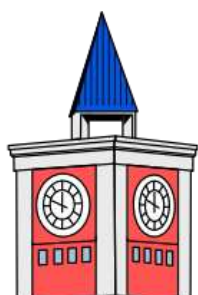


COMISIÓN N° 9

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

Autonomía de la voluntad conflictual en el divorcio internacional: más allá de las fronteras tradicionales	
Por Leandro Baltar	1
Los acuerdos de elección de foro en los contratos internacionales de consumo desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino actual	
Por Jonathan M. Brodsky	16
La autonomía de la voluntad del consumidor internacional. Paradigmas de interpretación	
Por Gabriela Lorena Eslava y María Ernestina Etienot	29
Contratos no paritarios en el ámbito del derecho internacional privado. Nuevos paradigmas de la autonomía de la voluntad.	
Por Gabriela Lorena Eslavay María Ernestina Etienot	40
La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones	
Por Cecilia Fresnedo de Aguirre	52
Relaciones contractuales internacionales de carácter familiar. Validez de los contratos internacionales de maternidad subrogada	
Por Sandra Gutiérrez	67
La frontera de la autonomía de la voluntad conflictual en las uniones convivenciales: equilibrio entre previsibilidad y protección familiar	
Por Carolina Harrington y Nieve Rubaja	92
La conveniencia de implementar métodos de autocomposición de conflictos familiares en los casos con elementos extranjeros	
Por María Marta Luisa Herrera	108
Los desafíos del DIPr de familia derivados de la autonomía de la voluntad y la contractualización de las relaciones familiares	
Por María Marta Luisa Herrera	120
Smart contracts e Direito Internacional Privado: os consumidores	
Por Valesca Borgese e Inez Lopes	134

Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable en Materia De Contratos Celebrados en el Metaverso

Por **Ana Mercedes López Rodríguez** 148

Autonomía de la voluntad, Nachfrist y Contratos Internacionales

Por **José Luis Marín Fuentes**..... 154

Las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos a la luz del artículo 21.3 del Pacto de San José: análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana y su (posible) impacto en el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros en México

Por **Carlos Enrique Odriozola Mariscal** 159

Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje comercial Internacional: Análisis Crítico de una Reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay

Por **Emiliano Operti** 171

Autonomía de la voluntad en la determinación del derecho aplicable a los activos digitales

Por **Sebastián Paredes y María Mercedes Albornoz**..... 190

Sobre la autonomía de la voluntad y sus límites frente a la falta de simetría en los contratos. En particular sobre contratos internacionales de adhesión celebrados con una parte débil

Por **Vanesa Claudia Rodríguez** 194

Expandiendo las fronteras de la arbitrabilidad

Por **Juan Ignacio Stampalija y Santiago Peña** 204

Los condicionantes de la autonomía privada en los contratos internacionales digitales de consumo

Por **Vera Lúcia Viegas-Liquidato** 219

La autonomía de la voluntad en la elección de la Lex Societatis: entre posibilidades y límites

Por **Candela N. Villegas** 222

La autonomía de la voluntad y los desafíos del teletrabajo internacional

Por **Rodrigo A. Zeballos Bilbaoy Silvina Vanesa Rapetti** 237

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DIVORCIO INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS TRADICIONALES

Por Leandro Baltar¹

I. CONCLUSIONES

1. El mundo contemporáneo está notablemente influenciado por un aumento significativo en la autonomía de las personas para resolver disputas. Esta evolución generó una marcada preferencia por un enfoque menos prescriptivo y más flexible en la gestión de los asuntos familiares. Este reconocimiento de la autodeterminación marcó un cambio de paradigma, presentándose como una solución más idónea para la regulación de las relaciones familiares internacionales.

2. La autonomía de la voluntad conflictual se convierte en una vía suficiente para reducir la incertidumbre ocasionada por la movilidad transfronteriza de las familias ante la aplicación de la clásica norma indirecta del artículo 2626 del CCyCN. Esta autonomía permite determinar con certeza el marco normativo que será aplicable, brindando así una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las partes involucradas.

3. Ante la diversidad de las realidades familiares, el Derecho no debe imponer, sino administrar. Esta posición se traduce en un mayor uso correcto y controlado de la autonomía de la voluntad, de modo que se respeten los valores fundamentales de un país. Así, los procesos judiciales no se convertirían en un instrumento para agudizar el conflicto, sino para solucionarlo, y nada es mejor que una solución consensuada.

4. Reconociendo la relevancia y las ventajas de la autonomía de la voluntad, resulta esencial hallar un equilibrio entre su ejercicio y las restricciones inherentes a la misma. En este sentido, es pertinente establecer normativamente límites específicos que faciliten la validez y la circulación de los acuerdos familiares.

¹ Abogado. Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad Siglo 21. Investigador Siglo 21. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA). Ponencia avalada por la Dra. Luciana B. Scotti.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

a) Palabras preliminares

La autonomía de la voluntad, en términos sencillos, puede definirse como la “facultad ofrecida a los individuos de localizar una relación de derecho privado transfronteriza al vincularla a un orden jurídico cercano mediante la elección de la ley que le es aplicable”². Nos encontramos ante una tendencia que está ganando terreno en el derecho internacional de familia, dejando de ser un tema aislado o restringido a los contratos. Su uso y sus límites, por tanto, se presentan como un tópico que requiere ser explorado con mayor precisión.

Llegar a parcelas del derecho antes vedadas se debe, en mayor medida, a la comprensión de que la autonomía se fundamenta en la libertad de las personas, lo cual es un reflejo de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Este cambio desafía la postura tradicional de mantener reglas de conflicto rígidas, las cuales tienen un fundamento ideológico vinculado a una concepción conservadora del derecho de familia. No obstante, es crucial no permitir que este entusiasmo nos conduzca a una falta de discernimiento, ya que la incorporación normativa precisa de un examen meticuloso para prevenir su fracaso inminente.

No puede negarse que la sociedad ha evolucionado, evidencia de ello se encuentra en las diversas disposiciones del CCyCN, el cual ha sabido adecuar la normativa a la denominada ‘contractualización’ del derecho privado. En este contexto, la ley debe buscar un equilibrio entre los intereses privados y públicos, considerando los valores en juego y el rol del Estado en el derecho de familia, para, en última instancia, determinar si la imperatividad debe o no ceder.

b) Los cambios en la sociedad

² CARLIER, Jean-Yves, “Autonomie de la volonté et statut personnel: étude de droit international privé”, Thèse de Doctorat, UCL - DRT - Faculté de droit, 1991, p. 105.

La tendencia observable en las legislaciones de los Estados es hacia la progresiva liberalización del divorcio, ya que esto responde al respeto de la intimidad familiar y a la libertad de elección de los cónyuges. De esta manera, se pretende otorgar la posibilidad de que puedan organizar su convivencia y, eventualmente, su disolución mediante la elección de una ley con la cual se sientan tanto jurídica como psicológicamente más cercanos y vinculados. La importancia de esta facultad radica en reconocer que la autonomía de la voluntad se erige como una herramienta que fomenta la ‘ordenación’ de las relaciones de familia, especialmente en el contexto de las crisis familiares.

Es cierto que aún pueden apreciarse tensiones entre la autonomía de las partes y el objetivo del Estado al establecer la regulación del divorcio. Pero existe una notable y gradual disminución del poder legislativo de los Estados, especialmente debido a fenómenos como la globalización, la emergencia de procesos de integración y el aumento de la autonomía individual. Esta tensión surge del fortalecimiento creciente de la posición del individuo conforme a los Derechos Humanos frente al poder del Estado, subrayando la necesidad de considerar los intereses de los sujetos al determinar el derecho aplicable. Esto no implica una pérdida de las funciones esenciales de legislación y control que ejerce el Estado mediante sus diversas herramientas.

2. ALGUNOS FUNDAMENTOS QUE SOSTIENEN EL CAMBIO

Desde hace años, se ha resaltado que el sistema conflictualista tradicional se revela insuficiente e inadecuado para satisfacer las nuevas demandas de una sociedad multicultural. Prueba de ello son las diversas soluciones que buscan flexibilizar la respuesta a los casos conectados con más de un sistema jurídico. A este respecto, coincido con aquellos que sostienen que “el creciente pluralismo jurídico y cultural demanda de una mayor presencia de libertad, de la voluntad de las personas para discernir qué Derecho prefieren para regular las relaciones que los unen. El método conflictual sigue siendo válido en sus líneas generales, pero es necesario vestirlo de actualidad, y la actualidad demanda libertad”³. Esta libertad

³ DURÁN AYAGO, Antonia, “Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional de los Reglamentos Europeos de derecho de familia y sucesiones”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº 2, p. 1005.

proclamada implica, en esencia, la posibilidad de que cada individuo pueda planificar y materializar sus deseos y actividades, facilitando así su proyección personal y contribuyendo al desarrollo de su personalidad. No obstante, este principio encontrará sus límites cuando, en su reconocimiento, se vulneren derechos fundamentales.

Establecidas estas bases, destacaré algunos fundamentos clave que respaldan la postura sostenida, comprendiendo que la lista es más extensa de lo que aquí me propongo referenciar.

a) La contractualización del derecho de familia

Dado que la amplitud de la autonomía se fundamenta en la libertad de las personas, es imprescindible recurrir a la constitucionalización del derecho de familia para comprender su razón de ser. En efecto, “la obligada ‘constitucionalización del derecho privado’ se hace sentir con fuerza en el campo del Derecho de Familia estructurando la figura del divorcio sobre la base de los principios de la igualdad y no discriminación, como así también, el de la libertad y autonomía personal previstos en el art. 19 de la CN”⁴. Como una de las consecuencias de este fenómeno, la familia dejó de considerarse una institución en la que la jerarquía residía en el hombre, dando paso a la igualdad de sus integrantes y superando toda discriminación basada en cuestiones de género. En un contexto de igualdad y solidaridad entre los cónyuges, deben ponerse a disposición herramientas o instrumentos aptos que permitan a los integrantes de la familia expresarse y tomar decisiones de manera consensuada. Esto no solo contribuye a su crecimiento, sino que también protege su intimidad.

Esta constitucionalización abrió el camino hacia la contractualización, haciendo que la voluntad de las personas empiece a contar con un mayor ámbito de aplicación dentro de las relaciones de familia. Esta tendencia hacia la contractualización no implica una retirada del Derecho; al contrario, significa que el Estado deberá regular los acuerdos

⁴ HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 175.

familiares internacionales⁵, admitiendo una mayor autonomía bajo un control específico.

Una visión más ‘contractual’ en el derecho de familia no debe presentar una problemática, por más que ello implique un cambio en la apreciación. Basándose en una relación fundamentada en la cooperación, el altruismo y la solidaridad, algunos cuestionan que el acuerdo termine centrado en la negociación entre dos individuos que buscan proteger su propiedad e intereses, afectando la esencia misma de un instituto que no debe guiarse por esos fines. La autonomía de la voluntad destinada a regular el divorcio no implica necesariamente que las partes actúen de manera egoísta o que el acuerdo se reduzca a una simple negociación de intereses individuales. Más bien, permite a cada persona buscar y construir una vida en común basada en valores compartidos, solidaridad y un compromiso mutuo. En conclusión, la contractualización permite a los individuos ejercer su derecho a una vida familiar, con la libertad de ajustar las obligaciones que asumen según sus necesidades y acuerdos mutuos.

El DIPr no puede ni debe ser interpretado de manera aislada del derecho doméstico. Aunque las normas de ambas ramas están destinadas a regular relaciones jurídicas distintas, existe una conexión estrecha, ya que no tendría sentido adoptar soluciones internas completamente incompatibles con aquellas aplicables a relaciones con elementos extranjeros relevantes. En este contexto, y específicamente dentro del ámbito del divorcio, la figura del ‘convenio regulador’ adquiere un papel mucho más relevante que en épocas anteriores. El principio de libertad y autonomía de la voluntad ha ganado mayor terreno, dado que se reconoce que los propios protagonistas (es decir, los cónyuges o excónyuges) están en la mejor posición para gestionar los efectos de la relación al momento de su disolución. Esto incluye aspectos como la distribución de los bienes, la liquidación de la sociedad conyugal, la posibilidad de establecer cuotas alimentarias o compensaciones económicas, entre otros.

Apelo al ‘principio de coherencia’⁶ para fortalecer esta postura. Este principio sostiene que el sistema jurídico debe evitar contradicciones, ya que

⁵ RASS-MASSON, Lukas, “L’originalité des accords familiaux en droit international privé”, en *Le contrat dans tous ses États, édité par Cécile Le Gallou et Anne Marmisse-d’Abbadie d’Arrast*. Toulouse: Presses de l’Université Toulouse Capitole, 2019, pp. 53-68.

