

## INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.

### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES. INFORME Y RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS

#### Tabla de Contenido

	Página
I. ANTECEDENTES.....	3
II. PRESENTACIÓN DEL TEMA.....	4
1) Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar.....	4
2) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión.....	6
3) La solución clásica.....	7
4) La solución actual.....	7
III. EL CUESTIONARIO.....	8
A. Legislación.....	8
1) ¿Existe en su país legislación autónoma o convencional de Derecho Internacional Privado (DIPr) sobre la autonomía de la voluntad conflictual, especialmente sobre elección de ley y/o foro (juez o árbitro) en los contratos comerciales internacionales? .....	8
2) ¿Existe un marco regulador para el ejercicio de dicha autonomía por las partes? ¿condiciones de validez de la cláusula de elección de ley, juez o árbitro? ¿condiciones especiales (por ejemplo: que la cláusula sea escrita) y/o condiciones generales (por ejemplo, que no contravenga el orden público internacional)? ¿otras?.....	16
3) ¿Se excluyen del campo de la autonomía de la voluntad algunas categorías de contratos internacionales y/o de sujetos? Los contratos excluidos del régimen autonomista, ¿tienen regulación especial? .....	26
4) Los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formulario, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas), ¿tienen alguna regulación especial? En caso afirmativo, ¿Cuál? ¿Considera Usted que la regulación existente es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma? .....	40

5)	Frente al interrogante planteado en el cuestionario de si considera que la regulación existente –en el respectivo país- es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma, se recibieron las siguientes respuestas: .....	43
6)	Las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, ¿son válidas conforme a la legislación de su país? .....	45
B.	Jurisprudencia .....	48
7)	La jurisprudencia de su país, ¿valida o no las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos? ¿en base a qué fundamento (normativo, doctrinario, otro)? En particular, las valida o no en los siguientes contratos: .....	48
8)	¿Considera Usted que la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes es adecuada? .....	51
C.	Doctrina .....	51
9)	¿Cuáles son las posiciones doctrinarias en su país con respecto a la temática abordada en este cuestionario? .....	51
IV.	OTRAS CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS RELEVANTES PARA ESTE INFORME .....	58
1.	El DIPr no puede ignorar el imperativo de proteger a la parte débil.....	58
2.	Necesidad de regular la autonomía de la voluntad.....	59
3.	Formas de proteger a las partes débiles.....	60
4.	Leyes sobre abuso de posición dominante ( <i>Abuse of superior bargaining position laws</i> ).....	62
5.	Contratos “desequilibrados” .....	63
6.	Principio de libertad y principio de igualdad.....	65
7.	Grandes y pequeños o medianos comerciantes. “Contratos B2B y contratos B2b”.....	67
8.	Cláusulas abusivas y desigualdad de poder de negociación.....	69
9.	La buena fe en la contratación y el orden público.....	70
10.	El rol del legislador y de los jueces: justicia formal y sustantiva.....	72
11.	Contratos con cláusulas estándar, de adhesión y sus variantes.....	73
12.	Las cláusulas libremente consentidas por ambas partes y las estipulaciones unilaterales.....	75
13.	El justo equilibrio.....	77
14.	Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y su relevancia para el tema objeto de este Informe.....	78
15.	Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya y su relevancia para el tema objeto de este Informe.....	79
V.	CONCLUSIONES .....	80
	RECOMENDACIONES Y POSIBLES BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL.....	81
	Parte 1. Objetivos de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación.....	81
	Parte 2. Recomendaciones, sugerencias y posibles buenas prácticas en materia de contratos comerciales con parte contractualmente débil.....	81

## I. ANTECEDENTES

En su 98º Período Ordinario de Sesiones (5-9 abril, 2021) el Comité Jurídico Interamericano (en adelante, CJI) aprobó para su inclusión en la Agenda el tema “Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil” (OEA/Ser. Q, CJI/doc. 636/21 de 6 de abril de 2021). El objetivo que se propone el CJI es la elaboración de un Informe sobre la problemática que plantean los contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil y recomendaciones sobre posibles buenas prácticas.

Como primera medida para comenzar a trabajar en el tema, la suscrita relatora elaboró un cuestionario que, en el marco de cooperación establecido entre el CJI y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), fue remitido a diversos especialistas de la región, habiéndose recibido inicialmente seis respuestas.

En la reunión del 16 de septiembre de 2021 entre la OEA, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los Asesores jurídicos de las Cancillerías, se sugirió invitar a los Estados Miembros de la OEA a responder a los cuestionarios sobre los dos nuevos temas de la agenda del Comité Jurídico Interamericano, entre ellos, el referido a “Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil”. Se han recibido respuestas de las cancillerías de **Argentina**, **Canadá** (respuesta enviada por Isabel Mainville, Deputy Director – Inter-American Relations | Directrice adjointe – Relations Interaméricaines, Global Affairs Canada | Affaires mondiales Canada, Government of Canada | Gouvernement du Canada), **Paraguay** (Misión Permanente de la República del Paraguay ante la OEA), **México** (respuesta enviada por la Misión Permanente de México ante la OEA), **Panamá** (respuesta enviada por Otto A. Escartín Romero, Director Encargado de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, y elaborada por Juan Carlos Arauz Ramos, Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá).

Con fecha 15 de julio de 2022 se recibieron comentarios sobre el Segundo Informe de Avance de este documento por parte de la **International Law Section of the American Bar Association**, los que, al igual que todo el material recibido, es incorporado y tenido en cuenta en este trabajo.

Los días 26 y 27 de setiembre de 2022 se celebró una Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Privado de las Cancillerías de los Estados miembros de la OEA. En dicha oportunidad esta relatora presentó el Segundo Informe de avance de este documento y posteriormente se recogieron comentarios de los Asesores Jurídicos, los que son volcados en este Informe.

Con fecha 30 de noviembre de 2022 se recibieron respuestas al cuestionario de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

Con fecha 5 de diciembre de 2022 se recibieron comentarios adicionales enviados por Alexis Damián Elías Am, Representante Alterno de la República Argentina ante la OEA.

También se han recibido aportes de especialistas, como el Profesor Alejandro Garro.

El 10 de agosto de 2023 se presentó el tema en las XVI Jornadas ASADIP, celebradas en Río de Janeiro, recibiendo comentarios y sugerencias por parte de la Dra. Carolina Iud, de Argentina, y del Dr. Marcos Dotta, de Uruguay, que fueron tenidos en cuenta en este documento. A los demás participantes en las Jornadas que quisieran enviar comentarios y sugerencias sobre el documento de referencia, se les concedió plazo hasta el 30 de setiembre del corriente 2023 para hacerlo.

Con respecto a algunos de los países miembros de la OEA -y de otras regiones- que no respondieron el cuestionario, y también de algunos que sí respondieron, la relatora investigó y plasmó en este Informe las soluciones normativas y/o jurisprudenciales así como también referencias doctrinarias relativas al tema objeto del mismo, citando las fuentes correspondientes. En especial, se mencionan algunas de Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos de América, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En suma, a los efectos de elaborar este Informe y sus recomendaciones sobre posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil, se han tenido en cuenta los instrumentos convencionales universales, regionales y subregionales vigentes en la región, así como el Derecho Internacional Privado autónomo de los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá (provincias con sistema de *common law* y de *civil law*), Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador<sup>1</sup>, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, es decir, 20 de los 35 Estados Miembros de la OEA.

Por último, para la elaboración de este Informe la relatora contó con el apoyo incondicional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en especial a través de los Dres. Dante Negro y Jeannette Tramhel, a quienes agradece.

## II. 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 negociación<sup>2</sup>), *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.

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

<sup>1</sup> A pesar de las investigaciones realizadas, no se han podido detectar normas de conflicto en materia de contratos internacionales, aunque sí de derecho sustantivo en el Código Civil de la República de El Salvador, en <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX-FAOC211293/>. El Código Civil es la única referencia normativa que figura en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 360.

<sup>2</sup> 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.

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 existe 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 deriva del control dominante del mercado por parte de algunos sectores<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>3</sup> Afirma 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.”

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 ocurrir en algunos casos, en especial en aquellos en que las condiciones generales no contienen cláusulas abusivas o claramente perjudiciales para los intereses de quien 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 en general 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 débil<sup>4</sup>. 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

---

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

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.

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.

### III. EL CUESTIONARIO

#### A. Legislación

- 1) ¿Existe en su país legislación autónoma<sup>5</sup> o convencional de Derecho Internacional Privado (DIPr) sobre la autonomía de la voluntad conflictual, especialmente sobre elección de ley y/o foro (juez o árbitro) en los contratos comerciales internacionales?

Se sistematizan a continuación –de forma no exhaustiva- los instrumentos convencionales y las leyes nacionales o autónomas vigentes en la región en materia de autonomía de la voluntad conflictual, especialmente sobre elección de ley y/o foro (juez o árbitro) en los contratos comerciales internacionales. Se indican los Estados parte de cada uno de los textos convencionales o la fuente donde consultar la lista respectiva.

*a. Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos a la elección de foro:*

- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 56 y ss), que vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay (TDCIM de 1889).
- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928, que vincula a Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, El Salvador y Venezuela<sup>6</sup>.
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 56 y ss), que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay (TDCIM de 1940).
- Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay.
- Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94, que vincula a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
- Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, del que México es el único Estado americano que es parte. Entrada en vigor el 1-X-2015<sup>7</sup>.

En suma:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de foro, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones<sup>8</sup>.
- Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual en materia de foro, como el TDCIM de 1889, que establece soluciones preceptivas (art 56 y ss).
- Otros, como el TDCIM de 1940 y su Protocolo Adicional la prohíben, aunque con algunas excepciones en que sí se admite (arts. 56 y 5 respectivamente).
- Otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible. Respecto de estos últimos, el Código Bustamante (arts. 318-339), el Protocolo de Buenos Aires y el Convenio de La Haya de 2005.

<sup>5</sup> Entendemos por normas o legislación “autónoma” aquellas normas de Derecho Internacional Privado que emanan del Parlamento de un Estado, es decir, que son de fuente interna o nacional, y no internacional, como los tratados y convenciones.

<sup>6</sup> Argentina, México, Paraguay y Uruguay firmaron, pero no ratificaron, por lo que no los vincula. Ver información actualizada en:

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-31\\_codigo\\_bustamente\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamente_firmas.asp) (último acceso: 13/6/2021).

<sup>7</sup> <https://assets.hcch.net/docs/8084dc52-44b5-4a0d-8326-0109d9902435.pdf> (último acceso: 13/6/2021).

<sup>8</sup> Las cuestiones que se plantean cuando dos o más Estados son parte de dos o más Tratados sobre la misma materia, se regulan por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial su art. 30.

- Por consiguiente, no puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de foro porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.
- Ninguno de los textos comentados hace referencia a los contratos comerciales con parte débil.
  - b. *Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos a la elección de ley:*
    - Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 33 y ss), que vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. No admite la autonomía de la voluntad conflictual, sino que establece soluciones preceptivas en cuanto a la ley aplicable al contrato. No obstante, al no prohibirla a texto expreso, como sí lo hace el art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, algunos autores argentinos han interpretado -equivocadamente en mi opinión y en general en la de toda la doctrina uruguaya- que al no prohibirla expresamente la autonomía conflictual estaría permitida<sup>9</sup>.
    - Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928 (arts. 184-186), que vincula a Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, El Salvador y Venezuela, no admite claramente la autonomía de la voluntad conflictual en cuanto a la ley, aunque la doctrina ha interpretado que la misma se presume<sup>10</sup>.
    - Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 37 y ss), que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay. No admite la autonomía de la voluntad conflictual, sino que establece soluciones preceptivas.
    - Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay. Prohíbe expresamente la autonomía de la voluntad conflictual.
    - Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, La Haya, 1978, que trata sobre la autonomía de la voluntad conflictual. El carácter universal de la Convención (art. 4) la torna aplicable también con relación a Estados que no sean parte. Sólo un país miembro de la OEA (Argentina) es parte de esta Convención, del que además son parte sólo Francia, Países Bajos y Portugal.
    - Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980, que admite la autonomía de la voluntad (art. 6).
    - Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994), que vincula solamente a México y Venezuela, y admite la autonomía de la voluntad conflictual.

---

<sup>9</sup> Ver sobre este tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, en especial pp. 51-55 y “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, pp. 323-390

<sup>10</sup> Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 609, con cita de Tatiana Maekelt. Agrega Boutin en la p. 614 que el art. 185 del Código Bustamante “...señala por vía oblicua y de manera ínsita la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes...”.

En suma:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones<sup>11</sup>.
- Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual en materia de ley, como el TDCIM de 1889, que establece soluciones preceptivas (arts. 33 y ss), o no la admiten claramente, como el Código Bustamante.
- Otros, como el TDCIM de 1940 y su Protocolo Adicional la prohíben, aunque con algunas excepciones (arts. 37 y ss, y 5 respectivamente).
- Otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.
- Algunos la admiten, pero refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales, como es el caso de la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, La Haya, 1978 y la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980.
- Por consiguiente, no puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de ley porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.
- **Ninguno de los textos comentados hace referencia a los contratos comerciales con parte débil.** Solamente el Código Bustamante hace referencia, en su art. 185, a los contratos de adhesión.

*c. Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos al arbitraje:*

- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958. A la fecha 168 países son parte de esta Convención, incluyendo la mayoría de los Estados parte de la OEA<sup>12</sup>.
- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Panamá, 30 de enero de 1975. CIDIP-I. A la fecha tiene 19 Estados Parte<sup>13</sup>.
- Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, Buenos Aires, 23 de julio de 1998. CMC/Dec. 3/98, que vincula a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
- Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile. Buenos Aires, 23 de julio de 1998. CMC/Dec. 4/98. (No vigente).
- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de abril de 1961, de la que es parte Cuba, además de varios Estados europeos.

En suma:

En el ámbito de la OEA el arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad, es ampliamente admitido, dentro del marco regulador establecido por los varios instrumentos internacionales que coexisten en la región.

<sup>11</sup> Las cuestiones que se plantean cuando dos o más Estados son parte de dos o más Tratados sobre la misma materia, se regulan por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial su art. 30.

<sup>12</sup> [https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2) (última visita: 7 de julio de 2021)

<sup>13</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (última visita: 7 de julio de 2021).

d. *Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de foro*

- **Argentina** regula el punto en los arts. 2605-2607 CCCN<sup>14</sup>;
- **Bolivia** tiene pocas normas estatales dispersas sobre temas de DIPr, y las que hay son de escasa aplicación. Dichas normas tienen “falencias y limitaciones, tanto de sistema como de contenido”, las cuales “no se ven colmadas por el insuficiente número de convenios ratificados por el Estado Plurinacional”<sup>15</sup>. Entre las normas de DIPr de origen estatal cabe mencionar, con relación al tema que nos ocupa, las que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil (Ley n° 1760, de 28 de febrero de 1997), en la Ley del Órgano Judicial (Ley n°. n° 25, de 24 junio 2010), en el Código Civil (Ley n° 1367, de 9 de noviembre de 1992), en el Código de Comercio (Decreto Ley n° 14379, de 25 de febrero de 1977) y en la Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015, estas últimas recogidas en el nuevo Código de Procedimiento Civil de 2013<sup>16</sup>.
  - **Brasil** (art. 25 CPC, excepto en los casos de jurisdicción exclusiva de los tribunales brasileños, establecidos en el art. 23 CPC. El art. 63(1) CPC requiere que el acuerdo sea escrito, y el art. 63(3) permite a los tribunales dejar de lado *ex officio* la cláusula de elección de foro considerada abusiva<sup>17</sup>);
  - **Canadá** (Código Civil de Quebec, arts. 3148 (4), 3149-50; [Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act](#), SBC 2003, c 28, s. 10(e)(ii), entre otras<sup>18</sup>);
  - **Colombia** no tiene normas en materia de competencia procesal internacional, por lo que los jueces colombianos deben recurrir al sistema de competencia territorial interna, lo cual genera no pocos problemas. Existen distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.
  - **Cuba** (Código Civil y Ley No. 7, de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral y actualizaciones, arts. 2 a 4<sup>19</sup>);

<sup>14</sup> ARTICULO 2605 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

ARTICULO 2606 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario.

ARTICULO 2607 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

<sup>15</sup> Carlos ESPLUGUES MOTA, “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013”, *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>, p. 22-23.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>17</sup> Claudia LIMA MARQUES, Lucas LIXINSKI y Pablo Marcello BAQUERO, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1928-1939, p. 1932-1933.

<sup>18</sup> Joost BLOM, “Canada”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1950-1959, p. 1953, afirma que las acciones basadas en contratos están usualmente suficientemente conectadas con la provincia si el contrato se regula expresamente por la ley de la provincia (s. 10(e)(i) y (ii), de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, lo que muy factiblemente refleja lo que serían los factores de conexión presuntivos del *common law* (*Club Resorts Ltd v. Van Breda* (2012) SCC 17).

<sup>19</sup> <https://cuba.vlex.com/vid/ley-no-7-procedimiento-631841493> Ver sobre el tema: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Cuba”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2002-2008.

- **Ecuador**, si bien no tiene normas específicas claras respecto de la autonomía de la voluntad, a partir de ciertas reformas legislativas y decisiones judiciales se entiende que admite la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro y de ley. Ley de Arbitraje y Mediación, RO N° 145, 4 de setiembre de 1997, art. 1505 del CC, enmendado por la Ley referida, rechazando que la elección de una jurisdicción extranjera fuera ilícita, decisión de la Suprema Corte estableciendo que a partir de la reforma de 1997 la elección de foro no era ilícita (Decisión de la Suprema Corte, Primera Cámara Civil y Mercantil, *Teresa García Franco v. Società Italiana per Condotte D'Acqua Spa*, Sentencia N° 217), entre otras<sup>20</sup>.

- **Estados Unidos de América**, admite la autonomía conflictual en materia de elección de foro desde 1972, a partir del caso *The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co.*<sup>21</sup>, aunque dentro de ciertas limitaciones, como se verá más adelante. Cabe señalar que, como afirma Silberman, en EE.UU. la jurisdicción (judicial) tiene una base estatutaria (estadual o federal) y también limitaciones de dimensión constitucional. En la mayoría de los Estados de la Unión, los principios básicos sobre conflicto de leyes se desarrollan a nivel jurisprudencial, y se aplican en el ámbito estadual y federal. Los dos *Restatements on Conflict of Laws* (el primero, de 1934, y el segundo de 1971) han tenido una influencia sustancial en materia de conflicto de leyes. Oregon y Louisiana han codificado algunas áreas del conflicto de leyes<sup>22</sup>.

- **Guatemala**, admite la autonomía conflictual en el art. 34 del Decreto 2-89, que decreta la Ley del Organismo Judicial<sup>23</sup>.

- **México** admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de foro (el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), al igual que el Código de Comercio y muchos de los códigos de procedimientos civiles de las distintas entidades federativas mexicanas, permiten la prórroga expresa y la prórroga tácita de competencia territorial);

- **Paraguay** (Ley 5393/2015 “sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” del 14 de enero de 2015),

- **Perú** (Libro X del Código Civil de 1984, arts. 2057-2067, y Ley de arbitraje -Decreto Real 1071 de 27 de junio de 2008)<sup>24</sup>;

- **República Dominicana** (art. 12 de la Ley N° 544-14 sobre derecho internacional privado de la República Dominicana, publicada el 18 de diciembre de 2014)<sup>25</sup>;

<sup>20</sup> Hernán PÉREZ LOOSE, “Ecuador”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2043-2053, p. 2045-2046.

<sup>21</sup> United States Supreme Court 407 U.S.1 (1972). Ver Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Tesis *cum laude*), Montevideo, FCU, 1991, pp. 25-27. Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 289-298.

<sup>22</sup> Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2637-2647, p. 2637.

<sup>23</sup> [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_gtm\\_org.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_org.pdf) ; Referencia en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 362. El art. 34 establece: “De la jurisdicción. Los tribunales guatemaltecos son competentes para emplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentren fuera del país, en los siguientes casos: (...) c) Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala.”

<sup>24</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2410-2420, p. 2410

<sup>25</sup> <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2017/02/Ley-544-14-sobre-Derecho-Internacional-Privado-de-la-Republica-Dominicana.pdf>

- **Venezuela** (art. 40 LDIPV);
- **Uruguay** (art. 60 LGDIPr).

**En suma:** La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de foro, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.

e. *Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de ley*

- **Argentina** (arts. 2651 CCCN<sup>26</sup>);
- **Bolivia** (por vía interpretativa de normas contenidas en la Constitución y en el Código Civil, a pesar del art. 804 del C. Comercio que parece claro en contra);
- **Canadá:** en Québec la regla es que se aplica la ley elegida por las partes (Código Civil de Quebec, arts. 3111, 3117-19); en las provincias con sistema *common law*, se aplica el criterio de la autonomía de la voluntad, reconociéndole eficacia a la elección de la ley por las partes siempre que esta haya sido hecha de buena fe, en forma legal y sin contravenir el orden público (*Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co*, 1939, AC277, 290 PC)<sup>27</sup>;
- **Colombia** con limitaciones y por vía interpretativa no unánime (Código Civil, art. 20, y Código de Comercio, arts. 869 y 1328), aunque no dice nada respecto de la contratación no bilateralmente negociada;
- **Ecuador**, en cuanto a la ley aplicable al contrato, según la Suprema Corte la reforma del art. 1505 CC no sólo habilitó la elección de foro sino también la de ley. Dicha libertad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato internacional es el resultado de la reforma legislativa que eliminó lo que era considerado un obstáculo insuperable (la reforma del art. 1505 CC), más que de la adopción de una norma expresa que permitiera a las partes elegir la ley (y la jurisdicción) aplicable a su contrato internacional<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> ARTICULO 2651 del CODIGO CIVIL y COMERCIAL.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;
- e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;
- f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;
- g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

<sup>27</sup> Joost BLOM, "Canada", *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1950-1959, p. 1955.

<sup>28</sup> Hernán PÉREZ LOOSE, "Ecuador", *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2043-2053, p. 2050.

- **Estados Unidos** (§ 186-188 Restatement (Second) on Conflict of Laws) y Uniform Commercial Code (§ —105).
- **Guatemala**, (art. 31 del Decreto 2-89, que decreta la Ley del Organismo Judicial)<sup>29</sup>.
- **México** (Código Civil Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México) y en muchos Códigos Civiles de las restantes entidades federativas);
- **Paraguay** (Ley 5393/2015 “sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” del 14 de enero de 2015),
- **Perú** (Libro X del Código Civil de 1984, arts. 2068-2101<sup>30</sup>);
- **Puerto Rico** (Código Civil, 2020, art. 54)<sup>31</sup>.
- **Uruguay** (art. 45, LGDIPr, de 2021);
- **Venezuela** (Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV) de 1998, art. 29).

Otros países tienen soluciones más restrictivas. Así, por ejemplo, en **Panamá** el art. 6 ordinal 3º del Código Civil establece que: “Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá, se arreglarán a las leyes panameñas.” En otras palabras, la norma referida consagra el principio de la *lex loci solutionis*<sup>32</sup>. No obstante, el art. 6 del Código de Comercio establece: “Los actos de comercio se regirán: (1) En cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario o clara advertencia, por las leyes de la República de Panamá. (2) En cuanto al modo de cumplirse, por las leyes de la República, a menos que otra cosa se hubiera estipulado, o que la parte proponente ofreciera expresamente en el territorio nacional a otra parte que tenga la condición de consumidor, en cuyo caso solo aplicarán las leyes y regulaciones de la República. (...)”. Esta norma consagra la autonomía de la voluntad respecto de las cuestiones establecidas en ella. La admisión de la autonomía de la voluntad se funda también en el art. 1106 del Código Civil, en cuanto establece que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público.”<sup>33</sup>

En **Estados Unidos** la mayor parte del derecho de los contratos es derecho estatal, no nacional, por lo que varía de un Estado a otro de los 50 Estados y de los territorios de los EE.UU. que componen la Unión. Los Estados han regulado estos temas mediante leyes estatales (*state statutes*), adoptando el Código de Comercio Uniforme, el cual regula, por ejemplo, la compraventa de mercaderías. Otras

<sup>29</sup> [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_gtm\\_org.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_org.pdf) ; Referencia en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 362. El art. 31 establece: “Los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público.”

<sup>30</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2410-2420, p. 2410.

<sup>31</sup> “Artículo 54. — Autonomía de la voluntad. (31 L.P.R.A. § 5421) El contenido de los contratos y de los negocios jurídicos se rige, en todo o en parte, por la ley, en el foro y conforme al procedimiento que acuerden los interesados, a no ser que la ley disponga algo distinto. En ausencia de pacto las obligaciones se rigen, en orden de prelación: (a) por las presunciones establecidas en el artículo siguiente; (b) por la ley del Estado de común domicilio de las partes; (c) por la ley del Estado en que se celebró el acuerdo; y (d) por la ley del Estado que guarda una mayor conexión con el acuerdo.” Ver en:

<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf> . Ver sobre el tema: Tomás ORTÍZ DE LA TORRE, “El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil, 1 de junio de 2020”, en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 5, número 2 – 2020, p. 261-278.

<sup>32</sup> Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 611 y 635.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 613 y 633.

modalidades contractuales son reguladas mediante derecho jurisprudencial (*judge-made common law*). No obstante, hay principios de derecho contractual que en general se aplica en todas las jurisdicciones de los EE.UU.<sup>34</sup>.

**Brasil** no admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable a los contratos, sino que establece una solución legal preceptiva en el art. 9 de su *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Introductory Act to the Norms of Brazilian Law)*, de 1942. Dicha norma establece que los contratos internacionales se rigen por la ley del lugar de su celebración (*locus contractus*) y así lo interpreta la mayoría de la doctrina, aunque una minoría de académicos consideran que la norma debe interpretarse como refiriendo a la ley del lugar donde el contrato debe ser cumplido. Se trata de un punto de conexión rígido, que según ha interpretado la jurisprudencia, constituye un impedimento para que las partes puedan realizar una elección válida de la ley aplicable al contrato<sup>35</sup>.

**En suma:** La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de ley, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.

f. *Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de arbitraje*

- **Argentina** (Ley 27.449, que regula el acuerdo arbitral en sus arts. 14 a 18<sup>36</sup>);
- **Canadá** (Código Civil de Quebec, art. 3121);
- **Colombia** (artículo 2 de la derogada Ley 315 de 1996, actualmente contenido en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012);
- **Cuba** (Decreto-Ley No. 250/07 Gaceta Oficial No. 037 Extraordinaria de 31 de julio de 2007 Consejo de Estado que rige el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba);
- **Ecuador** cuenta con una ley de Mediación y Arbitraje (Publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006);
- **México** (el Código de Comercio regula, además, el arbitraje comercial, habiendo incorporado a la fuente interna la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje);
- **Paraguay** (Ley N° 1879/2002 “sobre arbitraje y mediación” del 24 de abril de 2002). En su art. 2, dicha ley refiere al objeto del arbitraje y en su art. 10 a la forma del acuerdo de arbitraje);
- **Uruguay** (Ley 19.636);
- **Venezuela** (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 5).

<sup>34</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

<sup>35</sup> Claudia LIMA MARQUES, Lucas LIXINSKI y Pablo Marcello BAQUERO, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1928-1939, p. 1935. Agregan los autores que la elección de la ley por las partes puede ser válida cuando está contenida en una cláusula arbitral.

<sup>36</sup> Art. 7º- A los efectos de la presente ley:

(...)

d) Cuando una disposición de la presente ley, excepto el Capítulo 1 del Título VII, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

(...)

e) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

**En suma:** muchos de los países de la región cuentan con una ley de Arbitraje Comercial Internacional, en general basada en la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI.

2) ¿Existe un marco regulador para el ejercicio de dicha autonomía por las partes?

¿condiciones de validez de la cláusula de elección de ley, juez o árbitro?

¿condiciones especiales (por ejemplo: que la cláusula sea escrita) y/o condiciones generales (por ejemplo, que no contravenga el orden público internacional)? ¿otras?

*a. Lo que surge de la investigación y de la información recibida de los países*

Puede afirmarse que en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.

Así, en **Argentina** el CCCN exige que las cláusulas de elección de foro sean **escritas**, aunque también admite la elección tácita. También se admite "...todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria. (art. 2607 CCCN, segundo párrafo)<sup>37</sup>.

En otros países la situación es menos clara, como ocurre por ejemplo en **Bolivia**, donde el sistema legal carece de disposiciones especiales ni generales directamente relacionadas a la autonomía de la voluntad.

Con respecto a Bolivia, afirma Esplugues Mota: "Lamentablemente la lectura del CPC boliviano parece poner de manifiesto una falta de conciencia del legislador nacional al respecto. El nuevo Código reproduce así la situación de falta de soluciones al respecto que ya se hacía patente en el anterior CPC. El nuevo texto, como ya hacía el anterior, se limita a diseñar normas de competencia judicial interna, sin aportar un modelo armonizado de normas de competencia judicial internacional. Asumiendo aparentemente que los tribunales bolivianos pueden conocer de todas las disputas planteadas ante ellos respecto de todo tipo de materias y litigios, independientemente de donde se hayan suscitado y el nivel de vinculación que mantengan con Bolivia."<sup>38</sup> En suma: el nuevo CPC boliviano no contiene normas de competencia judicial internacional, sino solamente normas sobre competencia interna.

En **Canadá**, según informa la Dra. Saumier, no existen reglas específicas que establezcan condiciones de validez de las cláusulas de elección de foro y ley, por lo que cabría inferir que se aplican las normas generales referidas a la validez de las cláusulas de los contratos.

En **Chile**, no parece haber normas específicas de fuente interna o autónoma que regulen el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual. No obstante, se interpretan algunas normas más

<sup>37</sup> ARTICULO 2605 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

ARTICULO 2607 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

ARTICULO 2651 del CODIGO CIVIL y COMERCIAL.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato

<sup>38</sup> Carlos ESPLUGUES MOTA, "Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013", *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, p.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>, p. 27 y 29.

generales en el sentido de que validan las cláusulas de elección de ley y de juez (arts. 16.2 y 1545 del CC, art. 113 in fine del C. Comercio), entre otras<sup>39</sup>. Señala Picand que antes de 1999, la Suprema Corte interpretaba que conforme al art. 1462 del Código Civil<sup>40</sup> las cláusulas de elección de foro eran nulas. No obstante, a partir de esa fecha la Corte cambió su posición, reconociéndole validez a los acuerdos de elección de foro<sup>41</sup>. En materia de ley aplicable, el principio general es la libertad de las partes para elegir la ley reguladora del contrato<sup>42</sup>.

En **Colombia** no existe una ley de DIPr sino algunas normas dispersas en sus códigos y leyes especiales. Según explica Zapata Giraldo, en materia contractual, el demandante podría elegir entre el foro del lugar de cumplimiento del contrato y el del domicilio del demandado<sup>43</sup>. Nótese que esta solución es idéntica a la establecida en el art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, del cual Colombia es parte. En cuanto a la ley aplicable a los contratos comerciales, el art. 869 del C.Com. establece que la ejecución de los contratos que hayan sido celebrados en el extranjero pero que deban cumplirse en Colombia, se rige por la ley colombiana. No establece por qué ley se rigen otros aspectos del contrato. En cuanto a la doctrina, algunos interpretan que estas disposiciones son perentorias, otros sugieren que es posible realizar un análisis sistemático, argumentando que cuando se opta por el arbitraje, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, y que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de la cual Colombia es parte, admite la autonomía en su art. 6.<sup>44</sup>

No existen normas específicas que establezcan las condiciones de validez de las cláusulas de elección de foro y de ley debido a lo precario de la regulación sobre el tema, afirma la Dra. Madrid Martínez. En cuanto a los acuerdos de elección de foro, cabe señalar que en Colombia no se reconocerán sentencias extranjeras que hubieren decidido sobre temas con respecto a los cuales los tribunales colombianos tuviesen jurisdicción exclusiva (art. 606 del Código General del Proceso de Colombia).

