

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES¹

PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS WITH A WEAK BARGAINING PARTY: INHERENT CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS. REPORT AND RECOMMENDATIONS ON GOOD PRACTICES

Cecilia Fresnedo de Aguirre²

RESUMEN:

I. Necesidad de subsanar la escasa o nula atención que en general se presta a los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. a) Distinción entre contratos de libre discusión y contratos con cláusulas estándar no negociadas. b) La labor del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. c) La utilidad práctica del documento elaborado por el CJI para los operadores jurídicos. II. Los contenidos del documento del CJI. a) Presentación del tema. b) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión. III. El cuestionario y sus respuestas como base del Informe y sus Recomendaciones y otras consideraciones. a) El objetivo del cuestionario circulado a can cillerías y especialistas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA. b) El *feedback* recibido a través de las respuestas al cuestionario. c) Otras consideraciones. IV. Recomendaciones y posibles Buenas Prácticas respecto de contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. a) Objetivos

1 Ponencia presentada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024, Universidad Austral, Comisión N° 9, que se basa en el documento elaborado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, cuya relatora fue la suscrita. Ver documento completo en https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Autonomia_voluntad_contratos_comerciales_internacionales.asp. Versión impresa en edición.

2 Directora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Ex Profesora Grado 5 (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Profesora de posgrados en las referidas universidades y en la Universidad de Montevideo, así como en diversas universidades extranjeras. Profesora en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015). Vicepresidenta del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Miembro del *Institut de Droit International*, Miembro Fundadora de ASADIP, Miembro de número fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay, entre otras membrecías. Autora de numerosos libros y artículos sobre temas de su especialidad. Consultora internacional y árbitro independiente.

de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación. b) Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato. c) Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargada la prueba del consentimiento. d) Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. e) Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. f) Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere. g) Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes. h) Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto. i) Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria. j) Recomendación 9. Orden público internacional. V. Conclusiones.

ABSTRACT

I. Need to correct the little or no attention that is generally paid to international commercial contracts with a weak bargaining party. a) Distinction between international commercial contracts free discussion contracts and international commercial contracts with standard clauses. b) The work of the Inter-American Juridical Committee of the OAS. c) The practical usefulness of the document prepared by the IAJC for legal operators. II. The contents of the IAJC's document. a) Presentation of the topic. b) Arguments for and against the admission of conflict autonomy in adhesion contracts. III. The questionnaire and its responses as the basis of the Report and its Recommendations and other considerations. a) The objective of the questionnaire circulated to chancelleries and specialists by the Department of International Law of the OAS. b) The feedback received through responses to the questionnaire. c) Other considerations. 4. Recommendations and possible best practices in international contracts between merchants with a contractually weak party. a) Objectives and rationale of these recommendations and possible best practices. b) Recommendation 1: Existence and validity of the consent of both parties to the contract. c) Recommendation 2: Documentation of express agreement to the choice of law or judge and burden of proof of consent. d) Recommendation 3: General interpretation of forum and/or law selection provisions included in adhesion contracts or the equivalent. e) Recommendation IV: Specific interpretation of choice-of-forum and/or -law provisions in adhesion contracts or the equivalent. f) Recommendation 5: Acceptance of choice-of-forum provisions in adhesion contracts or the equivalent by the adhering party. g) Recommendation 6: Specific interpretation of choice-of-law provisions in adhesion contracts or the equivalent. h) Recommendation 7: Substantive justice in a specific case. i) Recommendation 8: Policing, mandatory, or necessary laws. j) Recommendation 9: International public policy. V. Conclusions.

PALABRAS CLAVE: contratos comerciales internacionales - parte negocialmente débil - contratos de libre discusión - contratos con cláusulas estándar no negociadas - autonomía de la voluntad conflictual - recomendaciones - buenas prácticas.

KEY WORDS: international commercial contracts - weak bargaining party - free discussion contracts - contracts with non-negotiated standard clauses - conflict party autonomy - recommendations - good practices.

I. Necesidad de subsanar la escasa o nula atención que en general se presta a los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil

a) Distinción entre contratos de libre discusión y contratos con cláusulas estándar no negociadas

A la hora de elaborar instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, la doctrina y los foros de codificación se ocupan fundamentalmente de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales negociados o de libre discusión (*free discussion contracts*), en los que las partes negocian sus cláusulas, incluyendo la de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral. Ello se ve reflejado en el lenguaje utilizado tanto en normas, reglas y principios, como en artículos de doctrina, que utilizan siempre el plural: autonomía de la voluntad de las partes, elección de la ley por las partes, y expresiones similares.