⁶ AÏT AHMED, Lilia, “Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen”. Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Sorbonne- Paris I, 2021.

estas pueden ocasionar perjuicios para los individuos. En términos jurídicos, la coherencia implica la consistencia sistemática del ordenamiento legal: este se estructura en un conjunto de normas destinadas a regular las conductas sociales, tanto en relaciones internas como internacionales. Por lo tanto, la regulación del divorcio debe estar fundamentada en principios y valores coherentes con el conjunto normativo vigente. En resumen, la coherencia del sistema jurídico representa así un factor primordial.

b) El respeto a la multiculturalidad

Es aceptado que el derecho de familia guarda una estrecha relación con la identidad cultural. De hecho, se sostiene que las personas arraigan su identidad, en cierto sentido, en su lugar de origen y se sienten ligadas a su sistema jurídico familiar⁷. El respeto a la multiculturalidad exige que el DIPr disponga de soluciones destinadas a proteger la diversidad. Esta necesidad se intensifica en situaciones en las que las familias se trasladan de un país a otro, llevando consigo su identidad cultural y requiriendo del Estado las medidas necesarias para su preservación. Esta perspectiva es analizada como el sentido de ‘pertenencia’ que tiene la familia, basado en diversos lazos con el país de origen, los cuales, debido a las conexiones rígidas utilizadas, no siempre son respetados en el país de destino o acogida.

Determinar la conexión que mejor refleje esta identidad cultural se convierte en un desafío considerable: ¿es siempre el último domicilio conyugal para el divorcio el que mejor se ajusta a este criterio? La evolución misma de la sociedad, y en particular de la institución familiar, desafía esta realidad. Podría argumentarse que la neutralidad que busca la norma indirecta clásica podría evitar la imposición de valores culturales del país de acogida. Recordemos que el derecho siempre está influenciado por la cultura, y la elección de uno u otro punto de conexión responde a factores de esta índole. Por lo tanto, sería más adecuado reconocer que la legislación debe ser siempre sensible a la identidad cultural de las personas, y para lograrlo se debe reflexionar sobre el método más apropiado para este propósito.

⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Party Autonomy in International Family Law”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 408, 2020, p. 184.

Cuando el legislador considera la determinación del lugar de las relaciones jurídicas y, mediante el método de elección, establece la norma indirecta, se supone que se realiza un análisis crítico para garantizar que dicha conexión respete la proximidad del caso. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce que esta regla no siempre es la más equitativa. La determinación de la conexión adecuada dependerá de las circunstancias específicas de cada caso; algunas familias o individuos podrían sentir una mayor afinidad con su Estado de origen, mientras que otros se sentirían más vinculados al Estado de acogida. Dado que la identidad cultural evoluciona y se transforma, si el sistema jurídico no se adapta a estos cambios, nos encontraremos ante una cultura muerta.

c) Evita la configuración del turismo jurídico

Cuando las personas se ven atadas de manos ante la imperatividad de las normas del legislador, buscarán el modo de satisfacer sus intereses. Conociendo todos los factores y elementos de su situación personal, considerarán estos aspectos para buscar el derecho que mejor se conecte con la disolución de la unión. Esta suerte de ‘turismo jurídico’, que no implica un uso correcto de la autonomía de la voluntad, se presenta como una vía de escape ante las restricciones del sistema. Este acto, susceptible de corrección mediante el concepto de ‘fraude a la ley’, se convierte en un camino necesario ante la imposibilidad de pactar en esta materia.

Además, permitir la posibilidad de elección del derecho aplicable al divorcio evita el riesgo de que los cónyuges incurran en el ‘forum shopping’, es decir, que seleccionen el foro en función del tribunal que probablemente dictará el fallo más favorable a sus intereses, basado en el sistema jurídico aplicable por dicha autoridad⁸. El análisis es sencillo: conscientes de que una misma situación puede resolverse de manera distinta según el tribunal de un país u otro, los cónyuges optan por situar el último domicilio conyugal en el Estado que utilice este criterio como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a la disolución. Así, eligen de común acuerdo.

Este aspecto está relacionado con la falta de previsibilidad que genera inseguridad jurídica. Mirando hacia el futuro, cuando los cónyuges

⁸ FRANZINA, Pietro, “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 2, p. 87.

se ven restringidos en su posibilidad para elegir la solución que mejor se ajuste a sus intereses de común acuerdo, buscarán la manera de alcanzar ese objetivo. En resumen, las partes suelen utilizar el sistema de DIPr de manera que puedan elegir leyes más favorables para evitar aquellas menos favorables, incluso cuando no se les permita hacerlo formalmente.

3. BENEFICIOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DIVORCIO VINCULAR

Desarrollar los beneficios podría extenderse a unas cuantas páginas. En esta ocasión, me limitaré a destacar aquellos que se distinguen por sus aportes, reconociendo que muchos otros, que también merecen un análisis profundo, quedarán excluidos.

a) La reducción de riesgos y del conflicto normativo

La primera contribución que puede resaltarse respecto al uso de esta facultad radica en que permite a los interesados anticiparse al resultado de un eventual litigio jurídico. De este modo, lo primero que se evitaría es el litigio en sí, dado que el resultado sería el previsto: aquel que las partes han elegido previamente. La incertidumbre ocasionada por los clásicos problemas del DIPr se verán reducidos bajo esta elección. A modo de ejemplo, el reenvío no se vería configurado, pues sabemos que “cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario” (artículo 2596 CCyCN). Esta reducción del conflicto normativo también se traduce en una facilitación en la labor judicial. Esto ocurre porque, una vez ejercida correctamente esta facultad, la autoridad se limitará a comprobar su uso conforme a derecho y, en consecuencia, la aplicación del derecho elegido.

b) La búsqueda de una mayor certeza y seguridad jurídica

En una sociedad marcada por la creciente movilidad internacional, la migración emerge como un factor determinante que impacta en la estructura familiar. En este contexto, resulta impredecible anticipar dónde residirán y qué normativas regirán las relaciones familiares. Esta situación genera una carencia de certidumbre que demanda una atención particular.

La teoría de la autonomía en el DIPr se asocia con la idea de la seguridad jurídica. Esto se debe a que, al permitir la elección, las partes pueden optar por el sistema jurídico que satisfaga los conflictos de manera más acorde con sus expectativas, promoviendo así una administración de justicia eficaz. En efecto, la determinación del domicilio conyugal no siempre es fácil de establecer debido a la propia movilidad de las personas, especialmente en países como el nuestro. Incluso, esta misma movilidad vuelve a la situación de difícil predicción pues la familia no sabrá a futuro donde se situará y, en consecuencia, se presenta el desconcierto del derecho aplicable.

Retomando las posturas sostenidas con vehemencia, la doctrina revive la idea según la cual las personas son los mejores jueces de sus propios intereses. En este sentido, indican que las reglas que las partes elaboran serán siempre superiores al Derecho objetivo creado por el Estado, ya que cada persona comprende lo que más le conviene mejor que el propio Estado⁹. En resumen, esta certeza y previsibilidad se traduce en que las partes ajustarán la disolución de su matrimonio a las reglas convenidas anticipadamente que conocen, consienten y quieren que se les aplique.

De este modo, la elección de la ley proporciona una seguridad jurídica que permite a los cónyuges conocer con antelación y previsibilidad el ordenamiento jurídico que se aplicará a la disolución del matrimonio. Además, se fomentaría la movilidad de las familias, ya que, aunque cambien de domicilio conyugal, la ley aplicable no se verá afectada en virtud del acuerdo celebrado.

c) Justicia material y una mayor flexibilidad

Cuando los cónyuges optan por un derecho, no es una elección ‘ciega’. Nadie elige por elegir; no es el resultado de una decisión infundada, sino que presupone un estudio previo del contenido sustancial del sistema jurídico elegido, es decir, de un resultado material. La elección se hace porque esa regulación les conviene, reduce los conflictos y les resulta atractiva. La búsqueda de una justicia material implica que los cónyuges

⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 14, Nº 2, p. 229.

sean conscientes de las consecuencias jurídicas y sociales de dicha elección. Por ello, es fundamental que hayan tenido acceso a la información necesaria sobre el sistema jurídico que ha elegido y, en su caso, sobre las consecuencias de las soluciones derivadas. Al alcanzar esta justicia material, se potenciaría una mayor seguridad jurídica junto con una mayor previsibilidad.

Tampoco debemos permanecer ciegos ante una realidad evidente. Es común que los miembros de una familia, debido a la naturaleza íntima de esta unión, regulen sus relaciones según lo que les parece bueno o correcto, sin preocuparse por lo dispuesto normativamente. Esto se debe a que buscan soluciones que se adapten a su modo de vivir, de relacionarse y de comprender lo que es más ‘justo’ para ellos. No están prescindiendo del derecho, sino que lo están utilizando a su conveniencia dentro del marco que el sistema jurídico permite, con una visión mucho más flexible. Junto a ello, debemos dar un paso más ‘arriesgado’: el respeto a la voluntad de las partes podría permitir imaginar otras soluciones aún más radicales, que cambiarían las perspectivas y promoverían intereses materiales.

A la justicia material se añade el beneficio de la coordinación. La fragmentación de la ley aplicable en relaciones jurídicas que generan una amplia variedad de efectos es uno de los puntos más controvertidos de nuestra disciplina. Esta situación, típica en relaciones matrimoniales, genera complicaciones derivadas del uso de diversos sistemas legales, en las cuales la armonización y la adaptación, tareas arduas por naturaleza, se vuelven operaciones necesarias. La disolución del matrimonio conlleva el despliegue de consecuencias que afectan diversos aspectos de la unión misma. Al estar potencialmente regidos por diferentes sistemas jurídicos, llamados por sus normas de conflicto, la fragmentación puede generar riesgos que requieren atención por parte del operador. En este sentido, someter las distintas materias (como la distribución de los bienes, por ejemplo) conlleva ventajas prácticas al reducir la complejidad de la armonización y adaptación.

En esta instancia, la autonomía de la voluntad emerge como una alternativa viable para mitigar esta incertidumbre, al tiempo que se convierte en una solución eficaz al posibilitar la planificación fundamentada en la certeza y el acuerdo mutuo.

4. LÍMITES Y CONTROL AL USO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

No corresponde ignorar una realidad evidente: admitir la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia aún enfrenta resistencia desde la doctrina. De hecho, las posturas más acérrimas buscan limitar drásticamente esta visión más liberal. La directa vinculación del Derecho de Familia con valores éticos y morales es el principal argumento utilizado para sostener esta negativa. La postura de quien suscribe el presente es claramente contraria a esta consideración. Sin embargo, abogar por el uso de la autonomía de la voluntad no implica desconocer que no existen principios absolutos y que, por ende, hay límites y controles necesarios para su aplicación. Este entendimiento es lógico, pues la voluntad de las personas sólo debe constituir una fuerza creativa de derecho en la medida en que una ley le haya conferido este poder¹⁰. Esto no niega la importancia de un movimiento que requiere atención y un nuevo debate: una mayor liberalización y el aumento de la autorregulación como principio.

La incorporación de los límites es necesaria para evitar caer en un ‘hiperindividualismo’ en el que la voluntad de una de las partes termine subordinada a la otra, “lo que en definitiva no podría ser otra cosa que la expresión de una relación de fuerzas inevitablemente desfavorable para quienes deben ser protegidos”¹¹. El cumplimiento de estos requisitos garantizará que la decisión implica que conocen las consecuencias jurídicas de esa elección, configurando así una ‘elección informada’. Veremos, entonces, cuales son algunos de estos límites.

a) El uso de la autonomía de modo controlado

Es innegable que las personas involucradas en una relación jurídica tienen interés en seleccionar la ley que juzguen más favorable a sus intereses¹². No obstante, esta facultad se encuentra limitada en la medida en

¹⁰ PANET, Amélie, “Le statut personnel en droit international privé européen Les lois de police comme contrepoids à l’autonomie de la volonté?”, en *Dans Revue critique de droit international privé*, N° 4, p. 837.

¹¹ RASS-MASSON, Lukas, “L’originalité des accords familiaux en droit international privé”, en *Le contrat dans tous ses États, édité par Cécile Le Gallou et Anne Marmisse-d’Abbadie d’Arrast*. Toulouse: Presses de l’Université Toulouse Capitole, 2019, p. 65.

¹² AUDIT, Bernard, “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général de droit international privé”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 305, 2001, p. 293.

que el Estado, como garante del interés general, estime necesario establecer directrices para su ejercicio, siempre que ello sea permitido. Años atrás, y de manera precursora, Jean Y. Carlier¹³ abogó por el uso de la autonomía, pero de manera limitada. Carlier entendía que los límites a esta autonomía se encontraban tanto de manera interna, es decir, relativos al alcance del principio, como de manera externa, resultantes de la aplicación de normas imperativas, del orden público internacional y del fraude a la ley.

Debemos partir de la premisa de que, al aceptar normativamente esta facultad de elección, no debe permitirse que se opte por cualquier ley poco conectada con la relación. Aunque no es esperable que dos personas que decidan disolver su unión elijan un sistema jurídico ajeno a ellos, para brindar mayor seguridad y control sobre esa facultad, el legislador podría establecer limitaciones respecto a las opciones disponibles. Esta primera limitación deriva de que la facultad se refiera a determinadas leyes, es decir, que la elección se realice entre un número limitado de opciones, llamado por la doctrina como la libertad de elegir dentro de la ‘rosa de leyes’¹⁴. El motivo de esta limitación es evitar que los cónyuges opten por un sistema jurídico de modo carpichoso, generando mayores costes. En este caso, se trataría de optar por un sistema jurídico que tenga una proximidad real con la situación familiar, es decir, indicando cuáles serán esas legislaciones (mediante un catálogo legislativo) o simplemente estableciendo que la elección debe recaer en el derecho de un país con el cual tengan una vinculación especial.