En **Ecuador**, según se informa en la respuesta del cuestionario, “en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más flexible y otras más estrecho. El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en su Art. 318 admite la elección expresa o tácita, pero exige que al menos una de las

<sup>39</sup> Eduardo PICAND ALBÓNICO, “Chile”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1959-1969, p. 1961.

<sup>40</sup> Art. 1462: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto.”

<sup>41</sup> Eduardo PICAND ALBÓNICO, “Chile”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1959-1969, p. 1962. Ver jurisprudencia allí citada.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 1959-1969, p. 1963. El autor cita los arts. 1545 y 16(2) CC, el art. 113 del C. Comercio, entre otros. Art. 1545: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Art. 16 CC: “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.” Art. 113 C. Com.: “Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil. Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

<sup>43</sup> Adriana ZAPATA GIRALDO, “Colombia”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp.1981-1990, p. 1985.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 1986-1987.

partes sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio, salvo que el derecho local establezca lo contrario. Refiere al orden público en varios artículos.”

**Estados Unidos de América**, no es parte de ningún tratado sobre jurisdicción (judicial), por lo que se aplican los principios del *common law* o las normas estatales y federales. Una característica única del sistema jurisdiccional estadounidense es que la jurisdicción está sometida a los límites constitucionales de la “*Due Process Clause*”, cuyo estándar fuera establecido por la Suprema Corte en el caso *International Shoe Co v. Washington*<sup>45</sup>: se requiere que el demandado tenga “contactos mínimos” con el Estado del foro, “de naturaleza tal que el mantenimiento de la demanda no ofenda nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustantiva”<sup>46</sup>. A esos efectos, la Suprema Corte ha requerido que el ejercicio de la jurisdicción sea “razonable” (*Asahi Metal Industry Co v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 112 (1987)<sup>47</sup> y ha instruido a los jueces a evaluar la carga sobre el demandado, los intereses del Estado del foro, el interés del demandante de obtener “alivio”, el interés del sistema judicial interestatal en obtener la solución de controversias más eficiente y el interés compartido de varios Estados en realizar las políticas sociales sustantivas fundamentales<sup>48</sup>.

Como se dijo antes, Estados Unidos de América, admite la autonomía conflictual en materia de elección de foro desde 1972, a partir del caso *The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co.*<sup>49</sup>, aunque dentro de ciertas limitaciones. El juez Burger, al fallar en el caso, sostuvo que la prórroga era válida a menos que la parte que se opusiera a su cumplimiento pudiera demostrar que la misma era injusta, o inválida por fraude o por haber explotado una de las partes su posición dominante sobre la otra<sup>50</sup>. En el caso, se había consentido libremente la cláusula de prórroga, porque si bien las partes no tenían el mismo poder económico (Unterweser era una empresa alemana más pequeña que la compañía estadounidense Zapata), la firma del contrato había estado precedida por negociaciones libres y serias entre las partes. Burger reconoció, no obstante, que la autonomía de la voluntad tiene límites, y que los tribunales deberían rechazar una cláusula de prórroga que estuviera impuesta unilateralmente por una parte poderosa sobre otra más débil. La Corte aceptó que la cláusula podría ser dejada sin efecto si la parte que pretendía eludir sus efectos podía demostrar que litigar en el foro contractual sería tan difícil e inconveniente, que le implicaría en la práctica verse privado de su “day in court”. La posición manifestada por la Corte en *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.* fue reiterada, en 1974, en el caso *Scherk v. Alberto Culver Co.*<sup>51</sup>

Afirman Scoles & Hay respecto de las cláusulas de elección del foro, cuya validez está regulada por el fallo de la Suprema Corte en *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.*, que la cláusula será válida siempre que no se trate de contratos con consumidores, cuando sea el resultado de una negociación libre entre partes económicamente iguales, cuando no esté afectada por fraude o por existir un poder de

<sup>45</sup> 326 U.S. 310, 316 (1945)

<sup>46</sup> Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2637-2647, p. 2641; Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 22. Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 464-470.

<sup>47</sup> Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 23-24.

<sup>48</sup> Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2637-2647, p. 2641-2642.

<sup>49</sup> United States Supreme Court 407 U.S.1 (1972). Ver texto completo del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, pp. 289-298. Ver Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Tesis *cum laude*), Montevideo, FCU, 1991, p. 25-27.

<sup>50</sup> Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 295.

<sup>51</sup> 417 U.S.506, 94 S. Ct. 2449 (1974). Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 312-320.

negociación superior y cuando no se demuestre que la validación de la cláusula privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda<sup>52</sup>.

El solo hecho de que una cláusula de elección de ley y/o de juez esté inserta en un contrato de adhesión u otra forma de contrato no negociado no sería suficiente para considerarlas abusivas y por tanto nulas. No obstante, la tendencia en Estados Unidos parecería ser exigir a los jueces que realicen un “escrutinio” para determinar si la cláusula es justa. Para ello, el juez puede analizar si la cláusula de elección de foro establece un foro inconveniente, que es aquel que no tiene conexión real con las partes del contrato y/o es designado para desalentar a la parte que carece de poder de negociación de presentar una demanda<sup>53</sup>.

En cuanto a la validación o no de las cláusulas de elección de foro (y de ley) incluidas en contratos formulario y análogos, existen casos de jurisprudencia en ambos sentidos, según las circunstancias. Así, por ejemplo, en el caso *Future Industries of America v. Advanced UV Light* (2011)<sup>54</sup>, la corte confirmó la validez de la cláusula de elección de foro, y también la de ley ya que ambas favorecían al demandado<sup>55</sup>. No obstante, los tribunales son selectivos en cuanto a validar o no las cláusulas de elección de foro. Así, el mismo tribunal que validó la cláusula en *Future Industries*, la invalidó en *Global Seafood Inc. v. Bantry Bay* (2011)<sup>56</sup>, debido a que el lenguaje utilizado para redactar la misma era muy amplio<sup>57</sup>.

Cabe mencionar también el caso *Phillips v. Audio Active Ltd.* (2007)<sup>58</sup>, donde se establece una “prueba de equilibrio” de cuatro partes: 1) Si la cláusula fue razonablemente comunicada a la parte que se opone a su ejecución. 2) Si la cláusula es imperativa o permisiva, para que la corte pueda determinar si las partes están obligadas a plantear su disputa en el foro designado o si simplemente están autorizadas a hacerlo. 3) Si los reclamos y las partes involucradas en el juicio están sujetas a la cláusula de elección de foro. Si la cláusula de elección de foro fue comunicada a la parte que se opone a su ejecución, tiene fuerza obligatoria y cubre los reclamos y las partes involucradas en la disputa, será “presuntamente”<sup>59</sup> ejecutable. 4) Cuando la parte que se opone a la ejecución de la cláusula haya rebatido la presunción de ejecutabilidad demostrando suficientemente que “la ejecución sería irrazonable o injusta, o que la cláusula no era válida por razones tales como fraude o extralimitación”<sup>60</sup>.

Por otra parte, cabe aclarar que este documento pone el foco principal en los casos en que el demandado -invocando básicamente que él no negoció ni consintió la cláusula- se opone a la ejecución de la cláusula de elección de foro, interponiendo una excepción de incompetencia, invocando la nulidad o la inoponibilidad de la cláusula o situaciones similares. Sin perjuicio de ello, nótese que se plantean también casos en que el demandante plantea su pretensión en un foro distinto al elegido en la cláusula, y el demandado pretende ejecutarla<sup>61</sup>.

<sup>52</sup> Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 360

<sup>53</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_selection\\_clause](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause), con referencia a *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/>

<sup>54</sup> <https://casetext.com/case/future-industries-v-light-gmbh>

<sup>55</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_selection\\_clause](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause)

<sup>56</sup> <https://casetext.com/case/global-seafood-inc-v-bantry-bay-mussels-ltd>

<sup>57</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_selection\\_clause](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause)

<sup>58</sup> <https://casetext.com/case/phillips-v-audio-active>

<sup>59</sup> Nótese que la expresión “presuntamente” no implica certeza, sino solamente presunción, es decir, que aun cuando se cumplan todas las circunstancias mencionadas, la corte podrá dejar de lado la cláusula de elección de foro.

<sup>60</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_selection\\_clause](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause)

<sup>61</sup> Ver con respecto a esta hipótesis: *Atlantic Marine Construction Co. v. United States District Court for the Western District of Texas* (\_\_\_ S.Ct. \_\_\_, 2013 WL 6231157 (Dec. 3, 2013)), [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/resources/business-law-today/2014-january/keeping-current-u-s-supreme-court/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2014-january/keeping-current-u-s-supreme-court/) ;

Como se afirma en los Comentarios de la *American Bar Association International Law Section* al segundo informe de avance sobre el tema que nos ocupa, la autonomía de la voluntad es un principio generalmente reconocido en la tradición jurídica estadounidense. Ello surge del U.C.C. § 1-302(a)<sup>62</sup>. Los contratos de adhesión no son *per se* inválidos y habitualmente se cumplen. No obstante, **el concepto de parte contractualmente débil (*contractually weaker party*) ha sido aceptado en Estados Unidos en contextos específicos como la franquicia (*franchising*)<sup>63</sup> y los concesionarios de autos (*auto dealerships*)<sup>64</sup>**. La autonomía de la voluntad tiene límites, ya que ciertas obligaciones no pueden ser alteradas mediante un acuerdo entre las partes. Así lo establece el U.C.C. § 1-302(b)<sup>65</sup>. Además, el ejercicio de la autonomía de la voluntad está a veces limitado por requisitos de forma, incluyendo que se consigne por escrito (U.C.C. § 2-201), o requisitos de notoriedad (U.C.C. § 2-316(2), entre otros. Sin embargo, dichas obligaciones y requisitos de forma son bastante limitados, especialmente con respecto a contratos entre comerciantes, ya sean estos contratos de adhesión o negociados.

Las **normas sobre elección de ley y sus límites**, así como los principios en materia de conflicto de leyes varían de un Estado a otro. No obstante, la mayoría de los Estados de los EE.UU., siguen alguna de las versiones del enfoque establecido en el Segundo Restatement sobre Conflicto de Leyes (*Restatement (Second) of Conflict of Laws*), más que ningún otro. Según dicho enfoque, los tribunales en general hacen cumplir la elección de las partes, especialmente cuando la ley elegida se limita a

---

<https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-friedenthal/atlantic-marine-construction-co-inc-v-u-s-district-court-for-the-western-district-of-texas/> **Nótese que en este caso se trató de un contrato libremente negociado por ambas partes, por lo que está fuera del objeto de análisis de este documento.**

<sup>62</sup> U.C.C. § 1-302(a) (“Except as otherwise provided in subsection (b) or elsewhere in [the Uniform Commercial Code], the effect of provisions of [the Uniform Commercial Code] may be varied by agreement.”). COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

<sup>63</sup> Ver sobre este tema, también, Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 168.

<sup>64</sup> En los COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, se citan los siguientes documentos: See, e.g., Albert A. Foer, Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What Can We Learn from Our Trading Partners? (Aug. 20, 2018), available at [www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_comments/2018/08/ftc-2018-0054-d-0007-151038.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0054-d-0007-151038.pdf); Yee Wah Chin, What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws?, N.Y.L.J. (July 6, 2016), available at <https://ssrn.com/abstract=2806417>. For a comparative law perspective, see, e.g., ICN TASK FORCE FOR ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION, REPORT ON ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION (2008) (“ICN ASBP Report”), available at <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/abuse-of-superiorbargaining-position-2008.pdf>; FABIANA DI PORTO & RUPPRECHT PODSZUN, ABUSIVE PRACTICES IN COMPETITION LAW (2018). See also, concerning the food-supply chain, Ioannis Lianos & Claudio Lombardi, Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic Competition Law? (Jan. 1, 2016), available at <https://ssrn.com/abstract=2773455>; ANNA PISZCZ & ADAM JASSER, LEGISLATION COVERING BUSINESS-TO-BUSINESS UNFAIR TRADING PRACTICES IN THE FOOD SUPPLY CHAIN IN CENTRAL AND EASTERN EUROPEAN COUNTRIES (2019).

<sup>65</sup> U.C.C. § 1-302(b): (“The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care provided by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement.”). COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

establecer un término predeterminado que las partes podrían haber incluido en su acuerdo escrito. En ese caso, la ley elegida opera como un mecanismo para llenar un vacío<sup>66</sup>.

No obstante, los tribunales de EE.UU. podrían rechazar el cumplimiento de una cláusula de elección de ley cuando la ley elegida va más allá del rol de llenar un vacío. Incluso en ese caso, el tribunal dejaría de hacer cumplir la cláusula sólo en dos limitadas circunstancias: la primera, cuando no existe una base razonable para la elección de las partes; la segunda, cuando la aplicación de la ley elegida violara un principio fundamental de orden público (*a fundamental public policy*) de otra jurisdicción con un interés material superior en la disputa. Esas circunstancias son muy limitadas<sup>67</sup>.

En otras palabras, la § 187 (2) del *Restatement (Second) of Conflict of Laws* requiere que la ley elegida para regular el contrato tenga una “relación sustantiva” (*substantive relationship*) con las partes o con el contrato, o que exista alguna otra base razonable para la elección de las partes. Además, no se le reconocerá eficacia a la elección expresa de la ley por las partes si la aplicación de esa ley fuera contraria a una política fundamental del Estado cuya ley hubiera resultado aplicable en base al *Restatement (Second) of Conflict of Laws*<sup>68</sup>.

Con respecto a la **compraventa de mercaderías**, el art. 2 del UCC también respeta, en general, el derecho de las partes a elegir la ley que regulará su contrato, siempre que exista una relación razonable con la jurisdicción elegida<sup>69</sup>. La referencia a una “relación razonable” y la aparente limitación que ella crea es a veces llamada “*nexus requirement*” o “requisito de nexo”. Así, en ausencia

---

<sup>66</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187(1) (Am. L. Inst. 1981) (“The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.”).

<sup>67</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187(2) The Second Restatement provides in relevant part as follows: (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties’ choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

<sup>68</sup> “§ 187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES. TEXT. (1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue. (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties’ choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties. (3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.”

<sup>69</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. U.C.C. § 1-301(a) (“Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.”).

de nexa con la jurisdicción elegida, la elección será ineficaz<sup>70</sup>. Algunos Estados como Nueva York y Florida han aprobado normas que expresamente rechazan el requisito de nexa. Esos Estados establecen que las partes en una controversia por un monto no menor a USD 250.000, pueden elegir la ley de un Estado con el cual el contrato no tenga una relación razonable<sup>71</sup>.

En cuanto a la **elección de foro**, el encare es similar al referido a la elección de ley. En general las partes son libres de elegir el foro; algunos Estados de EE.UU. limitan dicha elección a jurisdicciones con las cuales las partes o la transacción tengan algún tipo de nexa o relación razonable. En el contexto del comercio internacional, algunas de las decisiones de los tribunales de EE.UU. han sugerido que no se debe dar peso al requisito de nexa, sino que debe respetarse la elección de las partes, como por ejemplo en *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15 (1972)<sup>72</sup>, ya mencionado *supra*.

La autonomía de la voluntad en materia de elección de foro no es ilimitada. En la tradición jurídica estadounidense, la doctrina del *forum non conveniens* puede ser la causa de que un tribunal se niegue a hacer cumplir una cláusula de elección de foro cuando el foro elegido es “seriamente inconveniente”. No obstante, esto no es muy común en el campo de las reclamaciones contractuales, como sí lo es en casos de responsabilidad extracontractual<sup>73</sup>.

En suma, concluye el Informe de la ILS-ABA afirmando que las partes contratantes gozan en general de una amplia autonomía de la voluntad -tanto en materia de elección de ley como de foro- en la tradición jurídica estadounidense, aunque esta no es ilimitada. Ello incluye los contratos entre comerciantes, incluidos los de adhesión. En consecuencia, los tribunales estadounidenses en general harán cumplir los acuerdos de las partes<sup>74</sup>.

En **Panamá**, según informa su cancillería, se admite la elección de la ley por las partes, pero el acuerdo debe ser escrito, aunque ello depende de la naturaleza de la causa, del domicilio del

---

<sup>70</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

<sup>71</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1401(1) (2018). Paragraph 1 of the New York statute provides in relevant part as follows: The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand [U.S.] dollars . . . may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. Id.; Fla. Stat. §§ 685.101.

<sup>72</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. Ver sobre el tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 25-26.

<sup>73</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 84 (“A state will not exercise jurisdiction if it is a seriously inconvenient forum for the trial of the action provided that a more appropriate forum is available to the plaintiff.”)

<sup>74</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

demandado o de la materia. “No pueden disponerse la competencia, por elementos no reseñados en la norma”.

En **Paraguay**, según informe de su Misión Permanente ante la OEA, la Ley 5393/2015 establece en su art. 6: “Elección expresa o tácita. La elección del derecho, o cualquier modificación de la elección de derecho, debe efectuarse de manera expresa o desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable.” Por su parte, el art. 7 dispone: “Validez formal de la elección de derecho. La elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario.” La ley 1879/2002 establece en su art. 10: “Forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” También se menciona el art. 17 de la Ley 5393/2015 referido a las leyes de policía y orden público.

En **Perú**, el art. 2057 del CC establece como regla general la jurisdicción del domicilio del demandado, sin perjuicio de una serie de reglas especiales para situaciones concretas<sup>75</sup>. También se admite la elección expresa o tácita del foro por las partes (art. 2058.3); el art. 2059 establece qué se entiende por sumisión tácita<sup>76</sup>. En ausencia de condiciones de validez establecidas en las referidas normas, la doctrina ha interpretado que existe una considerable flexibilidad con respecto a los acuerdos de elección de foro. Sólo habría dos hipótesis en las que el acuerdo no sería ejecutable: cuando el caso refiere a bienes inmuebles situados fuera de Perú (art. 2067.1 CC) y cuando el caso refiere a cuestiones relativas al estatuto personal y no tiene vínculos suficientes con el territorio peruano (art. 2062.2 CC)<sup>77</sup>.

Por su parte, el art. 2060 del CC peruano establece las condiciones de validez de la cláusula de prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional: “La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú.”

En suma, como explica López-Tarruella, en materia de obligaciones contractuales, los tribunales peruanos tienen jurisdicción cuando el contrato se haya celebrado en territorio peruano (*forum celebrationis*), lo que no es una buena solución, y cuando el contrato deba ejecutarse en territorio peruano (art. 2058.2). En general se interpreta, en base al art. 2095 CC sobre ley aplicable, que es la obligación principal del contrato la que debe cumplirse en Perú. Los tribunales peruanos declinarán competencia jurisdiccional cuando las partes hayan elegido un foro extranjero excepto que (a) el caso sea de la jurisdicción exclusiva de los tribunales peruanos, (b) la elección del foro sea vista como un

<sup>75</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2410-2420, p. 2411.

<sup>76</sup> “Artículo 2059.- Se somete tácitamente a una jurisdicción

quien se apersona en el juicio sin hacer reserva. No implican sumisión ni prórroga en favor de un tribunal los actos procesales encaminados a oponerse a dicha jurisdicción, o realizados bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes.”

<sup>77</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2412.

abuso de derecho, como podría ser el caso de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos con consumidores, a favor del domicilio extranjero del profesional, y (c) cuando el acuerdo de elección de foro contravenga el orden público<sup>78</sup>.

Respecto de la ley aplicable, el art. 2095 admite la autonomía de la voluntad, pero esta debe ser expresa, no se admite la elección tácita. Conforme al art. 2096, los límites a la autonomía de la voluntad son los establecidos por la ley competente conforme al art. 2095, es decir, la ley válidamente elegida por las partes o en su defecto, la ley del lugar de cumplimiento del contrato. Los tribunales deben aplicar las normas imperativas o de aplicación inmediata tanto del derecho elegido por las partes como del derecho peruano.

En **República Dominicana**, el art. 12 de la Ley N° 544-14 admite que las partes puedan elegir expresa o tácitamente los tribunales dominicanos, a menos que se trate de una de las materias de jurisdicción exclusiva de los tribunales dominicanos (arts. 11 y 16). En cuanto a las obligaciones contractuales, los tribunales dominicanos son competentes cuando dichas obligaciones deban cumplirse en la República Dominicana (art. 16.1). En cuanto al acuerdo de elección de foro, el art. 18 establece: “El acuerdo de elección de foro es aquél por el cual las partes deciden someter a los tribunales dominicanos ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Párrafo I. El acuerdo de elección podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato o la forma de un acuerdo independiente. Párrafo II. El acuerdo de elección de foro deberá ser por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo o esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso iniciado en la República Dominicana, en los cuales la existencia del acuerdo venga afirmada por una parte y no negado por la otra.” El art. 21 consagra el foro de necesidad.

En materia de ley aplicable, el art. 58 de la Ley N° 544-14 establece que el contrato se rige por la ley elegida por las partes. En cuanto a los requisitos de validez del acuerdo, el párrafo I de la referida norma establece: “El acuerdo de las partes sobre la elección de la ley aplicable debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.”<sup>79</sup>

En **Uruguay**, la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 (LGDIPr) establece en su art. 45, inciso 4, que el acuerdo de elección de ley “debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto”. En cuanto a la elección de foro, el art. 60 establece que debe existir un acuerdo escrito, y debe controlarse “que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto”<sup>80</sup>.

La LGDIPr refleja así el reconocimiento de la autonomía de la voluntad por parte de la doctrina internacional privatista uruguaya, “expresando sin embargo con plena conciencia de la necesidad de fijarle a su ejercicio aquellos límites que demanda la protección del orden público internacional del Estado del foro y de los intereses políticos, económicos y sociales fundamentales de ese mismo Estado,

<sup>78</sup> <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2414.

<sup>79</sup> Ver sobre este tema: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Dominican Republic”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2036-2043.

<sup>80</sup> Ver sobre la regulación de los contratos internacionales en la Ley General de DIPr, N° 19.920 de Uruguay: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial Civil y Comercial*, Tomo III, 1ª edición, Montevideo, FCU, 2022, pp. 256-325, en especial, en materia de ley aplicable y jurisdicción competente, p. 286, 294-305, 310-312.

pero también del Estado de la *lex contractus* y de otros con los que la relación tenga vínculos significativos, intereses protegidos por normas absolutamente imperativas (normas de aplicación inmediata)”<sup>81</sup>. Esta aseveración del profesor Talice, plenamente compartible, en opinión de esta relatora, resulta de la mayor importancia y deberá guiar el accionar de los jueces y demás aplicadores del derecho<sup>82</sup>.

*b. Algunas consideraciones doctrinarias*

Para que la elección de ley y/o juez por las partes pueda ser válida, primero tiene que existir, y ello supone un acuerdo bilateral, un acuerdo entre las dos (o más) partes del contrato; no alcanza con que exista una cláusula unilateral para hablar de autonomía de la voluntad de las partes<sup>83</sup>. Ello ha sido así desde hace mucho tiempo. De Cores en su magnífica tesis sobre los contratos hace referencia en este sentido a la obra del siglo XVII de Petro de Oñate, quien afirmaba que “... el contrato debe ser un pacto; y definimos el pacto, según la sentencia de Labeón (...) ser el consenso de dos o más en la misma cosa; de lo cual se sigue evidentemente que el contrato no puede existir entre menos de dos personas, y que **el consentimiento libre requiere por lo menos dos voluntades**”. Y agrega: “el hombre libre debe contratar libremente”. Oñate, afirma de Cores, no sólo analiza los vicios del consentimiento tradicionalmente aceptados en el derecho, sino que “se focaliza en la cuestión del *grado de deliberación y de libertad que se requiere para que se entienda otorgado el consentimiento contractual*”<sup>84</sup>.

Por su parte, la **Guía del Comité Jurídico Interamericano sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas**, establece con meridiana claridad y en forma muy gráfica: “La autonomía de la voluntad presupone que las partes han ejercido su deseo de efectuar tal elección”<sup>85</sup>. Ambas partes, no una sola. Es clarísimo<sup>86</sup>.

En el mismo sentido, Boggiano -tradicional defensor de la autonomía conflictual-, reconoce que: **“In a matter as important as the election by the parties of the applicable law due process of choice by both parties should be guaranteed”**<sup>87</sup>.

El inciso 4º del art. 45 de la LGDIPr uruguaya busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de

<sup>81</sup> TALICE, Jorge, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU (copatrocinado por la OEA), p. 527-562, p. 537.

<sup>82</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 222.

<sup>83</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 46, afirma que deben haber al menos dos restricciones para que opere la autonomía de la voluntad: la primera, que el contrato sea internacional, y la segunda, **“que la elección sea libre y voluntaria, porque de lo contrario no podemos hablar de un acuerdo”**.

<sup>84</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 410 y ss., y p. 439, cita la obra de Oñate titulada *De contractibus*, ex typographia Francisci Caballi, Romae, 1646. El destacado nos pertenece.

<sup>85</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 137, Nº 255.

<sup>86</sup> MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 19, en este sentido, afirma: “Party Autonomy is concerned with the agreed wishes of the parties, as expressed in a contractual clause. It is not concerned with the presumed wishes or the expectations of the parties”.

<sup>87</sup> BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, A Comparative Study”, *Recueil des Cours*, 1981-I, p. 41 (destacado en el original) y BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

ambas partes, lo cual se desprende claramente del tenor literal gramatical de la norma, en especial del plural utilizado al referir a las partes<sup>88</sup>.

*c. Algunas fuentes convencionales*

El **Código Bustamante**, en su art. 318 admite la elección expresa o tácita, pero exige que al menos una de las partes sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio, salvo que el derecho local establezca lo contrario. Refiere al orden público en varios artículos.

La **Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)**, establece en su art. 7 que el acuerdo de las partes sobre elección de ley “debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.

El **Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005)**, en su art. 3.c) establece que el acuerdo “...debe ser celebrado o documentado: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta;” Nótese que el literal a) define al “acuerdo exclusivo de elección de foro” como “un acuerdo celebrado por dos o más partes”, lo que en mi opinión excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas. El literal d) reafirma dicha interpretación, desde que establece la independencia del acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, de las demás cláusulas del mismo. Por tanto, quien adhiere al contrato con condiciones generales o equivalente debería consentir no sólo el contrato, sino también la cláusula de elección de foro.

El **Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia de contratos** exige en su art. 4 que “los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.”

**En suma:** como se adelantó antes, esta sección 2, muestra que en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.

- 3) ¿Se excluyen del campo de la autonomía de la voluntad algunas categorías de contratos internacionales y/o de sujetos? Los contratos excluidos del régimen autonomista, ¿tienen regulación especial?

En general todos los sistemas tanto autónomos como convencionales excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir foro y/o ley, o la limitan.

*a. Argentina*

**(i) Contratos internacionales de consumo**

En Argentina se excluye la autonomía conflictual de los contratos internacionales de consumo tanto en materia de ley aplicable (artículo 2651 del CCCN) como de jurisdicción (artículo 2654 del CCCN)<sup>89</sup>. Estos contratos tienen un régimen regulatorio específico en el TITULO III del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL (arts 1092 a 1122).

<sup>88</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 224.

<sup>89</sup> ARTICULO 1094 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

## (ii) Contratos internacionales de seguros

En materia de seguros, el art. 57 de la Ley 17.418, en términos expresos, declara nulas las cláusulas compromisorias incluidas en las pólizas.

Los contratos de seguros, incluso cuando el asegurado es un comerciante, son excluidos del sistema autonomista en Argentina, aunque no existe norma específica al respecto<sup>90</sup>, sino sólo la norma genérica del art. 16 de la Ley de Seguros N° 17.418, que establece que “Es admisible la prórroga de la jurisdicción dentro del país”, de lo cual se podría inferir que no sería válida fuera de él. Se agrega en el Informe de Cancillería que: “Los contratos de seguros, incluso cuando el asegurado es un comerciante, son excluidos del sistema autonomista en y por aplicación de la Ley de Seguros, es un contrato de consumo, reglando la relación entre asegurado y Aseguradora, por cuanto el asegurado pasa a ser "usuario o consumidor de seguros".

## (iii) Contratos internacionales de transporte de mercaderías

En el Informe del Representante argentino ante la OEA se afirma: “Los contratos de transporte marítimo, aéreo o terrestre de mercaderías, se excluyen del sistema autonomista, aunque las interpretaciones doctrinales han sido disímiles al respecto.”<sup>91</sup>

En materia de contratos de **transporte marítimo**,<sup>92</sup> la problemática de las cláusulas atributivas de jurisdicción ha sido muy debatida, con las consiguientes fluctuaciones de la jurisprudencia. Con anterioridad a 1936 (fecha del *leading case Compte c/Ibarra*), se admitía en general la validez de estas cláusulas<sup>93</sup>, aunque la cuestión era muy controvertida. En el caso *Frendelburg Schats y Cia. c/barca Scotland*", el 5 de noviembre de 1870, la Corte declaró la competencia local en un reclamo de los consignatarios contra el buque<sup>94</sup>. En el caso *Monte Pagano vs. Eriksen*, la Suprema Corte falló admitiendo la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción, argumentando que el único límite de la autonomía de la voluntad lo constituye la "prohibición de renunciar o dejar sin efecto por medio de convenciones las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", y que las relativas a jurisdicción no lo son, aunque son de interés público<sup>95</sup>.

---

ARTICULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

<sup>90</sup> Según respuesta al cuestionario de María Blanca Noodt Taquela e Informe de la Cancillería argentina.

<sup>91</sup> Cabe señalar que, en cuanto a la responsabilidad del transportista en los contratos de transporte de pasajeros, art. 604 de la ley 20.094, que establece: “Las disposiciones de esta ley que regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje, se aplican a todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales de la República”. Ello es conteste con la calidad de consumidor del pasajero en los contratos de transporte de pasajeros, ya sean estos internacionales o domésticos.

<sup>92</sup> Ver sobre este tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 56-64.

<sup>93</sup> José Domingo RAY, "La cláusula atributiva de jurisdicción", (Separata de Lecciones y Ensayos No.15), Bs.As., 1960., p.4. Ej.: en el caso "*G. Sáenz vs. Mala Real*", la Cámara Federal de la Capital, el 6 de junio de 1906, admitió la validez de la cláusula de jurisdicción. Pero la jurisprudencia era oscilante en este punto (Cfr., Alberto C. CAPPAGLI, "A medio siglo de 'Compte c/Ibarra'", en *Revista del Colegio de Abogados de Bs.As.*, año 1986, T.XLVI, No.3, p.88). Así, el mismo tribunal falló el 8 de junio de 1916 declarando la competencia de los tribunales argentinos, en el caso "*Regie Generale vs. Hamburgo Sudamerican*" (RAY, op.cit., p.6). En el caso "*Monte Pagano vs. Eriksen*", la Suprema Corte admitió la validez de la referida cláusula, en fallo del 21 de mayo de 1923. Reconociendo la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción, Atilio MALVAGNI, *Contratos de Transporte por Agua*, Ed. De Palma, Bs.As., 1956, p. 651, cita varios casos.

<sup>94</sup> CAPPAGLI, op. cit., p.90.

<sup>95</sup> RAY, op. cit., p. 7.

