

SEGUNDO INFORME DE AVANCE:

CONTRATOS ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL

(presentado por la doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre)

I. ANTECEDENTES

En su 98° 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 una Adenda a la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, que desarrolle la breve referencia que ella realiza a estos casos en la “Parte 09, Validez formal de la elección del derecho”, p. 145-147.

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 **seis respuestas**.

En la reunión del 16 de septiembre 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”. A la fecha se han recibido respuestas de las cancillerías de 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), 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) **COMPLETAR**.

II. PRESENTACIÓN DEL TEMA

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, incluyendo la elección de la ley aplicable al contrato y también la jurisdicción o 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 desigualdad, porque una de las partes carece de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos de adhesión en todas sus variantes, condiciones generales unilaterales impresas, formularios, contratos asimétricos y demás denominaciones.

En esos casos, una de las partes tiene mayor poder contractual, 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 los 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. 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.

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, se estaría tratando igual a desiguales.

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 esta temática específica, que comprende un porcentaje importante de la contratación comercial internacional. Ello demuestra la relevancia del tema propuesto. **La mayoría de las respuestas recibidas hasta ahora 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 un intento de solución. Lo que tenemos es lo que ya regulan 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 intento de solución sería la elaboración de una Adenda a la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas que brindara soluciones concretas y claras a la problemática que plantean los contratos comprendidos en el objeto de este estudio.

Sería recomendable que este trabajo que se propone el CJI, se realizara en coordinación con otros foros de codificación, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNIDROIT y UNCITRAL.

III. EL CUESTIONARIO

A. Legislación

- 1) ¿Existe en su país legislación autónoma¹ 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.

¹ 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.

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 vinculan 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 Venezuela².
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 56 y ss), que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay (TDCIM de 1940).
- Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), que vinculan 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-2015³.

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 superposiciones⁴.
- 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 ss, 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.
- 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 vinculan a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. No admite la autonomía de la

² 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_bustamante_firmas.asp (último acceso: 13/6/2021).

³ <https://assets.hcch.net/docs/8084dc52-44b5-4a0d-8326-0109d9902435.pdf> (último acceso: 13/6/2021).

⁴ 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.

voluntad conflictual, sino que establece soluciones preceptivas. 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- que al no prohibirla expresamente la autonomía conflictual estaría permitida⁵.

- 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 presume⁶.
- 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

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 superposiciones⁷.
- 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.

⁵ 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.

⁶ 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...”.

⁷ 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.

- 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 OEA⁸.
 - Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Panamá, 30 de enero de 1975. CIDIP-I. A la fecha tiene 19 Estados Parte⁹.
 - 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.

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

La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA admite los acuerdos de elección de foro. Así lo hacen **Argentina** (arts. 2605-2607 CCCN); **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); **Cuba** (Código Civil y Ley No. 7, de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral y actualizaciones); **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); **Venezuela** (art. 40 LDIPV); **Uruguay** (art. 60 LGDIPr).

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.

⁸ https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (última visita: 7 de julio de 2021)

⁹ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (última visita: 7 de julio de 2021)

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

La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA admite los acuerdos de elección de ley. Así, entre otros, lo hacen **Argentina** (arts. 2651 CCCN); **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** (Código Civil de Quebec, arts. 3111, 3117-19); **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; **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); **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*¹⁰. 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.”¹¹

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

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. Así, entre otros, **Argentina** (Ley 27.449, que regula el acuerdo arbitral en sus arts. 14 a 18); **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); **México** (el Código de Comercio regula, además, el arbitraje comercial, habiendo incorporado a la fuente interna la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje); **Uruguay** (Ley 19.636); **Venezuela** (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 5).

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

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

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

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.

¹⁰ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 611 y 635.

¹¹ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 613 y 633.

Así, en **Argentina** el CCCN exige que las cláusulas de elección de foro sean **escritas**, aunque también admite la elección tácita.

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 **Panamá**, según informa su cancillería, se admite la elección de la ley por las partes pero el acuerdo debe ser escrito, pero ello depende de la naturaleza de la causa, del domicilio del demandado o de la materia. “No pueden disponerse la competencia, por elementos no reseñados en la norma”.

En **Uruguay**, la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 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”**.

En **Colombia** 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 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.

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.**”

3) ¿Se excluyen del campo de la autonomía de la voluntad algunas categorías de contratos y/o de sujetos? Por ejemplo, consumidores, trabajadores, asegurados, otros.