Otro límite posible, más adecuado y esperable, es la prohibición del fraccionamiento. A diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, en relaciones familiares no tendría sentido práctico permitir la elección de varias leyes estatales, pues el divorcio no es susceptible de verse repartido en compartimientos autónomos. Al mismo tiempo, esta elección deberá recaer en la ley de un Estado, quedando excluidas aquellas reglas de contenido exclusivamente religioso por resultar normas no estatales.

¹³ CARLIER, Jean-Yves, “Autonomie de la volonté et statut personnel: étude de droit international privé”, Thèse de Doctorat, UCL - DRT - Faculté de droit, 1991, p. 223 y sgtes.

¹⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 14, Nº 2, p. 245.

b) La protección de los principios fundamentales

Todo sistema jurídico elegido que afecte los principios y valores fundamentales del país donde se tramite el divorcio será rechazado si los contraviene manifiestamente. La existencia de estos principios fundamentales que deben ser protegidos no constituye una razón suficiente para justificar la exclusión de la autonomía de la voluntad.

Lo relevante en esta instancia es comprender que, si el propósito es abordar los eventuales abusos que podrían surgir a través de la elección voluntaria de una ley para la disolución del matrimonio, la función del orden público internacional (OPI) resulta adecuada para rectificar los excesos derivados de la inadecuación de los términos de la *optio juris*¹⁵.

No se podría optar por la aplicación de un sistema jurídico que no contemple la disolución del matrimonio. A modo de ejemplo, sería directamente contrario a nuestros principios fundamentales intentar hacer valer la elección de un derecho que establezca un *covenant marriage* (matrimonio blindado). Esta figura, con una fuerte base religiosa, reduce drásticamente la posibilidad de obtener un divorcio, lo cual atenta manifiestamente contra nuestro OPI. De igual modo, no se aceptaría una ley que no garantice a uno de los cónyuges, en función de su sexo, la igualdad de acceso al divorcio. Nunca se aplicaría un derecho que conduzca a la afectación de la dignidad de la persona o de los derechos fundamentales.

c) Las posibles desigualdades de género

Una de las principales críticas hacia el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia es el temor de que el acuerdo resulte de una posición dominante sobre la otra. La protección de aquellos sujetos jurídicamente vulnerables inclinaría la balanza en favor de sostener normas imperativas, tal como sucede en la actualidad.

Dentro de los debates actuales, uno de los mayores dilemas se centra en prevenir los daños derivados de los desequilibrios generados por los estereotipos de género. La igualdad entre el hombre y la mujer, reconocida

¹⁵ PANET, Amélie, "Le statut personnel en droit international privé européen Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté?", en *Dans Revue critique de droit international privé*, N° 4, p. 854.

en el sistema jurídico de la mayoría de los Estados, no necesariamente se refleja en las realidades de una familia. Es factible que en la intimidad de esa relación existan dependencias que continúen afectando el necesario equilibrio que influya en el acuerdo de elección de ley en el contexto de un divorcio. La temática en cuestión no deja de revestir complejidad. Incluso, la determinación de lo que debe entenderse por ‘cónyuge débil’ puede conducirnos a una prolongada discusión. De manera simplificada, podemos consensuar que dicho término se refiere al cónyuge que se encuentra en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desventajosa. La protección al cónyuge débil se otorga en la mayoría de los casos a la mujer, principalmente debido a la posible desigualdad económica en la que queda tras la disolución de la unión, habiéndose dedicado a labores domésticas y postergado su desarrollo profesional. Sin embargo, sería claramente excesivo concluir que las mujeres son, por el hecho de ser mujeres, una parte más débil, pues el género no es la única fuente de desequilibrio entre las partes¹⁶.

La estructura de la familia patriarcal, caracterizada por la figura del esposo como jefe del hogar, se encuentra en un evidente retroceso jurídico, al menos desde la perspectiva de las sociedades occidentales. En la actualidad, las familias modernas alcanzan la toma de decisiones de manera conjunta y consensuada al ser un resultado de una unión de dos personas adultas. En este contexto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo se convierte en una realidad, sino en una posibilidad concreta. No obstante, este ideal al que se aspira no siempre encuentra su reflejo en la realidad de la vida familiar. No se puede negar esta situación. La diversidad de la familia y la forma en que sus relaciones se desarrollan no siempre se encuentran bajo un manto de armonía. En caso de que se presente tal situación, es razonable cuestionarse si los acuerdos en la disolución de la unión son factibles.

El convenio de disolución matrimonial no debe reflejar la voluntad de un cónyuge sobre el otro, debiendo siempre instaurarse mecanismos que salvaguarden al sujeto en situación de mayor vulnerabilidad. La constitucionalización del Derecho de Familia constituye el fundamento principal que refuerza la obligación ineludible del Estado de proteger al

¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Party Autonomy in International Family Law”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 408, 2020, p. 272.

cónyuge que, en el caso concreto, demuestre encontrarse en una situación de debilidad. Ahora bien, esta vulnerabilidad no debe traducirse en una exclusión del uso de la autonomía de la voluntad conflictual.

En principio, reitero la postura respecto a que la autonomía de la voluntad empodera a las familias al buscar un sistema jurídico que se ajuste a sus circunstancias particulares. La familia es el ámbito en el cual las personas encuentran protección y buscan el bienestar mutuo. No debe presumirse que las decisiones tomadas afectarán negativamente a uno u otro miembro, ya que el fundamento radica en el altruismo, característica central de una unión con una sólida base emocional. De ahí que se hable de un equilibrio entre el cuidado mutuo, el compromiso, la responsabilidad y la libertad.

Una de las maneras de mitigar esta problemática nos conduce a reiterar que el acuerdo para la disolución del matrimonio debe ser una elección informada. Esto implica, en términos simples, estar consciente y entender la decisión que se tome en cualquier momento. No habría, en principio, desigualdad si la opción se sostiene sobre conocimiento del alcance de lo que se firma, lo cual implica que las partes compararon las reglas y han decidido evadirlas (de manera legítima) pensando en su beneficio. Además, no debe olvidarse que los jueces siempre tienen la facultad de controlar y verificar que los convenios no perjudiquen a los integrantes del grupo familiar, asegurando que no contravengan los principios fundamentales de nuestro país. Así, el art. 440 del CCyCN permite incluso que el convenio homologado judicialmente pueda ser revisado si la situación se ha modificado sustancialmente.

LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO ACTUAL

Por Jonathan M. Brodsky¹

I. CONCLUSIONES

1. *De lege lata:* la prohibición expresa, prevista en el art. 2654, último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, de los acuerdos de elección de foro en contratos internacionales de consumo, debe ser matizada por los tribunales argentinos en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, cuando resulte ostensible que ello no conlleve a una solución desfavorable para el consumidor.

2. *De lege lata:* frente a un pedido de *exequatur* en la República, por parte de un consumidor, de una sentencia dictada en el extranjero en un caso contractual internacional de consumo, la asunción de la competencia internacional del tribunal del Estado requirente en virtud de un acuerdo de elección de foro a favor de aquél, debe considerarse una conexión jurisdiccional razonable y suficiente para satisfacer el control de la competencia del juez de origen.

3. *De lege ferenda:* sería deseable que, en una futura reforma legislativa, el Derecho Internacional Privado argentino admita los acuerdos de elección de foro en materia de contratos internacionales de consumo, con sujeción a parámetros tales que ello no conlleve a una solución desfavorable para el consumidor.

¹ Abogado (UBA), graduado con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio “Roque Fortunato Garrido”, Premio “Alberto Tedin Uriburu”, Premio “Raymundo M. Salvat” y Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Magíster en Derecho Internacional Privado (UBA) y Doctorando en Derecho (Universidad de Palermo). Profesor adjunto (int.) de Derecho Internacional Privado y Jefe de Trabajos Prácticos (int.) de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Fue Profesor Titular del Módulo Práctica en Resolución de Problemas (UCES), Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y del Usuario (UCES) y Profesor Adjunto de Derecho de la Responsabilidad Civil y Daños (UCES). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Miembro Pleno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

II. FUNDAMENTOS

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

a) Autonomía de la voluntad y ponderación de principios

El ejercicio de la autonomía de la voluntad por las personas privadas representa una manifestación de su libertad individual. Cuando los particulares pueden optar por celebrar actos jurídicos según sus propias percepciones, planes de vida, intereses y expectativas, indudablemente cuentan con un abanico mucho más amplio para realizar sus deseos y, por ende, para ejercer su libertad.

En cambio, ante normas indisponibles, tal autonomía desaparece. Es el legislador (o el convencional; en definitiva, y en general, el órgano del que emana el derecho positivo) quien establece, imperativamente, *ex ante* y con carácter general, soluciones que van más allá de la voluntad de las personas alcanzadas por tales regulaciones.

Ahora bien, ¿cuánta libertad es bueno que el ordenamiento jurídico reconozca a los individuos? El interrogante, desde luego, es muy complejo, tanto jurídica como filosóficamente.²

A priori, el intérprete podría verse tentado de responder: dado que la libertad es un valor claramente positivo, un bien jurídico que hay que proteger como uno de los más preciados, un principio constitucional y una garantía fundamental por cuya aplicación se debe velar en la mayor medida posible, entonces la autonomía de la voluntad, en tanto permite el ejercicio de esa libertad, debería estar permitida de manera irrestricta.

Lejos de ello, no obstante, se encuentran la realidad jurídica y normativa (y es plausible que así sea). Es que no resulta deseable dejarlo todo librado al albedrío individual de las partes, sino que determinadas materias se consideran mejor reguladas por la voluntad imperativa del legislador, plasmada en normas indisponibles. Y ello es así, a su vez, con miras a la satisfacción de otro principio, derecho o bien jurídico, cuya

² E incluso podríamos pensar en sus implicaciones económicas, sociológicas, culturales, etcétera.

realización no será menos relevante que el ejercicio de la autonomía privada (y la libertad que ella representa).

Recordemos, en este punto de la fundamentación, que los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican desplazando totalmente a otros, sino ponderando cada uno en el caso concreto.³ Un reciente fallo del Máximo Tribunal así lo explica con gran precisión, en un caso que involucraba, también, el ejercicio de la libertad individual: la diferencia entre una antinomia de reglas y una colisión de principios “...es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada. Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación. Es lo que ocurre en el caso, en el que se debe ponderar el ejercicio del poder de policía estatal con la libertad individual reconocida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. En estos supuestos, la tarea judicial consiste en establecer un diálogo entre ellas (artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación); de modo que la interpretación sea coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296 :432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; Fallos: 344 :1151, voto del juez Lorenzetti)”.⁴

En definitiva, la admisión o la prohibición de la autonomía privada en una determinada materia dependerá, en última instancia, de la

³ Para un desarrollo *in extenso* de mi postura sobre este aspecto, aunque el trabajo versa puntualmente sobre otra temática, puede consultarse: Brodsky, Jonathan M., “Objeción de conciencia médica, salud sexual y reproductiva y autonomía personal de la mujer en la práctica de ligadura de trompas de Falopio. Posibles conflictos y una propuesta desde la teoría de la ponderación de principios”, *Revista En Letra*, año I, número extraordinario sobre Derecho de la Salud, diciembre de 2014, pp. 6-27.

⁴ CSJN, “Garay, Diego Sebastián c/ Provincia de Mendoza s/ amparo”, 2/7/2024, voto del Dr. Lorenzetti.

ponderación que se haga entre el principio según el cual se debería maximizar el ejercicio de la libertad individual, y el principio o los principios relevantes que puedan contraponerse a aquél en la categoría de casos de que se trate (por ejemplo, en el tema que trata esta ponencia, el principio conforme al cual se debe procurar la protección de los derechos e intereses de los consumidores).

b) Los acuerdos de elección de foro y su recepción normativa en el Derecho Internacional Privado (DIPr) argentino actual

El legislador (en sentido amplio, entendido como el órgano del que emanan las normas jurídicas, el *hard law*) autorizará o no la autonomía de la voluntad (y en caso de hacerlo, en qué medida y según cuáles requisitos) de acuerdo con la ponderación que haga entre el ejercicio de esa libertad y el resguardo de otros principios relevantes. Se trata —claro está— de una cuestión de política legislativa. Ahora bien, un factor muy relevante en la regulación normativa viene dado por el tipo de temática del que se trate; así, verbigracia, en materia de Derechos Reales o Derecho de Familia abundan las normas coactivas o imperativas, mientras que en materia de Obligaciones y Contratos la regla de base suele ser la autonomía privada.⁵

En el campo del DIPr, el órgano legisferante puede autorizar los acuerdos de elección de foro y/o los acuerdos de elección de derecho, si estima conveniente permitir a las partes la determinación del tribunal competente y/o la del derecho aplicable a su relación jurídica, respectivamente. Dado el recorte temático del presente trabajo, nos quedaremos solo con la primera de esas dimensiones.

Pues bien: en el DIPr argentino actual, según la fuente autónoma, los acuerdos de elección de foro están permitidos expresamente “en materia patrimonial e internacional” (art. 2605 del CCCN), y en particular en el terreno de los contratos (art. 2650), en el que se entiende que es la regla de base, ya que las conexiones jurisdiccionales concurrentes provistas por la norma son subsidiarias a la existencia de un acuerdo de elección de foro.

⁵ No es necesario aclarar que esta afirmación contiene una gran simplificación — que se impone por razones de espacio—, habida cuenta de los innumerables matices que presenta la cuestión si se la analiza en profundidad, con perspectiva histórica y/o en el derecho comparado.