En la Conferencia de la *International Law Association* celebrada en Buenos Aires en 1922, se discutió este problema, aprobándose la moción de los delegados argentinos, en el sentido de que debían considerarse inválidas las cláusulas atributivas de jurisdicción, fórmula que se conoce como "Regla de Buenos Aires"<sup>96</sup>. Pero esto dio lugar a una interesante polémica entre los delegados argentinos y los europeos<sup>97</sup>:

Los delegados argentinos Melo, Vico, Chedufau, y González Gowland sostuvieron la necesidad de considerar nulas las cláusulas de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque, aunque admitiendo que los destinatarios de la carga podrían siempre elegir otra jurisdicción (propuesta de Chedufau, compartida por Vico). Lo que resulta inadmisibles es la cláusula de renuncia a la jurisdicción del puerto de destino, aun cuando sea expresa, y debería ser considerada nula, porque dicha cláusula importa de hecho "la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías"<sup>98</sup>.

Se fundaron, en palabras de Melo, en que **"el principio de que los contratos son la expresión de la voluntad de las partes, no es lo real en este contrato. El cargador se encuentra siempre delante de una fórmula impresa de póliza, igual en todas las compañías, y no tiene otro remedio que inclinarse ante esa fórmula y aceptarla para poder transportar sus mercaderías."**<sup>99</sup>

Agrega Merlo: "Frente a esos robos" que aunque en realidad no son más que tales, escapan a la esfera penal y son, además, amparados por cláusulas de limitación de responsabilidad, que se fundan en los peligros del mar (sic), "se produce de hecho la irresponsabilidad de los transportadores, porque los gastos de la reclamación en el puerto de embarque, cuando allí se plantea, resultan mayores que el importe reclamado. El cargador se resigna pues a la pérdida en los casos sucesivos ante tan desgraciada experiencia." "La única manera de defenderlo eficazmente es impidiendo la inserción de las cláusulas que lo obliguen a llevar sus reclamaciones al puerto de embarque."<sup>100</sup>

Los delegados europeos, como el profesor alemán Sieveking, el delegado noruego Friedericksen y el delegado inglés Temperley fueron todos contrarios a la posición argentina, alegando que se trataba de una posición "peligrosa"<sup>101</sup>, que sin duda lo era para sus intereses, porque no se trata aquí de los supuestos intereses del comercio internacional (abstractos e indeterminados) sino de los intereses contrapuestos de transportistas, por un lado, y propietarios de la carga por otro. Es al Derecho al que le corresponde lograr un equilibrio razonable entre las partes, en base a criterios de justicia y equidad, porque de lo contrario, pesarán las cláusulas favorables a la parte más fuerte.

Expresa el Dr. Melo a determinada altura de la discusión que comentamos: "nosotros buscamos (refiriéndose a la posición argentina) amparo eficaz para los intereses del comercio de las naciones de América que no tienen navíos para servir ese comercio. Eso es todo lo que pedimos y nos basamos en lo que ha sido aceptado en Europa como expresión de concordancia entre encontrados intereses. Los destinatarios de mercaderías no deben permanecer atados por cláusulas atributivas de jurisdicción que

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 9-14.

<sup>98</sup> MELO, citado en RAY, op. cit., p. 9, quien agrega: "He tenido la oportunidad de constatar las injusticias a que da lugar la cláusula atributiva de jurisdicción que se inserta en todos los conocimientos y pólizas de fletamento. Esa cláusula importa en el hecho la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías."

<sup>99</sup> Agrega MERLO: "Llegan las mercaderías a los puertos de América y hay faltas, faltas que casi siempre se producen por un hecho que conocen especialmente los navieros, por hurtos y raterías, que según estadísticas publicadas en el "Times" en 1920 han aumentado en estos últimos años en más de un 70% y que han llegado a alarmar a los aseguradores, quienes en varias ocasiones se han reunido en congresos internacionales para tratar la cuestión; y en los Estados Unidos en 1921 se ha llevado el asunto al Congreso, según un estudio del profesor Huebner."

<sup>100</sup> RAY, op. cit., p.11.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p.10-13.

los obliguen a buscar justicia en los puertos de Europa."<sup>102</sup> Esta afirmación conserva plena vigencia para aquellos países americanos, como Uruguay, que carecen de flota mercante.

Este análisis de la Conferencia de Buenos Aires de 1922 de la *International Law Association* parece útil aquí, porque muestra qué es lo que ocurre cuando se discuten aspectos relacionados con la libertad de contratación, desde el punto de vista de aquellos que tienen la posibilidad de incidir en dicha contratación y de los que no la tienen. Deja en claro cuáles son las razones (fácticas, y no jurídicas) por las cuales se adoptan muchas veces esas posiciones a favor y en contra de la autonomía de la voluntad respectivamente.

A partir del *leading case* *Compte c. Ibarra*, de 1936, la tendencia ha sido contraria a la admisión de la validez de las cláusulas de elección de foro y a favor de la nulidad de las mismas<sup>103</sup>.

Resulta imprescindible hacer referencia aquí a la realidad denunciada por la Suprema Corte de la Nación Argentina en el considerando 8 del fallo *Compte c. Ibarra*, de que existe muchas veces "un mal disimulado menosprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país". En aquella ocasión la Corte se estaba refiriendo a Argentina, pero esta actitud es frecuente hacia los países en desarrollo. Así, Juenger afirmaba que litigar en tribunales de países en desarrollo implica riesgos contra los cuales hay que protegerse, incluyendo cláusulas de elección de la ley y del foro, porque sólo con la primera no es suficiente, en todos los contratos<sup>104</sup>.

La sentencia del caso *Compte c. Ibarra*, afirma Cappagli<sup>105</sup>, "junto a sólidos argumentos jurídicos, muestra claramente la posición de nuestro país en el tráfico marítimo y enfoca con toda claridad la cuestión desde el punto de vista de la política económica". Malvagni, por su parte, considera que "el verdadero fundamento de la tesis de la Corte Suprema no es de orden jurídico, sino político"<sup>106</sup>, y agrega que "el argumento político sigue en pie, pues si bien es cierto que actualmente poseemos una marina mercante apreciable en tonelaje, continuamos siendo un país de cargadores, dado que las marinas extranjeras siguen sirviendo más o menos el 85% del comercio exterior del país"<sup>107</sup>. Este razonamiento no sólo mantiene plenamente su vigencia en Argentina, porque los fundamentos y las razones invocadas en la misma no han cambiado, y por tanto la jurisprudencia continúa en la misma línea<sup>108</sup>, sino que además es igualmente válido para Uruguay y para muchos otros países en vías de desarrollo.

La Corte fundó también la sentencia en la facultad del Congreso Nacional de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art.67, inc.12, de la Constitución Argentina) y en que las leyes reglamentarias de tal precepto constitucional, atribuyen jurisdicción privativa, excluyente e improrrogable, a los tribunales nacionales en materia de fletamento y, en general, sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y al comercio marítimo (ley 48, art.2, inc.10 y arts.2 y 12)<sup>109</sup>, entre otros argumentos.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>103</sup> RAY, op. cit., p.4 y CAPPAGLI, op. cit., p. 88.

<sup>104</sup> Supreme Court Validation of Forum Selection Clauses, 19 Wayne L.Rev.49,50(1972), citado en Symposium - Conflicts of Law in Contracts between Developed and Developing Nations, in 11 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Fall'81, p. 698.

<sup>105</sup> CAPPAGLI, op. cit., p. 89.

<sup>106</sup> MALVAGNI, op. cit., p. 653.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 654.

<sup>108</sup> Dice CAPPAGLI (op. cit., p. 123) que "el transcurso de medio siglo nos muestra que los principios sentados por nuestra Corte Suprema el 16 de noviembre de 1936, al fallar el caso *Compte c. Ibarra*, mantiene plena vigencia."

<sup>109</sup> *Ibidem*, p.93. En el mismo sentido, el art. 85 de la Constitución uruguaya da competencia a la Asamblea General para "establecer los Tribunales y arreglar la Administración de la Justicia" y "expedir leyes relativas a...(el) comercio exterior e interior".

La solución de la Corte Suprema en el caso *Compte c. Ibarra* fue lo que el Dr. Malvagni posteriormente recogió en su Proyecto de Ley, que constituyó la fuente de la Ley de la Navegación N° 20.094 de Argentina.

En cuanto a la ley aplicable a los contratos de fletamento y transporte, el art. 603 de la referida Ley de la Navegación<sup>110</sup>, vigente desde 1973, confirma la solución de la "ley del lugar donde han de ejecutarse" dichos contratos. Al respecto dice Cappagli<sup>111</sup>: "no hemos hallado precedentes judiciales sobre el tema, dictados sobre la base de la actual Ley de la Navegación ..., lo que nos hace pensar que la cuestión de la ley aplicable ya no se discute, ante lo pacífico de la solución" a partir del caso *Compte c/ Ibarra*.

En cuanto a la jurisdicción en materia de contratos de transporte, el Proyecto Malvagni estableció que correspondía a los jueces del lugar donde se ejecuta el contrato, es decir donde se entrega la mercadería. "La solución en favor de los tribunales del país del puerto de destino tal cual se decidió en *Compte c/Ibarra* es hoy la generalmente admitida"<sup>112</sup>, con la alternativa de que el actor puede optar por los tribunales del país del domicilio del demandado, siendo además la solución adoptada por la referida Ley de la Navegación, art.614<sup>113</sup>.

#### b. Bolivia

En Bolivia, aunque no de manera directa, se excluyen los contratos de **consumidores**, que estarían sujetos al derecho boliviano (Ley 453 de 2013), y los contratos **laborales**, sujetos a un sistema fuertemente protector hacia el trabajador (art 4 del decreto supremo 28699 de 2006 que reglamenta parcialmente la Ley General del Trabajo). En materia de seguros, el art. 1039 del C. Com establece limitaciones a la autonomía de la voluntad: "Art. 1039. - (JURISDICCION Y COMPETENCIA). El conocimiento de las acciones judiciales emergentes del contrato de seguro, es de competencia y jurisdicción del juez del domicilio del asegurado o del lugar donde se encuentren los intereses asegurados. Es nula toda convención en contrario."<sup>114</sup>

En cuanto a los contratos internacionales de **transporte**, afirma el Dr. Canelas, si bien no existe una exclusión específica en el Código de Comercio, los contratos de transporte están sujetos a normas imperativas. El Código de Comercio contiene un acápite sobre los contratos de transporte (arts. 927 y sgtes.) abarcando "[e]l transporte comercial por tierra, agua y aire", que en concordancia con el art 14 (V) de la Constitución, señala que "[e]l transporte puede iniciarse o concluir fuera de la República y los transportadores se hallan sometidos a las leyes nacionales y tribunales bolivianos por hechos que comprometan su responsabilidad dentro del territorio nacional."

#### c. Canadá

En Canadá el art. 3149 CCQ establece que los **consumidores** y **empleados** con residencia o domicilio en Quebec pueden presentar sus reclamos contractuales en Quebec y no estarán obligados

<sup>110</sup> El art.603 dice: "Las obligaciones inherentes al contrato de fletamento total o parcial para el transporte de mercaderías, o el transporte de carga general o de bultos aislados en cualquier buque y, en general a todo contrato en que el transporte asume la obligación de entregar la carga en destino, se rigen por la ley del lugar donde han de ejecutarse".

<sup>111</sup> CAPPAGLI, op. cit., p. 113.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.114.

<sup>113</sup> El art.614 de la Ley de la Navegación dice: "Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques, cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en la República, salvo la opción que tiene el demandante por los tribunales del domicilio del demandado. En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos."

<sup>114</sup> <http://www.aidaargentina.com/wp-content/uploads/Bolivia-Codigo-Comercio.pdf> (último acceso: 12 de enero de 2023).

por ninguna cláusula de elección de foro que designe a un tribunal extranjero ni por ninguna cláusula arbitral. Con respecto a las cláusulas de elección de ley contenidas en contratos con consumidores o con trabajadores, existen disposiciones que admiten la autonomía de la voluntad, pero limitan sus efectos si la ley elegida es menos protectora que la ley de la residencia del consumidor o empleado, en los casos en que el contrato esté vinculado a esa residencia (art. 3117-18 CCQ).

Existen normas similares para los contratos de **seguros** suscritos por personas residentes en Quebec. El art. 3119 del CCQ establece que cuando se configuran las condiciones establecidas en dicho artículo, se aplica la ley de Québec<sup>115</sup>; el *Insurance Act*, RSO 1990, c I.8, s. 123 establece que si se configuran las condiciones establecidas en esa sección, se aplica la ley de Ontario al contrato de seguros<sup>116</sup>.

En cuanto al contrato internacional de **transporte**, la *Marine Liability Act*, SC 2001, c 6, s. 46. Section 46 establece que cuando no resultan aplicables las Reglas de Hamburgo al contrato de transporte de mercaderías por agua, el reclamante puede iniciar procedimientos judiciales o arbitrales en Canadá si se dan las condiciones establecidas en la referida sección, a menos que las partes en la disputa hayan designado, mediante acuerdo posterior al surgimiento del reclamo, el lugar donde el reclamante puede instituir los procedimientos judiciales o arbitrales (sería lo que se denomina *prórroga post litem*)<sup>117</sup>.

#### d. Colombia

##### (i) Contrato internacional de agencia comercial

En Colombia, la única exclusión expresa al sistema autonomista refiere a los contratos de agencia; el art. 1.328, somete el contrato de agencia comercial que haya de ejecutarse en Colombia al Derecho colombiano, y añade que “[t]oda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Dicha norma es considerada internacionalmente imperativa.

<sup>115</sup> Establece el art. 3119: “Notwithstanding any agreement to the contrary, a contract of insurance covering property or an interest situated in Québec, or that is subscribed in Québec by a person resident in Québec, is governed by the law of Québec if the policyholder applies for the insurance in Québec or the insurer signs or delivers the policy in Québec. Similarly, a contract of group insurance of persons is governed by the law of Québec where the participant has his residence in Québec at the time he becomes a participant. Any sum due under a contract of insurance governed by the law of Québec is payable in Québec. Ver en: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/CCQ-1991> (último acceso: 12 de enero de 2023).

<sup>116</sup> “Contracts deemed made in Ontario. 123 Where the subject-matter of a contract of insurance is property in Ontario or an insurable interest of a person resident in Ontario, the contract of insurance, if signed, countersigned, issued or delivered in Ontario or committed to the post office or to any carrier, messenger or agent to be delivered or handed over to the insured or the insured’s assign or agent in Ontario shall be deemed to evidence a contract made therein, and the contract shall be construed according to the law thereof, and all money payable under the contract shall be paid at the office of the chief officer or agent in Ontario of the insurer in lawful money of Canada. R.S.O. 1990, c. I.8, s. 123.” Ver en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90i08#BK115> (último acceso: 12 de enero de 2023).

<sup>117</sup> “Claims not subject to Hamburg Rules. 46 (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada; (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or (c) the contract was made in Canada. Marginal note: Agreement to designate (2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.” Ver en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/m-0.7/page-3.html#docCont> (último acceso: 12 de enero de 2023).

## (ii) Contratos internacionales laborales

En materia laboral, si bien no hay propiamente una exclusión, conviene considerar que el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que “[e]l presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”, norma que ha sido vista por la doctrina como una manifestación del principio de territorialidad absoluta, pero que, sin embargo, no excluiría la posibilidad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato de trabajo, en casos puntuales que han sido señalados por la jurisprudencia. Así, afirma la Dra. Madrid Martínez, “podría haber elección del Derecho aplicable si “la expresión de la voluntad de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos”<sup>118</sup>; si el Derecho colombiano no es formalmente aplicable pero las partes deciden que lo sea, cuando el contrato se ha ejecutado parcialmente en el territorio<sup>119</sup>; cuando no se produzca contradicción o transgresión de las normas vigentes, principios o preceptos propios del Derecho colombiano<sup>120</sup>; cuando ello se acuerde de buena fe y, cuando el Derecho elegido mejore las condiciones de los trabajadores, conforme el principio de favorabilidad”.

*e. Cuba*

En **Cuba** existe **limitación** a la autonomía de la voluntad a través de autorizaciones administrativas, y en la práctica, los órganos encargados de su aprobación exigen la aplicación de la ley cubana si esta fuera la del **asegurado o trabajador**, lo mismo con el foro competente.

En materia de **seguro**, el DL 177 del año 1997 establece que para que se apruebe el contrato tiene que estar autorizado por la Superintendencia de Seguro de Cuba. Además de lo anterior existen foros exclusivos de competencia en el marco de la inversión extranjera. Ley No. 118 de la Inversión Extranjera de 2014, que en su artículo 60 plantea, en principio, la competencia de los tribunales cubanos. Afirma la Dra. Peña que el “Decreto Ley 263 del año 2008 en materia de seguro, dispone en su artículo 60 que la autoridad competente para conocer y dirimir cualquier acción derivada de un contrato de seguro será la del domicilio del asegurado, salvo pacto en contrario”.

También se excluyen del sistema autonomista los contratos de **transporte marítimo de mercaderías**, en cuanto al foro competente.

*f. Ecuador*

En Ecuador se excluyen del régimen autonomista a los contratos **laborales**, los que se rigen por la ley ecuatoriana. Asimismo, los contratos con **consumidores** se rigen por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley N° 2000-21)<sup>121</sup>, que contiene normas materiales que regulan los diversos aspectos del contrato y las obligaciones de las partes. El Capítulo VII refiere a la protección contractual, al contrato de adhesión, a las cláusulas prohibidas, entre otras cuestiones.

El informe recibido establece: “En los casos de transporte internacional no hay más que un contrato, regido por la ley que le corresponda según su naturaleza. DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DEL COMERCIO MARITIMO Y AEREO.- El fletamento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías. Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen.

En suma, los contratos excluidos de la autonomía de la voluntad tienen un régimen regulatorio específico; “según su naturaleza estos se rigen por el Código de Trabajo, Código Civil, Código de Comercio, mediante la jurisdicción y competencia.”

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10461, 22 de noviembre de 1998.

<sup>119</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 15468. 28 de junio de 2001.

<sup>120</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10661. 28 de mayo de 1998.

<sup>121</sup> <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dptransparencia2012/literal/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/LeyOrganicadelConsumidor.pdf>

g. *Estados Unidos*

En Estados Unidos, todos o casi todos los Estados tienen **leyes de protección al consumidor, las cuales pueden ser aplicadas también a los comerciantes.**

También se excluyen del ámbito de la autonomía conflictual los **contratos de seguros** (por ej. en Nevada), los **contratos de franquicia, de distribución y de agencia** (por ej., en Iowa), y los **contratos de construcción** (por ej. en Louisiana)<sup>122</sup>.

h. *Panamá*

En el informe presentado por la cancillería de Panamá se afirma que **los contratos de adhesión y análogos en los que ambas partes sean comerciantes se excluyen del régimen autonomista.** No obstante, al analizar el Código panameño de DIPr se observan algunos matices, como veremos a continuación.

La Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la ley N° 7 de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado<sup>123</sup> refiere en el capítulo V a los “Foros de Competencia Judicial Internacional”. El art. 11 establece que: “Los tribunales panameños son competentes para conocer de acciones derivadas de relaciones jurídicas internacionales cuando: (...) 4. Se trate de demandas derivadas de contratos internacionales conforme se definen en el art. 68. 5. Derive de prórroga expresa o tácita, y la materia objeto de prórroga sea de carácter dispositivo. (...)”. El art. 68 establece: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliadas en Estados diferentes y cuando: 1. El contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá, o 2. Los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá, o 3. Las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales panameños.”

El art. 69 admite la autonomía de la voluntad de las partes como primer criterio para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales<sup>124</sup>. El art. 91 regula específicamente los contratos de compraventa internacional conforme a la regla general autonomista establecida en el art. 69. De igual forma lo hacen el art. 92 respecto de los contratos de factoraje internacional, el art. 93 respecto de los contratos de préstamo internacional, e art. 94 respecto de los contratos de cesión de créditos, y el art. 95 respecto de los contratos internacionales de arrendamiento financiero.

El art. 72 agrega: “La autonomía de la voluntad de las partes estará limitada únicamente por el orden público y el fraude a la ley.”

En cuanto a los **contratos de seguros**, el art. 78 establece que se regirán por “la ley de la sede social de la compañía de seguro, salvo pacto en contrario. Los asegurados nacionales o domiciliados en la República de Panamá podrán incoar su reclamación ante los tribunales panameños o ante los tribunales de la sede de la compañía de seguro.”

El art. 82 establece: “Los **contratos de representación y franquicia internacional** se rigen por la autonomía de las partes, pero, en cuanto a la indemnización por ruptura o incumplimiento del contrato, por la ley de ejecución del contrato o la de mayor protección al concesionario o franqueado a elección de este último.” Y en cuanto a la jurisdicción, el art. 83 establece: “Los tribunales panameños conocerán privativamente de las demandas derivadas de los contratos de representación y franquicia cuando dichos contratos se ejecuten dentro de la República de Panamá.”

<sup>122</sup> Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014.

<sup>123</sup> [https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF\\_NORMAS/2010/2015/2015\\_620\\_0734.pdf](https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2010/2015/2015_620_0734.pdf) (último acceso: 12 de enero de 2023).

<sup>124</sup> Dice la referida norma: “Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de esta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, y cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional, y en su defecto, la ley del foro.”

El Código de DIPr contiene disposiciones específicas sobre “**contratos desiguales**”. El art. 84 los define de la siguiente manera: “Se entiende por contratos desiguales los contratos que no sean entre comerciantes en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos. Se entenderá como cláusulas esenciales las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. La imposición de una de esas cláusulas se entenderá como el medio de comprobación de un contrato desigual.”

El referido art. 84 parece excluir del concepto de “contratos desiguales” a los contratos entre comerciantes, aun cuando exista en ellos una parte más débil que no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos, entre las cuales se incluye expresamente las de solución de conflictos, es decir, las de elección de ley y juez.

Pero luego, el art. 85 establece: “Son contratos desiguales los contratos de trabajo y los contratos de consumidor. Bajo ningún concepto esta enumeración debe ser interpretada taxativamente.” Esta última frase habilita la extensión del concepto de contratos desiguales a otras modalidades contractuales, además de los mencionados los contratos de trabajo y los contratos de consumidor. No obstante, no resulta claro si dicha extensión podría abarcar contratos entre comerciantes, dada su exclusión en el art. 84.

Lo anterior no quita que cuando en un contrato comercial internacional, entre dos comerciantes, una de las partes carece de poder de negociación, estamos frente a un contrato “desigual”, de conformidad con la siguiente definición de la RAE: “Que no es igual. Diverso, variable (...)”<sup>125</sup>.

Los **contratos de trabajo** y los **de consumidores** están regulados expresamente en los arts. 86 a 90 del Código de DIPr.

En cuanto al **contrato internacional de fideicomiso**, el art. 96 establece: “El contrato internacional de fideicomiso se regirá por la ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el fideicomiso internacional o se prueba su existencia, interpretada, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso. Cuando en la ley elegida en aplicación del párrafo anterior no se conozca la institución del fideicomiso o la categoría de fideicomiso de que se trate, esa elección no surtirá efecto y se aplicará la ley indicada en el artículo siguiente.”

La norma admite la elección de la ley aplicable en forma unilateral por el constituyente del fideicomiso, pero dentro del marco regulador establecido en el propio art. 96.

El art. 98 excluye del sistema autonomista al **convenio internacional de donación** y establece que “se rige por la ley del estatuto personal del donante.”

#### *i. Paraguay*

En Paraguay la Ley N° 5393/2015 regula solamente “la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión”, y excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los **contratos de consumo, de trabajo, de franquicia, representación, agencia y distribución** (art. 1). Además, el art. 3 establece: “Esta Ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar.” Por su parte, la Ley 1879/2002 excluye del arbitraje (y de las disposiciones sobre autonomía de la voluntad) a las cuestiones en las cuales “se requiera la intervención del Ministerio Público” (art. 2).

Por su parte, los acuerdos de arbitraje poseen un régimen regulatorio específico en la Ley N° 1879/2002 de Arbitraje y Mediación.

<sup>125</sup> [dle.rae.es/desigual](http://dle.rae.es/desigual) (último acceso: 12 de enero de 2023).

En cuanto a las demás materias excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 5393/2015 (capacidad de las personas físicas, sociedades, asociaciones y fideicomisos, procedimientos de insolvencia y cuestiones referidas a los representantes), las mismas cuentan con regulación específica en los Códigos y leyes correspondientes.

*j. Perú*

En **Perú**, Luz Monge Talavera considera “lamentable” que no se hayan exceptuado del régimen general autonomista a algunos contratos como los de consumo, de seguros o de trabajo, contratos que menciona a modo de ejemplo y no en forma taxativa, por tratarse de contratos con parte débil. Agrega la autora que “dentro de la perspectiva de la legislación peruana, no estamos frente a una libertad todopoderosa ni del todo ilimitada. La elección será válida siempre que sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres.” (art. 2042 CC) (...) “El legislador busca de este modo levantar tibias barreras para evitar el abuso de derecho o el fraude a la ley”. La elección de la ley por las partes debe ser expresa, no admitiéndose la voluntad tácita<sup>126</sup>.

*k. México*

En **México** se excluyen los contratos con **consumidores** y los contratos con **trabajadores**. Afirma la Dra. Albornoz que la “Ley Federal de Protección al Consumidor se declara “de orden público e interés social y de observancia en toda la República” (artículo 1º). Establece que en los contratos de adhesión no serán válidas y se tendrán por no escritas, por lo que no se podrán registrar en el Registro Público de Contratos de Adhesión, las cláusulas que “obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros” (artículo 90, fracción VI).” Con respecto a los contratos laborales, la “Ley Federal del Trabajo es “de observancia general en toda la República” (artículo 1º) y en algunos supuestos prevé su aplicación extraterritorial<sup>127</sup>. Sin embargo, ni la Ley Federal de Protección al Consumidor ni la Ley Federal del Trabajo se refieren expresamente a la autonomía de la voluntad en sentido conflictual”.

*l. Uruguay*

En **Uruguay** la LGDIPr N° 19.920 de 2020 en su **art. 50** excluye del régimen autonomista en cuanto a la elección de ley a los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales, los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en Uruguay, las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, las obligaciones derivadas de títulos valores y de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, los contratos otorgados en relaciones de consumo, los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia (excepto los de trabajo a distancia), los contratos de seguros y los de transporte por agua. Todos ellos se rigen por las leyes establecidas por el legislador en dicho art. 50. Por su parte, el art. 60.2 establece que no se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el art. 50.

El literal G establece: “*Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros N° 19.678, de 26 de octubre de 2018*”. Esta ley tiene normas específicas sobre ley aplicable y jurisdicción competente para los contratos de seguros y de reaseguros<sup>128</sup>. Los arts. 117 a 119 de la ley de seguros

<sup>126</sup> Luz MONGE TALAVERA, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 944-969, p. 950-951

<sup>127</sup> Ver Carlos Alberto Puig Hernández, “Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo”, en Patricia Kurczyn Villalobos y Rafael Tena Suck (coordinadores), *Tema selectos de derecho laboral. Liber amicorum: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 425-462.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Transport/Archiv\\_Risikogebiete/Risikogebiete\\_aktuell\\_en.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Transport/Archiv_Risikogebiete/Risikogebiete_aktuell_en.pdf?_blob=publicationFile).

<sup>128</sup> Ley N° 19.678 Artículo 117. (Ley aplicable a los contratos de seguros).- Los contratos de seguros se rigen por la ley del Estado del lugar de cumplimiento de la prestación característica. Se entiende por tal el lugar del

remitida por la LGDIPr excluye la autonomía de la voluntad conflictual y establece soluciones legales preceptivas tanto en materia de ley aplicable como de jurisdicción competente. Nótese que las disposiciones referidas no sólo comprenden a los contratos de seguros con consumidores, sino **también los contratos de seguros entre comerciantes**, como es el caso típico del transporte internacional, cualquiera sea el modo. Por consiguiente, la ley de seguros impide que las empresas aseguradoras establezcan unilateralmente en las condiciones generales de sus pólizas cláusulas de ley y juez, protegiendo así de eventuales abusos no solo al asegurado consumidor, sino también al asegurado comerciante. Y la razón para ello es muy simple: no importa si el asegurado es un individuo consumidor o un comerciante (persona física o jurídica), en ambos casos el asegurado no negocia las condiciones generales de las pólizas de seguros, sino que adhiere o no, es decir, no existe negociación ni acuerdo expreso -o que se desprenda inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto- entre las partes respecto de la elección de ley y juez<sup>129</sup>.

Lo mismo sucede en el transporte documentado en carta de porte, conocimiento de embarque o documento análogo: no importa si quien adhiere al contrato de adhesión es un individuo consumidor que contrató el transporte de efectos que compró para su uso personal, o si se trata de un comerciante que contrató el transporte de determinada mercadería, en ninguno de los dos casos tienen chance -ni el particular ni el comerciante- de negociar o cambiar u optar por otras condiciones generales. Es por eso que en esos casos es conveniente establecer soluciones legales que garanticen un mínimo equilibrio contractual y eviten abusos<sup>130</sup>.

El literal H) del art. 50 establece: “Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo N° 19.246, de 15 de agosto de 2014”<sup>131</sup>. Y la misma se remite al Tratado

domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza. Esta norma incluye todos los seguros de transporte sea este marítimo, aéreo, terrestre o multimodal y también los contratos de seguro de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares.

Los contratos de seguros de daños sobre bienes materiales inmuebles o accesorios a un inmueble se rigen por la ley del Estado donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración. Esta norma incluye los seguros de incendio, robo, explosión, caída de rayo, temporal, granizo, cristales y similares. Salvo pacto en contrario, los contratos de reaseguros se rigen por la ley del lugar de localización del riesgo cedido, entendiéndose por tal el del domicilio del asegurador cedente. En caso de existir varios reaseguros en escala se entenderá por lugar de localización del riesgo el del domicilio del primer asegurador reasegurado.

Artículo 118. (Jurisdicción competente en los contratos de seguros).- La jurisdicción competente para conocer en los litigios sobre contratos de seguro será la del Estado cuya ley es aplicable al contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la presente ley. También serán competentes los tribunales del Estado del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza, a opción del actor.

Artículo 119. (Carácter imperativo).- Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este capítulo son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 117 de esta ley.

<sup>129</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 243-244.

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 219-266, p. 243-244.

<sup>131</sup> Ley N° 19.246 “art. 7° Normas de Derecho Internacional Privado. 7.1.- Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, éstas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. 7.2.- Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional. 7.3.- (Prórroga post-litem) Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral.”

de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940<sup>132</sup>. Este a su vez regula el contrato de transporte por agua en los artículos 25 a 27 y establece que la ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de transporte por agua es la del Estado del lugar de cumplimiento de la obligación, entendiéndose por tal “el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”<sup>133</sup>.<sup>134</sup>

Los contratos de transporte terrestre de mercadería tampoco pueden considerarse comprendidos en art. 45 de la LGDIPr. Está claro, en función de la realidad de este tipo de contratos de transporte documentados en cartas de porte y documentos análogos, que no cabe admitir en ellos la autonomía de la voluntad conflictual, porque las cláusulas -incluida la de ley y juez- contenidas en las condiciones generales preimpresas reflejan la voluntad de una sola de las partes del contrato -la del transportista-, y no la del cargador ni la del destinatario de la mercadería<sup>135</sup>.

En Uruguay también están excluidos del sistema autonomista los contratos de transporte aéreo de mercaderías, en virtud del art. 62.2 de la ley 19.920, que establece que la ley deroga todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, pero no las normas especiales vigentes sobre relaciones jurídicas, en lo que respecta a cuestiones no contempladas en esta ley<sup>136</sup>. Los contratos de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías también están excluidos en virtud del referido art. 62.2 de la ley 19.920 con respecto de aquellos países vinculados por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Colombia y Perú) o Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 (Argentina, Paraguay y Uruguay). También lo están en cuanto a los países no vinculados por los referidos Tratados, en base a diversas interpretaciones doctrinarias con base legal<sup>137</sup>.