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

Así, en **Argentina** se excluye la autonomía conflictual de los contratos de **consumo** (artículo 2651 del CCCN) y de las pólizas de **seguros** (Ley 17.418 de 1967, art. 57).

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 **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 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.

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. 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 excluye 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”¹²; si el Derecho colombiano no es formalmente aplicable pero las partes deciden que lo sea, cuando el contrato se ha ejecutado parcialmente en el territorio¹³; cuando no se produzca contradicción o transgresión de las normas vigentes, principios o preceptos propios del Derecho colombiano¹⁴; cuando ello se acuerde de buena fe y, cuando el Derecho elegido mejore las condiciones de los trabajadores, conforme el principio de favorabilidad”.

En **Cuba** existe **limitación** 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.

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 1°). 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 1°) y en algunos supuestos prevé su aplicación extraterritorial¹⁵. Sin embargo, ni la Ley Federal

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10461, 22 de noviembre de 1998.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 15468. 28 de junio de 2001.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10661. 28 de mayo de 1998.

¹⁵ 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,

de Protección al Consumidor ni la Ley Federal del Trabajo se refieren expresamente a la autonomía de la voluntad en sentido conflictual”.

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.

Por su parte, 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 categórica: “(...) 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 **Venezuela**, las normas 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**¹⁶, 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 interamericano¹⁷.” (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 este 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.**

pp. 425-462.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Transport/Archiv_Risikogebiete/Risikogebiete_aktuell_en.pdf?_blob=publicationFile.

¹⁶ 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, pp. 10, 18 y 37.

¹⁷ “...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 prevaletiente. 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>

- 4) En especial, se excluyen del campo de la autonomía de la voluntad los contratos:
- a) ¿de seguros, cuando el asegurado es un comerciante?
 - b) ¿de transporte marítimo de mercaderías?
 - c) ¿de transporte aéreo de mercaderías?
 - d) ¿de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías?
 - e) ¿de otros contratos de adhesión y análogos, en los que ambas partes sean comerciantes?

En cuanto a la exclusión de los contratos que se mencionan a continuación, algunos sistemas los excluyen del campo de la autonomía de la voluntad y otros no.

Los **contratos de seguros**, incluso cuando el asegurado es un comerciante, son excluidos del sistema autonomista en **Argentina**, en **Bolivia** (el art. 1039 del C.Com establece limitaciones), en Canadá (el CCQ 3119 establece que cuando se configuran las condiciones establecidas en dicho artículo, se aplica la ley de Québec; 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); en **Cuba** se establecen limitaciones a la autonomía de la voluntad, en **Panamá** están excluidos, en **Uruguay** (arts. 50.G y 60.2 ley 19.920) y en **Venezuela** se establece la inderogabilidad convencional de la jurisdicción.

Los **contratos de transporte marítimo de mercaderías**, se excluyen del sistema autonomista en **Argentina** (en cuanto a la responsabilidad del transportista en los contratos de transporte de pasajeros, art. 504 de la ley 20.094), en **Panamá** y en **Uruguay** (arts. 50.H y 60.2 ley 19.920). 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 ley¹⁸. 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 legal¹⁹.

En **Bolivia**, 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.”

En **Canadá** 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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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, pp. 206-213

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*).

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

En **Venezuela** se establece la inderogabilidad convencional de la jurisdicción en cuanto a los contratos de **transporte marítimo**.

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.

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.

5) Los contratos y sujetos excluidos, ¿tienen un régimen regulatorio específico? ¿cuál?

Con respecto al interrogante de si los contratos y sujetos excluidos del sistema de la autonomía de la voluntad conflictual tienen un régimen regulatorio específico, y en caso afirmativo, cuál es ese régimen, se detectan distintas realidades.

En **Canadá**, como ya se explicó *supra* (numeral 3), el art. 3149 CCQ establece la jurisdicción preceptiva de los tribunales de Quebec para los reclamos contractuales de los consumidores y empleados con residencia o domicilio en Quebec. En cuanto a la ley, se admite la autonomía de la voluntad, salvo que la ley elegida sea 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.

En **Cuba**, 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”.

En **Uruguay** 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.”

En **Venezuela**, afirma la Dra. Madrid Martínez, “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 Trabajadoras²⁰ 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 Servicios²¹ fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos²², que se limita a establecer un catálogo de derechos de los consumidores en su 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).”

²⁰ Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario, 7 de mayo de 2012.