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, *B2b contracts* y demás denominaciones.

No obstante, lo anterior no significa por cierto que todas las cláusulas incluidas en condiciones generales de contratos de adhesión y afines sean abusivas y por tanto nulas.

b) La labor del Comité Jurídico Interamericano de la OEA

A los efectos de subsanar las referidas carencias o insuficiencias el CJI abordó el tema, y luego de tres años de intenso trabajo, en el IV Período Extraordinario de Sesiones celebrado en forma virtual el 12 de diciembre de 2023, aprobó el documento titulado "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". Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI viene 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 documento recoge los aportes de las cancillerías y de especialistas de diversos países miembros de la OEA, brindados en reuniones organizadas por la OEA y a través de las respuestas al cuestionario circulado, que se analiza más adelante. Asimismo, en su elaboración la suscrita 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.

c) La utilidad práctica del documento elaborado por el CJI para los operadores jurídicos

El documento del CJI ofrece a los operadores jurídicos herramientas prácticas para manejarse con respecto a los contratos de adhesión y afines. En especial, contiene recomendaciones y posibles buenas prácticas para que los jueces y árbitros puedan

determinar cuándo las cláusulas contractuales, particularmente las de elección de ley y foro, son abusivas o excesivamente perjudiciales para la parte que adhiere al contrato.

II. Los contenidos del documento del CJJ

a) Presentación del tema

El informe del CJJ 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 -o mejor dicho, ausencia del mismo- que se da 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 puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje), mientras que la otra, 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*". Esta situación se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen.

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

La autonomía de la voluntad conflictual implica un acuerdo de voluntades, por lo que lo que se cuestiona en los contratos con cláusulas estándar, de adhesión y modalidades análogas es la existencia misma del consentimiento por parte de quien adhiere, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez, incorporadas en sus condiciones generales preimpresas.

A favor de la admisión de la autonomía conflictual en contratos de adhesión se ha dicho que ello es indispensable en los contratos de oferta masiva, donde resulta imposible la negociación individual de las cláusulas de cada contrato. Además, se sostiene 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, cuando las cláusulas no son abusivas y no perjudican gravemente los intereses de quién adhiere. En esos casos, el comerciante que adhirió probablemente 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. En esos casos, aunque la utilización de cláusulas

de ley y juez predisuestas unilateralmente haya garantizado una contratación eficiente en términos de tiempo y dinero, no garantizará una rápida y económica solución del diferendo. Existen incontables ejemplos en que se discute largamente la validez o nulidad de las referidas cláusulas, incluso en contratos de libre discusión³. Dicha realidad echa por tierra también el argumento de la certeza que supuestamente brindaría la autonomía de la voluntad conflictual.

Con respecto a la ley, es evidente que si una de las partes puede elegir unilateralmente la ley reguladora del contrato, elegirá aquella cuyas soluciones sean más favorables a sus intereses (plazos de caducidad o prescripción, límites de responsabilidad, etc.). Claro que ello no es necesariamente así.

Nótese que el solo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley o de juez; para que ello ocurra, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil⁴. Es al legislador primero, y al juez o árbitro cuando se llega a la etapa contenciosa, a quienes corresponde evitar abusos a este respecto. Lo que parece claro es que no se le puede dar el mismo tratamiento a las cláusulas de un contrato libremente negociado por las partes que a las cláusulas estándar de un contrato asimétrico, en particular cuando dichas cláusulas son abusivas o gravemente perjudiciales para los intereses de quien adhiere. Hacerlo sería injusto.

III. El cuestionario y sus respuestas como base del informe y sus recomendaciones y otras consideraciones

a) El objetivo del cuestionario circulado a can cillerías y especialistas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA

El objetivo del cuestionario elaborado por la suscrita relatora como primer paso para comenzar a trabajar en el tema del Informe y sus recomendaciones fue recabar información acerca de cuestiones tales como la existencia o no de legislación autónoma o convencional sobre la temática en los diversos Estados miembros de la OEA, los principales criterios doctrinarios al respecto en dichos países, sus tendencias jurisprudenciales, y si consideraban que las soluciones existentes en la materia eran adecuadas y suficientes o no.

b) El feedback recibido a través de las respuestas al cuestionario

Sintéticamente, cabe reseñar aquí lo siguiente:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable y jurisdicción competente respecto de los contratos internacionales, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones. Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual, o no la admiten claramente, otros la prohíben, aunque con excepciones, otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible. Algunos la admiten, pero refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales.