Además, el **art. 19 del Código de Minería** de Uruguay excluye la autonomía de la voluntad conflictual en todos los **contratos relativos a la actividad minera**, a través de una fórmula detallada y

<sup>132</sup> Ver con respecto al art. 7 de la Ley N° 19.246: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes N° 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo”, *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, Fernando Aguirre Ramírez (coordinador), Montevideo, FCU, 2015, p. 127-168.

<sup>133</sup> Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940: “Art. 25. – Los contratos de fletamento y de transporte de mercaderías o de personas que tengan por objeto esos transportes, entre puertos de un mismo Estado, se rigen por sus leyes, cualquiera que sea la nacionalidad del buque. El conocimiento de las acciones que se originen queda sometido a la jurisdicción de los jueces o tribunales del mismo.” “Art. 26. – Cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas.” “Art. 27. – En el caso del artículo anterior, serán competentes para conocer de los respectivos juicios, los jueces o tribunales del lugar de la ejecución, o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario.”

<sup>134</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 245-246.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 219-266, p. 248; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, abril 2021, pp. 211-213, entre otros trabajos.

<sup>136</sup> En Uruguay el transporte aéreo internacional de mercaderías se rige por el sistema de Varsovia y particularmente por la Convención de Montreal de 1999 (Ley N.º 19.169) la que regula con normas materiales todo lo referido al transporte aéreo de carga o pasajeros y tiene reglas específicas sobre jurisdicción competente, las cuales además son de orden público.

<sup>137</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021 y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*, Montevideo, FCU, 2021, p. 206-213.

categoría: “(...) La actividad minera, cualquiera sea su modalidad, y todas las controversias, reclamaciones y peticiones, referidas a la misma, quedan sometidas, sin excepción alguna, a la legislación y jurisdicción de la República Oriental del Uruguay. Todo pacto o convenio en contrario es nulo. Esta disposición es de orden público y será incluida obligatoriamente en todos los contratos que otorguen derechos mineros.” (inciso final del art. 19). Se trata de una norma imperativa, de aplicación inmediata.

En cuanto a los contratos excluidos del régimen autonomista, el art. 50 de la ley 19.920 establece que:

- los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en Uruguay, se rigen por la ley uruguaya;
- las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría;
- las obligaciones derivadas de títulos valores, se rigen por la ley del lugar donde son contraídas, la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, esta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.
- Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando esta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales (art. 50, incisos A) a D).
- “E) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen: 1) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. 2) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán por la ley del lugar del domicilio del consumidor. 3) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.”
- “F) Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.”
- Respecto de los contratos de seguros y de transporte por agua, se establece el régimen aplicable a los mismos por remisión: “G) Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros N.º 19.678, de 26 de octubre de 2018. H) Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo N.º 19.246, de 15 de agosto de 2014.”

En cuanto a la jurisdicción, el art. 59 de la ley 19.920 establece soluciones especiales, para ciertas modalidades contractuales (entre otras cuestiones), además de las soluciones generales en materia de jurisdicción previstas en el art. 57:

- “D) En materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la República se hubiere celebrado el contrato; o se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo.”
- “E) En materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en la República.”

## II. Venezuela

Respecto de los contratos de **seguros** y de **transporte marítimo**, se establece la inderogabilidad convencional de la jurisdicción, es decir, que las partes no pueden pactar una jurisdicción diferente a la establecida por la ley. Por lo demás, las normas de DIPr en materia de contratos no establecen expresamente exclusiones.

Por ello, como afirma la Dra. Madrid Martínez, “con respecto a la Convención de México –lo cual es aplicable a la Ley venezolana– se ha afirmado que **hubiera sido deseable excluir los contratos asimétricos de su ámbito de aplicación**<sup>138</sup>, sobre todo considerando el éxito de la normativa especial respecto de ciertos contratos contenida en el entonces vigente Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano<sup>139</sup>.” (el destacado es nuestro)

**Los sistemas autonomistas están evidentemente diseñados, como afirma la Dra. Madrid Martínez “para regular los contratos paritarios o de libre discusión”.** Es por ello que cuando no se limita la autonomía de la voluntad conflictual y esta resulta aplicable a contratos concluidos “entre partes con diferente poder de negociación”, se generan consecuencias peligrosas. Afirma la citada profesora que la única protección existente sería la “establecida por vía de las normas internacionalmente imperativas”. Concluye que si bien esta herramienta no es lo ideal, “contribuiría a atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con partes débiles”, lo cual es compartible. No obstante, la idea de este trabajo es complementar esa protección insuficiente.

Afirma la Dra. Madrid Martínez que “en la única materia que podría hablarse de un régimen específico es en **materia laboral**. En efecto, en caso de contratos de trabajo, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras<sup>140</sup> dispone, en su artículo 3, que las normas de la Ley se aplicarán “con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares”. Esta disposición ha sido calificada por la doctrina como una norma de extensión, de manera que si el trabajo ha sido prestado o convenido en Venezuela se aplicará necesariamente el Derecho venezolano y, fuera de estos casos, el contrato de trabajo queda expuesto a las soluciones generales, entre ellas, la fundamental: la autonomía conflictual.”

En cuanto a los **contratos con consumidores**, afirma la Dra. Madrid Martínez, la protección “se da por vía de las normas internacionalmente imperativas que se impondrían al Derecho aplicable al contrato. Sin embargo, en la actualidad esta salida resulta algo complicada debido a la derogatoria de las normas sobre protección de los consumidores en el Derecho interno. En efecto, en 2014 la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios<sup>141</sup> fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos<sup>142</sup>, que se limita a establecer un catálogo de derechos de los consumidores en su

<sup>138</sup> Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver: SIQUEIROS, José Luis, *Ley aplicable en materia de contratación internacional*, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser. Q./CJI/RES.II-6/9, Washington, OEA, 1991, p. 10, 18 y 37.

<sup>139</sup> “...la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano”. Ver: Moreno Rodríguez, José Antonio, *La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor*. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en:

<http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf>

<sup>140</sup> Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario, 7 de mayo de 2012.

<sup>141</sup> Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

<sup>142</sup> Esta Ley se publicó originalmente en la Gaceta Oficial No. 40.340 de 23 de enero de 2014, luego fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014. En 2015 la Ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la Gaceta Oficial No 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de

artículo 7. En estos casos, corresponderá al juez construir la protección de los consumidores a partir de ese artículo 7 y atender al mandato constitucional desoído por el legislador de garantizar el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno (art. 117 Constitución).”

Señala la Dra. Madrid Martínez el interés del artículo 7.10 de la Ley Orgánica de Precios Justos, que reconoce el derecho del **consumidor** a “la protección en los **contratos de adhesión** que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses”, pues en algunos casos, las cláusulas de elección de Derecho aplicable o de un foro determinados incluidas en contratos de adhesión podrían lesionar los derechos o intereses del consumidor. En materia de contratos con consumidores, esta norma constituye la única protección del sistema para garantizar que el consumidor haya realmente querido someterse a arbitraje.”

Agrega la Dra. Madrid Martínez: “La posibilidad de considerar al acuerdo de arbitraje como una cláusula abusiva que vulnera los derechos del consumidor débil jurídico, está presente en las Normas relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarías de los Servicios Financieros<sup>143</sup>, pues el artículo 25.d de este instrumento considera nula la cláusula que “...imponga la utilización obligatoria del arbitraje”.”

**En suma**, surge de lo expuesto en esta sección 3 que todos los sistemas jurídicos excluyen la autonomía de la voluntad respecto de algunos contratos internacionales específicos. Lo hacen a través de normas incluidas en sus leyes de derecho internacional privado (por ejemplo, el art. 50.G) y H) de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay, los arts. 2651 y 2654 del CCCN de Argentina, el art. 98 del Código de DIPr de Panamá), o mediante leyes especiales (por ejemplo, el art. 57 de la Ley 17.418 de Seguros de Argentina).

De los distintos ordenamientos jurídicos analizados, podemos extraer que los contratos internacionales excluidos -total o parcialmente- del régimen autonomista son, dependiendo de cada jurisdicción, los siguientes: contratos internacionales de consumo, de trabajo, de transporte de mercaderías (los de transporte de pasajeros son contratos con consumidores), de seguros, de agencia, de franquicia, de distribución, de construcción, de representación, de fideicomiso, de donación y relativos a la actividad minera. Es interesante destacar la regulación panameña de los “contratos desiguales”, aunque su alcance no es claro.

En cuanto a **otros contratos de adhesión o análogos, en los que ambas partes sean comerciantes**, no he encontrado por el momento normas genéricas que refieran a ellos, y que establezcan en qué condiciones es admisible la cláusula de elección de foro y/o ley y en cuáles no. Parecería que la clave está en determinar cuándo existe libre consentimiento de ambas partes, es decir, cuándo existe un verdadero acuerdo de voluntades con relación a la cláusula de elección de foro y/o ley, que como vimos, es independiente del resto del contrato. Nótese que en general todos los sistemas, tanto convencionales como autónomos, hacen referencia al acuerdo de las partes, en plural, lo que de por sí excluye las cláusulas unilaterales no consentidas por la parte que adhiere al contrato.

Por último, cabe afirmar que así como la gran mayoría de los sistemas jurídicos admiten la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, ninguno lo hace de forma irrestricta e ilimitada. Todos los ordenamientos jurídicos establecen un marco regulador más o menos amplio, así como exclusiones de algunos contratos.

4) Los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formulario, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas), ¿tienen alguna regulación

---

2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

<sup>143</sup> Gaceta Oficial No. 40.809, 14 de diciembre de 2015.

especial? En caso afirmativo, ¿Cuál? ¿Considera Usted que la regulación existente es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma?

Ante el interrogante de si los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formulario, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas), tienen alguna regulación especial, las situaciones varían en los distintos derechos convencionales y autónomos, así como en los instrumentos de *soft law*.

Si bien muchas de las normas que se analizan en esta sección refieren a contratos de adhesión nacionales o domésticos, las mismas son también aplicables, por analogía, a los contratos de adhesión internacionales, ya que la problemática de unos es transpolable a la de los otros.

Veamos ahora las respuestas de los distintos países al interrogante planteado en esta sección. En **Argentina** los contratos internacionales de adhesión no tienen regulación especial.

En **Bolivia**, en cambio, el Dr. Canelas explica que el art. 817 del Código de Comercio hace referencia a los “**contratos mediante formularios**”, señalando algunas reglas básicas: “Los contratos celebrados mediante formulario, se rigen por las siguientes reglas: 1) En caso de duda, se entiende en el sentido menos favorable para quien hubiera preparado el formulario; 2) Cualquier renuncia de derechos sólo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente, y 3) Las cláusulas mecanografiadas prevalecerán en relación a las impresas, aun cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.”

Asimismo, afirma el Dr. Canelas, “los artículos 455 y sgtes. del Código Civil -sobre la oferta y la aceptación en los contratos – junto con el artículo 815 del Código de Comercio – sobre los contratos por correspondencia – pueden resultar útiles para dilucidar cuestiones planteadas en este tipo de contratos.”

Menciona también el Dr. Canelas que existe regulación específica en materia de transportes y seguros que podría resultar relevante, a partir de la Ley General de Transporte de 2011, y la Ley 1883 de Seguros de 1998.

La Ley General de Transporte de 2011 establece en su art. 109 que los seguros a que están obligados los operadores y los administradores de infraestructura para cubrir los daños previstos en la presente Ley, deberán ser contratados de acuerdo a la legislación nacional vigente en la materia.

En **Canadá** afirma la Dra. Geneviève Saumier que no existe regulación específica respecto de los contratos de adhesión.

En **Colombia**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez que no existe en el Derecho internacional privado colombiano regulación respecto de los contratos de adhesión. Considera que “El sistema colombiano, no solo en lo que respecta a la contratación internacional, sino en general, necesita una renovación, pues sus normas principales, de corte unilateral y estatutario son las mismas que vienen del Código Civil chileno redactado por don Andrés Bello y que, con alguna modificación menor, fue adoptado por Colombia en 1873.” Agrega que: “Con esta idea en mente, el Instituto Antioqueño de Derecho internacional privado trabaja en un **Proyecto de Ley General de Derecho internacional privado**, en el cual se han incluido soluciones conflictuales y procesales **distinguiendo entre los contratos de libre discusión y los contratos asimétricos**, estos últimos “entendidos como aquellos en los cuales las partes no tengan igual o equivalente poder de negociación” (art. 25). En tales casos se permite la elección de un tribunal siempre que la elección se verifique después de planteada la controversia (art. 25.3). También se permite la elección del Derecho aplicable, pero, en el caso de los trabajadores, siempre que el Derecho elegido no los prive “de la protección concedida por las disposiciones obligatorias contenidas en el Derecho aplicable en ausencia de elección” (art. 82) y, en el caso de los consumidores, “siempre que este no suponga una desmejora de los derechos del consumidor reconocidos por el Derecho de su domicilio” (art. 83).

En **Ecuador**, se informa que: “En vista de que en los contratos de adhesión existe una parte que se encuentra en una mejor situación, la cual predispone las cláusulas y condiciones, **se ha considerado**

**oportuno proteger al adherente** para evitar cualquier tipo de abuso proveniente de la parte que se encuentra en una mejor situación. En los contratos de adhesión las partes no están en igualdad de condiciones, pues una de ellas se encuentra en una mejor situación, por esta razón la ley le otorga protecciones especiales a la parte que está en inferioridad de condiciones, es decir al adherente, para tratar de igualar las condiciones de las partes.”

En **Estados Unidos**, una de las maneras en que las leyes abordan la ejecutabilidad de un contrato de adhesión es analizando si es desmesurado (*unconscionable*), (excesivo o desmedido, diríamos en español, más que “desmesurado”) ya sea desde el punto de vista procesal o sustantivo. En esos casos el tribunal determina si el contrato o una parte de él no debería ser ejecutado<sup>144</sup>.

En **Paraguay** dichos contratos no han sido objeto de regulación especial. No obstante, según se establece en el Informe de la Misión Permanente de Paraguay ante la OEA, “los **contratos de adhesión**, es decir, aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido, poseen ciertas normas en la Ley N° 1334/98 de defensa del consumidor y del usuario”. Por su parte, el art. 8 de la Ley 5393/2015, establece: “Acuerdo sobre la elección de derecho. 1. Para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes. 2. Si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho. 3. El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo.”

---

<sup>144</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022: Section 208 of the Restatement (Second) of Contracts provides: “If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.” Comment (a) to that section of the Restatement explains: The determination that a contract or term is or is not unconscionable is made in the light of its setting, purpose and effect. Relevant factors include weaknesses in the contracting process like those involved in more specific rules as to contractual capacity, fraud, and other invalidating causes; the policy also overlaps with rules which render particular bargains or terms unenforceable on grounds of public policy. Policing against unconscionable contracts or terms has sometimes been accomplished “by adverse construction of language, by manipulation of the rules of offer and acceptance or by determinations that the clause is contrary to public policy or to the dominant purpose of the contract.” **Uniform Commercial Code § 2-302 Comment 1. Particularly in the case of standardized agreements**, the rule of this Section permits the court to pass directly on the unconscionability of the contract or clause rather than to avoid unconscionable results by interpretation. Compare § 211. Comment (d) specifically addresses unconscionability and weakness in the bargaining process: **A bargain is not unconscionable merely because the parties to it are unequal in bargaining position, nor even because the inequality results in an allocation of risks to the weaker party. But gross inequality of bargaining power, together with terms unreasonably favorable to the stronger party, may confirm indications that the transaction involved elements of deception or compulsion, or may show that the weaker party had no meaningful choice, no real alternative, or did not in fact assent or appear to assent to the unfair terms.** Factors which may contribute to a finding of unconscionability in the bargaining process include the following: belief by the stronger party that there is no reasonable probability that the weaker party will fully perform the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party will be unable to receive substantial benefits from the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party is unable reasonably to protect his interests by reason of physical or mental infirmities, ignorance, illiteracy or inability to understand the language of the agreement, or similar factors. See Uniform Consumer Credit Code § 6.111.

Con respecto a los **contratos de representación, agencia y distribución**, Esteban Burt explica que la Ley 194/93 del 17 de junio de 1993, “reglamenta los contratos de representación, agencia y distribución de productos o servicios entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas en el Paraguay. Agrega que: “Notoriamente, la generalidad de los Contratos de Representación, son simples modelos de adhesión, preparados por la Firma Extranjera, muchas veces con cláusulas arbitrarias, como por ejemplo: que la relación se regía invariablemente por las leyes del país extranjero y que eran competentes, únicamente los jueces de tal lugar; que la relación contractual podía cancelarse a voluntad mediante aviso de tres o menos meses dado por la Firma Extranjera; que en caso de rescisión, el Representante no tenía derecho a compensación alguna y otras más, tanto imaginativas como lesivas. Ante los abusos, se hizo imperativo el amparo de los tribunales paraguayos, cuando hubo diferendos sobre la validez de los contratos, a pesar de que en ellos se establecía la ley y jurisdicción extranjeras.”<sup>145</sup>

Además de las normas sustantivas sobre invalidez de las cláusulas leoninas, prohibición de rescisión del contrato en plazos breves y demás, la referida Ley 194/93 establece que las partes deben someterse a la competencia territorial de los jueces de Paraguay o a los tribunales arbitrales constituidos en el Paraguay. Agrega Burt que: “Para los Contratos de Representación que se ejecutan en el territorio del Paraguay, es razonable que el fabricante extranjero o empresa multinacional concorra ante nuestros tribunales en caso de pleito (C.P.C. 3; C.O.J. 17/19). Resultaría desproporcionado y oneroso pretender, por ejemplo, que un Representante en el Paraguay de perfumes franceses o automóviles rusos en caso de desavenencia, deba litigar en los tribunales de París o Moscú para hacer valer sus derechos. No es la intención de la Ley 194/93, privar arbitrariamente a la Firma Extranjera de los beneficios de su propia jurisdicción. Previene, sin embargo, que cuando el negocio está situado en nuestro país; cuando se obtiene beneficios económicos por el comercio a través de Paraguay, la Firma Extranjera debe estar dispuesta a litigar o a arbitrar su disputa aquí”<sup>146</sup>.

En **Venezuela**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez que “no existe regulación especial, por lo que quedan sujetos a las reglas generales de Derecho internacional privado en materia contractual”.

En cuanto a las normas de fuente convencional, cabe mencionar que el **Código Bustamante** contiene una disposición especial respecto de los contratos de adhesión, en su art. 185, que dispone: “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en adelante se consignent para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara.”

5) Frente al interrogante planteado en el cuestionario de si considera que la regulación existente –en el respectivo país- es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma, se recibieron las siguientes respuestas:

*a. Respuestas al cuestionario*

El **Dr. José Manuel Canelas, de Bolivia**, manifestó que la legislación existente en su país es insuficiente, empezando por la carencia de un tratamiento básico de las reglas de derecho internacional privado”.

En **Uruguay** no hay normas especiales de Derecho internacional privado relativas a los contratos de adhesión, contratos asimétricos o equivalentes. Si bien se pueden extraer del marco normativo existente mecanismos que impidan los abusos en los contratos asimétricos (orden público internacional, fraude a la ley, normas de aplicación inmediata), ello siempre estará sujeto a las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales divergentes. Por consiguiente, considero que sería muy conveniente contar con reglas claras al respecto. Este documento del CJI podría ser tomado en cuenta por el legislador nacional a los efectos de su elaboración. Mientras tanto, será de utilidad para jueces y demás operadores jurídicos.

<sup>145</sup> Esteban BURT, “Ley de representación, agencias y distribución”, LLP 1999, pág. 381, PY/DOC/381/2007.

<sup>146</sup> *Ibidem*, pág. 381, PY/DOC/381/2007.

Respecto de **Venezuela**, afirma la **Dra. Claudia Madrid Martínez** que “...el sistema venezolano se ajusta a los estándares modernos para la regulación del Derecho aplicable a los contratos de libre discusión, pero **en el caso de contratos asimétricos no hay una respuesta adecuada**. En estos casos, la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios. En primer término, cuando una de las partes es estructuralmente más fuerte o cuando tiene al menos el poder de proponer el contenido contractual –si pensamos en un contrato entre iguales– es muy probable que al elegir el Derecho aplicable considere solo sus intereses y deje de lado los de la otra parte. El silencio del sistema venezolano, no solo al momento de establecer reglas especiales para los contratos asimétricos, sino también en cuanto a excluirlos del ámbito de las reglas generales. Esto hace aún más necesaria una regulación especial para los contratos asimétricos.”

*b. Consideraciones de la relatora*

En opinión de esta relatora, coincidiendo con la Dra. Madrid Martínez, en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, que tienen la posibilidad de negociar las cláusulas del contrato, y no para los contratos asimétricos, de adhesión, o equivalentes, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.

Es evidente que en los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal, porque no existe un acuerdo entre dos o más voluntades respecto de la elección del foro y/o la ley aplicable. En estos casos, como bien afirma la Dra. Madrid Martínez, “la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios”, pero por sobre todo, es injusta, porque permite que la parte contractualmente más fuerte –la que tiene el poder de establecer las condiciones del contrato, incluyendo ley aplicable y juez competente– elija unilateralmente el foro y la ley más conveniente a sus intereses. Esto ocurre en los contratos entre comerciantes, y no sólo en los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados. Amparar estas situaciones no parece estar en la base de la autonomía de la voluntad conflictual ni en la opinión de sus defensores. Por el contrario, desnaturaliza el concepto mismo de autonomía de la voluntad conflictual, que es la facultad que el legislador –nacional o internacional– otorga a las partes de un contrato internacional de elegir la ley que regulará su contrato y/o el juez (o árbitro) competente para entender en cualquier diferendo que surja respecto de dicho contrato. Se trata, en esencia, de un acuerdo entre dos partes, no de una decisión unilateral.

Lo que se observa en la realidad práctica es que la parte que emite unilateralmente las condiciones generales en los contratos de adhesión elige la ley y el juez más conveniente para sus intereses, que suelen ser inconvenientes para la otra parte. Por ejemplo, a quien ofrece el bien o servicio, le será más conveniente, por ejemplo, la ley con límites de responsabilidad más bajos, con plazos de prescripción más breves para entablar reclamos, mientras que para el comerciante que adquiere el bien o servicio en modalidad de contrato de adhesión le convendrá exactamente lo contrario, es decir, una ley que no establezca límites de responsabilidad, o los fije en montos altos, y que establezca plazos de prescripción extensos.

En cuanto a la jurisdicción, a quien ofrece el servicio o el bien le convendrá elegir un foro cercano a su domicilio o establecimiento, y a la vez lo más lejano posible del domicilio o establecimiento de su contraparte, para desalentar posibles reclamos. Nótese que si bien en los contratos internacionales donde se manejan cifras enormes esto puede resultar irrelevante, en un gran número de contratos internacionales los reclamos por incumplimiento –total o parcial– del contrato son por montos que no ameritan litigar en foros lejanos, lo que genera para el comerciante que compró el bien o servicio una denegación de justicia lisa y llana, por resultarle imposible en la práctica acceder a su “*day in court*”.

La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen la problemática descrita, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en este Informe, hace necesario su regulación. He ahí la razón de ser de este documento.

6) Las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, ¿son válidas conforme a la legislación de su país?

Frente a la interrogante de si las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, son válidas o no conforme a la legislación de los respectivos países, las respuestas obtenidas varían.

En **Canadá**, afirma la Dra. Geneviève Saumier, el Código Civil de Quebec contiene disposiciones sustantivas que protegen a la parte que adhiere al contrato de cláusulas externas, ilegibles, incomprensibles o abusivas (art. 1435-37). No obstante, dado que las normas sobre jurisdicción y elección de la ley sólo protegen a los consumidores, empleados y asegurados, los tribunales no le han concedido similar protección a las partes que adhieren en otros contratos de adhesión fuera de los tres mencionados.

En **Cuba**, afirma la Dra. Peña Lorenzo, dichas cláusulas se admiten como válidas. Incluso, afirma que no varía su tratamiento dependiendo de si las condiciones generales están firmadas o no por quien adhiere. En cuanto a los criterios para determinar si existe consentimiento válido de ambas partes o no, sostiene que no hay diferencia con el resto de los contratos: se tiene en cuenta “la aceptación o, en su caso, aprobación del contrato por autoridad competente.”

No obstante, agrega la especialista, si bien en teoría se les da el mismo tratamiento a los contratos comerciales internacionales negociados y consentidos por ambas partes que a los contratos comerciales internacionales de adhesión y análogos, en los que no existió ni negociación ni consentimiento del adherente a las cláusulas de elección de ley y/o juez o árbitro, “luego para los contratos en los que existe un sistema de aprobación, el control administrativo depura estas situaciones, procediendo a su aprobación o denegación.”

En **Ecuador**, se informa que: “en los contratos de adhesión, debido a la protección que la ley le otorga al adherente, prima el formalismo. Las distintas protecciones que la ley establece constituyen una imposición de formas que deben ser observadas. En el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también impone ciertas formas a los contratos de adhesión, convirtiéndolos en contratos formales y dejando de lado el consensualismo.”

En **Estados Unidos de América**, El comentario b) a la § 187 del *Restatement (Second) on Conflict of Laws* establece que una cláusula de elección de ley, como cualquier otra cláusula contractual, carecerá de eficacia si el consentimiento de una de las partes a su inclusión en el contrato fue obtenido por medios impropios, tales como tergiversación, coacción, influencia indebida o por error<sup>147</sup>. Agrega luego que un factor que el foro debe considerar es si la cláusula de elección de la ley está contenida en un contrato de adhesión, a saber, uno redactado unilateralmente por la parte dominante y luego presentado como “tómalo o déjalo” a la parte más débil, que no tiene ninguna oportunidad real de negociar esos términos. Esos contratos son usualmente preparados de forma impresa, y frecuentemente al menos algunas de sus disposiciones en un tamaño de letra extremadamente pequeño. Las cláusulas de elección de ley contenidas en esos contratos son en general respetadas. No obstante, el foro escudriñará esos contratos con cuidado y rechazará la aplicación de

---

<sup>147</sup> Traducción libre del texto original: “A choice-of-law provision, like any other contractual provision, will not be given effect if the consent of one of the parties to its inclusion in the contract was obtained by improper means, such as misrepresentation, duress, or undue influence, or by mistake”. (<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>)

cualquier cláusula de elección de ley que puedan contener, si validarlas resultara en una injusticia sustantiva para el adherente<sup>148</sup>.

Con respecto a los contratos de adhesión, señalan Scoles & Hay que algunos tribunales y comentaristas ven a los contratos redactados unilateralmente e impuestos sobre una parte por otra económicamente más fuerte como de adhesión, mientras que otros lo hacen sólo cuando el contrato contiene términos injustos o desmesurados. El *Restatement (Second) on Conflict of Laws* opta por el primer concepto, pero no invalida, por ese sólo motivo (ser de adhesión) la cláusula de elección de ley; sólo lo hace cuando su aplicación iría en detrimento de la parte más débil. En otras palabras, el sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil<sup>149</sup>. Se trata de una solución muy razonable, que podría ser tomada como fuente de inspiración en otros países de la región.

En **Panamá**, según informe de la cancillería de dicho país, las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, son válidas conforme a la legislación de su país, aunque no existe norma especial al respecto. Invoca el art. 195 de su Código de Comercio<sup>150</sup>.

En **Paraguay**, según informe de la Misión Permanente ante la OEA, las referidas cláusulas son válidas, entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad, “al no contemplarse impedimentos expresos en el marco legal, salvo las exclusiones previstas, como las ya referidos, en especial los previstos en el art. 8 de la Ley 5393/2015”. Concluye el Informe afirmando que: “No existe norma especial sobre cláusulas de elección de ley y/o foro incluidas unilateralmente en condiciones generales pre-impresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes. La Ley N° 1334/98 contempla normas sobre los contratos de adhesión (artículo 24 y ss.) y la Ley N° 5393/2015 prevé situaciones de elección de derecho en casos de utilización de cláusulas estándar o de adhesión (artículo 8°).”

Frente al interrogante de si se les da el mismo tratamiento a los contratos comerciales internacionales negociados y consentidos por ambas partes que a los contratos comerciales internacionales de adhesión y análogos, en los que no existió ni negociación ni consentimiento del adherente a las cláusulas de elección de ley y/o juez o árbitro, el Informe referido establece: “No, no se les da el mismo tratamiento en el marco normativo. La Ley N° 1334/1998 distingue como ‘contrato de adhesión’ a ‘aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o

---

<sup>148</sup> Traducción libre del texto original: “A choice-of-law provision, like any other contractual provision, will not be given effect if the consent of one of the parties to its inclusion in the contract was obtained by improper means, such as by misrepresentation, duress, or undue influence, or by mistake. Whether such consent was in fact obtained by improper means or by mistake will be determined by the forum in accordance with its own legal principles. A factor which the forum may consider is whether the choice-of-law provision is contained in an “adhesion” contract, namely one that is drafted unilaterally by the dominant party and then presented on a “take-it-or-leave-it” basis to the weaker party who has no real opportunity to bargain about its terms. Such contracts are usually prepared in printed form, and frequently at least some of their provisions are in extremely small print. Common examples are tickets of various kinds and insurance policies. Choice-of-law provisions contained in such contracts are usually respected. Nevertheless, the forum will scrutinize such contracts with care and will refuse to apply any choice-of-law provision they may contain if to do so would result in substantial injustice to the adherent.” (<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>)

<sup>149</sup> Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

<sup>150</sup> El referido artículo establece: “Artículo 195. Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Exceptúase de esta disposición los contratos que, con arreglo a este Código o a leyes especiales, deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.”

servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido (artículo 4º, h) y contempla normas especiales en su capítulo V.” Esta afirmación es armónica con la definición de “consumidor y usuario” que da el art. 4º, a) de la Ley N° 1334: “A los efectos de la presente ley, se entenderán por: a) CONSUMIDOR Y USUARIO: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza;”, que no distingue si la persona física o jurídica es comerciante o no. En este sentido, afirma Manuel Dos Santos Miranda<sup>151</sup> que la Ley N° 1334/1998 “no crea nuevos tipos de contrato, sino un esquema normativo protector que se aplica a las relaciones comerciales –de darse los presupuestos– y se integra a las normas de derecho común.” No obstante, más adelante el autor señala que se excluye de la ley referida al consumo intermediario, “entendiendo como tal a aquél cuyo producto retorna o reingresa a las cadenas de producción y distribución, pasando a formar parte del costo (y por tanto, del precio final) de un nuevo bien o servicio.”

En **Venezuela**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez, la única referencia en cuanto a los contratos de adhesión, “que aplica tanto a contratos comerciales como a contratos con parte débil tiene que ver con la imposición de un requisito adicional para la sumisión a arbitraje. En efecto, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que en el caso de contratos de adhesión “la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse **en forma expresa e independiente**”. Esto debido a que el legislador quiere asegurarse de la verdadera voluntad de las partes de ir a arbitraje y que tal “voluntad” no resulte de una imposición por parte de quien redacta el contrato.” Agrega que esta norma ha sido aplicada a los casos de acuerdos de elección de foro.

Agrega la Dra. Claudia Madrid Martínez que “el sistema venezolano no excluye contrato alguno del ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad, sea para elegir un foro, arbitraje o el Derecho aplicable. El sistema se aplica independientemente del poder de negociación de las partes y de si ha habido o no negociación entre ellas antes de la celebración del contrato.”