En tanto, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 nada dice en materia de prórroga de jurisdicción, mientras que la versión de 1940 la autoriza solamente después de promovida la acción (“*post litem natam*”), si el demandado la admite de manera positiva y no ficta (no procede ante la rebeldía o incomparecencia del emplazado), y siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. Si a ello se suma, como último requisito, que según lo establece el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo 1940 (cuyas disposiciones se consideran parte y por ende tienen la misma fuerza normativa que los tratados de su referencia —art. 8 del Protocolo—), la jurisdicción no puede ser modificada por voluntad de las partes excepto que lo autorice el ordenamiento jurídico aplicable al caso (art. 5 del Protocolo), fácil es concluir en el carácter sumamente restrictivo con el que se permite la prórroga de jurisdicción en el Tratado de Montevideo de 1940, a punto tal que termina por convertir a la supuesta regla (admisión de los acuerdos de elección de foro) en una excepción en la práctica.

No obstante, rige en la esfera del Mercosur, y desplaza a los instrumentos de Montevideo dentro de su ámbito de aplicación, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (PBA), el que a diferencia del convenio montevidiano de 1940 recepta los acuerdos de elección de foro con una regulación amplia y moderna, ya sea *ante litem* o *post litem*, tanto a favor de tribunales judiciales como arbitrales, y de manera expresa, o bien, tácita (arts. 4 a 6 del PBA).⁶

Los acuerdos de elección de foro pueden acarrear diversas ventajas. A modo de ejemplo, y sin la intención de agotar el tema, puede mencionarse que uno de los valores más significativos que en general se destaca es el de permitir a las partes elegir de común acuerdo el tribunal competente con miras a las peculiaridades de su relación jurídica en particular, con la ventaja de la previsibilidad que ello importa, especialmente en el ámbito del comercio internacional; además, la elección del foro otorga certeza sobre la jurisdicción internacional, conjurando el peligro de posibles conflictos positivos o negativos entre jueces de diversos Estados nacionales, y en caso de combinarse el acuerdo de elección de foro con la elección del derecho aplicable al caso, cuando las elecciones recaen en un mismo país, permite la deseable coincidencia entre *forum* e *ius*, y este paralelismo entre *lex fori* y

⁶ La regulación es similar —aunque no idéntica— a la de la fuente autónoma (conf. arts. 2505 a 2507 del CCCN).

lex causae permite evitar las dificultades a las que conduce la distinción entre los problemas de fondo y de forma.⁷

También podríamos agregar que los acuerdos de elección de foro les permiten a los particulares elegir un juez “neutral” (vale decir, de un “tercer país”, distinto al de la nacionalidad o el domicilio, residencia habitual o sede de las partes) o un tribunal arbitral también neutral; prevenir el flagelo del *forum shopping*; sortear los delicados problemas de la litispendencia internacional y/o la “cosa juzgada” (con el riesgo, incluso, de obtenerse sentencias contradictorias en diversos foros); entre otras ventajas.

2. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO COMO CATEGORÍA ESPECÍFICA Y LA PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN LA MATERIA EN EL DIPR ARGENTINO ACTUAL

Ante un caso que verse sobre un contrato internacional, las normas anteriormente reseñadas tendrían vocación de aplicarse desde el punto de vista del ámbito material que abarcan.⁸ Sin embargo, es indispensable reparar en qué tipo de contrato se trata, ya que si fuera de consumo, para tal categoría existen reglas específicas que, como *lex specialis*, deben naturalmente aplicarse con prelación.⁹

Según Iud, con quien coincidimos, era de esperar que en el contexto de la constitucionalización del derecho privado y del derecho internacional de los derechos humanos, se considere a los consumidores como débiles contractuales que requieren una protección especial, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 42 y 43 de la CN. En este sentido, el CCCN introduce por primera vez en el sistema de DIPr de fuente interna normas dedicadas especialmente a los contratos de consumo con relaciones internacionales. Y precisamente, una de las notas características de la regulación consiste en la postura de rechazo hacia la autonomía de la voluntad, tanto en el plano del derecho aplicable como, en lo que aquí

⁷ Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 235.

⁸ En el caso del PBA, con las exclusiones del art. 2, entre las que se cuentan — como veremos — los contratos de consumo.

⁹ Dejaremos para otra oportunidad, pues resulta imposible abordarlo aquí por razones de espacio, el *quid* acerca de la calificación de “contrato de consumo” (o en otras palabras, qué derecho determina que un contrato sea “de consumo” y deban aplicársele, por ende, las reglas y los principios específicos de esta subcategoría).

interesa, del juez competente. Y en relación a este último fenómeno, la circunstancia de que no se admitan los acuerdos de elección de foro constituye una de las vías de protección al consumidor en la esfera jurisdiccional.¹⁰

Resulta claro, pues, que en la fuente interna, una interpretación literal o exegética dejaría un nulo margen para la duda. Dado que la prórroga de jurisdicción no es admisible cuando está prohibida por la ley (art. 2605, *in fine* del CCCN) y que en materia de contratos de consumo no se permiten los acuerdos de elección de foro (art. 2654, *in fine* del CCCN), se sigue como lógico corolario que la prohibición en esta categoría específica es total y absoluta.

En cuanto a la fuente convencional, los Tratados de Montevideo no contienen —como es lógico por su época— normas relativas a consumidores,¹¹ en tanto que el PBA excluye expresamente a los contratos de venta al consumidor de su ámbito material de aplicación (art. 2) y el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo no se halla vigente. No existen Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado sobre el tema y la Argentina no es parte de ningún otro tratado en la materia.

Por consiguiente, centramos el análisis en la fuente autónoma —que será la aplicable, a falta de tratados internacionales— y concretamente en el interrogante: ¿es plausible esa proscripción general y absoluta de los acuerdos de elección de foro en casos de contratos de consumo? Creemos que no, por las razones que desarrollaremos en el próximo y último apartado. Y más aún: al margen de la apreciación que nos merezca la solución literal provista por la norma (la que responde, claro está, a un criterio de política legislativa, y que podrá o no variar en una futura reforma del CCCN, que se propone *de lege ferenda* como tercera y última conclusión), estimamos que, *de lege lata* y en determinados casos concretos, existen razones de peso para que los operadores jurídicos deban —conforme al derecho vigente— matizar esa prohibición y admitir efectos de un acuerdo de elección de foro

¹⁰ Iud, Carolina, comentario al art. 2654 en Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, t. 14, pp 699-700.

¹¹ Lo que llevaría a reflexionar acerca de si resultan aplicables, y en su caso, en qué supuestos, en qué medida y según cuáles parámetros, las normas montevidneas atinentes a los contratos en general.

convenido en un contrato de consumo, cuando resulte ostensible que ello no conlleve a una solución desfavorable para el consumidor, o más aún, constituya el vehículo para que aquél pueda materializar su derecho de acceso a la justicia, tanto en el plano de la jurisdicción internacional directa como indirecta.

3. REFLEXIONES FINALES. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN, DE *LEGE LATA*, EN EL PLANO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DIRECTA E INDIRECTA. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

Si bien la legislación argentina se ha ocupado desde distintas perspectivas de los contratos de consumo y de la defensa de los derechos de los consumidores, ni las normas de DIPr de fuente interna ni las normas convencionales se habían ocupado antes de brindar soluciones especiales para determinar la jurisdicción competente, atendiendo a las particulares circunstancias que rodean a aquéllos.¹² Actualmente, en cambio, tenemos vigente el art. 2654 del CCCN que ya hemos referido y que prohíbe, como vimos, los acuerdos de elección de foro en materia de contratos internacionales de consumo.

a) Jurisdicción directa

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en el plano de la jurisdicción internacional directa, habrá supuestos en los que dar validez a un acuerdo de elección de foro será favorable para la parte débil de la relación jurídica: por ejemplo, si quien desea promover la demanda es el consumidor, el contrato prevé la competencia de los tribunales argentinos, y éstos se agregan *como una alternativa más* al abanico de foros concurrentes disponibles según el art. 2654 del CCCN, párrafos 1º y 2º. En cambio, habrá otros casos en los que ocurrirá lo contrario, vale decir, hacer valer a rajatabla un acuerdo de elección de foro será perjudicial para el consumidor: verbigracia, si éste pretende iniciar una acción judicial en la República, existiendo en ella uno o más de los contactos jurisdiccionales alternativos previstos en la citada norma, pero el tribunal se declara incompetente de oficio en virtud de un acuerdo de elección de foro exclusivo a favor de un

¹² Scotti, Luciana, comentario al art. 2654 en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos A. (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, Buenos Aires, La Ley, 2022, t. VIII, p. 887.

tribunal diferente. O bien, tampoco podrá hacerse valer, por ejemplo, una cláusula que autorice al consumidor a demandar exclusivamente en Zurich, Suiza o en el domicilio suizo de la oficina bancaria que esté en relación contractual con el cliente, pero que le confiera al banco el derecho de iniciar y seguir acción judicial contra el cliente ante cualquier otro tribunal competente.¹³

El tema es conocido en la doctrina, y relevantes autores/as avalan la postura aquí sostenida.

Según Uzal, paulatinamente se han ido admitiendo, en el comercio internacional, las cláusulas predisuestas que establecen la prórroga de jurisdicción en contratos de este tipo, en tanto permiten eliminar la incerteza sobre la perspectiva del foro ante el cual las partes pueden demandarse. En los EE.UU., por ejemplo, la Suprema Corte sostuvo los plenos efectos de aquellas cláusulas que no se hallasen afectadas por fraude, influencias indebidas o abuso del poder negociador de una parte sobre otra. Y en este marco, en conclusión, para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente habrá de analizarse si pudiere mediar algún obstáculo o denegación de derechos de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvención o abuso del desconocimiento de alguna de las partes o si se produjese alguna violación de principios de orden público.¹⁴

Siguiendo la posición de Najurieta (aunque ésta fuera vertida en el año 1999, con considerable anterioridad a la sanción del CCCN), corresponde evaluar si el acuerdo de elección de foro no ha sido fruto del error de una de las partes (provocado por la conducta de la otra), o de fraude, o si la situación de disparidad en el poder negociador ha colocado a la parte débil en una condición tal que le impide o le dificulta gravemente su posibilidad de defensa en juicio (con lo cual se violaría en este último supuesto el derecho de defensa en sentido procesal consagrado en el art. 18

¹³ Se trata un caso real, fallado por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial con fecha 17/4/12, en autos “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Credit Suisse s/ ordinario”, citado en Iud, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Albremática, 2019, p. 386.

¹⁴ Uzal, María E., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 583.

de la CN). Así, en un contrato por adhesión, todo acuerdo de elección de foro debe someterse a un control de razonabilidad.¹⁵

En tanto, de acuerdo a la opinión de Iud, “cabría preguntarse si la posición adoptada en relación a los acuerdos de elección de foro en esta materia es realmente protectoria. Tal vez hubiese sido conveniente otra solución, por ejemplo, admitiéndolo cuando fuese posterior al nacimiento del litigio o, aun cuando siendo anterior, fuera no exclusivo y se configurara en favor del consumidor; incluso podría cobrar importancia en un caso en el que el acuerdo hubiese sido hecho en favor de los tribunales del domicilio del consumidor en aquellos supuestos en los cuales las normas de jurisdicción internacional no le atribuyeren, en principio, jurisdicción”.¹⁶

En una línea similar, el catedrático español Garcimartin Alférez, al comentar el Reglamento 1215/2012 vigente en la Unión Europea (conocido como “Bruselas I bis” y que admite, conforme a ciertas pautas, los acuerdos de elección de foro en determinados contratos con parte débil, entre ellos los de consumo), explica que tales acuerdos son eficaces: (i) si son posteriores al surgimiento de las desavenencias entre las partes (en esta fase de la relación es muy difícil imaginar que el profesional pueda abusar de su posición); (ii) si amplían el ámbito de opciones jurisdiccionales de la parte tutelada, esto es, si permiten al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los previstos en la norma; y (iii) si los tribunales escogidos son los del domicilio o residencia común de las partes en el momento de contratar, ya que no puede considerarse que en ese caso el comportamiento de la contraparte sea abusivo, excepto que la ley de ese Estado prohíba los acuerdos de elección de foro.¹⁷

En síntesis, la tesis que proponemos encuentra sustento en al menos dos razones. La primera es que según una interpretación teleológica, expresamente prevista en los arts. 1 y 2 del CCCN, corresponde aplicar e

¹⁵ Najurieta, María Susana, “Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión”, *ED*, t. 181, p. 301 y ss., citado en All, Paula M., “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, *DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades)*, n° 4 (Litigio judicial internacional), Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 422-444.

¹⁶ Iud, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Albremática, 2019, p. 395.

¹⁷ Garcimartin Alférez, Francisco J., *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Pamplona, Civitas, 2012, p. 185.

interpretar la ley (en el caso, el art. 2654 *in fine* del CCCN) de tal manera de respetar la finalidad de la norma, es decir, la concreta y efectiva protección del consumidor. La segunda, relacionada desde luego con la anterior, consiste en que la interpretación legal que se realice y la solución que en definitiva se adopte debe ser acorde al resguardo de los derechos fundamentales del consumidor y al principio *pro consumptore* consagrado de manera expresa en la Constitución Nacional (art. 42) y en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 3), lo que incluye sin duda alguna el derecho de acceso a la justicia.

b) Jurisdicción indirecta

En la esfera de la jurisdicción internacional indirecta se presenta un panorama similar. ¿Hay razones para denegar el *exequatur* en nuestro país, solicitado por el consumidor, de una sentencia dictada en el Estado “X”, en un caso vinculado con un contrato internacional de consumo, en el que se previó una prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de “X” y no existiendo en “X” al menos uno de los contactos jurisdiccionales previstos por el DIPr argentino como criterios atributivos de la competencia internacional directa (control de la competencia del juez de origen según el criterio de la bilateralidad)?