²¹ Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

²² 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 2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

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 Financieros²³, pues el artículo 25.d de este instrumento considera nula la cláusula que “...imponga la utilización obligatoria del arbitraje”.”

6) Los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formularios, 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?

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 formularios, 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*.

Así, por ejemplo, en **Argentina** 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 a 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**

²³ Gaceta Oficial No. 40.809, 14 de diciembre de 2015.

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 una 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 **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”.

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 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.”

6 bis) 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:

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, ello siempre estará sujeto a las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales divergentes. Por consiguiente, considero que sería muy conveniente contar con reglas claras al respecto.

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.”

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 asimétricos, de adhesión, con condiciones generales pre-establecidas o modalidades análogas, 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.

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 su regulación.

7) 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 pre impresas, 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. (el destacado es nuestro)

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 **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.

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 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 el trabajo propuesto y en curso.

B. Jurisprudencia

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

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”²⁴.

Y continúa Madrid Martínez:

“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 prerredactadas, 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”²⁵.” (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 México²⁶, 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**”

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01359, 13 de junio de 2000.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01252, 30 de mayo de 2000.

²⁶ 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.

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, 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.”

9) ¿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?

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.

Al proponer la incorporación de este tema a la Agenda del CJI, asumimos ese desafío, que con la colaboración de todos esperamos poder llevar adelante.

C. Doctrina

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

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 2004²⁷, 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”**²⁸.” (el destacado nos pertenece)

En cuanto a **Canadá**, Geneviève 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 excepciones²⁹, **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)

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...”³⁰

²⁷ Proyecto publicado en: Fernando Salazar Paredes, *Derecho Internacional Privado Boliviano* (CERID 2004), último capítulo.

²⁸ Exposición de Motivos del proyecto de ley, para 6.23.

²⁹ 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., pp. 273-276 y 401-403.

³⁰ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 625.

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.³¹

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 laboral³² y de protección al consumidor³³ 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 campo reconocido a la autonomía de las partes³⁴. Nada se ha dicho de los contratos de adhesión, más allá de aquellos que se celebran consumidores.”

³¹ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 640.

³² 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, pp. 214 ss.

³³ 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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 pp. 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.

³⁴ 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, pp. 437 ss.

IV. CONCLUSIONES Y CONTINUACIÓN DE LOS TRABAJOS

La conclusión de esta primera etapa de investigación es que 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. En general, como se explicó en el punto 6) *supra*, 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 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.

En opinión de esta relatora, ello confirma la hipótesis de la que partimos al proponer el tema en el 98º período de sesiones del CJI (ver *supra* II, presentación del tema) y demuestra la necesidad y conveniencia de brindar soluciones claras respecto de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos de adhesión, con condiciones generales, o contratos asimétricos, entre otras denominaciones que reciben este tipo de contratos.

Se adjunta a este Segundo Informe de Avance un Primer Borrador de Guía de Buenas Prácticas en materia de Contratos Comerciales Internacionales con Parte Débil.

La propuesta de esta relatora respecto a la continuación de este trabajo es la siguiente:

- Recabar la opinión de los Miembros del Comité Jurídico Interamericano.
- Recabar las respuestas de especialistas y cancillerías que aún no las hayan enviado.
- Continuar analizando las normas, jurisprudencia y doctrina de aquellos países sobre los cuales no se ha recibido información.
- Continuar analizando los instrumentos convencionales vigentes en la región, las normas autónomas y los instrumentos de *soft law* para identificar qué soluciones se podría desarrollar con relación a los contratos asimétricos entre comerciantes, y cuáles se podrían crear para subsanar ausencias. Todo ello daría contenido a la Guía programada.
- Continuar avanzando en el borrador de Guía de buenas prácticas en materia de Contratos Comerciales Internacionales con Parte Débil.
- Comenzar el diálogo con otros foros de codificación del Derecho Internacional Privado, en especial con la HCCH y UNCITRAL.

PRIMER BORRADOR DE GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE CONTRATOS ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL

(presentado por la doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre)

Introducción

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 una Adenda a la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, que desarrolle la breve referencia que ella realiza a estos casos en la “Parte 09, Validez formal de la elección del derecho”, p. 145-147.

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 **seis respuestas**.

En la reunión del 16 de septiembre 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”. A la fecha se han recibido respuestas de las cancillerías de 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), 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) **COMPLETAR**.

