurisdicciones concurrentes.

En cuanto a la ley aplicable, el legislador ha establecido a veces soluciones preceptivas a través de un punto de conexión como puede ser el lugar de cumplimiento del contrato, o el de celebración, por ejemplo, y otras determinando un marco regulador que impida abusos de la parte más fuerte sobre la más débil. Se ha criticado esta solución en base a que serían las partes las que mejor saben cuál es la ley más adecuada para regular su contrato. Esta afirmación puede ser cierta cuando ambas partes negocian y analizan las posibilidades en materia de ley aplicable al contrato. Pero cuando la elección es unilateral, lo que ocurre es que la parte que elige opta por la ley más conveniente para sus intereses, no para el contrato en abstracto, y mucho menos para el comerciante que adhiere.

4) La situación actual

La situación actual es que en general las normas de Derecho Internacional Privado, tanto convencionales como autónomas sobre contratos internacionales, así como las de soft law, le prestan poca o ninguna atención a la temática específica de los contratos de adhesión, que comprende un porcentaje importante de la contratación comercial internacional. Ello demuestra la relevancia del tema propuesto. La mayoría de las respuestas recibidas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación.

Los contratos comerciales internacionales con una parte contractualmente débil dan lugar a frecuentes conflictos donde se discute la validez o no de las cláusulas incluidas en condiciones generales.

Todo lo anterior justifica el análisis del tema, partiendo de lo que tenemos y concluyendo con recomendaciones sobre posibles buenas prácticas que permitan subsanar algunos de los problemas actuales, o al menos mejorar las situaciones no deseadas y a veces francamente injustas que se plantean en esta materia. Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI vendrá a complementar lo que tenemos: los instrumentos de hard law (Convenciones y leyes nacionales) y de soft law (la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de La Haya sobre los contratos internacionales, entre otros) con que contamos actualmente. El Informe sobre la problemática que plantean los contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil y recomendaciones sobre posibles buenas prácticas será un documento novedoso, dado que refiere a un tema poco o nada desarrollado por los instrumentos existentes, que creemos será de utilidad práctica para los diversos operadores del Derecho.