Entendemos que el análisis debería hacerse caso por caso, matizándose la estrictez de la prohibición legal cuando su aplicación rigurosa perjudique al consumidor, y manteniéndola para todos aquellos supuestos en los que efectivamente implique una protección para la parte débil de la relación contractual. Para ello, es menester confiar en la labor de los órganos jurisdiccionales, idea que —por lo demás— no es ajena, sino todo lo contrario, al espíritu del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto: ¿a qué resultado conduciría la aplicación estricta, aislada y absoluta de la prohibición de los acuerdos de elección de foro, en la faceta de la jurisdicción indirecta? Es decir, reflexionamos sobre el universo de casos —nada improbables en los tiempos que corren— de procesos sustanciados en el extranjero, entre un consumidor y un proveedor, por encontrarse en ese país el foro (o uno de los foros) elegido/s en el contrato de consumo, y en función del cual los tribunales de aquel país se declararon competentes. El proceso obtuvo sentencia firme, y por las razones que fueren, al consumidor le interesa ejecutar la condena en la República. Está en juego nada menos que la eficacia en nuestro país, con fuerza de cosa juzgada, de un pronunciamiento dictado en el extranjero; y lo que es más

importante y palpable para el consumidor, la efectividad de la decisión favorable con la que cuenta (de lo contrario, es decir, si no fuera favorable para la parte débil, ¿qué interés tendría en promover su reconocimiento y ejecución extraterritoriales?).

¿Cómo razonaría el juez argentino requerido de *exequátur* en estos casos, en materia de control de la competencia internacional del juez de origen? Lo normal en nuestro medio, según el criterio de la bilateralidad, sería hacerlo de la siguiente manera: si en aquél país está ubicada alguna de las conexiones jurisdiccionales concurrentes contempladas *por el propio derecho argentino* para la materia en cuestión, el requisito quedaría satisfecho. De lo contrario, de acuerdo a una interpretación estricta de la normativa vigente, se debería negar el reconocimiento, porque el DIPr argentino no admite los acuerdos de elección de foro en esta categoría de casos (a diferencia del DIPr del juez de origen, quien aceptó conocer en la cuestión precisamente por ser el foro elegido por autonomía de la voluntad).

¿Es valioso reflexionar de esta manera y vedar al justiciable (quien además es parte débil en la relación jurídica) de hacer eficaces sus derechos e intereses, ya declarados por sentencia firme, *cuando además litigó en el foro mencionado en el contrato*? La respuesta se nos presenta negativa: este foro no solo es razonable *per se*, en tanto resulta extremadamente previsible para el consumidor que fue parte del proceso, *sino que incluso podría haber sido el único lugar previsible para aquél en el caso concreto* (hipótesis nada soslayable para una vasta mayoría de consumidores legos en derecho, que pudieron haberse atendido a la literalidad del acuerdo de elección del foro contenido en el contrato —o en los “términos y condiciones”— que surgían de su lectura literal).

Nos remitimos, por lo demás, a las importantes razones ya expuestas en torno a la interpretación teleológica de las normas aplicables en juego y a la protección de los derechos fundamentales de consumidor y del principio *pro consumptore* (lo que incluye el resguardo de su acceso a la jurisdicción).

c) Propuesta de lege ferenda

Fácil es concluir, a partir de las premisas y razonamientos anteriormente desarrollados, que en una futura modificación legislativa, sería deseable que el DIPr argentino admita los acuerdos de elección de foro en materia de contratos internacionales de consumo, con sujeción a parámetros tales que ello no conlleve a una solución desfavorable para el

consumidor. En tal caso, sería mucho más clara (al no depender de la interpretación de los operadores jurídicos en la línea que aquí se propicia) la aplicación de las soluciones postuladas como primera y segunda conclusión, sin perjuicio de que, como lo hemos sostenido, aun en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad aquéllas resultan aplicables *de lege lata*, en virtud de una interpretación finalista y basada en la ponderación de principios de mayor peso en posibles casos concretos.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR INTERNACIONAL. PARADIGMAS DE INTERPRETACIÓN

Por Gabriela Lorena Eslava¹ y María Ernestina Etienot²

I. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, las contrataciones no paritarias, entre ellas los contratos de consumo, constituyen la modalidad preponderante, producto del avance tecnológico que coloca en ventaja a los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores. El consumidor resulta sujeto de tutela preferente con fundamento en la debilidad estructural que ostenta, acentuada en el ámbito del contrato internacional de consumo. La exclusión del consumidor del alcance normativo del artículo 2651 del CCCN, propio de las contrataciones paritarias, impone delimitar los verdaderos alcances de la autonomía de la voluntad del consumidor, la que, aún limitada, no puede entenderse totalmente prescindente, en cuanto, sin voluntad autónomamente pronunciada, no hay contrato. En la interpretación del contrato de consumo internacional, son relevantes los deberes generales a cargo del proveedor: trato digno, deber de informar, y otorgar de seguridad. Sin su observancia no podrá hablarse de cumplimiento contractual del proveedor, en cuanto cumplimiento fiel y exacto de la prestación nuclear, sino como comprensivo además de este plus prestacional que deberá observar ineludiblemente.

¹ Profesora Titular Experta de las asignaturas Obligaciones y Derecho de los Consumidores y Usuarios. Universidad Siglo 21. Abogada (UNC) Notaria (UNC) Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC) Especialista en Derecho de Familia (UNR). Vocal de Cámara Civil y Comercial de 8º Nominación de la Ciudad de Córdoba.

² Docente Adjunta Privado II. Universidad Nacional de Córdoba. Cátedra “B”. Abogada (UNC) Notaria (UNC). Doctoranda UNC.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA.

Este trabajo pretende analizar críticamente la regulación inserta en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derecho internacional privado, en relación a los contratos internacionales de consumo, excluidos de la aplicación de la regla de autonomía de la voluntad conforme las previsiones del artículo 2651 del CCCN.

Es que, tanto en el ámbito de los derechos internos de los Estados, como en el ámbito internacional, donde deben resolverse las cuestiones derivadas de la contratación internacional, el consumidor resulta sujeto de preferente tutela.

Esta protección generalizada al consumidor o usuario, encuentra fundamento en la situación de debilidad estructural que ocupa frente a su cocontratante, quién posee el conocimiento del producto o servicio que comercializa, y que, además, es quién fija generalmente el contenido normativo del contrato. Esto llevará a que en la generalidad de los casos, sea instrumentado mediante la modalidad de contrato de adhesión por cláusulas predispuestas. Es decir, el consumidor o usuario, solo tendrá posibilidad de aceptar las condiciones predeterminadas de modo unilateral por el proveedor de bienes o servicios, lo que, a su vez, generalmente se instrumentará mediante sólo un clic.

A esta debilidad estructural antes descripta, propia de todo contrato de consumo, ya sea interno o internacional, se suma una especial situación de vulnerabilidad agravada en materia de consumidor internacional quién se vincula comercialmente mediante un contrato que contiene puntos de conexión que le son extraños.

Es que el tráfico negocial actual se encuentra en su mayoría construido a partir de una diada contratante de dominante vs. débil. Este extremo, como ya expusiéramos, se profundiza en las contrataciones internacionales, en las que, generalmente y a título ejemplificativo, podemos señalar que las partes no se conocen, y/o que se concretan mediante negociaciones telefónicas, y/o mediante internet, y/o mediante e mails, vinculando a personas que hablan distintos idiomas, que tienen diferentes idiosincrasias; entre otras posibles vicisitudes imposibles de detallar en un contexto histórico donde el avance tecnológico va por delante de la regulación y el pensamiento jurídico.

Ante ello, el Derecho no puede abstenerse, y debe procurar incansablemente la elaboración de propuestas superadoras y prácticas, tendientes a reestablecer el equilibrio negocial quebrado. Ahora bien, en procura de una regulación tuitiva, el Derecho no puede otorgar soluciones que impidan o dificulten la negociación internacional, lo que en definitiva terminará redundando en una desprotección aun mayor del consumidor ante un fenómeno imparable en el contexto mundial actual. Ello, amén de que a través de las contrataciones internacionales se otorga al consumidor o usuario una mayor oferta en cuanto a la cantidad, calidad y sustentabilidad de los bienes o servicios a adquirir, y una mayor posibilidad de elección de productos, entre mayor número de proveedores.

Cabe aclarar, que a criterio de estas autoras la posición que excluye al consumidor internacional de la noción de autonomía de la voluntad, sólo puede ser sostenida en el sentido de referencia a la autonomía de la voluntad irrestricta, conforme el concepto tradicional acuñado en los códigos decimonónicos, que aludía a dos o más contratantes que se sentaban juntos en una mesa de diálogo, y de manera consensuada, y mediante declaración de voluntad válida, fijaban el contenido negocial del contrato, que constituiría la ley que los regiría. De allí la tremenda fuerza jurígena del contrato que en nada se ve opacada por su carácter relativo.

Tal el sentido y alcance dado a la autonomía de la voluntad por el artículo 2651 del CCCN, ya que, si bien no desconocemos las bondades de la normativa mencionada para los contratos paritarios, lo cierto es que no puede prescindirse de la noción general, ligada al *pacta sunt servanda*, ínsita al concepto mismo de contrato. Esto debe ser entendido, reiteramos, como el acuerdo de al menos dos voluntades autónomas declaradas válidamente con la intención de obligarse.

En otras palabras, los alcances dados al concepto de autonomía de la voluntad por el artículo 2651 del CCCN deben ser entendidos en el sentido de la noción clásica y tradicional, que refleja dos contratantes que en igualdad de condiciones convienen el derecho aplicable (autonomía conflictual) o el contenido normativo del contrato (autonomía material).

Tal como hemos señalado, en la actualidad, dicho concepto ha evolucionado, y debe aggiornarse al mundo actual en el que las contrataciones paritarias se han vuelto la excepción, al ser reemplazadas, por otro tipo de contrataciones, en las que el poder de negociación se encuentra atenuado, pero sin llegar a desaparecer del todo; por cuanto sin voluntad autónoma, más allá de que la misma pueda verse reducida en su máxima

expresión, a la sola manifestación de la aceptación de los términos impuestos por la parte cocontratante, no puede considerarse desaparecida. Lo contrario sería negar el concepto mismo de contrato como acuerdo de voluntades autónomas válidamente declaradas, ya sea que se trate de un contrato interno o de un contrato internacional.

2. EL FENÓMENO DEL CONSUMO EN EL CONTEXTO MUNDIAL. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA AGENDA 2030.

Tal como se indicó precedentemente, el consumidor y usuario resultan sujetos de preferente tutela por el ordenamiento jurídico, ostentando una posición de debilidad estructural frente a su cocontratante, el proveedor.

Sin perjuicio de la regulación que en materia de contrato internacional de consumo pueda existir, hay ciertas pautas derivadas o extraíbles del ámbito internacional público que no pueden ser desconocidas, y que deben estar presentes en todo el fenómeno consumeril.

Así en el ámbito contractual estas cuestiones resultarán de gran importancia a la hora de interpretar los contratos internacionales de consumo, especialmente, en cuanto a los derechos y obligaciones otorgados, e incluso auto otorgados, por plexo clausular, al cocontratante dominante, esto es el proveedor.

La temática ha sido abordada por la Agenda 2030 (ONU, 2015), y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que fija, bajo el slogan “17 Objetivos para cambiar el mundo”. Indica la página de las Naciones Unidas que “... En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendieran un nuevo camino con el que mejorar la vida de todas las personas, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que establecen que la erradicación de la pobreza debe ir de la mano de estrategias que fomenten el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales como la educación, la sanidad, la protección social y las perspectivas de empleo, al tiempo que se combate el cambio climático y se protege el medio ambiente” (Portada - Desarrollo Sostenible (un.org) consultado el 2/7/2024).

Los objetivos, centrados en el cambio climático y sus efectos nocivos para nuestro planeta y la humanidad, abordan la temática, transversalizándola con las demás áreas de relevancia actual, entre las que

se incluye al consumo sustentable, la igualdad y la tutela judicial efectiva, entre otras.

Más precisamente el Objetivo N° 12 indica “garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”. Desde una mirada centrada en la subsistencia del planeta y de la humanidad, se aborda el fenómeno consumeril de manera integral a través de las 12 metas comprendidas en el Objetivo.

En ese marco el desarrollo sostenible pretende resolver la tensión entre progreso, entendido como desarrollo tecnológico y la degradación ambiental consecuente producto de este; presentándose juntamente con el principio protectorio de consumidores y usuarios, a quienes se debe garantizar el acceso a un consumo sustentable, respetando los demás principios y objetivos del derecho ambiental y demás principios y reglas de derechos humanos.

Como hemos indicado, lo aquí expuesto resulta trascendente a la hora de analizar los estándares internacionales conforme los cuales deberá pensarse el fenómeno consumeril internacional, y dentro del mismo la interpretación que pueda darse a la manifestación de voluntad de los contratantes, especialmente en cuanto a los derechos y obligaciones del proveedor, ineludiblemente ligado a las nociones de medioambiente y consumo sustentable.

3. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla los contratos internacionales de consumo en el Título IV, Capítulo 3, Sección 12, en dos artículos.

El primero de ellos, artículo 2654, establece aspectos relativos a la jurisdicción. No abordaremos este aspecto, si bien nos limitaremos a señalar como encomiable la disposición final conforme la cual el consumidor sólo podrá ser demandado por su cocontratante ante los jueces de su propio Estado, no admitiéndose los acuerdos de elección del foro. A su vez, estas autoras entienden que debe considerarse como aplicable esta disposición a otros supuestos de contratos no consumeriles pero igualmente no paritarios.

Esta disposición, que hace eco de un criterio efectivamente protectorio del consumidor, en cuanto contratante débil, resulta acorde con disposiciones de orden interno, como el artículo 36 in fine de la ley 24240,

y con la interpretación dada por los tribunales del país, de las cláusulas de prórroga de competencia al domicilio del proveedor como cláusulas abusivas.

No obstante, cabe preguntarnos qué tratamiento habrá que dar a la acción planteada por el proveedor ante los jueces de su propio Estado u otro, cuando el consumidor haya aceptado tácitamente litigar ante el mismo. Es que reiteramos, una legislación tuitiva, y que deba interpretarse con criterios protectorios, no puede tampoco enervar de manera absoluta la autonomía del consumidor en concreto, ya que ello implicaría lisa y llanamente privarlo de su capacidad de contratar y obligarse válidamente. Por otra parte, podemos también interrogarnos sobre hasta qué momento podrá el consumidor hacer uso de la facultad otorgada por la norma en comentario.

Ahora bien, por nuestra parte nos centraremos en la disposición del artículo 2655 del CCCN, referido a la ley aplicable, el cual dispone:

Artículo 2655. Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;

b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;

c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;

d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

Sin perjuicio de indicar que consideramos que el contenido normativo no resulta exhaustivo en cuanto a las distintas situaciones en las que podrá quedar inmerso el consumidor internacional³, (lo cierto es que aún

³ Por ejemplo, piénsese en las membresías vacacionales ofrecidas al usuario en país extranjero durante un viaje realizado por el mismo en cuya contratación no intervino el

en estos casos, no existe normativa específica en cuanto a la autonomía material del consumidor, esto es, en cuanto a qué alcance deberá darse a su declaración de voluntad, para obligarse mediante dicho convenio.

Es que ya hemos dicho que en el caso del consumidor internacional no corresponde efectivamente aplicar o entender la autonomía de la voluntad en los términos del artículo 2651 del CCCN, esto es como autonomía irrestricta, conforme la cual el contrato se vuelve ley inderogable para las partes, con las limitaciones tradicionales como es el caso del orden público, principios generales del derecho, etc.; concepto y alcances que resultan sólo aplicables a los contratos paritarios.

Así, también dijimos que la autonomía de la voluntad, entendida como declaración de voluntad válida, apta para ser fuente de derechos y obligaciones, no puede ser prescindida totalmente cuando hablemos de contratos, dado que está inserta en la noción misma de contrato, aun cuando pueda quedar reducida en su mínima expresión, a la voluntad de aceptar o no la propuesta de la otra parte.

Mas aún, la situación de debilidad estructural del consumidor tampoco le impide per se negociar el contrato, ya sea mediante la inserción de cláusulas particulares incluso en el contrato de adhesión, que en ese caso podrá considerarse mixto.

Así, una postura que le prive totalmente al consumidor de la posibilidad de manifestarse autónomamente, resulta a nuestro modo de ver un exceso de tuición, que lo coloca en una suerte de limitación a su capacidad de contratar y celebrar actos jurídicos, que resulta impensable.

En el campo descripto, esto es cuanto, a la interpretación del contrato, creemos oportuno analizar las obligaciones que en líneas generales se aplican a cargo del proveedor de bienes y servicios, esto es el deber de trato digno, el deber de informar, y la obligación de seguridad.

4. LOS DEBERES GENERALES DEL PROVEEDOR

Conforme la evolución normativa en el ámbito obligacional general, los deberes del proveedor se fueron ampliando progresivamente, sin estar ya limitados a la prestación central o nuclear de la relación jurídica.

ahora proveedor. Así, en cuanto al contrato de membresía, conforme la norma citada, no resultará aplicable la normativa del país del domicilio del usuario contratante.

Este fenómeno, que observamos como una tendencia general en la concepción del contrato actual, se profundiza o exacerba en el ámbito del derecho del consumo.

Surgen así otros deberes generales de conducta que pueden incluso llegar a adquirir mayor entidad que la propia prestación central. Estos suceden en el plano estrictamente fenomenológico y dependerán de cada contratación en particular en cuanto a su modalidad, alcance y extensión; más allá de los estándares mínimos que, entendemos, deberán cumplirse para evitar que se rompa el adecuado sinalagma contractual, y la balanza se incline indebidamente a favor del proveedor.

De tal suerte, el análisis a realizar se focalizará en aquellos deberes que resultan constantes y comunes en toda relación jurídica consumeril, y que son el deber de informar, el deber de trato digno y la obligación de seguridad.

El deber de informar consiste en suministrar al consumidor o usuario todos los datos necesarios sobre la prestación nuclear del proveedor y demás que emerjan del plexo contractual. Aclaramos que generalmente, será éste quien tenga mayores conocimientos sobre el bien o servicio en cuestión, y consecuentemente, la posibilidad de brindar la información acabada e integral a su cocontratante.

Este deber cobra especial relevancia al materializar el consentimiento, ya que solo si es cumplido de modo eficaz y completo, podrá entenderse que el consumidor o usuario ha prestado un consentimiento válido.

En materia de Derecho Internacional Privado, adquiere especial relevancia e importancia, ya que como hemos dicho, generalmente las partes contratantes son desconocidos y podrán incluso actuar a través de medios digitales, ya sea plataformas, aplicaciones, llamadas telefónicas, e mails, entre otros.

Arriba se puso de resalto como la debilidad estructural del consumidor se potencia en el marco de las contrataciones internacionales en las que las partes no se conocen, se encuentran muchas veces en puntos distantes del planeta en negociaciones telefónicas o por internet, con limitaciones en cuanto al idioma o modismos, diferentes idiosincrasias, sistemas o regímenes jurídicos disímiles, etc.; cuestiones de gran impacto en el contenido informacional a brindar, y consecuentemente en la manifestación real de voluntad del consumidor.

Nótese incluso que en la mayoría de los casos el consumidor o usuario exteriorizará su voluntad a través de un simple clic, quizás hasta sin comprender cabalmente los alcances de la obligación asumida.

De allí, como contracara, surge la relevancia que correlativamente tendrá la posibilidad de dar de baja la contratación cuando se trate de servicios o contratos de larga duración con cargos periódicos, mediante el mismo sistema, es decir un simple clic, lo que se ha dado en llamar el botón de baja automática.

La información a otorgar por el proveedor, deberá ser clara, precisa y veraz, pero asimismo corta y concisa, de modo tal que cumpla con la finalidad de dotar al consumidor o usuario del cabal conocimiento de lo contratado.

Por otra parte, este deber de otorgar información, en modo alguno debe implicar costo extra para consumidores y usuarios, es decir, debe ser gratuita, aspecto que se relaciona de manera directa con la tutela efectiva de sus derechos.

Otro de los deberes que debe prestar el proveedor en toda relación de consumo, es el de trato digno. Este se traduce en que en todo momento debe ser respetada la dignidad del ser humano “consumidor o usuario”, ya que la misma es el epicentro sobre el que debe estructurarse todo el sistema jurídico. De allí, que a la prestación propiamente dicha del proveedor se le agrega la de otorgar un trato digno al consumidor o usuario, antes, durante y una vez finalizada la contratación.

Por último, y con cierto grado de abstracción, nombramos entre los deberes genéricos del proveedor, el de otorgar seguridad al cocontratante. Es decir, de la vinculación jurídica entre consumidor o usuario y proveedor, no puede surgir daño alguno. De este modo, el proveedor debe velar por la indemnidad del sujeto vulnerable de la relación y el producto no puede presentar riesgos para su destinatario. En el supuesto de comercialización de cosas riesgosas o peligrosas, debe ser informado adecuadamente el consumidor o usuario, sobre el modo que debe utilizar el producto a fin de preservar su indemnidad.

Lo expuesto demuestra cómo para dar por cumplimentadas las obligaciones del proveedor en una contratación de consumo internacional, no resulta suficiente con el cumplimiento de la prestación central objeto del contrato. Por el contrario, el proveedor debe un plus prestacional conformado por los deberes de informar, otorgar trato digno y brindar

seguridad al consumidor o usuario, todo lo cual impactará en la interpretación de la voluntad de este último, en cuanto declaración válida para obligarlo.

5. PALABRAS DE CIERRE. CONCLUSIONES.

En el mundo actual, las contrataciones no paritarias, entre las que se incluyen los contratos de consumo, que se estructuran a partir del acuerdo negocial de un sujeto dominante frente a otro débil, constituye la modalidad preponderante, producto del avance tecnológico que coloca en ventaja a los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores, destinatarios de tales bienes.

Partiendo de considerar al consumidor como sujeto de tutela preferente con fundamento en la debilidad estructural que ostenta dentro del equilibrio negocial del contrato, actualmente no se discute que esta debilidad se acentúa en el ámbito del contrato internacional de consumo.

En tal contexto, la exclusión del consumidor del alcance normativo del artículo 2651 del Código Civil y Comercial de la Nación, propio de las contrataciones paritarias, impone delimitar los verdaderos alcances de la autonomía de la voluntad del consumidor, la que, aún limitada, no puede entenderse totalmente prescindente, en cuanto, sin voluntad autónomamente pronunciada, no hay contrato.

En el campo descripto, esto es cuanto, a la interpretación del contrato de consumo internacional, resultan relevantes los deberes generales a cargo del proveedor de bienes y servicios, esto es deber de trato digno, deber de informar, y deber de seguridad. Sin su observancia no podrá hablarse de cumplimiento contractual del proveedor, entendido el mismo no sólo como el cumplimiento fiel y exacto de la prestación nuclear, sino como comprensivo de este plus prestacional que deberá observar ineludiblemente.

6. BIBLIOGRAFÍA

BOGGIANO, Antonio. Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo actual. 6ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO. Marcos M. Córdoba, Carlos Alberto Parellada, Pascual

Eduardo Alferillo, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª. Ed. Revisada – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2015.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO. Gustavo Caramelo. Sebastian Picasso. Marisa Herrera, 1ª. Edición Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Derecho Internacional Privado. Primera Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavalía 2017.

ESLAVA, Gabriela L. ETIENOT, María Ernestina, Frustración del fin del contrato como modo extintivo de las obligaciones. Una nueva mirada sobre el plan prestacional. XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 2. Obligaciones. Mendoza. 2022.

KLEIN VIERA, Luciane. Restricciones a la Autonomía de la Voluntad de las Partes para la elección del Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales con Consumidores. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v73p447.

UZAL, María Elsa, Derecho Internacional Privado. Thompson Reuters. La Ley. Versión E book.

CONTRATOS NO PARITARIOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. NUEVOS PARADIGMAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Por Gabriela Lorena Eslava¹ y María Ernestina Etienot²

I. CONCLUSIONES

1. En el mundo actual globalizado y conectado, una mirada irrestricta de la autonomía de la voluntad que no contemple las desigualdades entre las personas, no se traduce en una verdadera autonomía de la voluntad. En la interpretación de los contratos internacionales deben tenerse en cuenta los paradigmas de fusión entre el derecho público y privado, y los principios del Derecho Internacional que integran la noción de orden público internacional. El artículo 2651 del CCCN refleja la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad, excluyendo a los contratos de consumo, pero omitiendo amparar otras categorías contractuales no paritarias, como los contratos por adhesión o por cláusulas predispuestas. De lege ferenda, proponemos realizar un agregado final al artículo en análisis el cual disponga: “...*Este artículo no se aplica a los contratos de consumo ni a los contratos no paritarios que no impliquen relaciones de consumo*”. Tendrá especial relevancia en la interpretación de la autonomía real de la voluntad del cocontratante débil el deber de informar a cargo del sujeto dominante.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

¹ Profesora Titular Experta de las asignaturas Obligaciones y Derecho de los Consumidores y Usuarios. Universidad Siglo 21. Abogada (UNC) Notaria (UNC) Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC) Especialista en Derecho de Familia (UNR). Vocal de Cámara Civil y Comercial de 8° Nominación de la Ciudad de Córdoba.

² Docente Adjunta Privado II. Universidad Nacional de Córdoba. Cátedra “B”. Abogada (UNC) Notaria (UNC). Doctoranda UNC.

Este trabajo pretende analizar críticamente los nuevos alcances adquiridos por la autonomía de la voluntad, a la luz de los nuevos paradigmas vigentes en el derecho privado, específicamente, en materia de contratos internacionales no paritarios.

En un segundo estadio se analizará la repercusión de lo precedente en las obligaciones generales, desde una mirada amplia que considere estándares internacionales mínimos de protección del cocontratante débil.

En las últimas décadas, el derecho privado en general, ha sufrido drásticas modificaciones. Eventos como la constante revolución tecnológica que experimenta el mundo actual, a partir de fenómenos en permanente evolución como la aparición de internet, la inteligencia artificial, modalidades de contratación y pago como las realizadas a través de las billeteras virtuales, las criptomonedas, etc., provocan que el mundo se encuentre en permanente cambio.