Es curioso, en opinión de esta relatora, observar que en general en ningún sistema –ni autónomo ni convencional- se le da relevancia a la circunstancia de que las condiciones generales utilizadas sean de oferta monopólica y que por tanto quien adhiere no tenga posibilidad de elegir otras condiciones generales más acordes a sus intereses. Se trata de un elemento claro, que explica por qué a veces los comerciantes terminan adhiriendo a contratos asimétricos, aún sin estar de acuerdo con las condiciones generales incluidas en ellos porque no tienen otra opción. La única “opción” sería no contratar, no comerciar, lo cual obviamente no es una opción realista.

Que el legislador quiera asegurarse de la verdadera voluntad de las partes, no sólo de ir a arbitraje, sino también en cuanto a la elección de un tribunal judicial y de la ley, y que tal “voluntad” no resulte de una imposición por parte de quien redacta el contrato, debería ser la regla general, aplicable a todos los contratos en cuanto a la autonomía de la voluntad conflictual.

En general los especialistas consultados han admitido que la legislación existente en este punto es insuficiente y que debería adecuarse, lo que respalda la inclusión de este tema en la Agenda del CJI y la elaboración de este documento.

---

<sup>151</sup> Manuel DOS SANTOS MIRANDA, “La Protección Legal de los Consumidores en Paraguay”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Dos-Santos-M-Proteccion-Legal-Consumidores-Py.pdf>, p. 9 y 12 (último acceso: 22/11/2022).

## B. Jurisprudencia

7) La jurisprudencia de su país, ¿válida o no las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos? ¿en base a qué fundamento (normativo, doctrinario, otro)? En particular, las válida o no en los siguientes contratos:

- ¿de seguros, cuando el asegurado es un comerciante?
- ¿de transporte marítimo de mercaderías)
- ¿de transporte aéreo de mercaderías?
- ¿de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías?
- ¿de otros contratos de adhesión y análogos, en los que ambas partes sean comerciantes?

Respecto de **Argentina**, el Representante ante la OEA menciona el siguiente caso: SENTENCIA del 24 de junio de 2011, Nro. 59310/07, CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: Uzal - Míguez. In re: “*REPOC SA c/ LIEBHERR ARGENTINA SA Y OTROS s/ ORDINARIO*”, y transcribe, en lo pertinente, lo siguiente: “El hecho de que la prórroga se halle incorporada en un convenio con cláusulas predisuestas, no inhabilita prima facie su eficacia. Es frecuente que las cláusulas generales predisuestas de contratación o las condiciones generales tipo de los contratos de adhesión incluyan, como ocurre en la especie, cláusulas de prórroga de jurisdicción que, muchas veces, son el reflejo de la relación de poder existente entre las partes, donde la contraposición entre estipulante y adherente expresa aquélla otra entre "contrayente en posición económica superior" y "contrayente en posición de sujeción".- Se ha señalado que estas manifestaciones de dispar poder negociador suelen exteriorizarse con claridad a través de las denominadas "cláusulas asimétricas", en las que, por ejemplo, la elección del foro puede, incluso, adquirir carácter exclusivo para una de las partes, pero la otra puede elegir entre varios tribunales acordados.- En este marco, cabe concluir que, para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente, habrá de analizarse si, para admitirla, pudiera mediar algún obstáculo o denegación de derecho de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvencción o abuso del desconocimiento de algunas de las partes o si se produjese alguna violación de principios de orden público (Véase, Uzal, María Elsa, Soluciones Jurisdiccionales en el Ámbito Internacional" en Highton E. y Areán B. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, 1ª ed., 2004, págs 197/198). En otras palabras, deberá atenderse, con especial cuidado, si se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita, en el caso, invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades. Es que aunque la prórroga de jurisdicción, mediante cláusula predispuesta, se trata de una facultad excepcional, que debe siempre ser interpretada con carácter restrictivo, solo ante la duda, es preciso estar a la regla de la improrrogabilidad, de lo contrario se asestaría un duro golpe a las reglas del comercio en general.”

Respecto de **Bolivia**, José Manuel Canelas afirma que no se identifica jurisprudencia al respecto, aunque señala “que la sistematización y publicidad de la jurisprudencia en Bolivia es muy deficiente.”

Respecto de **Canadá**, Geneviève Saumier informa que estos contratos son considerados válidos en base a las normas del Código Civil de Quebec, que permiten la autonomía de la voluntad conflictual (art. 3111 para la elección de ley y art. 3148 para la elección de foro).

En **Cuba**, afirma Taydit Peña que, si en su momento se aceptó o aprobó el contrato, la jurisprudencia lo valida.

Respecto de **Colombia**, afirma Claudia Madrid Martínez que no ha localizado decisiones respecto de estos contratos.

En **Ecuador**, se informa que “la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor otorga una protección general a todas las cláusulas de los contratos de adhesión (...); la protección contractual beneficia a todas las partes que se adhieren a un contrato. Esta protección contractual es definitivamente más avanzada que aquella que protege a un grupo restringido de personas. Más aun, en determinados sistemas no se admite que las personas jurídicas se beneficien de esta protección, sin embargo en Ecuador la protección contractual beneficia también a las personas jurídicas.”

En **Panamá**, en general la jurisprudencia valida las cláusulas de elección de ley y juez.

En **Paraguay**, según se afirma en el Informe de la Misión Permanente ante la OEA, la escasa jurisprudencia existente “ha validado las cláusulas de elección de ley y/o fuero que hayan decidido las partes, en base a la autonomía de la voluntad y libertad de las partes que se consagra como principio general dentro del Código Civil y la Ley N° 5393/2015”. Menciona como ejemplos de dicha jurisprudencia, entre otros, una sentencia de la **Corte Suprema de Justicia**, Sala Civil y Comercial, 15/09/2014, juicio “Los Trigales S.A. c/ ASUR Aseguradora del Sur S.A. de Seguros Generales s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Acuerdo y Sentencia N° 833), que establece que **la normativa sobre seguros “...debe ser interpretada a favor del asegurado ya que es sabido que los contratos de seguros son, normalmente, contratos de adhesión, en los cuales el asegurado se encuentra en una situación de desventaja al tener que adherirse enteramente a este tipo de contratos”. Cabe destacar que en el caso mencionado el asegurado es una sociedad anónima, es decir, que se trata de un contrato de seguros entre dos comerciantes.** (el destacado pertenece a la relatora)

La sentencia de la **Corte Suprema de Justicia**, Sala Civil y Comercial, 21/03/2013, “Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato” (Acuerdo y Sentencia N° 82), establece que “... la elección del derecho aplicable hecha por las partes en el contrato, vale como contenido normativo del acuerdo en cuestión, para reglar los derechos de las partes en tanto y en cuanto no afecte disposiciones imperativas del derecho nacional.”

Respecto de **Venezuela**, Claudia Madrid Martínez informa que no ha localizado decisiones respecto de contratos de seguros en que el asegurado es un comerciante.

Con respecto a los contratos de transporte marítimo de mercaderías, afirma que sobre la base del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, “la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia **ha rechazado, en varias oportunidades, acuerdos de arbitraje contenidos en contratos mercantiles de adhesión.** Así, al **calificar los conocimientos de embarque como contratos de adhesión**, la Sala ha aplicado el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, entendiendo que en estos, el acuerdo arbitral “deberá hacerse en forma expresa e independiente”, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no de uno solo de ellos. Por ello, la Sala ha declarado la jurisdicción de los tribunales venezolanos, desatendiendo la cláusula arbitral contenida en el contrato.”

“Al respecto, la Sala ha afirmado que: “[d]e la simple lectura de la cláusula anterior, se colige que la misma no está referida a la sumisión a autoridad judicial alguna, sino al sometimiento de las disputas acerca del aludido Conocimiento de Embarque a arbitraje, entendido este último en su acepción restringida, es decir, como forma de solución de conflictos entre partes, distinta a la actuación por vía judicial... Para esta Sala, no resulta válida la cláusula invocada por la representación del demandado a los fines de la derogación de la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos para conocer del asunto de autos, ya que la misma, como se dijo, no contiene acuerdo alguno de las partes de someter el conocimiento de las acciones que deriven del citado Conocimiento de Embarque, en forma exclusiva y excluyente, a los órganos jurisdiccionales de Londres, Inglaterra... Más aún, estima esta Sala, que la demanda ha sido incoada en contra del Capitán de la nave que transportó el trigo y no en contra de la sociedad mercantil que emitió el Contrato de Fletamento a que se refieren estos autos; razón por la cual se desecha la falta de jurisdicción alegada. Así se declara”<sup>152</sup>.

Y continúa Madrid Martínez:

<sup>152</sup> Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01359, 13 de junio de 2000.

“Este razonamiento ha sido admitido por la propia Sala para rechazar acuerdos de elección de foro. Al respecto, la propia Sala ha afirmado “...**aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre redactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos...** En el presente caso, tratándose el Conocimiento de Embarque B/L N° GEOFF411 de un contrato de adhesión, la Cláusula 25 mediante la cual se excluye la jurisdicción de cualesquiera otros tribunales que no sean los de Rotterdam, Holanda, no tiene la fuerza suficiente para derogar la jurisdicción que corresponde a Venezuela, tal como se expuso en párrafos precedentes; por tal razón debe descartarse el argumento de falta de jurisdicción expuesto por el a quo en la decisión consultada”<sup>153</sup>.” (los destacados nos pertenecen)

Claudia Madrid Martínez informa que no ha localizado decisiones respecto de contratos de transporte aéreo de mercaderías ni de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías.

En **México**, María Mercedes Albornoz afirma que la “información localizada se refiere a contratos con un consumidor, es decir, con una parte débil.” Transcribe luego un criterio (tesis aislada) tomado de la página web de la Suprema Corte de Justicia de México<sup>154</sup>, en el que la Corte decide que “no es válido el pacto de prórroga de jurisdicción territorial cuando consta en un contrato de adhesión regulado por la ley federal de protección al consumidor, al hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia (...).” Afirma la Corte que “...de acuerdo con los postulados previstos en los artículos 1o. y 17 de la Constitución General y lo establecido en el artículo 1 de la ley federal citada, específicamente, en sus párrafos primero y último, se concluye que las razones que llevaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 1/2019 (10a.), de título y subtítulo: “COMPETENCIA POR SUMISIÓN EXPRESA. LA REGLA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1093 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO RESULTA APLICABLE A LAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS EN CONTRATOS BANCARIOS DE ADHESIÓN CUANDO SE ADVIERTA VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.”, y en la contradicción de tesis 192/2018 de la que deriva, a establecer que el pacto de sumisión expresa en el que las partes prorrogan jurisdicción por razón de territorio, **en los contratos de adhesión celebrados con instituciones financieras, cuando se vede el acceso a la justicia del público usuario, son claramente aplicables a los contratos de prestación de servicios regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor**. Ello es así, en razón de que en ambos supuestos – contratos financieros y contratos regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor–, se busca salvaguardar los derechos del público usuario y consumidor, y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Ahora bien, con base en las premisas anteriores, no es válida la prórroga de jurisdicción territorial pactada en un contrato de prestación de servicios, para el caso de controversia, si el lugar donde se deba llevar a cabo el juicio es distinto a aquel donde tiene su residencia habitual el consumidor. Lo anterior es así, debido a que al tratarse de un contrato de adhesión, sus términos no son negociables, y si bien el consumidor puede optar por no celebrarlo si no quiere obligarse en los términos estipulados, ello implicaría que no podría disfrutar del servicio que desea contratar, lo que evidencia que si el consumidor quiere gozar del referido servicio, se ve precisado a suscribir el contrato de adhesión en los términos en que se encuentra redactado y con las condiciones impuestas por el proveedor del servicio; lo que demuestra que el consumidor no puede oponerse a lo previamente estipulado en el referido contrato y, por ello, no consta que el consumidor haya expresado su voluntad para pactar el lugar donde se llevaría a cabo el juicio que pudiera derivar del contrato de prestación de servicios. Además, y como la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo refirió en la citada jurisprudencia, el pacto de competencia territorial se encuentra limitado a las hipótesis previstas en el artículo 1093 del Código de Comercio; empero,

<sup>153</sup> Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01252, 30 de mayo de 2000.

<sup>154</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2022770, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.11o.C.134 C (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, marzo de 2021, Tomo IV, página 2758, Tipo: Aislada.

cuando en el contrato de adhesión se pacta como lugar del juicio uno distinto a aquel donde el consumidor tiene su residencia habitual, ello hace presumir que se impone a éste una carga económica que, eventualmente, puede dificultar o hacer nugatorio su derecho de acceso a la justicia. Lo anterior, porque lo que se está salvaguardando es que el consumidor no sólo cuente con la oportunidad necesaria de enterarse de la demanda instaurada en su contra, sino que tenga la posibilidad de poder trasladarse al órgano jurisdiccional que conozca de ese asunto y, ello se logra, precisamente, cuando el juzgado respectivo se ubique en la misma localidad donde resida el consumidor demandado. De ahí que no sea válido el pacto de prórroga de jurisdicción territorial cuando conste en un contrato de adhesión regulado por la Ley Federal de Protección al Consumidor, al hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia.”

8) ¿Considera Usted que la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes es adecuada?

**El Representante Alterno de Argentina ante la OEA, Alexis Damián Elías Am, responde:** “No, al momento presente, la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes no es adecuada debido a la vacuidad legislativa interna, y el problema que a veces representa el impacto de las normas de origen convencional.”

**Taydit Peña Lorenzo, de Cuba,** considera que las soluciones jurisprudenciales en su país no son del todo adecuadas, pues se le otorga a los contratos comerciales internacionales de adhesión “el tratamiento común o general de los contratos, sin tener en cuenta sus riesgos. Al no contar con disposiciones normativas que informen las soluciones posibles ante estos contratos, no existe una jurisprudencia destacable, protectora de los posibles abusos de posición dominante que puedan implicar estos contratos en el orden internacional.”

**Claudia Madrid Martínez** afirma respecto de **Venezuela** que: “Con tan pocas decisiones, limitadas a cuestiones vinculadas a acuerdos de elección de foro y de arbitraje y silentes respecto de las cláusulas de elección del Derecho aplicable en contratos de adhesión o de contratos asimétricos, es difícil hacer una valoración de la jurisprudencia respecto del tema.”

**Geneviève Saumier, de Canadá,** considera que la forma en que la jurisprudencia de su país resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes no es adecuada, pero que es desafiante idear una regla especial para los contratos de adhesión dada la diversidad de situaciones que deberían ser cubiertas.

El Informe de **Ecuador** establece que “...por expresa disposición del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor las cláusulas abusivas se consideran nulas de pleno derecho y no surten efecto alguno. Evidentemente, es necesario que una autoridad competente declare como abusivas a las cláusulas, lo que les hará ser consideradas como no escritas. Por otro lado, podría discutirse si luego de que una o varias cláusulas son declaradas abusivas el contrato seguiría vigente. Al respecto la doctrina ha interpretado esta situación afirmando que si luego de que determinadas cláusulas son declaradas como abusivas, el contrato de adhesión sigue teniendo algún sentido, este subsistirá, pero si en virtud del tipo de cláusulas que son declaradas abusivas el contrato pierde su sentido o se torna inaplicable, este quedará sin efecto.”

El Informe elaborado por la Misión Permanente de **Paraguay** ante la OEA se afirma que se considera “que la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos internacionales de adhesión en sus diversas variantes es adecuada en razón de que se apoya en los principios generales que rigen la materia y las normativas vigentes.”

### C. **Doctrina**

9) ¿Cuáles son las posiciones doctrinarias en su país con respecto a la temática abordada en este cuestionario?

Respecto de **Argentina**, Alexis Damián Elías Am informa lo siguiente:

“Como consecuencia de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del CPCCN, los acuerdos de prórroga de jurisdicción a favor de árbitros o jueces que actúan en el extranjero presuponen la conformidad de partes y se encuentran sujetos a tres recaudos de admisibilidad: a) carácter exclusivamente patrimonial del asunto; b) índole internacional del asunto; c) ausencia de jurisdicción argentina exclusiva o prohibición legal de prórroga.

“La tendencia doctrinaria y jurisprudencial predominante a la hora de evaluar las cláusulas de **prórroga de jurisdicción internacional en contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas afirma que tal circunstancia por sí sola no resulta invalidante del consentimiento contractual salvo que se constate la existencia de una irrazonable disparidad del poder negociador o una lesión al derecho de debido proceso al colocar al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la justicia** y propone evaluar la conformidad de partes de acuerdo a las reglas de la moderna contratación, tomando en consideración la persona del adherente y la excusabilidad del error, estimando de utilidad la regla del art. 929 del CCC. Aunque con flexibilidad, lo cierto es que tales soluciones enfocan la cuestión desde la óptica del derecho argentino y han tenido en miras tales contratos pero no en tanto los mismos fueran concluidos por consumidores. Aun cuando tales circunstancias aparecerían casi como evidentes como consecuencia de la posición de debilidad estructural en que se encuentra el consumidor, no puede dejarse de tener en cuenta que la validez o nulidad de la cláusula se encuentra en definitiva sujeta a la apreciación judicial, con la consiguiente incerteza jurisdiccional y la incidencia en los costes de transacción que ello implica.

“En efecto, se entiende que, el sistema queda ordenado de la siguiente manera

“A- Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.

“B- Contratos celebrados por adhesión o cláusulas generales predispuestas –arts. 984 a 989-. El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. La definición del contrato por adhesión la da el art. 984. **Suministra al contrato por adhesión un tratamiento pleno y diferenciándolo de los contratos de consumo, pero se identifica con el contrato de consumo cuando este se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas.**

“C- Contratos de consumo: Cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento que no tipifica por sí mismo al contrato. Los arts. 1092 a 1095, se refieren a la relación de consumo; los arts. 1096 a 1099 a prácticas abusivas; arts. 1100 a 1103, información y publicidad dirigida a los consumidores; arts. 1104 a 1116, modalidades especiales y arts. 1117 a 1122, a cláusulas abusivas.

“En palabras del Dr. Ricardo Lorenzetti: "Uno de los grandes paradigmas que incorpora este Código es el de considerar que hay un sujeto que puede actuar en condiciones igualitarias con otro, y también otras personas que son débiles y precisan de mayor tutela; igualdad de los iguales y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones. Por esta razón, se define el contrato de consumo (arts.1092-1093); se incluye una amplia regulación de las prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.); de las modalidades especiales (arts.1104 y ss.); incluyendo los medios electrónicos (arts.1106 y ss.) y de las cláusulas abusivas (arts.1117 y ss).

“En los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hablar de una novedosa constitucionalización del derecho privado. Se trata de una noción que, en definitiva, representa una mayor intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas. Ricardo Lorenzetti, uno de los protagonistas centrales de esta vanguardia académica, señala algunos rasgos característicos de este concepto.

**“La cercanía entre lo público y lo privado que destaca Lorenzetti, no puede implicar otra cosa que no sea una mayor intervención oficial en el ámbito de la contratación privada que, a su vez, determina una mayor restricción de la autonomía de la voluntad.** El contraste entre la injerencia estatal y el retroceso del individualismo resalta el interés que este tema tiene para nuestro trabajo. El citado autor refuerza la idea y sostiene que: El ámbito público se ha contractualizado, ya que

se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas.

**“El nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro. Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Crovi: En el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos.**

“Como concluye **Carolina IUD**, aunque el derecho argentino de fuente interna no contenga normas expresas reguladoras de los acuerdos de prórroga de jurisdicción en contratos internacionales concluidos por consumidores, entendemos que existen algunos mecanismos que por vía interpretativa permiten brindarle un marco de protección.”

Respecto de **Bolivia**, José Manuel Canelas Schutt informa que la doctrina es muy limitada. Agrega que “el abogado boliviano Fernando Salazar Paredes escribió, con el apoyo de la profesora Nahid Cuomo, un proyecto de ley de derecho internacional privado el año 2004<sup>155</sup>, que no ha llegado a consolidarse como ley, donde se propusieron **“soluciones especiales para el caso de los contratos sobre inmuebles, de transporte de cosas o personas, consumidores y trabajadores, en especial, buscando la protección de la parte más débil”**<sup>156</sup>.” (el destacado nos pertenece)

En cuanto a **Canadá**, Genviève Saumier afirma que existe doctrina respecto de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad y los contratos internacionales de adhesión entre comerciantes.

En cuanto a **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que “la doctrina ha planteado y defendido la **importancia de que se adopten criterios que favorezcan las partes débiles de la relación jurídica, tanto en lo relativo a los criterios de jurisdicción internacional, como los de ley aplicable.** De igual forma, se han adoptado mecanismos que evitan la validez de las cláusulas abusivas que estas puedan tener.” (el destacado nos pertenece)

Agrega la especialista que: “Cuba cuenta con foros exorbitantes de competencia (la nacionalidad cubana de una de las partes. Art. 2.1 Ley de procedimiento), y en la práctica, es muy protectora de los intereses económicos estatales. Pero lo anterior no indica que esto tenga un reflejo en las normas que comprenden el DIPr, aunque en la práctica existan, como sucede, un régimen de autorizaciones administrativas (para el caso de los contratos en el marco de la inversión extranjera, de seguro, sobre bienes de interés económico sensible, en algunos contratos de trabajo, etc). En cualquier caso, estamos distantes del deseado sistema que añoramos alcanzar de armonización de la legislación y jurisprudencia interna con los avances en estos contratos.”

En **Colombia**, informa Claudia Madrid Martínez, “la mayoría de los estudios doctrinarios referidos a la contratación internacional giran en torno a la Convención de Viena. Los análisis desde el punto de vista conflictual se centran en el análisis de los artículos 20 del Código Civil y 869 y 1.328 del Código de Comercio. Con escasas excepciones<sup>157</sup>, **los estudios suelen hacer hincapié en los contratos de libre discusión.** Es posible que la falta de claridad en relación con la admisión de la autonomía de las partes en materia contractual haya hecho que se pase por alto este necesario análisis.” (el destacado nos pertenece)

<sup>155</sup> Proyecto publicado en: Fernando Salazar Paredes, Derecho Internacional Privado Boliviano (CERID 2004), último capítulo.

<sup>156</sup> Exposición de Motivos del proyecto de ley, para 6.23.

<sup>157</sup> Aristizábal-Johnson, Cristina, Falta de protección del consumidor internacional como situación que desfavorece el desarrollo económico global, en: *EAFIT Journal of International Law*, 2014, Vol. 5, 01, pp. 101 ss.; Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho internacional privado colombiano...*, ob. cit., p. 273-276 y 401-403.

En el informe de **Ecuador**, se establece que “revisada la bibliografía de la Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia, no se ha encontrado doctrina específica sobre el tema de la libertad contractual privada para elegir foro o procedimiento.”

Respecto de **México**, informa María Mercedes Albornoz que “no ha sido posible localizar doctrina que aborde específicamente el tema de la autonomía conflictual ni el tema de la autonomía para la elección de foro en contratos internacionales entre comerciantes cuando uno de ellos es parte débil.”

En **Panamá**, Gilberto Boutin reconoce que la solución del art. 185 del Código Bustamante, que establece que “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”, “es totalmente incongruente, ya que los contratos de adhesión no permiten la negociación...”<sup>158</sup>

Agrega el especialista que “La autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, ella no constituye una panacea, tampoco, ni es una entelequia. Ella responde a un marco propio de la comunidad económica internacional de intercambio de bienes, servicios y capital.” En cuanto a los límites a la libertad contractual, refiere a las leyes de policía, al orden público y al fraude a la ley.<sup>159</sup>

En **Paraguay**, Roberto Ruíz Díaz Labrano afirma: “La segunda parte del art. 8º de la ley n° 5393/15, siempre en torno a la determinación de la existencia de elección de derecho por las partes, se refiere a la situación en la cual las partes han utilizado cláusulas estándar o de adhesión que indican o conducen a la aplicación de diferentes derechos. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte. Las cláusulas estándar por lo general tienen regulación especial en las legislaciones nacionales, de allí que la referencia o inclusión de las citadas cláusulas, pueden tener efectos diferentes según sean consideradas frente a derechos nacionales diferentes.”<sup>160</sup>

En **Perú**, Luz Monge Talavera afirma que “la legislación nacional, diseñada para regular los intercambios transfronterizos del siglo pasado, presenta imperfecciones, “imprecisiones y omisiones” que no conciben con las exigencias del comercio internacional, actualmente globalizado”. Agrega que “diversos aspectos quedan sin respuesta o sujetos a disposiciones ambiguas cuya interpretación no siempre es la más adecuada”. Entre los ejemplos que menciona, cabe citar la no designación de la ley aplicable al consentimiento contractual y los vicios que podrían afectarla y la ausencia de disposición que precise el ámbito de la ley reguladora del contrato<sup>161</sup>.

Agrega la autora que el principio de la autonomía de la voluntad, que rige en Perú desde 1984, “ha desembocado, en ocasiones, en la nulidad de la cláusula”<sup>162</sup>

En **Uruguay**<sup>163</sup>, sostiene Macarena Fariña<sup>164</sup>: «En la sustancia de la LGDIP, la autonomía de la voluntad conflictual descansa sobre la libertad y autonomía de las partes en la negociación. En efecto,

<sup>158</sup> Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 625.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 640.

<sup>160</sup> Ver desarrollo del párrafo transcrito en Roberto Ruiz Díaz Labrano, “Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley N° 5393/2015 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay”, en *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Biblioteca de Derecho de la Globalización, (Directores: Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez), p. 277-306.

<sup>161</sup> Luz MONGE TALAVERA, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 944-969, p. 960.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 962.

<sup>163</sup> En cuanto a las opiniones doctrinarias de la relatora de este Informe, las mismas se reflejan y citan en el mismo. Pueden verse desarrolladas en las siguientes obras, por orden cronológico, los siguientes libros: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991; *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, *Parte Especial*, Volumen 2,

**es válido el pacto, en tanto y cuanto, ambas partes presenten un consentimiento real, efectivo, no impuesto.”**

---

Montevideo, FCU, 2009; *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021; *Derecho Internacional Privado. Parte Especial Civil y Comercial*, Tomo III, 1ª edición, Montevideo, FCU, 2022; y los siguientes artículos de doctrina de la autora: "Las cláusulas abusivas y la cláusula de jurisdicción en los contratos internacionales de adhesión", en *Revista Judicatura* (Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay), Diciembre'1992, No. 32, pp. 273-298; "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", en *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, p. 323-390; "La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?", en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 67-92; "La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco? Los Principios de la Conferencia de La Haya", en *Suplemento Especial de La Ley Uruguay* T. 146, dic. 2012, p. 183-195 (versión actualizada de "La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?", en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 67-92); "Party autonomy, a blank cheque?", en *Uniform Law Review-Revue de Droit Uniforme* 2012-4, pp. 655-679 (versión actualizada de "La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?", en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 67-92); "Determinación de la jurisdicción y acceso a la justicia", *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP-Ed. Mizrachi&Pujol S.A., 2015, p. 147-174; "El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el derecho internacional privado", *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, T. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 113-156; "Public Policy: Common Principles in the American States", *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 73-396, en especial capítulo V; "El rol del Derecho internacional privado como garante del derecho humano fundamental de acceso a la justicia efectiva", *Hacia un Derecho Judicial Internacional. Ponencias al XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Escuela Judicial del Estado de México-AMEDIP, 2019. p. 3-35; "Private International Law in Uruguay: Present and Future", National, International, Transnational: *Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift Fur Herbert Kronke Zum 70 Geburtstag*, Herausgegeben von Christoph Benicke, Stefan Huber, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 2020, p. 87-107; "Ley aplicable y jurisdicción competente en el transporte marítimo de mercaderías: problemas y soluciones", *Estudios de Derecho Marítimo*, UCAB 2020-2022, Gustavo Adolfo Omaña Parés (Coordinador), Caracas, 2022, p. 167-180; "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920", en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266. También pueden verse las opiniones de OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, en "The latest trends in Latin American Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), © sellier, European law publishers & The Swiss Institute of Comparative Law Yearbook of Private International Law, Printed in Germany, p. 305-337 y en "El derecho comercial internacional en la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay. Una primera aproximación", en *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), pp. 385-411, y en *Foro de Derecho Mercantil*, Revista Internacional N° 26, enero-marzo 2010, Bogotá, Colombia, p. 7-39.

<sup>164</sup> FARIÑA, Macarena, "El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores?", en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 367-390, p. 382.

Por su parte, Gonzalo Lorenzo expresó ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de senadores, en 2020, en cuanto a que “en este proyecto (refiere a la hoy LGDIPr N° 19.920) no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra”<sup>165</sup>.

En **Venezuela**, informa Claudia Madrid Martínez, “Los estudios suelen enfocarse en los **contratos de libre discusión y en la admisión del principio de autonomía conflictual**. Poco se ha escrito en Venezuela respecto de los contratos asimétricos, destacándose algunos trabajos en materia laboral<sup>166</sup> y de protección al consumidor<sup>167</sup> en Derecho internacional privado. Además, **se ha admitido que mediante la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor puede lograrse una más amplia protección con respecto a contratos no bilateralmente negociados**, en el caso venezolano, potenciando la aplicación de normas internacionalmente imperativas que limiten el amplio

<sup>165</sup> Versión taquigráfica de la sesión del día 30 de junio de 2020 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, a la que concurrieron en representación de la Comisión Redactora del Proyecto de LGDIPr los Dres. D. Operti y J. Talice, y en representación del IUDIPr, los Dres. C. Fresnedo y G. Lorenzo. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021, p. 76.

<sup>166</sup> Carrasquero Stolk, Andrés, Trabajadores con elevado poder de negociación, en: Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado, UCV, 2021, No. 3, pp. 373 ss.; Dos Santos, Olga María, Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en: *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo II, pp. 3 ss.; Felce R., Carlos, La legislación aplicable al contrato internacional de trabajo en el Derecho del trabajo venezolano, bajo la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Addendum, pp. 3 ss.; Guerra, Víctor Hugo, Un caso práctico de “trabajador internacional” resuelto a través del Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo II, pp. 345 ss.; Pró-Rísquez, Juan Carlos, El trabajador internacional, la jurisdicción no exclusiva de los tribunales laborales venezolanos y el recurso de interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo: Comentarios a recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en: *Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II. pp. 151 ss.; Pró-Rísquez, Juan Carlos, Comentarios a una sentencia: El lugar de contratación como factor determinante para la aplicación de la legislación venezolana, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2007, No. 127, p. 214 ss.

<sup>167</sup> Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018; Madrid Martínez, Claudia, Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho internacional privado venezolano, en: I. Canfora e A. Genovese (cur.) *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato*, Bari, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 239 ss.; Madrid Martínez, Claudia y Luciane Klein Vieira, Los desafíos de la actuación internacional de la empresa: el impacto de las “buenas prácticas comerciales” en la protección del consumidor, en: P. All, J. Oviedo y E. Vescovi (Dir.), *La actividad internacional de la empresa* (Bogotá, Ibañez, ASADIP, 2017, p. 163 ss.; Madrid Martínez, Claudia, La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios, en: A. do Amaral Junior y L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Edit. Ibañez, 2016, p. 155 ss.; Madrid Martínez, Claudia, Prestación de servicios bancarios a consumidores y determinación de la jurisdicción. Una mirada desde el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *Revista de Direito do Consumidor*, 2015, No. 97, p. 17 ss.; Madrid Martínez, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo: perspectiva interamericana y venezolana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho de internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, REDPREA, 2015 p. 147 ss.; Madrid Martínez, Claudia, *Responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

campo reconocido a la autonomía de las partes<sup>168</sup>. Nada se ha dicho de los contratos de adhesión, más allá de aquellos que se celebran consumidores.”