³ Este fue el caso, por ejemplo, de *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* :: 407 U.S. 1 (1972), las partes litigaron durante años en varias instancias a los efectos de determinar si la cláusula de elección de foro era válida o no.

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

- 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.
- 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. Las exclusiones más habituales refieren a los contratos internacionales de consumo, de seguros, de transporte de mercaderías; también en algunos países se excluyen los contratos internacionales de agencia comercial, de franquicia, de distribución y relativos a la actividad minera.
- Ante el interrogante de si los contratos comerciales internacionales de adhesión y afines en que ambas partes son comerciantes tienen alguna regulación especial, las situaciones varían en los distintos derechos convencionales y autónomos, así como en los instrumentos de *soft law*.
- La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen la problemática objeto del documento del CJI, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en el Informe, hace necesario su regulación. En general, los especialistas consultados a través del cuestionario han admitido que la legislación existente en este punto es insuficiente y que debería adecuarse.

c) Otras consideraciones

El Informe desarrolla otras consideraciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias relevantes, que sólo mencionaré en esta ponencia, remitiéndome en cuanto a su desarrollo al documento completo publicado por el CJI en su página web. Las referidas consideraciones son las siguientes:

- El DIPr no puede ignorar el imperativo de proteger a la parte negocialmente débil, aunque éste sea comerciante.
- Necesidad de regular la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil.
- Formas de proteger a las partes débiles.
- Leyes sobre abuso de posición dominante.
- Contratos “desequilibrados”.
- Principio de libertad y principio de igualdad.
- Grandes y pequeños o medianos comerciantes. “Contratos B2B y contratos B2b”
- Cláusulas abusivas y desigualdad de poder de negociación.
- La buena fe en la contratación y el orden público.
- El rol del legislador y de los jueces: justicia formal y sustantiva.
- Contratos con cláusulas estándar, de adhesión y sus variantes.
- Las cláusulas libremente consentidas por ambas partes y las estipuladas unilateralmente.
- El justo equilibrio.
- Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y su relevancia para el Informe del CJI.
- Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya y su relevancia para el tema objeto del Informe del CJI.

IV. Recomendaciones y posibles buenas prácticas respecto de contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil

a) Objetivos de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación

El objetivo del 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*.

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) y las escasas normas especiales existentes sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.

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.

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.

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.

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.

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, cuyo relator fue el Prof. Dr. José A. Moreno Rodríguez.

b) 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 constate 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.”

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, 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.

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.

c) Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargada 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."

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, de 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94, y 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).

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”⁵. 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.

d) 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.”

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 débil⁶, 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.

e) 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 dificulten⁷ el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último.”

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

5 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.

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

7 Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad”⁸.

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 válida.

f) 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.”

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.

g) 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*.”

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.

h) 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.”

8 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

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.

i) 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 actuante⁹.”

j) Recomendación 9. Orden público internacional

“Se recomienda que en ningún caso se les reconocerá 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.”

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.

V. Conclusiones

1. El tema objeto de esta ponencia ha sido poco explorado en todos los niveles, legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Los especialistas consultados por la suscrita durante el proceso de elaboración del documento del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) del mismo título que esta ponencia, 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 los referidos especialistas 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.
3. No puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la

⁹ Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

voluntad conflictual en materia de elección de ley y juez, porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.

4. En general los textos existentes no hacen referencia a los contratos comerciales con parte débil.
5. 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.
6. La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de foro y de ley, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.
7. 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.
8. Para subsanar la situación descrita, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA aprobó por unanimidad el documento a que refiere, sintéticamente¹⁰, esta ponencia.

Referencias Bibliográficas

- 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
- ALMIRATI, Magistrado; en Sentencia N° 147, 24/5/1988, Uruguay, publicada en Revista de Transporte y Seguros N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47.
- IUD, Sugerencia; Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.
- SCOLES, Eugene F. & HAY, Peter; Conflict of Laws, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.
- The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. :: 407 U.S. 1 (1972).

¹⁰ Ver texto completo en: https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Autonomia_voluntad_contratos_comerciales_internacionales.asp