La desaparición de las fronteras territoriales como límite a la contratación entre personas en distintos Estados, la vertiginosidad y rapidez en su concreción, y la producción de efectos de larga duración como resultado de procesos de negociación abreviados e incluso inexistentes, exigen una revisión profunda del concepto de autonomía de la voluntad, así como de sus alcances y pautas interpretativas, tal como se concibiera tradicionalmente en el ámbito planteado.

En otras palabras, el Derecho Internacional Privado, ha cobrado fuerza ante el fenómeno de la globalización que nos muestra personas totalmente desconocidas contratando entre sí, traspasando fronteras, con una habitualidad totalmente impensada en otros tiempos.

Como consecuencia directa de lo expuesto, se profundiza el cambio en los principios e ideas rectoras de los códigos decimonónicos, surgidos con posterioridad a la revolución francesa, donde los valores preponderantes eran la igualdad, la libertad y la fraternidad.

En la actualidad, la complejización de las relaciones humanas ha llevado a repensarlos, deconstruyéndolos en dirección a nuevas miradas superadoras de los criterios de igualdad formal preexistentes, hacia la concreción de una igualdad real como fin último. Los enfoques jurídicos se han proyectado de esta manera en la relación entre los sujetos conforme la posición que ostenten de fuerte o débil; donde el Derecho debe intervenir

para lograr, precisamente, una composición del conflicto con criterios de igualdad real³.

De tal suerte, en el contexto jurídico actual, el contratante débil como el adherente y los consumidores y usuarios, resultan sujetos de preferente tutela en esta construcción de las convenciones mediante la diada fuerte vs. débil.

Esta debilidad estructural se potencia en las contrataciones internacionales, en las que las partes no se conocen, se concretan mediante negociaciones telefónicas, por internet, vía e-mails, con limitaciones en el idioma o modismos, diferentes idiosincrasias, sistemas o regímenes jurídicos disímiles, y otras particularidades imposibles de considerar ante el constante avance tecnológico.

En este marco, las obligaciones emergentes de contratos no paritarios, podrá, con alto grado de probabilidad, derivar en consecuencias no deseadas o no deseables para la parte débil o vulnerable del vínculo jurídico, las que deberán ser atendidas por el derecho para procurar reestablecer el equilibrio quebrado.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CONCEPTO. EVOLUCIÓN.

Conforme la visión tradicional, la autonomía de la voluntad en materia contractual, consistía en otorgar fuerza vinculante a la declaración de voluntad de las partes, con idénticos alcances a la ley. De allí, la fuerza jurídica de los contratos, si bien de carácter relativo por cuanto los mismos resultaban, y resultan, sólo vinculantes a las partes contratantes.

Esta noción omitía considerar la justicia o injusticia de los pactos (*pacta sunt servanda*), salvo la clásica afectación al orden público, la moral o las buenas costumbres; mirada que devino insostenible a la luz de los nuevos paradigmas de la globalización antes expuestos. Nociones como el ejercicio regular de los derechos y el principio de buena fe, permitieron, problematizar, delimitar y concretizar el alcance de la autonomía de la

³ ESLAVA, Gabriela L. ETIENOT, María Ernestina, Frustración del fin del contrato como modo extintivo de las obligaciones. Una nueva mirada sobre el plan prestacional. XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 2. Obligaciones. Mendoza. 2022.

voluntad, flexibilizando el rígido criterio y admitiendo la revisión de los pactos entre particulares.

En líneas generales, los primeros pasos en torno a la limitación de la autonomía irrestricta de la voluntad se materializaron en el ámbito del derecho laboral a través de normas de orden público que impidieron que el trabajador “voluntariamente” autolimite los derechos que le asisten.

Posteriormente, otros ámbitos se vieron alcanzados por esta tendencia, como en materia de consumo, disponiéndose idéntica limitación, mediante normativas imperativas específicas que abordaron dichos espacios.

Finalmente, este fenómeno se proyectó en el derecho civil y comercial, mediante lo denominado “publicización del derecho privado”, con especiales repercusiones en contratos no paritarios, como contratos de adhesión y por cláusulas predispuestas, donde, ante un Estado omnipresente, los institutos iusprivatistas comenzaron a ser analizados a la luz del derecho constitucional y convencional.

De tal suerte, el orden público imperante, adquirió nuevas dimensiones, complementando y hasta supliendo la autonomía de la voluntad, en aquellos casos en que, por existir desigualdad estructural entre los contratantes, no pueda hablarse precisamente de una verdadera autonomía⁴.

Conforme las citas efectuadas, una primera aproximación de lo hasta aquí señalado ha sido abordado por estas autoras en la ponencia presentada en las anteriores Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Número XVIII, que se llevaron a cabo en la Ciudad de Mendoza en el año 2022, Ponencia titulada “Frustración del fin del contrato como modo extintivo de las obligaciones. Una nueva mirada sobre el plan prestacional”⁵.

⁴ ESLAVA, Gabriela L. ETIENOT, María Ernestina, Frustración del fin del contrato como modo extintivo de las obligaciones. Una nueva mirada sobre el plan prestacional. XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 2. Obligaciones. Mendoza. 2022.

⁵ ESLAVA, Gabriela L. ETIENOT, María Ernestina, Frustración del fin del contrato como modo extintivo de las obligaciones. Una nueva mirada sobre el plan prestacional. XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 2. Obligaciones. Mendoza. 2022.

En aquella oportunidad, señalamos que el panorama antes descripto fue visto por algunos como una crisis en la autonomía de la voluntad, postura que no compartimos, por cuanto entendemos que, para hablar verdaderamente de tal autonomía, es necesario, que la relación se constituya entre iguales, con idéntico poder de negociación, pero con criterios de igualdad real y no meramente formal.

Así, crisis no es lo mismo que reformulación de la interpretación, conforme criterios más flexibles propios de paradigmas actuales, que a su vez reflejen al derecho como la estructura dinámica que debe ser, destinada a regular en un tiempo concreto las relaciones jurídicas entre las personas.

Dijimos también que, detectada la desigualdad estructural, el derecho interviene y el juez interpreta e integra las relaciones y contratos, debiendo prestar especial atención a la hora de abordar el tema que nos ocupa, identificando a las llamadas categorías sospechosas, donde se imponen estándares más rígidos de análisis.

Se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, que indica que debe fomentarse el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinciones arbitrarias, esto es “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, en cuyo caso, la solución jurídica a dar al conflicto en particular, variará substancialmente.

De tal suerte, la restauración del equilibrio, impone una visión interdisciplinaria del conflicto, que tenga como eje una perspectiva social (deconstrucción del concepto de fraternidad); surgiendo disciplinas imprescindibles, como el análisis económico del derecho, que distingue las relaciones gratuitas de las onerosas, y dan paso a fenómenos preponderantes como la contratos de seguros obligatorios, que introduce de este modo, nuevos sujetos en un ámbito relacional que inicialmente era concebido entre dos.

En otras palabras, este fenómeno de publicización que ha atravesado nuestro derecho privado en el orden interno, es compartido por el derecho internacional, produciéndose una mixtura entre el derecho internacional público, que regula las relaciones entre Estados, y brinda principios y estándares centrados en la protección de los derechos humanos desde la

conceptualización de las categorías vulnerables o susceptibles de preferente tutela; y el derecho internacional privado que concreta estos principios en normas que regulan estas relaciones entre particulares..

3. INTERRELACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN.

Más arriba, asentamos la importancia adquirida por valores y principios, como el valor dignidad y el “principio pro homine”, como criterios generales interpretativos, a los que podemos incorporar otros, de gran importancia para la comprensión del nuevo paradigma que sugerimos incorporar y que vienen del campo de los derechos humanos.

A título ejemplificativo mencionamos: a) Principio de Universalidad: Los Derechos Humanos, se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, por la unidad de naturaleza del hombre, cualquiera sea su condición histórica o geográfica; su raza; sexo; edad o situación concreta en la sociedad. b) Principio de Posición Preferente de los Derechos Fundamentales por sobre el poder estatal, el que deberá estar en todo momento al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana. c) Principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales, conforme el cual, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja a la persona humana, asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto. d) Principio Pro Actione, referido a la garantía de acceso a la justicia debiéndose interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados, sin dar la oportunidad de hacerlo.

Se propicia procurar la interpretación armónica y cohesiva de las distintas bases normativas interrelacionadas, pudiéndose apelar al diálogo de fuentes como herramienta fundamental de armonización y cohesión del derecho. Entendemos que adoptar este mecanismo como estándar de interpretación, resulta de una importancia práctica ineludible a la hora de remozar viejos conceptos como el de autonomía de la voluntad, aún hoy apegado a concepciones tradicionalistas como a continuación expondremos.

Más aún, consideramos que estos principios, dada su importancia, integran la noción de orden público internacional, que constituye uno de los límites a la autonomía de la voluntad.

Indica Dreyzin de Klor “... el orden público no puede definirse por la nota de la imperatividad, sino por su contenido, delimitado por un conjunto de principios de orden superior (políticos, religiosos, económicos, morales) a los que una sociedad considera estrechamente vinculados a la existencia y conservación de su organización social”⁶. Subtítulo

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora de manera unificada en su parte final normas específicas para la materia de derecho internacional privado.

En cuanto a la regulación de los casos internacionales en materia de contratos, en la línea que analizamos debemos traer a colación el artículo 2651 el cual expresamente dispone:

Artículo 2651. Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato; e) los principios de orden público y las normas internacionalmente

⁶ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional Privado*. Primera Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavallía 2017, pág. 310.

imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso; f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

De la redacción de la norma en análisis surge que “siguiendo la tendencia consagrada como regla a partir de la dinámica de intercambios internacionales, el artículo adopta de manera expresa el principio de autonomía de la voluntad”⁷.

La norma recepta tanto la autonomía conflictual cuanto la material. En la primera “se consagra la autonomía de la voluntad en sentido conflictual que consiste en la facultad que tienen las partes de establecer el derecho aplicable dejando de lado la elección neutral que realiza el legislador”⁸.

Por su parte “la recepción de la autonomía material significa que las partes, en su ejercicio, pueden crear las reglas que hacen al fondo de los contratos, e inclusive pueden descartar la aplicación de las normas coactivas del derecho elegido”⁹.

Cabe destacar que la posibilidad de optar por el sistema jurídico aplicable es admitida en contratos que vincula diversos sistemas jurídicos y

⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marcos M. Córdoba, Carlos Alberto Parellada, Pascual Eduardo Alferillo, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª. Ed. Revisada – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2015. Artículo comentado por Adriana Dreyzin de Klor en colaboración con Laura Casola, pág. 636.-

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marcos M. Córdoba, Carlos Alberto Parellada, Pascual Eduardo Alferillo, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª. Ed. Revisada – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2015. Artículo comentado por Adriana Dreyzin de Klor en colaboración con Laura Casola, pág. 637.-

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marcos M. Córdoba, Carlos Alberto Parellada, Pascual Eduardo Alferillo, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª. Ed. Revisada – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2015. Artículo comentado por Adriana Dreyzin de Klor en colaboración con Laura Casola, pág. 638.-

no en contratos exclusivamente internos, lo que impone determinar la relevancia de los puntos de conexión existentes.

Siguiendo a Boggiano, un contrato es internacional “...tanto si su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional”¹⁰.

Así coincidimos con Dreyzin de Klor, cuando entiende que el CCCN ha adoptado el concepto tradicional de autonomía de la voluntad irrestricta. Dice la mencionada autora “que la concepción de la autonomía de la voluntad en el DIPr ha evolucionado de una primera etapa en la que se consideraba ilimitada a su caracterización actual, conforme la cual se entiende que si bien las partes pueden elegir la ley reguladora, esta regla tiene sus límites”¹¹.

A criterio de estas autoras, a lo dicho cabe agregar que la recepción normativa de la autonomía de la voluntad en el artículo 2651 del CCCN, refleja no sólo el criterio tradicional de la autonomía irrestricta sino un modelo contractual que sólo resulta aplicable a contratos paritarios, con lo que lejos de estar vigente, ha quedado obsoleto en un mundo negocial globalizado caracterizado por la preminencia de las categorías contractuales no paritarias, por lo que hemos dado en llamar la diada fuerte vs. Débil.

Es decir, en la generalidad de los casos una de las partes será quién cuente con el poderío de imponer a la otra el contenido negocial, sólo pudiéndose hablar a su respecto de una verdadera autonomía de la voluntad.

El derecho no puede amparar tal situación, claramente no acorde a criterios de justicia y debe intervenir a fines de reequilibrar la estructura negocial, propia de una verdadera contratación en términos reales.

Del análisis textual del artículo 2651 CCCN surge que se excluye expresamente al consumidor en la regulación de la autonomía de la voluntad. Consideramos correcta esta exclusión normativa, si bien incompleta. Dentro de los contratos podemos diferenciar tres grandes categorías, a saber: a. contratos paritarios, b. contratos no paritarios que no importan relaciones de consumo, c. contratos de consumo.

¹⁰ BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo actual*. 6ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. Pág. 505.