El **Informe de la ILS-ABA** (EE.UU.) contiene las consideraciones que se resumen a continuación<sup>169</sup>: afirma que los comerciantes de por sí son más sofisticados que el promedio de los consumidores y de los empleados, y como tales, están en mejores condiciones de protegerse a sí mismos. Aún en los casos en que el comerciante no tenga ningún poder de negociación, el comerciante que adhiere tiene el conocimiento y sofisticación propio de su condición de comerciante que le permite tomar medidas ajenas al contrato que lo protejan. El Informe menciona como ejemplo el seguro, las medidas de control de calidad, entre otras (no refiere a ninguna medida que lo proteja de las consecuencias de una cláusula de elección de ley y/o juez que le sean perjudiciales, inserta en las condiciones generales de un contrato de adhesión no negociado). Además, se argumenta en el Informe que el comerciante elige dedicarse a una actividad comercial por un beneficio económico, lo que, según el informe, lo distingue de los empleados y consumidores individuales. **En opinión de esta relatora**, aun aceptando que esto sea así, no parece ser razón suficiente para someter a ese comerciante a cláusulas unilaterales abusivas (en especial en materia de elección de ley y juez), establecidas por quien redacta las condiciones generales.

Agrega el Informe de la ILS-ABA (EE.UU.) que, si se implementara una mayor supervisión de los contratos entre comerciantes, podría haber consecuencias no deseadas, como por ejemplo, que la parte con mayor poder de negociación decidiera no contratar, o que subiera los precios, aumentando los costos para la parte que adhiere. La parte que adhiere podría preferir correr el riesgo del contrato de adhesión antes que el aumento del costo derivado de una supervisión mayor del contrato. **En opinión de esta relatora**, los riesgos relatados no justifican permitir que una de las partes establezca la ley y el juez que más le convienen, en detrimento del interés de la parte que adhiere, por más comerciante que sea este último.

El Informe de la ILS-ABA (EE.UU.) reconoce que es cierto que un comerciante sin poder de negociación se verá forzado a aceptar los términos emitidos por la parte con mayor poder de negociación, sobre la base de “tómalo o déjalo”. Cuando la parte con mayor poder de negociación ejerce un control dominante del mercado, ello tiene características monopólicas. No obstante, se argumenta que en ese caso la cuestión es el dominio del mercado, más que el contrato de adhesión. Enfocarse en el desigual poder de negociación de las partes corre el riesgo de cambiar el foco de la naturaleza anticompetitiva al dominio del mercado<sup>170</sup>.

**En suma:** como bien se afirma en el Informe: “Striking the right balance between ensuring party autonomy while also ensuring fairness is a challenging task.”<sup>171</sup> No obstante, esta relatora y el CJI no renunciamos a encarar tan desafiante tarea.

---

<sup>168</sup> Madrid Martínez, Claudia, Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor, En: D. Fernández y J.A. Moreno (Dir.), *Contratos internacionales*, Buenos Aires, ASADIP, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2016, p. 437 ss.

<sup>169</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

<sup>170</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, p. 7.

<sup>171</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, p. 2.

#### IV. OTRAS CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS RELEVANTES PARA ESTE INFORME

##### 1. El DIPr no puede ignorar el imperativo de proteger a la parte débil

Si bien la protección de la parte débil en DIPr es un tema relativamente reciente, ha sido objeto de importantes estudios, incluso en el ámbito de la Academia de La Haya de Derecho Internacional<sup>172</sup>.

Mohamed Salah, en su curso de la Academia de La Haya de 2005, advierte acerca de “la indiferencia tradicional del principio de la autonomía de la voluntad a las consideraciones vinculadas a la debilidad de una de las partes en el contrato”<sup>173</sup> y sobre “la imposibilidad para el derecho internacional privado de ignorar, a pesar de su neutralidad, el imperativo de proteger a la parte débil”<sup>174</sup>. Las recomendaciones sugeridas en este Informe pretenden mitigar en la mayor medida posible esa indiferencia y asumir la obligación de proteger a la parte contractualmente débil.

Afirma Mohamed Salah que **en la mayoría de las situaciones contractuales existe una gran disparidad en poder entre los contratantes (no distingue si son comerciantes o no), y que adherir a la ley de la autonomía es en realidad aceptar darle eficacia a la voluntad de una sola de las partes: la más fuerte**. Y agrega que cuando una de las partes está en posición de dictar la elección de la ley aplicable y de la jurisdicción competente a la otra parte, y esa elección está motivada por la voluntad de sustraer el contrato de las disposiciones de un derecho protector, la referencia a la autonomía de la voluntad deviene una pura ficción. **“Ignorar esta realidad es aceptar la consagración de la ley del más fuerte”**. Agrega que eso significa, además, llevar al extremo la idea según la cual la función del DIPr es exclusivamente una función de distribución, indiferente al contenido de las reglas de derecho sustantivo<sup>175</sup>. El autor hace referencia luego a que el DIPr tiene una nueva función de regular las relaciones contractuales que relativiza la famosa distinción entre la justicia del DIPr y la justicia del derecho material<sup>176</sup>. Y agrega más adelante que la evolución del DIPr positivo ha mostrado, por ejemplo, a través de las reglas de conflicto con puntos de conexión múltiple, una gran sensibilidad hacia los imperativos de la justicia material<sup>177</sup>.

Afirma Mohamed Salah, que la determinación del ámbito de la autonomía de la voluntad y los diversos procedimientos de protección de la parte débil debe obedecer a un equilibrio del cual se especifiquen claramente los términos. Reconoce, no obstante, que el DIPr sigue reacio a tener en cuenta la debilidad en las relaciones entre profesionales<sup>178</sup>.

Más adelante, Mohamed Salah enumera diversas situaciones de debilidad: las inherentes a la persona de uno de los contratantes por razones de edad o discapacidad, las derivadas de la posición económica y social de uno de los contratantes, del estado de ignorancia, de la necesidad en que se encuentra una parte frente a la otra. Refiere luego a los contratos de adhesión, la sociedad de consumo en masa y a los asalariados, entre otros<sup>179</sup>.

Pasa luego el autor a analizar la debilidad en las relaciones entre profesionales. Señala que tradicionalmente se afirma que se presume que el profesional defiende sus intereses, y por tanto no

<sup>172</sup> MOHAMED SALAH, MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 151.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 153.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 164.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 141-264. P. 164-165. El autor cita a F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Etude de conflit des lois*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 127, cuando afirma: « puisque l’autonomie de la volonté se fonde sur l’intérêt des parties, et plus spécialement celui de voir compétence donnée à la loi la plus avantageuse, n’est-il pas à craindre que la règle de conflit ne serve que les intérêts de celui qui dirige l’opération contractuelle, et que soient par conséquent négligés ceux de l’autre partie ? »

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 165.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 177, con cita de Pocar.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 166.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 168-169.

puede considerarse parte débil. No obstante, afirma que **cada vez que la aplicación de la ley de la autonomía conduce a la expresión de una voluntad unilateral, el DIPr debe prever una protección específica**. El DIPr, agrega, no puede tener en cuenta solamente la satisfacción de las necesidades del comercio internacional, sino que debe poder hacerse eco de otros valores dignos de protección<sup>180</sup>.

Es interesante destacar que Mohamed Salah es partidario de que la autonomía de la voluntad conserve su lugar, ciertamente variable, dentro del sistema de protección de la parte débil. Lo esencial es que su intervención no puede traducirse en el desplazamiento de las reglas que garantizan a esa parte la protección que su situación requiere<sup>181</sup>. En opinión de esta relatora, es acertada la posición del autor citado: no se trata de prohibir la autonomía de la voluntad. Pero cuando una de las partes se enfrenta a la imposibilidad de negociar la cláusula de elección de ley y/o juez elegida por la otra parte, debe ser protegida por el DIPr en la medida en que su situación lo requiere.

El autor analiza luego en profundidad la protección de los asalariados y de los consumidores, entre otros, por el DIPr en el derecho europeo. Con respecto al **contrato de distribución**, afirma que, desde la perspectiva de una mejor protección de la parte débil, se debería establecer como principio que la elección por las partes de una ley aplicable al contrato no podrá privar al distribuidor de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas del derecho del Estado donde tiene su establecimiento<sup>182</sup>.

## 2. Necesidad de regular la autonomía de la voluntad

Giesela RÜHL<sup>183</sup>, afirma que el reconocimiento y generalizada aceptación de que goza la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado europeo se corresponde con una apreciación de que el principio requiere regulación, en especial cuando opera en detrimento de una de las partes del acuerdo de elección de ley o de elección de foro. A esos efectos, el legislador europeo ha adoptado disposiciones específicas para proteger a las llamadas partes “débiles” de los peligros de la autonomía de la voluntad<sup>184</sup>. Menciona como ejemplo paradigmático de parte débil a los consumidores, pero agrega que también se consideran tales en el DIPr europeo los pasajeros, los titulares de pólizas de seguros, los empleados, los franquiciados y los distribuidores (art. 4 (1) lit e) y f), arts. 5, 7 y 8 del Reglamento Roma I). Agrega que los niveles de protección varían, y que, salvo con respecto a los consumidores, no se exigen requisitos adicionales con relación a la formación del contrato para que se apliquen las normas sobre protección de la parte débil<sup>185</sup>.

La autora no refiere específicamente a los abusos que pueden derivar de las cláusulas de elección de ley y juez insertas en contratos comerciales internacionales, entre comerciantes, pero en los que una de las partes carece de poder de negociación.

Con respecto a la elección de foro, señala RÜHL que los arts. 15 y 23 del Reglamento Bruselas I limitan la libertad de elegir la jurisdicción competente para proteger a los tenedores de pólizas de seguros y los empleados.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 173, 175-176.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 178.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 211.

<sup>183</sup> RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, pp. 335-358, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2632115> (en la versión digital no figuran los números de páginas)

<sup>184</sup> “The recognition and wide-spread acceptance enjoyed by party autonomy in European private international law is matched by an appreciation that the principle requires regulation, notably when it works to the detriment of one of the parties to the choice-of-law or choice-of-court agreement. The European legislator, therefore, has adopted a number of provisions specifically designed to protect so-called “weaker” parties from the dangers of party autonomy.”

<sup>185</sup> “There are no additional requirements relating to the way of contract formation that need to be met in order to trigger the protection of the pertaining rules and regulations.”

RÜHL plantea que el hecho de que los consumidores, pasajeros, empleados, tenedores de pólizas de seguros y acreedores alimentarios necesitan protección parece indiscutible para los doctrinos europeos. No obstante, no está nada claro por qué la protección beneficia a esas personas y no a otras, que en otros contextos son consideradas partes débiles, como los inquilinos, los franquiciados o los agentes comerciales<sup>186</sup>. Incluso se pregunta la autora los motivos para proteger a las partes generalmente reconocidas como débiles. Identifica tres motivos: la información asimétrica o desinformación respecto del contenido y calidad de la ley aplicable y del tribunal competente. La parte contractualmente fuerte puede utilizar la información con que cuenta en detrimento de los intereses de la parte débil.

En opinión de esta relatora, en los contratos que nos ocupan, que son los contratos comerciales internacionales entre dos comerciantes, donde se supone que ambos están informados de manera equivalente, pero uno de ellos carece de poder de negociación, en especial respecto a las cláusulas de elección de ley y juez, el conocimiento que pueda tener la parte a la que sólo le cabe adherir o no contratar, no cambia su situación de parte contractualmente débil.

Como segundo motivo para proteger a determinadas personas, RÜHL señala la dependencia económica o social, como por ejemplo la de los empleados, lo que los hace sentirse obligados a aceptar las cláusulas de elección de ley y juez incluidas en contratos internacionales de trabajo, aunque no les sean favorables<sup>187</sup>.

Como tercer motivo, la citada autora señala la desventaja mental o intelectual de una de las partes, aunque refiere, a estos efectos, a la responsabilidad extracontractual y a los acreedores alimentarios, lo que está fuera del objeto de este estudio.

### 3. Formas de proteger a las partes débiles

Giesela RÜHL<sup>188</sup>, identifica al menos tres enfoques para proteger a la parte débil, aunque, afirma, lamentablemente no está claro por qué y cuándo se aplica cada uno de esos enfoques<sup>189</sup>.

La autora señala que la primera forma de proteger a las partes débiles que aplican los legisladores europeos es la exclusión de la autonomía de la voluntad, tanto en materia de ley como de juez. Señala el caso de la responsabilidad extracontractual (arts. 6(4), 8(3) y 14(1) del Reglamento Roma II, entre otros).

En segundo lugar, la autora señala como forma de proteger a las partes débiles, la limitación sustantiva de la autonomía de la voluntad, tanto en materia de ley como de juez. En cuanto a la elección de la ley, esta medida se aplica a los pasajeros y a algunos tenedores de pólizas de seguros. El art. 5(2) del Reglamento Roma I establece que las partes de un contrato de transporte de pasajeros pueden elegir como ley aplicable sólo la del país donde el pasajero o el transportista tienen su residencia habitual, donde el transportista tiene el lugar central de su administración, o la del lugar de partida o de destino<sup>190</sup>. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad en cuanto a los tenedores de

<sup>186</sup> “That consumers, passengers, employees, insurance policy holders and maintenance creditors are in need of protection seems to be largely undisputed in European scholarship. However, it is largely unclear why protection is afforded to these persons – and not others who in other contexts are viewed as weaker parties, notably tenants, franchisees or commercial agents.”

<sup>187</sup> “This can leave an employee feeling compelled to accept choice-of-law and choice-of-court terms in a cross-border employment contract which in fact are not to his benefit.”

<sup>188</sup> RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, p. 335-358, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2632115> (en la versión digital no figuran los números de páginas).

<sup>189</sup> “There are at least three different approaches that find application both in choice of law and in international civil procedure. Unfortunately, it remains unclear why and when each of these approaches applies.”

<sup>190</sup> “According to Article 5(2) second sentence of the Rome I Regulation the parties to a carriage contract may choose as the applicable law only the law of the country where the passenger or the carrier has his habitual

pólizas de seguros están establecidas en el art. 7(3) del Reglamento Roma I, y a qué leyes se restringe la posibilidad de elegir la ley aplicable. Similares restricciones se observan en cuanto a la posibilidad de elegir juez.

En cuanto a la tercera forma de proteger a la parte débil, RÜHL señala el análisis de la forma de ejercer la autonomía de la voluntad, incorporado en los arts. 6(2), referido a consumidores, y 8(1), referido a contratos individuales de trabajo, del Reglamento Roma I. Básicamente dichas normas limitan el efecto de la elección de ley, estableciendo que ella no puede privar al consumidor o al trabajador de la protección que le brindan las normas imperativas que serían aplicables en defecto de elección de la ley<sup>191</sup>. La autora menciona otras variantes y matices respecto de este tema.

Concluye RÜHL señalando que la forma de regular la autonomía de la voluntad en el DIPr europeo apenas cumple con los requisitos de transparencia y de coherencia. Agrega que en el futuro los legisladores y académicos europeos deberían dejar de lado las regulaciones individuales y encarar los problemas subyacentes desde una perspectiva más holística y basada en principios<sup>192</sup>.

Como formas de proteger a las partes débiles, Mohamed Salah hace referencia a las **normas de policía** (de aplicación necesaria o inmediata) y al orden público<sup>193</sup>. Se pregunta luego cómo articular la norma de policía con la ley del contrato. Afirma que en los contratos comerciales que exijan la protección de una parte débil, la norma de policía es el único mecanismo que permite dar respuesta a esa necesidad. No obstante, ello no siempre implicaría que la norma de policía ocupe todo el espacio que la *lex contractus* debería ocupar. La coordinación entre ambas normas parece justificada en los contratos comerciales que involucran a personas con desigual poder económico, en los que la necesidad de protección es muy variable según los aspectos de la relación contractual. A veces, uno solo de esos aspectos requiere la intervención de la ley imperativa<sup>194</sup>.

En cuanto a la aplicación de las **normas de policía extranjeras**, es reconocida en varios textos de DIPr. Mohamed Salah<sup>195</sup> menciona las siguientes:

- la Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación<sup>196</sup>, cuyo art. 16 prevé la posibilidad de aplicar las normas imperativas "de todo Estado con el que la situación presente un vínculo efectivo y en la medida en que, según el Derecho de dicho Estado, estas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la ley designada por sus normas de conflicto".
- La Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada)<sup>197</sup>, cuyo art. 7.1 establece: "Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si

---

residence, where the carrier has his place of central administration or where the place of departure or arrival is situated."

<sup>191</sup> "It serves to protect consumers and employees and limits the effect of a choice of law by stipulating that a choice of law cannot deprive a consumer or employee of the protection of mandatory law which would be applicable in the absence of a choice of law."

<sup>192</sup> "For the future this finding requires us – European scholars and European lawmakers – to leave the confines of individual regulations and individual legal fields and to look at the underlying problems from a more principled, holistic perspective."

<sup>193</sup> MOHAMED SALAH, MAHMOUD, "Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 216 y ss.

<sup>194</sup> *Ibidem* p. 141-264, p. 227-228.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pp. 141-264, p. 228-230.

<sup>196</sup> <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=89>

<sup>197</sup> [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):es:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):es:HTML)

se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.”

- La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>198</sup>, cuyo art. 11.2 establece: “Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.”

Cabe agregar en cuanto a las normas de DIPr nacionales o autónomas, que la **Ley General de DIPr N° 19.920 de 2020 de Uruguay**<sup>199</sup> establece en su art. 6.2: “Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes.”

Otras leyes nacionales de DIPr establecen la aplicación de las normas de aplicación inmediata de terceros Estados en ciertas circunstancias. Así, por ejemplo, cabe mencionar:

- El art. 19 de la **ley federal suiza de DIPr**,
- El art. 3079 del **Código Civil de Québec**

La doctrina adopta posiciones dispares<sup>200</sup>.

En el capítulo IV de su curso en la Academia de La Haya, Mohamed Salah<sup>201</sup> afirma que dado que en general las normas de DIPr conducen a la aplicación de la ley de la autonomía, el problema consiste en saber si existen mecanismos que permitan ejercer, *a posteriori*, un control sobre el uso que las partes han hecho de esa autonomía. Responde que los dos mecanismos posibles son los clásicos: **el fraude a la ley y la excepción de orden público internacional**.

Horatia Muir Watt<sup>202</sup> afirma que la soberanía estatal y la libertad contractual se combinan para producir una visión respecto de la relación entre el derecho y el mercado en la esfera de la economía transnacional, conforme a la cual el empoderamiento de los actores privados está sujeto a límites impuestos por el interés general. Refiere luego al orden público y a las normas de aplicación inmediata o necesaria o imperativas como marco limitativo a la referida libertad.

**En opinión de esta relatora**, la medida en la cual estos mecanismos clásicos sean suficientes para proteger a los comerciantes contractualmente débiles, dependerá de su interpretación y aplicación por los jueces. De ahí que las recomendaciones sobre posibles buenas prácticas contenidas en este documento adquieran una innegable importancia práctica.

#### 4. Leyes sobre abuso de posición dominante (*Abuse of superior bargaining position laws*)

Estas leyes, señala **Yee Wah Chin**, prohíben que una parte en un acuerdo comercial, que tenga un poder de negociación superior que la otra parte, incurra en actividades consideradas como prácticas comerciales desleales. Varios países europeos y asiáticos tienen este tipo de leyes (Francia, Alemania, Japón, Corea del Sur, etc). Estados Unidos en cambio no tiene una ley federal que regule con alcance general las prácticas comerciales desleales. Lo más cercano a ello es la *Lanham Act* § 43, 15 USC §

<sup>198</sup> <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>

<sup>199</sup> [https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=\(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio\)..demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio)..demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.)

<sup>200</sup> MOHAMED SALAH, MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 231 y ss.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 141-264, p. 250 y ss.

<sup>202</sup> Horatia MUIR WATT, “Party autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 2, pp. 1336-1341, p. 1336. Traducción libre, no literal, del original: “...state sovereignty and freedom of contract combined to produce a view of the relationship between law and market in the transnational economic sphere according to which the empowerment of private actors was subject to limits imposed in the name of the general interest. Whether framed in terms of public policy or overriding mandatory rules, ...”

1125 y la *Federal Trade Commission Act* §5, 15 USC §45. Dichas leyes refieren básicamente a daños derivados de publicidad engañosa, como los daños a la reputación comercial, entre otros. No obstante, algunos Estados de los EE.UU. sí tienen leyes sobre competencia desleal<sup>203</sup>. Se trata, en general, de leyes antimonopolio, que no refieren específicamente a los problemas de los que se ocupa este Informe, que son en especial aquellos derivados de la inclusión unilateral de cláusulas de elección de ley y/o juez en contratos comerciales de adhesión en los que ambas partes son comerciantes.

Sin perjuicio de lo anterior, además de las referidas leyes generales, muchos Estados tienen leyes específicas que reflejan la preocupación por las posiciones de negociación superiores, como las referidas a los **concesionarios de automóviles**, y las relaciones de **franquicia**, que son las dos áreas donde es más común encontrar regulaciones protectoras en los Estados de EE.UU.<sup>204</sup>. Yee Wah Chin menciona como buenos ejemplos la *Franchise Investment Law* de California, la *Franchise Act* de Nueva York y la *Franchised Motor Vehicle Dealer Act* de Nueva York. Todo ello muestra, como afirma Yee Wah Chin, que aunque no cuentan con una ley general sobre el abuso de posición dominante, la preocupación por el tema existe en EE.UU. y se enfoca en algunas industrias específicas donde el abuso de la posición dominante es común<sup>205</sup>.

Cabe señalar que existen otras industrias donde el abuso de posición dominante también existe, pero los lobbies y los enormes intereses económicos en juego impiden en general la adopción de medidas protectoras para con la parte contractualmente débil. Un ejemplo es el caso del transporte, donde el transportista emite unilateralmente las cláusulas que componen las condiciones generales impresas al dorso de los conocimientos de embarque, incluyendo las de limitación -o exoneración lisa y llana- de responsabilidad, las de elección de ley y juez, entre otras, que no son negociables ni por el cargador, ni mucho menos por el consignatario o destinatario de las mercaderías. En Uruguay esta situación se ha subsanado históricamente mediante la prohibición de la autonomía de la voluntad respecto de esos contratos de adhesión y la utilización de normas de conflicto – convencionales<sup>206</sup> y autónomas<sup>207</sup> - que utilizan el punto de conexión lugar de cumplimiento, definido positivamente, lo que evita que haya interpretaciones diversas e incertezas. Dicha solución, que se mantiene, ha funcionado sin problemas, como lo acredita abundante jurisprudencia<sup>208</sup>.

##### 5. Contratos “desequilibrados”

Los contratos donde existe un desequilibrio entre las partes no son solamente los contratos con consumidores, como hemos venido sosteniendo. Así parece reconocerlo Paula Serra Freire, cuando afirma que “en el caso de los contratos desequilibrados, como en el caso de contratos de consumo, normalmente las cláusulas no son negociadas libremente por las partes y son impuestas por una parte sobre la otra. En ese caso, las cláusulas atributivas de jurisdicción conducen casi siempre a una elección que conviene a la parte más fuerte.”<sup>209</sup>

<sup>203</sup> Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

<sup>204</sup> Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

<sup>205</sup> Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

<sup>206</sup> Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 14 y 15), Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 25-27), Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 14-18).

<sup>207</sup> Arts. 2399, 2401 y 2403 Código Civil, hoy derogado y sustituido por la Ley 19.920 (arts. 48 y 57), y Ley de Derecho Comercial Marítimo Nº 19.246 de 2014 (art. 7).

<sup>208</sup> Dicha jurisprudencia puede consultarse en los 34 números de la *Revista de Transporte y Seguros*, publicación anual que edita la Fundación de Cultura Universitaria (<https://fcu.edu.uy/>), entre otras publicaciones.

<sup>209</sup> SERRA FREIRE, Paula, “L’autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction”, en *Contratos Internacionales*, Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (Directores), Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP – OEA, Buenos Aires, 2016, pp.

La referida cita merece la siguiente reflexión: queda claro que cuando las cláusulas de elección de juez -o de ley- no son negociadas libremente sino impuestas unilateralmente, la elección beneficiará a quien las emite y probablemente perjudicará a quien se limita a adherir al contrato. Es al Derecho a quien corresponde garantizar un equilibrio razonable -porque evidentemente la igualdad absoluta entre las partes no existe- entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Akinwumi Ogunranti, por su parte, reconoce que, si bien la autonomía de la voluntad es el ejercicio de la libertad contractual respecto de la elección de la ley, hay circunstancias en las que una parte se ve impedida de ejercer dicha libertad porque la otra parte tiene un poder de negociación “abrumador”. Agrega que un ejemplo de esta situación son los contratos de adhesión, entre los que menciona especialmente los **contratos de préstamo, con consumidores, franquicia, trabajo y transporte**. Estos contratos, afirma, eliminan la libre voluntad de la parte que adhiere o la restringen de manera importante. De ahí que exista la necesidad de lograr un equilibrio entre la libertad de contratar y la justicia entre las partes en este tipo de contratos<sup>210</sup>. Ogunranti cita a Ehrenzweig en apoyo de lo antedicho, cuando describe la verdadera autonomía como la libertad de contratar, no de adherir<sup>211</sup>.

En Uruguay, Díaz Sierra se pregunta “si es posible revisar los contratos en cuanto en éstos se haya producido un claro desequilibrio, por el abuso de la posición dominante de uno de los contratantes respecto de su cocontratante que tiene la característica de ser débil”<sup>212</sup>. Más adelante afirma la autora: “La posición dominante es una posición de poder, que puede resultar del mayor poder económico, de una situación monopólica u oligopólica, o de cualquier otra circunstancia. (...) Hay dominación cuando una parte está en situación de supremacía con relación a la otra, sea en lo económico o en lo jurídico (...)” Agrega luego que “es frecuente observar una posición dominante del franquiciante. La posición dominante, en sí misma, es incolora, no es ni buena ni mala. Pero **el abuso de esa posición dominante, que se refleja en el desequilibrio injusto de la posición relativa de las partes, resulta intolerable**”<sup>213</sup>. Más adelante refiere a la contratación en masa y a los contratos predisuestos<sup>214</sup>.

Afirma Díaz Sierra que “una clave para la calificación de la cláusula como abusiva es la desnaturalización de las obligaciones del predisponente”<sup>215</sup>. Si bien la autora se refiere en su artículo a la regulación sustantiva de los contratos en general, a la autonomía de la voluntad material, y no a la regulación que hace el DIPr de los contratos internacionales y de la autonomía de la voluntad conflictual, parece interesante tener presente en este Informe algunas de las ideas referidas, entre otras, ya que a veces la autora hace referencia a instrumentos de DIPr. Además, algunos de los conceptos manejados – como la buena fe, el abuso de derecho, el orden público, etc- son extensibles a los contratos internacionales.

Luego de un profundo análisis de la doctrina y jurisprudencia uruguaya, y también alguna extranjera, Díaz Sierra concluye afirmando que “puede internalizarse el principio “*favor debilis*”.

---

483-508, pp. 483-484. Traducción libre por la relatora del original en francés: « ...dans le cas de contrats déséquilibrés, comme dans le cas des contrats de consommation, normalement les clauses ne sont pas négociées librement par les parties et sont imposées par une partie à l'autre. Dans ces cas, les clauses attributives de juridiction conduisent le plus souvent à un choix qui convient à la partie plus forte ».

<sup>210</sup> Akinwumi OGUNRANTI, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], [https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm\\_theses/95/](https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/), p. 73-74.

<sup>211</sup> Akinwumi OGUNRANTI, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], [https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm\\_theses/95/](https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/), p. 73-74.

<sup>212</sup> María del Carmen DÍAZ SIERRA, “Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, <http://revistaderecho.um.edu.uy> 2012/12, p. 111.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 131 y ss.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 133.

Agrega que la autonomía de la voluntad (parecería referir a la material, no a la conflictual) “ha sido restringida en los derechos modernos por las teorías del abuso de derecho, de la lesión y de la imprevisión, y especialmente en los contratos predispuestos y de los que se ha dado en llamar derecho de consumo donde las restricciones se tornan más fuertes en cuanto se dispone la interpretación en favor del no predisponente, la prohibición de ciertas cláusulas que se consideran abusivas, la atribución a favor de la parte protegida de un tiempo de reflexión, o la facultad del contrato a su solo arbitrio”<sup>216</sup>.

Por su parte, Blengio afirma: “No es seguramente entonces por azar, que, en la generalidad de los casos en los que aparece en juego una relación contractual significativamente desequilibrada, se constate una situación de conflicto de intereses entre dos partes entre las cuales existe una marcada desigualdad del poder de negociar. Y que aquella sea el efecto de un ejercicio abusivo de éste”<sup>217</sup>.

Llevando este concepto a las cláusulas de elección de la ley reguladora del contrato, es evidente que mientras a una parte le convendrá la ley que establezca los límites de responsabilidad más bajos, a la otra, la que establezca los más altos; a una parte le convendrá la ley que establezca los plazos de prescripción de la acción más bajos, a la otra la que establezca los más altos, por ejemplo. Por lo tanto, a la hora de elegir ley, los intereses de las partes suelen ser contrapuestos, y será la parte con mayor poder de negociación -o absoluto, en los contratos de adhesión donde no existe negociación alguna- la que establecerá la ley más conveniente a sus intereses. No se trata del interés abstracto y tantas veces invocado, aunque no definido, del comercio internacional, sino del interés del más fuerte el que prima en los contratos como los que nos ocupan.

#### 6. Principio de libertad y principio de igualdad

El civilista uruguayo Juan Blengio ha estudiado en profundidad el alcance de estos dos principios y su interrelación en materia contractual, su consagración a nivel constitucional y su aplicación a las relaciones privadas, por lo que resultan aplicables al tema que nos ocupa y que es objeto de este Informe. Por lo tanto, me permito hacer referencia aquí a la esencia del pensamiento del citado catedrático.

Afirma Blengio que “los contratos se encuentran regidos no sólo por el principio constitucional de libertad (que en la materia asume la faz de la autonomía privada o autonomía negocial), sino que también lo están por otro principio de igual rango: el de igualdad”. Llega a tal conclusión por dos vías, que entiende complementarias: la de la aplicación directa de los arts. 8 y 332 de la Constitución (uruguayo), y la de la llamada aplicación indirecta de las normas constitucionales<sup>218</sup>.

Tal como afirma Blengio, con sólidos fundamentos a los que nos remitimos, “la autonomía de la voluntad no es sino una manifestación específica del derecho a la libertad” (...), pero “tal libertad, no es por cierto plena pues está limitada por diversas causas”, entre las que menciona “la incidencia de las llamadas cláusulas generales como la buena fe, el abuso de derecho y el orden público” (...). En particular, agrega, “la autonomía de la voluntad resulta acotada por la incidencia de otro de los pilares que rigen la contratación: el principio de igualdad. Este ha sido consagrado en forma expresa e irrestricta al texto constitucional (art. 8) siendo plenamente aplicable al ámbito de las relaciones privadas, y, en especial, a las regidas por el derecho contractual”<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>217</sup> Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, pp. 55-82, p. 62.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 57-58. Ver también, del autor, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXII, Montevideo, FCU, 2002, p. 571-588.

<sup>219</sup> Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 58.