A lo largo de todo el proceso de investigación, consultas y redacción de esta Guía, la relatora trabajó en estrecha colaboración con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA –en adelante DDI- encabezado por el jurista Dante Negro, con la importante colaboración de la jurista Jeannette Tramhel, entre otros **COMPLETAR**

COMPLETAR MÁS ADELANTE CON REFERENCIA A FUTURAS COLABORACIONES

Parte 1. Objetivos de la Guía y su justificación

1. El objetivo de esta Guía sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil es brindar un instrumento complementario a la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, que profundice sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*.

2. La Guía refiere a aquellos contratos internacionales en los que ambas partes son comerciantes -personas físicas o jurídicas-, pero en los que una de ellas carece de poder de negociación respecto a las condiciones del contrato, establecidas unilateralmente por la otra parte, ya sea a través de condiciones generales, formularios o cualquier otra forma de contrato asimétrico, por oposición a los contratos paritarios o de libre discusión.

3. La Guía refiere en particular, aunque no exclusivamente, a las cláusulas de elección de foro y de ley aplicable incluidas en condiciones generales, contratos formularios, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas o cualquier otra forma de contrato asimétrico.

4. La Guía 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 evasion of law*) y las escasas normas especiales sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.

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

6. La Guía 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”, 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. En consecuencia, la Guía se propone satisfacer la necesidad de atender a los contratos comerciales internacionales asimétricos.

7. Es evidente que en los contratos asimétricos, de adhesión, con condiciones generales pre establecidas o modalidades análogas, 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.

8. En los contratos comerciales internacionales de adhesión, el comerciante que adhiere está en situación idéntica o al menos muy similar 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 al consumidor a los comerciantes.

9. La admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos de adhesión en los mismos términos que en los contratos paritarios o de libre discusión 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 e incluso, más inconvenientes para quien adhiere. Esto ocurre en los contratos asimétricos, independientemente de que quien adhiere sea comerciante, consumidor, trabajador y asegurado y es independiente de la capacitación profesional y el acceso a asesoramiento de quien adhiere. De hecho, algunos consumidores, trabajadores y asegurados pueden ser profesionales más avezados, informados y asesorados que muchos pequeños y medianos comerciantes.

10. 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 su regulación.

Parte 2. Reglas en materia de contratos comerciales con parte contractualmente débil

Regla 1. Existencia de consentimiento

Constituye un principio fundamental a ser respetado por todos los operadores jurídicos que las cláusulas de elección de ley y de juez deben ser consentidas por ambas partes contratantes. Dicho consentimiento puede ser expreso o tácito, pero debe existir efectivamente. En ningún caso podrá validarse una cláusula unilateral de elección de ley o juez que no ha sido consentida clara e indubitablemente por la otra parte.

Comentario:

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. Lo que se cuestiona en este tipo de contratos 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.

A los efectos de determinar si existió o no consentimiento de la parte que adhiere a las condiciones generales, formularios y otros tipos de contratos asimétricos, y específicamente a las cláusulas de elección de ley y juez contenidas en ellos, se tendrá en cuenta si dichas condiciones son de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de la posibilidad de elegir otras condiciones.

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. 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).

Regla 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez

El acuerdo expreso de elección de ley o de juez debe documentarse por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Comentario:

Esta regla 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.

Regla 3. Constatación de la existencia de consentimiento tácito

A falta de consentimiento expreso, podrá considerarse que el mismo existe siempre que se desprenda en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. 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.

Comentario:

Esta Regla se inspira en el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994).

Regla 4. Validez del consentimiento

Una vez comprobada la existencia del consentimiento de ambas partes respecto a la elección de ley y juez, deberá analizarse si dicho consentimiento es válido, y en especial si no fue obtenido en forma abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto.

Comentario:

Esta Regla se inspira, entre otras fuentes, 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.

Regla 5. Interpretación de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes

Las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no serán 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) 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 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”³⁵.

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.

Regla 6. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere

Las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión serán válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente.

Comentario:

Dicha aceptación puede ser expresa o manifestarse mediante la presentación de la demanda ante el foro elegido en la cláusula.

Regla 7. Interpretación de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes

Las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión que favorezcan a quien emitió unilateralmente las condiciones generales en las que la cláusula fue incluida, perjudicando a la parte que adhiere, carecerán de eficacia, a menos que la parte que adhiere acepte expresamente la aplicación de dicha ley.

Comentario:

Regla 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria

En ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos impedirán la aplicación de las disposiciones imperativas del foro ni las de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos.

³⁵ 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

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.

Regla 9. Orden público internacional

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 del foro, en línea 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.

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.