Agrega el autor que la afirmación de que “...el principio de igualdad rige en el ámbito de las relaciones entre particulares: a) Es una consecuencia necesaria de la asimilación del contrato a la ley (art. 1291 del CC); y b) Porque la aplicación directa es impuesta por el art. 332 de la Constitución (...). Por lo tanto, la aplicabilidad directa del principio constitucional al campo de las relaciones privadas (...) se erige en un firme soporte para sostener que el contrato debe ser un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la justicia distributiva.”<sup>220</sup>

Se ha dicho, como argumento “para negar la aplicación del principio de igualdad al ámbito de la contratación privada”, que “admitir la aplicación del principio de igualdad implicaría desconocer la autonomía de la voluntad”. Responde Blengio con acierto que este argumento es de poco peso, ya que “tiene en su base una petición de principio: da por demostrada la prevalencia absoluta de un principio (el de la libertad de iniciativa) sobre otro (el de igualdad), cuando en realidad ambos tienen el mismo rango”. Y agrega: “La existencia de dos principios rectores de la contratación, autonomía de la voluntad (libertad) e igualdad, determina la necesidad de coordinarlos, por cuanto su aplicación puede apuntar en sentidos diversos y aún contrastantes.”<sup>221</sup>

Los principios referidos y su interrelación, así como su aplicación armónica, aplican a los contratos en general, incluyendo los contratos internacionales, ya que se encartan en normas generales y de rango superior a las normas de DIPr, como son las constitucionales.

**Cuando las partes actúan libremente, a través de un debido proceso de negociación, prestando ambas su consentimiento, la autonomía de la voluntad es aceptable y aceptada. El problema surge cuando la elección es unilateral,** y la otra parte no tiene ninguna posibilidad de negociar dicha elección, de oponerse a ella, o de elegir otra fórmula. En esos casos, hay una parte que es, evidentemente, “contractualmente débil”, independientemente de su condición de consumidor o de comerciante, de trabajador o de profesional, de su mayor o menor información y poder económico<sup>222</sup>.

Como bien advierte de Cores, “la existencia de una ‘parte débil’, convoca a la cuestión de la igualdad de las partes en la relación contractual, lo que trae a colación la aplicabilidad directa del principio constitucional de igualdad”. Y agrega más adelante, que “la Constitución incide en las relaciones contractuales limitando la autonomía de la voluntad de los contratantes”<sup>223</sup>. Ello parece indiscutible, ya que la norma constitucional tiene un rango jerárquico superior a la norma de DIPr autónoma<sup>224</sup>.

La elección de la ley tiene que ser compatible con el **principio de la igualdad de las partes ante la ley**, que en opinión de esta relatora, es un principio fundamental del orden público internacional uruguayo -y de otros países también-, consagrado **en las Constituciones y en los**

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 59.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 59-60, con cita del renombrado constitucionalista Cassinelli Muñoz, agrega en nota al pie N° 12: “**En todo caso, si en punto al rango se quisieran encontrar diferencias, las mismas abonarían en favor del principio de igualdad, ya que según ha señalado Cassinelli (Cursillo, Cuadernos N° 13, 2ª serie, 1990, p. 190), por cuanto la previsión constitucional que lo consagra (art. 8) no prevé la posibilidad de que pueda ser limitado ni siquiera por razones de interés general, a diferencia de lo que sucede en el plano del derecho a la libertad (art. 7)**”.(el destacado es nuestro)

<sup>222</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224.

<sup>223</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 563 y 567, con cita de abundante e importante doctrina nacional y extranjera.

<sup>224</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224.

**instrumentos de Derechos Humanos**<sup>225</sup>. El respeto a dicho principio no admite –en el ámbito de la contratación comercial internacional- validar eventuales casos de aprovechamiento de posición contractualmente dominante de una parte sobre la otra. Estas situaciones pueden darse en la práctica comercial internacional como resultado –no querido por el legislador- del juego de la normativa aplicable, en determinados casos donde una parte es contractualmente más fuerte que la otra. Esa mayor fortaleza o poder deriva de la posibilidad que tiene la parte, en la realidad del comercio internacional, de establecer unilateralmente las condiciones del contrato a través de contratos de adhesión en sus diversas variantes. Admitir en estos casos que una parte le pueda imponer a la otra la ley reguladora del contrato, e incluso la jurisdicción, desde una situación de poder contractual, económico o de otra índole (ej. situaciones de monopolio) que hagan del contrato un desequilibrio normativo, atentaría contra el principio de igualdad<sup>226</sup>.

Precisamente, uno de los reparos fundamentales de que fue objeto la Convención de México de 1994 fue “el no haberse excluido o al menos acotado en forma expresa del ámbito de aplicación de la Convención a los contratos de adhesión cuando éstos evidencian una flagrante ruptura del principio rector de la contratación: el libre consentimiento de las partes. O, en su defecto, un sucedáneo reparador”<sup>227</sup>.

A mayor abundamiento, explica de Cores analizando la “coordinación entre libertad e igualdad”, que “el Derecho de la Contratación y el Derecho Privado en general se fundamenta en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de las personas; pero advierte que, para lograr que tal libertad sea material y efectiva, es menester desarrollar positivamente los derechos y libertades fundamentales”. Y agrega en referencia a la función social del contrato, que la misma “no se presenta actualmente como excluyente de la autonomía privada, sino como correctivo: el contrato tiene que cumplir una función digna, evitando la preponderancia del individualismo exacerbado, hecho que contraría los intereses de los otros”. Y más adelante afirma que “tal como es propio del Derecho de los principios, no se postula la exclusión, sino la coexistencia de la libertad con la justicia y la igualdad”. Los principios individuales y los principios sociales de los contratos deben coexistir, y “es función del juez su aplicación coordinada...”<sup>228</sup>.

#### 7. Grandes y pequeños o medianos comerciantes. “Contratos B2B y contratos B2b”

Vinculado al tema de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes, es muy interesante la distinción que desarrolla la doctrina en cuanto a la insuficiencia de los contratos B2B (*business to business*) y los contratos B2C (*business to consumer*) para contemplar la situación de las pequeñas y medianas empresas. El Derecho General de los contratos, explica de Cores, distingue una nueva categoría: los contratos entre empresas de la misma talla (B2B) y los contratos entre una empresa grande y una mediana o pequeña (B2b). También se les ha llamado, en la doctrina italiana, “contratos asimétricos”<sup>229</sup>.

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, que al comerciante que no tiene otra opción más que adherir o no contratar, considerando que el supuesto “consentimiento” de ambas partes vale lo mismo,

<sup>225</sup> Por ejemplo, en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>226</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224-225.

<sup>227</sup> OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, p. 56.

<sup>228</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 492-493.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 633-642.

se estaría tratando igual a desiguales<sup>230</sup>. Esta situación se agudiza cuando una parte del contrato opera en un sector del comercio internacional organizado en grupos sectoriales, gremiales, de interés o similares, que cuentan en los hechos con la posibilidad de regular el sector, a través de la elaboración de formularios, condiciones generales y demás modalidades utilizadas en forma monopólica por todos los comerciantes del sector. Nótese en este sentido que los criterios prohibidos de distinción establecidos –de forma no taxativa-, en el **art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** no refieren sólo a raza, color, sexo, idioma, religión, habitualmente invocados, sino también a “posición económica”. En los casos reseñados en este párrafo, es evidente que la “posición económica” pesa para determinar la diferencia entre las partes, aunque ambas sean comerciantes<sup>231</sup>. El ejemplo típico, otra vez, es el transporte internacional en todos sus modos<sup>232</sup>.

Esta relatora no ignora, obviamente, que en general una parte es contractualmente más fuerte que la otra, que es muy difícil que ambas tengan el mismo poder de negociación, pero considero que **este dato de la realidad no habilita al legislador -tampoco a los jueces- a consolidar situaciones de desequilibrio y abuso**. Por el contrario, es el legislador primero, y el juez después, quienes tienen por función salvaguardar un justo y adecuado equilibrio entre los derechos de ambas<sup>233</sup>. En este mismo sentido afirma de Cores con meridiana claridad: **“La conciencia contemporánea alcanza progresos en el sentido de percatarse de que el ideal clásico de libertad contractual depende por entero de un modelo de formación del contrato en el cual las transacciones sean negociadas por partes adecuadamente informadas y con el similar poder de negociación, y que arriben a acuerdos mutuamente beneficiosos que maximizarán las utilidades para ambas partes; pero que ese esquema es ilusorio. Por ello, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato entran en diálogo con las aspiraciones genéricas de justicia contractual”**<sup>234</sup>.

Si queda en manos de una sola de las partes del contrato el establecer la ley y el juez, esa parte elegirá, obviamente, la ley y el juez que le resulten más conveniente (la ley con plazo de prescripción de la acción más breve, con límites de responsabilidad más bajos, el juez más inaccesible para la otra parte, etc.). Los comerciantes no son personajes idealistas, en busca del bien común, son personas que persiguen lucrar lo más posible con su actividad, y está bien y es razonable que así sea, pero no a costa de los derechos de los demás<sup>235</sup>.

<sup>230</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la Ley”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 579-605, afirman en la p. 581: “...dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir qué o a qué se debe tratar igual.”

<sup>231</sup> *Ibidem*, pp. 579-605, los autores mencionan en la p. 601 como una de las características de los criterios prohibidos del art. 1.1 de la Convención: “...que *están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación*.” Esto es exactamente lo que ocurre en materia de transporte. Cuando se afirma que son usos y prácticas comerciales las que se plasman en las condiciones generales, se trata en realidad de prácticas unilaterales, no aceptadas por la parte que adhiere, y que constituyen abusos históricos de discriminación y subordinación del comerciante contractualmente débil al comerciante contractualmente fuerte.

<sup>232</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado* (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 228.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 219-266, p. 228-229.

<sup>234</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 528.

<sup>235</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de*

En este mismo sentido, afirman Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca: “El riesgo de que, a través de los usos comerciales internacionales o de los contratos-tipo y condiciones generales elaborados unilateralmente se encubran y protejan los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil internacional, no es una hipótesis que deba desecharse”<sup>236</sup>.

Se podrá decir: el mundo es así de injusto e inequitativo y no podemos ir contra eso. Respondo: en Uruguay fuimos contra eso durante más de cien años, con soluciones preceptivas, que a través del punto de conexión “lugar de cumplimiento” contenido en normas de conflicto autónomas (Apéndice) y convencionales (Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, que conservan toda su vigencia), garantizaron una justicia al menos formal y un razonable equilibrio entre los intereses siempre contrapuestos de las partes del contrato. Claro que ello no admitía la validez de las cláusulas unilaterales establecidas por la parte que emitía las condiciones generales del contrato, incluyendo cláusulas de “elección” de la ley aplicable y el juez competente (además de otras condiciones generales del contrato, como los límites de responsabilidad o su exoneración lisa y llana), mientras que el comerciante co-contratante sólo podía optar entre contratar o no contratar, lo cual en general no es una opción válida, en especial cuando no existen en el mercado condiciones generales alternativas.

**En suma:** es evidente que esto no se trata de un tema técnico jurídico ni de los “etéreos” e indefinidos intereses del comercio internacional, sino de fuertes intereses económicos contrapuestos entre los distintos participantes en el comercio internacional. Y la autonomía de la voluntad favorece al más fuerte, eso es innegable.

#### 8. Cláusulas abusivas y desigualdad de poder de negociación

El estudio de Blengio referido en el numeral anterior aborda también el tema de la “noción de cláusula abusiva o vejatoria”, y del “desequilibrio arbitrario y la desigualdad de poder de negociar”. Sintéticamente, afirma el autor que “la libertad contractual de cada sujeto no debe interferir en el derecho de quien entra en contacto con él, de gozar de igual libertad negocial, por lo cual, **el fenómeno de la desigualdad de poder negocial que se traduzca en la prevalencia de una parte y la correlativa subordinación de la otra, con la pérdida consiguiente de libertad**, como enseña Stathopoulos, **no puede ser indiferente al derecho**”<sup>237</sup>.

Blengio identifica como “abusiva, vejatoria o leonina, la cláusula de una especie contractual no paritaria, violatoria del principio de igualdad, que determina una relación arbitrariamente desequilibrada, en favor de la parte con mayor poder negocial”<sup>238</sup>. Y qué más desequilibrado puede haber, me pregunto, que una relación contractual en la que una parte establece todas las condiciones del contrato, incluyendo por supuesto la elección de la ley aplicable al mismo (y también la jurisdicción), y la otra parte sólo puede decidir si contratar o no, cuando no contratar no es una opción viable.

En este sentido, Blengio afirma que “el contrato llamado de adhesión, no agota el universo de las especies en las que puede aparecer en juego una cláusula abusiva. Y tampoco es el consumidor un protagonista cuya presencia sea indispensable para la existencia de tal tipo de cláusula”, sino que “una

---

Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 229.

<sup>236</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 51.

<sup>237</sup> Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, pp. 55-82, p. 61, con cita de STATHOPOULOS, “Equality in the Law of Contracts”, en *Law in Motion, World Law Conference, International Encyclopedia of Laws*, Ed. Kluwer Law International, Brussels, 1997, p. 292.

<sup>238</sup> Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 63.

relación contractual injustificadamente desequilibrada, puede por ejemplo verificarse en la contratación entre profesionales. Y la especie no es precisamente de escasa trascendencia, como lo demuestra el examen de la cuestión en Francia (...). Y concluye que: “La cláusula abusiva se singularizaría entonces por dos elementos: a) Uno subjetivo: la existencia de partes contractuales dotadas de dispar poder de negociar y b) otro objetivo: una relación contractual injustificadamente desequilibrada en favor de la parte dominante”<sup>239</sup>.

#### 9. La buena fe en la contratación y el orden público

Afirma Blengio, coincidiendo con Gamarra, que la buena fe “es una regla de conducta impregnada de contenido ético, que impone el deber de ajustar la conducta a un standard jurídico (como lo es el del buen padre de familia con relación a la culpa), que implica actuar con lealtad, corrección y honestidad”. Agrega luego el autor, con Schlechtriem, que “...los principios generales, como la buena fe se nutren de valores y standards de conducta que se encuentran en tres niveles: a) El de la Constitución, que es el más alto y el más importante; b) el de las leyes, incluyendo naturalmente al Código Civil; y c) el de las convicciones colectivas. Y entre los ejemplos referentes al primer nivel cita el caso de la ‘igualdad de poder negociador entre las partes, que debe ser considerada como un prerequisite constitucional de la libertad de contratar’.”<sup>240</sup>

Blengio concluye afirmando que, en su opinión, “...especialmente a la luz de la incidencia del principio de igualdad, que el ejercicio de una posición dominante que se traduzca en el marco de una relación contractual en una situación desequilibrada, en favor de la parte dotada de mayor poder, sería seguramente identificable, como un comportamiento contrario a la buena fe objetiva. Pues no se trata de considerar un estado subjetivo de error, sino la infracción a una norma de conducta, que impone actuar con lealtad y corrección, que abarca todo el iter vital del contrato. Por lo que, existiendo disparidad del poder de negociar, una relación arbitrariamente desequilibrada en favor del profesional o del proveedor, especialmente en el caso de un contrato de adhesión, entraña una conducta de éste que no encartaría en el standard del comportamiento leal y justo con la contraparte (y sería por lo tanto violatoria de la regla que ordena a los contratantes actuar de buena fe).” Y agrega más adelante que la buena fe “se erigiría en un límite a la autonomía privada cuya violación repercutiría en el plano de la (in)eficacia del negocio”<sup>241</sup>.

Por último, Blengio adopta, siguiendo a Gamarra, una noción de orden público (sin especificar si refiere al interno o al internacional) que coincide en lo esencial con el concepto legal, doctrinario y jurisprudencial de orden público internacional: “El orden público -afirma el jurista uruguayo-, puede definirse como el conjunto de principios fundamentales e intereses generales, sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado”<sup>242</sup>. Con respecto al concepto de orden público internacional en el DIPr, puede verse la Declaración de Uruguay respecto del art. 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (CIDIP-II, Montevideo, 1979)<sup>243</sup>, el art. 5 de la Ley General de DIPr N° 19.920 de 2020 (Uruguay)<sup>244</sup>, entre otras, y abundante doctrina<sup>245</sup>.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 62-64.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 73.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 75-76.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 55-82, p. 77, con cita de Jorge GAMARRA, TDCU t. XIV, Montevideo, 1972, esp. P. 93, 190-192.

<sup>243</sup> <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

<sup>244</sup> “(Orden público internacional).- Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte.”, en:

[https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=\(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio\),demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio),demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.)

Y concluye Blengio afirmando: “Esta manera de concebir el orden público ha de llevar a que, en el plano de las relaciones jurídicas patrimoniales, se considere contrario al mismo al contrato (o a alguna de sus cláusulas) que se dirija contra esos valores, principios e intereses. En cuyo plano, conviene volver a subrayarlo, por su particular incidencia sobre la específica cuestión de las cláusulas abusivas, habrá de jugar un rol relevante el principio de igualdad, con su esencia de justicia atributiva y retributiva, que lo hacen especialmente apto para configurar un especial sector del orden público, de

---

<sup>245</sup> Entre muchas otras obras, ver: ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Ed. Idea, 1982; BATTELLO CALERÓN, Silvio Javier, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, Córdoba, Advocatus, 2012; BĚLOHLÁVEK, Alexander J., “Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law”, *Czech Yearbook of International Law*, New York, Juris Publishing Inc., 2012, pp. 117-148; BLOM, Joost, “Public Policy in Private International Law and its Evolution in Time”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 50, Issue 03, Dec. 2003; BUCHER, Andreas, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol 239 (1993); DE ROSAS, P.E., “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden Público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 22, 2003; DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El orden público subregional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Bs As, 1996, vol. 12, p. 507-538; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “El Orden Público como excepción al normal funcionamiento del sistema de conflicto”, en *Anuario Área Socio Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 3, Orden Público, Seminario organizado por el Instituto de Historia del Derecho y Derecho Romano, FCU, 2007, pp. 181-195; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Orden Público Internacional y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Privado de Familia”, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, T. II, 2014, p. 113-125 y en *El Derecho Internacional Privado y sus Desafíos en la Actualidad*, Alberto do Amaral Júnior / Luciane Klein Vieira (Coordinadores académicos), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 537-560; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “El orden público internacional, la flexibilización y los derechos humanos en el legado de CIDIP”, *ReASADIP* (2016), publicación electrónica, y en *Estudios de Derecho. Generación 1970. Una celebración Académica*, Montevideo, FCU, 2018, pp. 73-89; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Public Policy in Private International Law: Guardian or Barrier?”, en *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, 2019, p. 341-361; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Principios y fuentes del Derecho Internacional Privado. El jus cogens y los principios fundamentales”, *Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado* N° 11 (2020), p. 277-295; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*, Montevideo, FCU, 2021; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Tomo I, Montevideo, FCU, 2022; IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, (N°) 8, setiembre 2013, *La Ley*, setiembre 2013, pp. 43-51; NASCIMENTOS REIS, R., “Orden Público del Mercosur. Un introito”, *Prismas: Direito Politico, Público e Mundial*, Brasilia, vol. 4, N° 2, pp. 115-130, jul.-dez. 2007; OPERTTI BADÁN, Didier, “El orden público internacional”, *Curso del Comité Jurídico Interamericano*, 1980; OPERTTI BADÁN, Didier, “Primera lectura (3.12.2020) de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr. Didier Opertti Badán en el Aula “Tatiana Maekelt”, Caracas, 3 de diciembre de 2020”, *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp.13-35; SANTOS BELANDRO, Ruben, *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el Derecho regional*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República-FCU, 2015; SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021; THOMA, Ioanna, “Public policy (ordre public), Basedow/Rühl/Ferrari/De Miguel (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, Volume II, p. 1453-1460, entre muchas otras obras generales (y especiales) que tratan el tema.

protección, desde cuya perspectiva será necesario enfocar la función delimitante de la autonomía privada que el Ordenamiento Jurídico le asigna a esta cláusula general.”<sup>246</sup>

#### 10. El rol del legislador y de los jueces: justicia formal y sustantiva

El legislador tradicionalmente establece por un lado reglas generales en materia de elección de ley y juez, y por otro lado identifica categorías de personas, grupos y tipos de contratos que necesitan protección y son excluidas de las normas generales. Habitualmente las normas -y la doctrina- refieren a consumidores, trabajadores, asegurados<sup>247</sup>, y tienen por objeto asegurar la justicia formal a través de normas especiales. Los sectores excluidos del régimen general autonomista varían de una legislación a otra; algunas exclusiones son a texto expreso, y otras quedan fuera del régimen general por no quedar comprendidas dentro del alcance extensivo de las normas generales<sup>248</sup>.

En cualquier caso, serán luego los jueces los que deberán velar por la justicia sustantiva en el caso concreto, garantizando en materia de contratos internacionales, incluyendo obviamente los comerciales, un equilibrio razonable y esperable por cualquier persona, la buena fe en la negociación, redacción y cumplimiento del contrato, entre otros principios. Para ello deberá recurrir a todas las herramientas que le brinda el DIPr y el Derecho en general, tanto el *hard law* como el *soft law*, y por supuesto, los instrumentos de Derechos Humanos. Dicha labor se torna particularmente importante frente a los contratos de adhesión y afines. Al respecto afirma Basedow como *rapporteur* del Instituto de Derecho Internacional, que son los jueces nacionales competentes para resolver los casos internacionales relativos a contratos de adhesión que incluyen cláusulas de elección de ley y/o juez los que deben garantizar que el abuso de posición dominante no ocurra, declarando nulas ese tipo de cláusulas<sup>249</sup>.

En otras palabras, validar y aplicar una cláusula de elección de ley (o de juez) impuesta unilateralmente por una parte sobre la otra -más aún, cuando esta otra parte ni siquiera consintió dicha cláusula- violaría el orden público internacional uruguayo<sup>250</sup>.

En este sentido, cabe señalar, con Nygh, que en EE.UU. ha habido un fuerte movimiento académico para excluir a los contratos de adhesión del principio general de la autonomía de la voluntad, no siempre acompañado por la jurisprudencia<sup>251</sup>. Cita a continuación dos autores, Ehrenzweig, quien afirma: “*The principle of party autonomy has no place in the conflicts law of*

<sup>246</sup> Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 78.

<sup>247</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 143-155.

<sup>248</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 226.

<sup>249</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international - Session de Hyderabad 2017*, vol. 78 - *Délibérations Yearbook of Institute of International Law - Délibérations* EAN 978-2-233-00883-1 © éditions A. Pedone, Quatrième question / Fourth question: Droits de l'homme et droit international privé Human Rights and Private International Law, Rapporteur: Jürgen BASEDOW, 4<sup>ème</sup> commission, <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-s%C3%A9ances-pl%C3%A9ni%C3%A8res-Basedow.pdf>, art.2.1 del proyecto de resolución, establece: « Les Etats respectent les droits de l'homme par l'intermédiaire de leurs organes, y compris les juridictions ordinaires dans les relations internationales entre personnes privées. Ces droits servent à contrôler et corriger, le cas échéant, les résultats obtenus par le jeu des règles de droit international privé. »

<sup>250</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 226.

<sup>251</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.152-153.

*standardized contracts*”<sup>252</sup>; y Weintraub, quien va incluso más allá y propone una regla compensatoria de nulidad diseñada para proteger contra los contratos de adhesión<sup>253</sup>.

El *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, en su sección 187, comentario (b), establece una solución que, tal como advierte Nygh, es más cautelosa<sup>254</sup>: plantea que son los tribunales los que deben “escudriñar” los contratos de adhesión con cuidado y rechazar la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley, si aplicarla resultara en una injusticia sustancial para quien adhiere<sup>255</sup>. Parece una solución equilibrada, que no implicaría el rechazo de plano de la cláusula, sino que dejaría en manos del juez su valoración.

#### 11. Contratos con cláusulas estándar, de adhesión y sus variantes

Como viene de explicarse, resulta preocupante fundamentalmente el caso de los contratos de adhesión, contratos con condiciones generales preimpresas y demás modalidades afines, donde una de las partes tiene el poder de establecer el texto de esos contratos o condiciones generales, que incluyen cláusulas de elección de ley y juez, sin que exista ninguna posibilidad para la otra parte de negociar ni de modificar su contenido, y peor aún, muchas veces, ni siquiera de optar por otro formulario, otras condiciones generales, etc., dado que la oferta en el sector respectivo del comercio internacional es igual cualquiera sea el operador con el que se pretenda contratar (ej. típico, el transporte documentado en conocimientos de embarque, cartas de porte, etc., como se había advertido en el Grupo de Trabajo redactor de la LGDIPr uruguay). Se trata de contratos entre comerciantes, que por más que tengan acceso a asesores legales, no tienen opción (*take-it-or-leave-it contracts*).

En estos casos se produce exactamente la hipótesis que de Cores describe en los siguientes términos: “la autodeterminación de una de las partes se encuentra seriamente bloqueada”. Quien adhiere a un contrato de adhesión, formulario, o con condiciones generales unilaterales, más aún cuando son de oferta monopólica, tiene su autodeterminación seriamente bloqueada, porque no tiene más alternativa que adherir o no contratar. **En estos casos, como afirma de Cores, “el ordenamiento debe intervenir, compensando la vulnerabilidad de la situación contractual”**<sup>256</sup>. Nygh también reconoce que, de la mano con el creciente reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, existe un reconocimiento internacional de la necesidad de protección de las partes económicamente más débiles<sup>257</sup>.

**Estas situaciones se producen no sólo respecto de consumidores, trabajadores y asegurados, sino también respecto de comerciantes.** Como bien ha afirmado de Cores, siguiendo a Blengio, en posición compartible, “no es la calidad de consumidor o cualquier otro rol *per se* lo que hace necesaria una regulación normativa protectora, sino que lo es la posición de debilidad del sujeto frente a quien tiene una situación de mayor poder”. **Concluye admitiendo la posibilidad de aplicar las normas protectoras en materia de relaciones de consumo, por analogía, “a todos los supuestos en que existan partes con desigual poder negocial”**<sup>258</sup>.

<sup>252</sup> EHRENZWEIG, Albert A., *A Treatise on Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1962, p. 457.

<sup>253</sup> WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3<sup>rd</sup>. ed., 1986, p. 397-398.

<sup>254</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.152-153.

<sup>255</sup> Ver sobre este tema: OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, pp. 49-50 y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 29-31.

<sup>256</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 493.

<sup>257</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 139.

<sup>258</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 510-511, y cita de BLENGIO, Juan, “Ambito subjetivo de aplicación de la ley de relaciones de consumo desde la perspectiva de la

También Santos Belandro reconoce que el problema de la libertad irrestricta “es que puede atacarse la equidad y castigar a la parte débil del contrato”<sup>259</sup>. Y agrega citando a de Vasconcelos que: “las corrientes mayoritarias han concluido que es forzosa la constitución de límites a la autonomía, sobre todo en una sociedad global, definida por realidades económicas muy distintas. La ausencia de dichos límites culminaría fatalmente, en la explotación de los medianos y pequeños actores del mercado global. (...) Seguramente las restricciones al principio de la autonomía de la voluntad son necesarias y universalmente aceptadas. El gran reto es hallar el justo equilibrio entre la dosis de intervención estatal y el espacio para el ejercicio de la referida libertad. (...)”<sup>260</sup>.

Desde una perspectiva europea, Muir Watt afirma que se ha producido una progresiva transversalización de la protección al consumidor, que ha ido evolucionando de ser una excepción a ser la regla con respecto al suministro de bienes y servicios. Por lo tanto, agrega la reconocida jurista, “la autonomía de la voluntad de las partes se ve severamente restringida en un número creciente de circunstancias, aunque dentro de los límites seguros del mercado de consumo europeo. Sin embargo, es muy posible que sea necesaria una reformulación más radical de las cuestiones en juego. En el contexto rápidamente cambiante de la economía global, las verdaderas dificultades no son simplemente las prácticas de mercado moldeadas por partes más fuertes a través de la libre elección de la ley y el foro, sino las implicaciones del crecimiento de una autoridad privada hasta ahora inexplicable. Es necesario reconocer el papel que juega la autonomía de las partes en esta evolución antes de poder imaginar modelos apropiados de justicia social en el entorno legal inexplorado más allá del estado”<sup>261</sup>. **Reconoce así la referida profesora francesa, que puede haber llegado la hora de reformular ciertas cuestiones derivadas de las prácticas impuestas por la parte más fuerte a través de la libre elección de ley y juez.**

En el mismo sentido, Mills sostiene que la autonomía conflictual en materia de ley aplicable, al igual que de jurisdicción, es con frecuencia restringida cuando la materia u objeto del contrato o las características de las partes sugieren una desigualdad que puede dejar a la parte más débil vulnerable de sufrir la imposición de una elección desventajosa para ella. Agrega que **semejante elección no será ni un verdadero acuerdo ni elegirá necesariamente la ley más apropiada para la relación jurídica entre las partes**. Por lo tanto, las varias justificaciones de la autonomía de las partes no serían apoyo suficiente para darles eficacia a dichas cláusulas. Afirma incluso que le resulta curioso que dichos casos de desigualdad no se hubieran excluido de la Convención de México de 1994<sup>262</sup>.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, hace referencia al Comentario 5.4 a los Principios de La Haya: “El hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales hace innecesario someter la elección del derecho aplicable a los requisitos formales u otras

---

noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica”, en *ADCU*, T. XXX, Montevideo, FCU, 2000, p. 457. También cita la opinión contraria de MOLLA, Roque y GROISMANN, Carlos, “Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, en *ADCU*, T. XXXV, Montevideo, FCU, 2005, p. 719 y ss.

<sup>259</sup> SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594.

<sup>260</sup> DE VASCONCELOS PENANTE Jr., Francisco José, *La autonomía de la voluntad en el Reglamento Roma I y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP-V); La situación en Brasil*, Valencia, España, 2013, pp. 57 y 59, citado por SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594.

<sup>261</sup> MUIR WATT, Horatia, “Party Autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Volume 2, Entries I-Z, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, pp. 1336-1341, p. 1341. Traducción libre de la autora.

<sup>262</sup> MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 456-457.

restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores”. Y a continuación afirma: “Sin embargo, **una parte más débil puede ser cualquier persona que carezca de poder de negociación, lo que igualmente puede comprender los comerciantes y las pequeñas empresas.** Esto es especialmente cierto en el caso de los **contratos de adhesión** que contienen cláusulas predeterminadas en materia de elección del derecho, situación aún peor en el caso de una oferta monopólica en la cual no hay libertad para consentir en una cláusula sobre elección del derecho incluida por decisión de una parte”<sup>263</sup>.

En suma, cuando la libertad entra en conflicto con la igualdad, en el nuevo concepto de contrato de que habla de Cores “la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo comprobadamente habían llevado la predominancia de la voluntad del más fuerte sobre la del más vulnerable”<sup>264</sup>. El postulado tan claramente expresado por de Cores no puede ceder en aras del tan mentado y citado - aunque nunca definido- interés del comercio internacional. Favorecer y facilitar el comercio internacional no puede hacerse a costa de los principios fundamentales referidos<sup>265</sup>.

## 12. Las cláusulas libremente consentidas por ambas partes y las estipulaciones unilaterales

En general se argumenta en doctrina que la libertad contractual es parte esencial de la economía de mercado, que las partes deben ser libres de regular los términos y condiciones de sus contratos. No obstante, también se reconoce que el Estado debe regular dicha libertad, “primero, para proporcionar un marco dentro del cual las partes puedan operar, y segundo, para proteger ciertos intereses, ya sean del Estado mismo o de las partes que necesitan ser protegidas del abuso del poder económico (...)”<sup>266</sup>. Nygh hace referencia al ejemplo habitual de los consumidores y los empleados, como todos los autores, pero por cierto no son la única categoría de contratantes que requieren que el Estado preserve cierto marco legal equilibrado. Lo contrario sería dejar librado el mercado y los contratos internacionales a la ley del más fuerte<sup>267</sup>.

Afirma Basedow que “La libertad contractual sólo puede desarrollar su efecto de potenciar la eficiencia si los actores económicos pueden elegir entre varias opciones. (...) La importancia constitucional de la competencia para la vida económica permite apreciar mejor el carácter ambivalente de la libertad contractual”. Y agrega que “el derecho estatal debe conseguir que los términos contractuales desequilibrados redactados por los proveedores no puedan hacerse efectivos. De estas

<sup>263</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser. Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 146, N° 280.

<sup>264</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 527-528, con cita de Cláudia LIMA MARQUES. Y continúa de Cores, con citas de Roger BROWNSWORD y de Jacques MESTRE: “Toman su lugar consideraciones generales tales como que cuando las partes no son libres e iguales en los hechos, la ley contractual funciona como una licencia para explotar la vulnerabilidad de la otra parte. De este modo, el desigual poder de negociación (*inequality of bargaining power*) justifica la intervención judicial, cuya meta es la protección de la relación contractual a través del equilibrio razonable de los intereses involucrados. En tales circunstancias no puede hacerse como que el contrato hubiera sido libremente concluido e igualitariamente compuesto: el juez puede borrar el abuso manifiesto y sancionar los principales desequilibrios rehusando a ejecutarlo”.

<sup>265</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado* (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 232-233.

<sup>266</sup> Ver, por ej., NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 2

<sup>267</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado* (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 233.

consideraciones se desprende que las disposiciones del derecho estatal concebidas para compensar los fallos del mercado deben ser imperativas<sup>268</sup>.

En un interesante trabajo de Argerich y Capalbo sobre contratos comerciales internacionales elaborado “desde la perspectiva de la práctica legal”, los autores destacan que la determinación de la ley aplicable es un aspecto crucial cuando los operadores jurídicos están redactando un contrato internacional. Agregan que la elección de la ley puede ser un aspecto significativo de la negociación entre los abogados<sup>269</sup>. Ello ocurre en los contratos donde existe un escenario de negociación, donde las partes y sus abogados discuten las cláusulas del contrato, incluidas las de elección de ley y foro o arbitraje. En esos casos la autonomía de la voluntad es admitida en forma casi universal y está bien que así sea<sup>270</sup>.

Pero el problema es que en general -y la LGDIPr no es la excepción-, no se distingue entre unos y otros casos al regular el tema. Esta relatora ha sugerido en alguna oportunidad la exclusión de los contratos de adhesión, formulario, con condiciones generales y afines de la autonomía conflictual, y se me ha respondido que eso es imposible porque el comercio internacional se maneja en gran medida a través de ese tipo de contratos. Por eso mismo, porque en general los comerciantes no se sientan a negociar sus contratos, sino que utilizan formularios, condiciones generales y equivalentes, que redactó una parte y la otra solo puede tomarla o dejarla, pero en realidad tampoco puede dejarla porque no tiene otra opción en el mercado, es que surgen reparos con la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, en particular los comerciales de adhesión<sup>271</sup>.

**Los comerciantes podrán ser profesionales que se asesoran con sus abogados, pero cuando desaparece toda posibilidad de negociar o de optar por una solución diferente a la unilateralmente preestablecida, la autonomía conflictual resulta inaceptable.** Es más, no se puede hablar en esos casos de “autonomía de la voluntad de las partes”, sino de “autonomía de la voluntad de la parte” que tiene suficiente poder, fuerza o potestades, en el rubro del comercio internacional en el que actúa, como para establecer unilateralmente sus condiciones a la otra parte, a quien sólo le resta adherir o no contratar, porque no tiene otra opción<sup>272</sup>. El Comité Jurídico Interamericano, en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, ha reconocido que: “Los contratos estándar pueden presentar problemas dentro de un marco general de derecho contractual. Puesto que se encuentran predominantemente elaborados por o dirigidos a entidades empresariales que operan en los más importantes centros comerciales del mundo, pueden tener una utilidad limitada en otras aplicaciones. Asimismo, en la mayoría de los casos, su contenido es de formulación y en beneficio unilateral, además de que su redacción se encuentra inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los respectivos países de origen”<sup>273</sup>.

<sup>268</sup> BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 5-27, p. 22-23.

<sup>269</sup> ARGERICH, Guillermo y CAPALBO, María Laura, “Demystifying Private International Law for International Commercial Contracts”, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, [www.edinburghuniversitypress.com](http://www.edinburghuniversitypress.com), ISBN: 9781474447850, p. 325-340, p. 325 y 337.

<sup>270</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 234.

<sup>271</sup> *Ibidem* p. 219-266, p. 234-235.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 219-266, p. 235.

<sup>273</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 69-70, Nº 88.

Es obvio que una cláusula de elección de ley o juez obtenida por la fuerza, o mediante fraude, engaño o mecanismos equivalentes será nula. Lo que es más discutido en doctrina es el efecto del mayor poder de negociación. Toda la doctrina admite la necesidad de proteger a los consumidores, trabajadores y asegurados del mayor poder de negociación de su contraparte. En *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, ya comentado *supra*, el juez Burger fue más allá, y sostuvo que la elección de la ley (y del juez) **debe expresar la intención real de las partes, y no ser insertada en un contrato por una de las partes para su propio beneficio**<sup>274</sup>. Si bien fuera de EE.UU. no parece haber reglas específicas respecto de este punto, concluye afirmando Nygh que existe indubitablemente una política general de proteger a la parte económicamente débil<sup>275</sup>.

En cuanto al consentimiento en sí, afirma Nygh que la cuestión no debería limitarse a si las partes consintieron o no conforme a derecho, sino como una cuestión fáctica: si la elección del foro y/o de la ley fue hecha y si es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, asumir que la otra parte aceptó dicha elección<sup>276</sup>. No podría interpretarse que una parte consintió una cláusula de elección de ley o foro que le perjudica; ello no sería razonable<sup>277</sup>.

### 13. El justo equilibrio

De acuerdo a los argumentos que se vienen desarrollando, con sólido apoyo de doctrina de distintos países, parece razonable afirmar que sólo cuando existe un justo y razonable equilibrio entre libertad e igualdad, la elección de la ley aplicable -y del juez o árbitro- será válida. Admitir la autonomía de la voluntad conflictual, como hace la LGDIPr uruguaya en su art. 45, no implica validar la elección del más fuerte, lo cual alteraría el equilibrio y la equidad del contrato<sup>278</sup>.

**El equilibrio y la equidad del contrato la tiene que garantizar el legislador a través de la norma, garantizando la justicia formal; pero si ello no le permitiera al juez llegar a una solución justa en el caso concreto, los institutos de la teoría general le proporcionan las herramientas para lograrlo.** El rol del juez no es aplicar la ley como un autómatas; si así fuera, utilizaríamos computadoras y no seres humanos pensantes para dictar sentencia. Cuando la conexión establecida es la voluntad de las partes, también es el legislador primero, y luego el juez, quienes deben garantizar al menos un “equilibrio mínimo” en el contrato<sup>279</sup>. Debe tenerse presente que, “...en los contratos entre desiguales, la virtualidad del contrato consistirá en el mantenimiento del equilibrio en la relación de cambio”<sup>280</sup>, y

<sup>274</sup> 407 US 1 (1972). NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 69; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 25-27.

<sup>275</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 70-71.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>277</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 236.

<sup>278</sup> *Ibidem*, pp. 219-266, p. 236.

<sup>279</sup> Afirma DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 494, con cita de doctrina francesa contemporánea, que el denominado equilibrio mínimo consiste en “...el mínimo de convergencia y solidaridad necesario en las relaciones actuales. En esa medida, las aspiraciones egoístas se reducen, dejando paso a la confianza mutua de los contratantes en la observancia de un equilibrio contractual, cuyo fundamento residiría en un deber de lealtad que impone a las partes un mínimo de solidaridad, consistente tanto en no aprovecharse unilateralmente del contrato como en no sacrificar los intereses del cocontratante”.

<sup>280</sup> DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 532, con cita de Atilio ALTERINI (“La autonomía de la voluntad”, *Estudios de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 179). De Cores cita también, en el mismo sentido, a Henri BATIFFOL (« La ‘crise du contrat’ et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, t. XIII, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Sirey, 1968, p. 26 y 30.

esa tarea está en manos primero del legislador y luego de quien imparte justicia en el caso concreto (juez o árbitro).

En este sentido, y refiriendo a los contratos de adhesión, sostiene Gamarra que, a partir de la sanción de la ley de relaciones de consumo, todas sus cláusulas (salvo la equivalencia económica de las prestaciones) quedan sometidas al control del juez, quien determinará si violan el principio de equilibrio contractual o la igualdad, que ahora pasa a ser sustancial, y no meramente formal<sup>281</sup>. Por lo tanto, las cláusulas de elección de ley y/o juez incluidas en contratos de adhesión quedan también sometidas al referido control<sup>282</sup>.

En el mismo sentido, con respecto al equilibrio de derechos y obligaciones, son compartibles las afirmaciones de Basedow cuando, al referirse a la “elaboración normativa privada”, sostiene que se trata de una realidad, “aunque no hay ninguna duda de que el Estado puede interferir en las reglas privadas en cualquier momento a través de la legislación pertinente o de las decisiones judiciales. Dado el riesgo de parcialidad inherente en las reglas privadas, tal intervención estatal puede resultar necesaria para restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones”<sup>283</sup>.

14. Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y su relevancia para el tema objeto de este Informe

Los Principios de UNIDROIT refieren especialmente a los **contratos con cláusulas estándar** en sus arts. 2.1.19 a 2.1.22.

El art. 2.1.19 (2) define qué se entiende por cláusulas estándar: “son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”. El comentario 2 aclara que “lo que es decisivo no es su presentación formal” (documento independiente, formulario, etc.) sino “que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra”.

El art. 2.1.19 (1) establece que “Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22”. Al respecto, el comentario 3 especifica que, por lo tanto, “**las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación...**”. Agrega que “las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple **firma** del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos **siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento**”. El ejemplo referido es no solo real, sino habitual: las condiciones generales de los conocimientos de embarque, cartas de porte y demás documentos análogos se encuentran siempre impresas al dorso, y en general sin firmar. En otras oportunidades, como le ha tocado ver personalmente a esta relatora, la firma se coloca en la parte superior de las condiciones generales impresas al dorso. Es evidente que esas cláusulas no fueron consentidas<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. IX, Montevideo, FCU, 2003, p. 203, en DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 542.

<sup>282</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 237.

<sup>283</sup> BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), pp. 5-27, p. 24.

<sup>284</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de*

El art. 2.1.20 refiere a las cláusulas sorpresivas, y establece que en principio las cláusulas estándar sólo obligan al adherente cuando éste las ha **“aceptado expresamente”**; de lo contrario no tienen eficacia. Establece en el comentario 1 una excepción importante a la eventual eficacia de dichas cláusulas: “no obstante la aceptación de tales cláusulas (estándar) en su conjunto, la parte adherente no queda obligada por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación **no podían ser razonablemente previstas** por dicha parte”. Y el comentario 2 expresa: “Para determinar si una estipulación es inusual, debe tomarse en cuenta, por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por otro lado, las negociaciones individuales entabladas entre las partes”. Es decir, deben tomarse en cuenta ambos criterios.

El art. 1.7 (**Buena fe y lealtad negocial**) impone a las partes el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial. Los contratos comerciales internacionales, incluyendo obviamente las cláusulas de elección de ley -así como de juez-, deberán interpretarse a la luz de estos criterios, invalidando aquellas cláusulas que denoten mala fe o falta de lealtad negocial. Estos principios cobran particular relevancia en los casos en que la elección de la ley (o del juez o árbitro) fue impuesta, por una parte. Advierte Nygh que esta circunstancia puede bien ser la causa para ignorar la elección<sup>285</sup>. Cordero Moss muestra, a partir de dos casos, que “no hay un concepto uniforme de buena fe y lealtad negocial que pueda ser válido para todos los tipos de contratos a un nivel internacional”. Menciona como una de las causas de ello que “la práctica contractual está, en general, adoptando contratos modelos preparados sobre la base del derecho inglés, o, al menos, de sistemas del *common law*”, (...) “cuya estructura misma rechaza la injerencia de la buena fe”<sup>286</sup>, lo cual sorprende a alguien con formación civilista.

El art. 1.9 (**Usos y prácticas**) establece que las partes están obligadas por cualquier uso que hayan convenido, es decir, consensuado, acordado, lo que **excluye aquellos que son meramente unilaterales, o incluso han sido cuestionados en sede judicial o arbitral**. Tampoco basta con que los usos sean ampliamente conocidos: deben además ser regularmente observados y no deben ser irrazonables.

El art. 3.2.7 (**Excesiva desproporción**) permite a una de las partes anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva (nal. 1), y establece que los factores a tener en cuenta a esos efectos son: “(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato”<sup>287</sup>. Merece especial atención que uno de los criterios para determinar si hubo una ventaja injustificada a favor de una parte, debe tenerse en cuenta la **“posición negociadora desigual”** (Comentario 2).

El art. 4.6 (**Interpretación contra proferentem**) es de particular relevancia respecto de los contratos de adhesión y análogos, porque son redactados por una sola de las partes.

15. Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya y su relevancia para el tema objeto de este Informe

Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya<sup>288</sup> establecen en su art. 3: “Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o

---

Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 254-255.

<sup>285</sup> NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 68.

<sup>286</sup> CORDERO MOSS, Giuditta, “El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 29-50, p. 44-45.

<sup>287</sup> *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Asunción, CEDEP – Intercontinental Editora, UNIDROIT, 2016, y <https://www.unidroit.org/contracts>

<sup>288</sup> <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf> Destacado nuestro.

regional como un conjunto de *normas neutrales y equilibradas*, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.”

Este artículo permite a las partes elegir derecho no estatal, con la condición de que esas normas de derecho no estatal gocen de “reconocimiento general en un ámbito superior al nacional. En otras palabras, las ‘normas de Derecho’ no pueden hacer referencia a un conjunto de normas contenidas en el propio contrato, a las cláusulas estándar de una de las partes ni a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector” (Comentario 3.4). Y más adelante, el comentario 3.9, agrega que “El art. 3 exige que las ‘normas de Derecho’ sean generalmente aceptadas, con tres características: deben ser un *conjunto de normas*, el conjunto debe ser *neutral y equilibrado*. (...)” (Destacado en el original)<sup>289</sup>.

Respecto al requisito de la *neutralidad*, el Comentario 3.11 establece que el mismo se cumple siempre que “la fuente de las ‘normas de Derecho’ sea reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial, es decir, un órgano que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. En cuanto al requisito de que el conjunto de normas de Derecho sea *equilibrado*, el Comentario 3.12 establece que el mismo “se justifica por: (i) la presunción subyacente a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales según la cual las partes tienen un poder de negociación relativamente igual; y (ii) el hecho de que la presunción de que las leyes estatales son equilibradas no es necesariamente extrapolable a las ‘normas de Derecho’. Este requisito probablemente impida la elección de un conjunto de normas que beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto”<sup>290</sup>.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, establece que con la exigencia que hacen los Principios de La Haya de que las normas sean “neutrales y equilibradas”, “se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas”. Agrega más adelante que **“es obvio que las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente no pueden considerarse como derecho no estatal que pueda elegirse como derecho aplicable”**<sup>291</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. El tema bajo análisis ha sido poco explorado en todos los niveles, legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Los especialistas consultados coincidieron en que no existen respuestas frente a la problemática que plantea la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos entre comerciantes, o que si las hay son insuficientes o inadecuadas. La mayoría de las respuestas recibidas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación. Ello sin perjuicio de reconocer el valor de 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.

2. En general, las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, y no para los contratos con cláusulas estándar, asimétricos, de adhesión, o análogos, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.

<sup>289</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 257.

<sup>290</sup> <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>, p. 42-43. Destacado nuestro.

<sup>291</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019, p. 110-111, Nº 192 y Nº 194.

3. En opinión de esta relatora, ello confirma la hipótesis de la que partimos al proponer el tema en el 98° período de sesiones del CJI y demuestra la necesidad y conveniencia de brindar las Recomendaciones sobre posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil.

### **RECOMENDACIONES Y POSIBLES BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL**

#### **Parte 1. Objetivos de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación**

1. El objetivo de este Informe y recomendaciones de posibles buenas prácticas sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil es profundizar sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*.

2. El Informe pretende complementar los mecanismos generales ya existentes para evitar abusos de la parte contractualmente fuerte sobre la débil (las normas de policía, de aplicación inmediata o necesaria, la excepción de orden público internacional y el fraude a la ley) (*mandatory rules, international public policy reservation and evasión of law*) y las escasas normas especiales sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.

3. El Informe ofrece a los operadores jurídicos -jueces, árbitros, abogados, entre otros- recomendaciones y sugerencias con respecto a las cláusulas de elección de ley y juez en los contratos de adhesión o cualquier otra forma de contrato asimétrico. Dichas recomendaciones y sugerencias podrán ser utilizadas para interpretar las escasas normas específicas existentes y particularmente en ausencia de normas que refieran a contratos comerciales internacionales asimétricos.

4. El Informe y las recomendaciones y sugerencias con que este concluye, responde a la constatación de que en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, y no para los contratos de adhesión

5. En los contratos comerciales internacionales de adhesión, el comerciante que adhiere está en situación idéntica o al menos muy similar o equivalente a la del consumidor que adhiere, ya que en ninguno de los dos casos quien adhiere puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte. No obstante, no todos los sistemas jurídicos admiten extender las normas de protección del consumidor a los comerciantes.

6. La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen esta problemática, que se constata en la mayoría de los países –y sistemas convencionales- hace necesario este Informe y sus recomendaciones y sugerencias, para que opere como un instrumento útil de *soft law*, ofrecido por el Comité Jurídico Interamericano a los operadores jurídicos.

#### **Parte 2. Recomendaciones, sugerencias y posibles buenas prácticas en materia de contratos comerciales con parte contractualmente débil**

Cabe señalar que las recomendaciones que aquí se formulan están en concordancia con *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019.

##### **Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato**

Se recomienda que las cláusulas de elección de ley y/o juez hayan sido consentidas de manera efectiva y válida por todas las partes del contrato. Se recomienda que el juez o árbitro constataste en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del caso la existencia o no de los elementos de validez del consentimiento de ambas partes respecto de la cláusula de elección de ley y/o juez.

**Comentario:**

A los efectos de determinar si existió o no consentimiento válido de la parte que adhiere a las condiciones generales, y específicamente a las cláusulas de elección de ley y juez contenidas en ellas, se analizará en especial si no fue obtenido en forma abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto, de conformidad con la *lex fori* (Fuente: el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94.)

Se tendrá en cuenta también si dichas condiciones son de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de la posibilidad de elegir otras condiciones.

Que la cláusula de elección de ley o de juez sea claramente desfavorable a la parte que adhiere será un indicador de la ausencia de consentimiento de su parte.

El acuerdo puede ser expreso o tácito<sup>292</sup>, siempre que se desprenda en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994).

Esta regla es armónica con el art. 3.a) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005), que define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como "un acuerdo celebrado por dos o más partes", lo que excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas. El literal d) reafirma dicha interpretación, desde que establece la independencia del acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, de las demás cláusulas del mismo. Por tanto, quien adhiere al contrato con condiciones generales u otras formas de contratos asimétricos debería consentir no sólo el contrato, sino también la cláusula de elección de foro (y/o de ley).

En los casos en que se pretenda hacer valer las cláusulas de elección de juez y/o ley frente a terceros, se aplicará el mismo criterio: el tercero debe consentir la respectiva cláusula. De lo contrario, las referidas cláusulas no le serán imponibles.

Si el juez (o el árbitro) concluye que la cláusula de elección de ley y/o juez no es válida, determinará la ley aplicable y/o la jurisdicción internacionalmente competente de conformidad con las normas de DIPr que resulten aplicables, a falta de elección válida. Dichas normas de DIPr serán convencionales, o en su defecto, las normas de DIPr nacionales o autónomas del Estado del foro. No habrá una "ruptura" del acuerdo de elección de foro y/o de ley, sencillamente porque ese acuerdo no es válido.

**Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y carga de la prueba del consentimiento**

Se recomienda que el acuerdo expreso de elección de ley o de juez se documente por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta. La carga de la prueba de que existió consentimiento libre por ambas partes corresponde a la parte que redactó el contrato de adhesión.

**Comentario:**

Esta recomendación se inspira, entre otras fuentes, en el art. 3.c) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005) y en el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94.

Esta Recomendación es acorde con la legislación de varios países, como por ejemplo de Argentina (art. 2607 CCCN), Brasil (art. 63(3) del CPC), Uruguay (art. 60 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920) y República Dominicana (art. 18.II de la Ley N° 544-14)

---

<sup>292</sup> Nótese que algunos sistemas autónomos de DIPr admiten la elección tácita de las cláusulas de elección de ley y/o juez, como por ejemplo, el art. 45.4 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay y el arts. 12 y 58 de la Ley N° 544-14 de República Dominicana, mientras que otras no la admiten, como el art. 2095 del C. Civil peruano.

El hecho de que la cláusula de elección de ley y/o juez conste por escrito no es suficiente para que exista consentimiento válido de ambas partes. Encontramos en el derecho comparado, que el escrito no firmado no implica consentimiento, sino que éste se manifiesta a través de la firma u otra forma comprobable de la voluntad de la parte. Como ha dicho la jurisprudencia, “los impresos por sí solos a nadie obligan”<sup>293</sup>. De todas formas, se reitera que estas Recomendaciones no son vinculantes.

Además, la recomendación propuesta se inspira en un instrumento universal de *soft law*, como son los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, ya analizados supra, en especial en el Comentario 3 a los arts. 2.1.20 a 22, y en el art. 2.1.20.

### **Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes**

Se recomienda que, al interpretar las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes, se tenga en cuenta que los sistemas autonomistas han sido diseñados para regular contratos paritarios o de libre discusión, y se recurra, cuando se entienda necesario, a los mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Privado (excepción de orden público internacional, excepción de fraude a la ley, normas de aplicación necesaria, etc.) para mitigar las posibles injusticias o desequilibrios que se podrían derivar de la aplicación del sistema autonomista pleno a los contratos de adhesión o equivalentes.

#### **Comentario:**

Es al juez o árbitro a quien corresponde hacer justicia en el caso concreto, no sólo justicia formal sino también justicia material o sustantiva, y mantener un equilibrio mínimamente garantista en el contrato.

El sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley; para ello es necesario que la cláusula vaya en detrimento de la parte más débil<sup>294</sup>, lo que puede ser un buen criterio para el aplicador del derecho a la hora de interpretar y evaluar las cláusulas de elección de ley y/o juez.

### **Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes**

Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten<sup>295</sup> el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último.

#### **Comentario:**

El acceso a la justicia efectiva es un principio fundamental de reconocimiento universal, receptado expresamente en varias convenciones y otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6), los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), y también en las Constituciones nacionales.

Asimismo, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha reconocido “Que ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos y la

<sup>293</sup> El magistrado Dr. Almirati sostuvo: “en tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente identificado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan”, en Sentencia N° 147, 24/5/988, Uruguay, publicada en *Revista de Transporte y Seguros* N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47.

<sup>294</sup> Eugene F. COLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

<sup>295</sup> Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

governabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad”<sup>296</sup>.

En consecuencia, una cláusula de elección de foro incluida unilateralmente en condiciones generales u otras modalidades de contratos de adhesión que, en caso de producirse un diferendo, impida el acceso a la justicia a la parte que adhiere al contrato, no puede ser validada.

La imposibilidad de acceso a la justicia puede deberse a diversos factores, pero muchas veces es consecuencia de circunstancias económicas, como por ejemplo cuando el monto de la reclamación no amerita litigar en el extranjero porque los costos de ello son superiores al monto reclamado.

Esta recomendación es armónica con la sentencia de la Suprema Corte de EE.UU. en el caso *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.*, analizada en este Informe.

#### **Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere**

Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión sean consideradas válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente. En este caso, quien redactó las condiciones generales del contrato no podrá oponerse a dicha aceptación y a la aplicación de la respectiva cláusula.

##### **Comentario:**

Dicha aceptación puede ser expresa o manifestarse mediante la presentación de la demanda ante el foro elegido en la cláusula. En este caso, la ausencia inicial de consentimiento se subsana en una etapa posterior a la celebración del contrato. Esta recomendación se inspira en las diversas normas convencionales y autónomas que admiten la elección de ley o juez en cualquier etapa de la vida del contrato. Así, por ejemplo, el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 45 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de Uruguay, entre otras.

#### **Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes**

Se recomienda que no se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos con cláusulas estándar o de adhesión que favorezcan a quien emitió unilateralmente las condiciones generales en las que la cláusula fue incluida, perjudicando a la parte que adhiere, a menos que la parte que adhiere acepte expresamente la aplicación de dicha ley. En caso de duda, las referidas cláusulas deberían ser interpretadas *contra proferentem*.

##### **Comentario:**

Esta Recomendación se inspira en el art. 4.6 (Interpretación *contra proferentem*) de los Principios de UNIDROIT, que resulta de particular relevancia respecto de los contratos de adhesión y análogos, que son redactados por una sola de las partes.

En caso de invalidez de la cláusula de elección de ley, el juez procederá como es de rigor en estos casos, conforme a sus normas de conflicto.

#### **Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto**

Se recomienda que el juez (o árbitro) rechace la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley (o juez) inserta en las condiciones generales de un contrato comercial internacional de adhesión, si aplicarla resultara en una situación desequilibrada o manifiestamente adversa para quien adhiere.

<sup>296</sup> AG/RES. 2703 (XLII-O/12) FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA INTERAMERICANO DE FACILITADORES JUDICIALES (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2703\\_XLII-O-12.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf)

**Comentario:**

Esta recomendación se basa en el comentario (b) a la sección 187 del *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), y en el art. 11 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay.

**Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria**

Se recomienda que en ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos constituyan un impedimento para la aplicación de las disposiciones imperativas del foro. Se sugiere que se tomen en cuenta también las disposiciones imperativas de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos relevantes a criterio del juez actuante<sup>297</sup>.

**Comentarios:**

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA.

En el **Informe de la ILS-ABA (EE.UU.)**<sup>298</sup> se afirma que debería limitarse al foro donde se pretende hacer valer el contrato. El texto reformulado en este tercer informe toma en cuenta esta sugerencia.

Nótese que, en cuanto a la aplicación de las **normas de policía extranjeras**, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., la misma es reconocida en varios textos de DIPr. Mohamed Salah<sup>299</sup> menciona las siguientes: art. 16 de la Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación; el art. 7.1 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada); el art. 11.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>300</sup>. En cuanto a las normas de DIPr nacionales o autónomas, admiten la aplicación de las normas de policía de terceros Estados, con mayor o menor amplitud, el art. 6.2 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay, el art. 19 de la ley federal suiza de DIPr, y el art. 3079 del Código Civil de Québec, entre otras<sup>301</sup>.

**Recomendación 9. Orden público internacional**

Se recomienda que en ningún caso se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos cuya aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro.

**Comentarios:**

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA. Está en línea, además, con el artículo 18 de la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

<sup>297</sup> Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

<sup>298</sup> COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

<sup>299</sup> MOHAMED SALAH, MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 228-230.

<sup>300</sup> Ver detalle en el capítulo IV.3 de este Informe.

<sup>301</sup> Ver detalle en el capítulo IV.3 de este Informe.

### Recomendación 10. A los legisladores

Se recomienda a los legisladores nacionales que tomen en consideración este Informe y las Recomendaciones que anteceden al elaborar normas de Derecho Internacional Privado sobre contratos internacionales.

\* \* \*

### BIBLIOGRAFÍA

(consultada por la relatora para la elaboración de este Informe)

- ARGERICH, Guillermo y CAPALBO, María Laura, “Demystifying Private International Law for International Commercial Contracts”, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, [www.edinburghuniversitypress.com](http://www.edinburghuniversitypress.com), ISBN: 9781474447850, p. 325-340.
- BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 5-27.
- BLENGIO, Juan, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82.
- BLENGIO, Juan, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXII, Montevideo, FCU, 2002, p. 571-588.
- BLOM, Joost, “Canada”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1950-1959.
- BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, A Comparative Study”, *Recueil des Cours*, 1981-I, pp. 9-113.
- BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- BOUTIN, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006.
- BURT, Esteban, “Ley de representación, agencias y distribución”, LLP 1999, p. 381, PY/DOC/381/2007.
- CAPPAGLI, Alberto C., “A medio siglo de ‘Compte c/Ibarra’”, en *Revista del Colegio de Abogados de Bs.As.*, año 1986, T.XLVI, No. 3.
- CORDERO MOSS, Giuditta, “El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 29-50.
- DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015.
- DÍAZ SIERRA, María del Carmen, “Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, <http://revistaderecho.um.edu.uy> 2012/12.
- DOS SANTOS MIRANDA, Manuel, “La Protección Legal de los Consumidores en Paraguay”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Dos-Santos-M-Proteccion-Legal-Consumidores-Py.pdf>

- EHRENZWEIG, Albert A., *A Treatise on Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1962.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013”, *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, p.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>
- FARIÑA, Macarena, “Primeras aproximaciones a la Ley General de Derecho Internacional Privado”, *Tribuna del Abogado*, N° 217 enero/marzo 2021, Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, p. 14-23.
- FARIÑA, Macarena, “El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores?”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 367-390.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Cuba”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2002-2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Dominican Republic”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2036-2043.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991 (Tesis para acceder al título de Profesor Adscripto de la Facultad de Derecho de la UdelaR aprobada con sobresaliente. Premio único mejor obra en la categoría Ciencias Sociales y Jurídicas, otorgado por el Ministerio de Educación y Cultura por resolución del 13 de octubre de 1992).
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Vol, 2, Montevideo, FCU, 2009.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes N° 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo”, *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Asociación Uruguay de Derecho Marítimo, Fernando Aguirre Ramírez (coordinador), Montevideo, FCU, 2015, p. 127-168.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, 2021, p. 70-103.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, abril 2021.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Montevideo, FCU, 2022.
- LIMA MARQUES, Claudia, LIXINSKI, Lucas y BAQUERO, Pablo Marcello, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1928-1939.

- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420.
- LOWENFELD, Andreas F., *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Venezuela”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2647-2658.
- MALVAGNI, Atilio, *Contratos de Transporte por Agua*, Ed. De Palma, Bs.As., 1956.
- MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018.
- MOHAMED MAHMOUD, M.S., “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005.
- MONGE TALAVERA, Luz, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 944-969.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP—Intercontinental Editora, 2013.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, La CIDIP-VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en:  
<http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf>
- MUIR WATT, Horatia, “Party autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 2, p. 1336-1341.
- MUIR WATT, Horatia, “El equilibrio económico en los acuerdos de elección de foro”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 129-150.
- NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- OGUNRANTI, Akinwumi, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], [https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm\\_theses/95/](https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/)
- OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997.
- PÉREZ LOOSE, Hernán, “Ecuador”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2043-2053.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “Chile”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1959-1969.
- RAY, José Domingo, “La cláusula atributiva de jurisdicción”, (Separata de Lecciones y Ensayos No.15), Bs.As., 1960.
- RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, p. 335-358.
- SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021.
- SCOLES, Eugene F. & HAY, Peter, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.

- SERRA FREIRE, Paula, “L’*autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction*”, en *Contratos Internacionales*, Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (Directores), Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP – OEA, Buenos Aire, 2016, p. 483-508.
- SILBERMAN, Linda, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2637-2647.
- SIQUEIROS, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/9, Washington, OEA, 1991.
- SYMEONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014.
- TALICE, Jorge, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU (copatrocinado por la OEA), p. 527-562.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la Ley”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 579-605.
- WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3<sup>rd</sup>. ed., 1986.
- YEE WAH CHIN, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws?», *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>
- ZAPATA GIRALDO, Adriana, “Colombia”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p.1981-1990.