¹¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional Privado*. Primera Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavalía 2017, pág. 303

Estas autoras entienden que el criterio de autonomía de la voluntad irrestricta propuesta por la norma en análisis sólo resultaría aplicable a los contratos paritarios. Por ello, entendemos que el legislador ha omitido excluir de su aplicación a los contratos no paritarios que no impliquen relaciones de consumo, por ejemplo otros contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, dejando así desprotegidos a un importante número de contratantes en situación de desigualdad estructural máxime teniendo en cuenta que estamos en presencia de normas de derecho internacional privado, cuyas contrataciones poseen características particulares, que de por sí ahondan las situaciones de desequilibrio negocial.

Por ello, proponemos de lege ferenda, que se amplie dicha exclusión normativa, hoy sólo limitada a consumidores, proponiendo realizar un agregado final al artículo en análisis el cual disponga: ...Este artículo no se aplica a los contratos de consumo ni a los contratos no paritarios que no impliquen relaciones de consumo”.

5. ESPECIAL RELEVANCIA DEL DEBER DE INFORMAR AL COCONTRATANTE DÉBIL EN LAS CONTRATACIONES INTERNACIONALES.

En el ámbito de los contratos no paritarios, incluidos los contratos de consumo, se ha puesto de resalto la importancia de que el cocontratante débil cuente con la toda la información referida al contrato celebrado, esto es tanto sobre las condiciones de la contratación, alcance de sus obligaciones y de sus derechos, como sobre las bondades y contraindicaciones del producto que adquiere. Este deber ha sido puesto en cabeza del cocontratante dominante, quién además resulta ser el que cuenta dichos conocimientos ya sea por haber elaborado el producto que comercializa o el servicio que brinda, o haber prefijado el contenido contractual, entre otros extremos.

Así, la obligación de informar se fundamenta en la desigualdad de conocimientos que las partes presentan, generalmente una de ellas posee el know how, y es justamente quién suele establecer las condiciones de contratación, inclinando sutilmente y a veces no tanto la balanza a su favor.

La importancia de dar cumplimiento en forma cabal a este deber que hemos colocado en cabeza del contratante dominante surge del fenómeno que hemos dado en llamar, “ampliación prestacional”.

En tal sentido, en la estructura de las relaciones jurídicas obligacionales, podemos distinguir el contenido núcleo, entendido como la conexión interna entre dos personas con intereses jurídicos contrapuestos.

Derecho subjetivo y deber jurídico como contenido obligacional, ligados entre sí por el vínculo jurídico.

Es qué además de dicha prestación central propia de cada contrato, encontramos otras anejas que resultan de la expansión de aquella. Es que, del contrato, emergen derechos y deberes sobre ambas partes y también cargas, que constituyen la concreción de los principios de buena fe y ejercicio regular de los derechos en un escenario concreto.

Como clara derivación del principio de buena fe, surge esta obligación de informar, cuyo cumplimiento, amén de integrar el plan prestacional, resulta incluso pretérito a la constitución de la obligación, para poder hablar de una auténtica autonomía en la declaración de voluntad del cocontratante débil.

Solo así, existirá coherencia entre la voluntad declarada con la voluntad real, ya que el contratante llamado “débil”, asistirá a la contratación con todos los elementos y herramientas necesarias para expresarse y obligarse válidamente

Por ello, esta información debe reunir los caracteres de ser objetiva, circunstanciada, veraz, comprensible, expresada en un lenguaje claro, y a través de un medio simple que garantice la posibilidad de un conocimiento efectivo del alcance de sus deberes y derechos.

Huelga decir que debe garantizarse la gratuidad en el acceso a la información por parte del cocontratante débil, siendo cualquier cláusula en contrario inválida, o al menos inoponible al sujeto que debe recibir dicha información, para que de este modo pueda contar con pleno conocimiento de qué contrata y qué implicancias tienen las prestaciones asumidas. Así, y sólo así estaremos en presencia de una voluntad plenamente autónoma.

6. PALABRAS DE CIERRE Y CONCLUSIONES

Partimos del concepto tradicional de “autonomía de la voluntad”, cotejándolo con la realidad actual de un mundo globalizado y conectado para deconstruirlo y reconstruirlo desde nuevos paradigmas que tengan en cuenta la existencia de desigualdad estructural en las contrataciones.

Consideramos que una mirada irrestricta de la autonomía de la voluntad que no tenga en cuenta las desigualdades materiales no resulta acorde a criterios de justicia ni se traduce en una verdadera autonomía.

No debe descuidarse en la interpretación de los contratos internacionales en general la aplicación de criterios y estándares normativos que tengan en cuenta los nuevos paradigmas de fusión entre los derechos público y privado, apelando al dialogo de fuentes.

En tal sentido, cobran especial relevancia los principios del derecho internacional como los principios de universalidad, posición preferente de los derechos fundamentales por sobre el poder estatal, principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales y principio pro actione, integrativos del orden público internacional.

En nuestro derecho positivo interno, el artículo 2651 del CCCN, expresamente regula el tema que nos compete en el ámbito del derecho internacional privado, reflejando en sus conceptos normativos la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad, antes criticada.

Si bien en su parte final excluye del ámbito de aplicación a los contratos de consumo, omite considerar un sinfín de situaciones, no encuadrables en la relación de consumo en los que también existe desigualdad estructural, como acontece con otras categorías contractuales no paritarias, como es el caso de los contratos por adhesión o mediante cláusulas predisuestas.

De lege ferenda, proponemos realizar un agregado final al artículo en análisis el cual disponga: ...Este artículo no se aplica a los contratos de consumo ni a los contratos no paritarios que no impliquen relaciones de consumo”.

Por último, tendrá especial relevancia en la interpretación de la autonomía real de la voluntad del cocontratante débil la información a proporcionar por quién se encuentra en mejor posición para brindar los conocimientos pertinentes, la que, además de su gratuidad, deberá reunir, bajo interpretación estricta, los caracteres de veraz, clara, objetiva y precisa (deber de informar).

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

Por Cecilia Fresnedo de Aguirre¹

I. CONCLUSIONES

1. El tema objeto de esta ponencia ha sido poco explorado en todos los niveles, legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Los especialistas consultados por la suscrita durante el proceso de elaboración del documento del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) del mismo título que esta ponencia, coincidieron en que no existen respuestas frente a la problemática que plantea la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos entre comerciantes, o que si las hay son insuficientes o inadecuadas. La mayoría de los referidos especialistas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación. Ello sin perjuicio de reconocer el valor de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.

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

¹ Directora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Ex Profesora Grado 5 (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Profesora de posgrados en las referidas universidades y en la Universidad de Montevideo, así como en diversas universidades extranjeras. Profesora en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015). Vicepresidenta del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Miembro del *Institut de Droit International*, Miembro Fundadora de ASADIP, Miembro de número fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay, entre otras membrecías. Autora de numerosos libros y artículos sobre temas de su especialidad. Consultora internacional y árbitro independiente.

adhiera o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.

3. No puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de ley y juez, porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.

4. En general los textos existentes no hacen referencia a los contratos comerciales con parte débil.

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

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

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

8. Para subsanar la situación descrita, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA aprobó por unanimidad el documento a que refiere, sintéticamente², esta ponencia.

II. FUNDAMENTOS

1. NECESIDAD DE SUBSANAR LA ESCASA O NULA ATENCIÓN QUE EN GENERAL SE PRESTA A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL

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

A la hora de elaborar instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, la doctrina y los foros de codificación se ocupan fundamentalmente de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales

² Ver texto completo en:
https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Autonomia_voluntad_contratos_comerciales_internacionales.asp

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

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos, *B2b contracts* y demás denominaciones.

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

b) La labor del Comité Jurídico Interamericano de la OEA

A los efectos de subsanar las referidas carencias o insuficiencias el CJI abordó el tema, y luego de tres años de intenso trabajo, en el IV Período Extraordinario de Sesiones celebrado en forma virtual el 12 de diciembre de 2023, aprobó el documento titulado “La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y Recomendaciones de Buenas Prácticas”. Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI viene a complementar lo que tenemos: los instrumentos de *hard law* (Convenciones y leyes nacionales) y de *soft law* (la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de La Haya sobre los contratos internacionales, entre otros) con que contamos actualmente.

El documento recoge los aportes de las cancillerías y de especialistas de diversos países miembros de la OEA, brindados en reuniones organizadas por la OEA y a través de las respuestas al cuestionario circulado, que se

analiza más adelante. Asimismo, en su elaboración la suscrita contó con el apoyo incondicional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en especial a través de los Dres. Dante Negro y Jeannette Tramhel, a quienes agradece.

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

El documento del CJI ofrece a los operadores jurídicos herramientas prácticas para manejarse con respecto a los contratos de adhesión y afines. En especial, contiene recomendaciones y posibles buenas prácticas para que los jueces y árbitros puedan determinar cuándo las cláusulas contractuales, particularmente las de elección de ley y foro, son abusivas o excesivamente perjudiciales para la parte que adhiere al contrato.

2. LOS CONTENIDOS DEL DOCUMENTO DEL CJI

a) Presentación del tema

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

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje), mientras que la otra, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Esta situación se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen.

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

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

A favor de la admisión de la autonomía conflictual en contratos de adhesión se ha dicho que ello es indispensable en los contratos de oferta masiva, donde resulta imposible la negociación individual de las cláusulas de cada contrato. Además, se sostiene que los comerciantes contractualmente débiles pueden estar a veces deseosos de aceptar los términos de los contratos de adhesión porque ello implica menores costos y mayor celeridad en la contratación, porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede ocurrir en algunos casos, cuando las cláusulas no son abusivas y no perjudican gravemente los intereses de quién adhiere. En esos casos, el comerciante que adhirió probablemente recurrirá a la jurisdicción establecida en las condiciones generales, y no discutirá la ley allí establecida como aplicable al contrato.

El problema se plantea cuando, surgido el diferendo, el comerciante que adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos. En esos casos, aunque la utilización de cláusulas de ley y juez predispuestas unilateralmente haya garantizado una contratación eficiente en términos de tiempo y dinero, no garantizará una rápida y económica solución del diferendo. Existen incontables ejemplos en que se discute largamente la validez o nulidad de las referidas cláusulas, incluso en contratos de libre discusión³. Dicha realidad echa por tierra también el argumento de la certeza que supuestamente brindaría la autonomía de la voluntad conflictual.

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

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

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

3. EL CUESTIONARIO Y SUS RESPUESTAS COMO BASE DEL INFORME Y SUS RECOMENDACIONES Y OTRAS CONSIDERACIONES

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

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

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

Sintéticamente, cabe reseñar aquí lo siguiente:

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

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable y jurisdicción competente respecto de los contratos internacionales, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones. Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual, o no la admiten claramente, otros la prohíben, aunque con excepciones, otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible. Algunos la admiten, pero refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales.
- En general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.
- En general todos los sistemas tanto autónomos como convencionales excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir foro y/o ley, o la limitan. Las exclusiones más habituales refieren a los contratos internacionales de consumo, de seguros, de transporte de mercaderías; también en algunos países se excluyen los contratos internacionales de agencia comercial, de franquicia, de distribución y relativos a la actividad minera.
- Ante el interrogante de si los contratos comerciales internacionales de adhesión y afines en que ambas partes son comerciantes tienen alguna regulación especial, las situaciones varían en los distintos derechos convencionales y autónomos, así como en los instrumentos de *soft law*.
- La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen la problemática objeto del documento del CJI, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en el Informe, hace necesario su regulación. En general, los especialistas consultados a través del cuestionario han admitido que la legislación existente en este punto es insuficiente y que debería adecuarse.

c) Otras consideraciones

El Informe desarrolla otras consideraciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias relevantes, que sólo mencionaré en esta ponencia, remitiéndome en cuanto a su desarrollo al documento completo

publicado por el CJI en su página web. Las referidas consideraciones son las siguientes:

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

4. RECOMENDACIONES Y POSIBLES BUENAS PRÁCTICAS RESPECTO DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL

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

El objetivo del Informe y recomendaciones de posibles buenas prácticas sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente

débil es profundizar sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*.

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

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

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

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

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

Cabe señalar que las recomendaciones que aquí se formulan están en concordancia con Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, OEA, 2019, cuyo relator fue el Prof. Dr. José A. Moreno Rodríguez.

b) Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato

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

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

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

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

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

Esta regla es armónica con el art. 3.a) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005), que define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como “un acuerdo celebrado por dos o más partes”, lo que excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas.

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

Si el juez (o el árbitro) concluye que la cláusula de elección de ley y/o juez no es válida, determinará la ley aplicable y/o la jurisdicción

internacionalmente competente de conformidad con las normas de DIPr que resulten aplicables, a falta de elección válida. Dichas normas de DIPr serán convencionales, o en su defecto, las normas de DIPr nacionales o autónomas del Estado del foro. No habrá una “ruptura” del acuerdo de elección de foro y/o de ley, sencillamente porque ese acuerdo no es válido.

c) Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargade la prueba del consentimiento

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

Esta recomendación se inspira, entre otras fuentes, en el art. 3.c) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005) y en el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, de 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94, y es acorde con la legislación de varios países, como por ejemplo de Argentina (art. 2607 CCCN), Brasil (art. 63(3) del CPC), Uruguay (art. 60 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920) y República Dominicana (art. 18.II de la Ley N° 544-14).

El hecho de que la cláusula de elección de ley y/o juez conste por escrito no es suficiente para que exista consentimiento válido de ambas partes. Encontramos en el derecho comparado, que el escrito no firmado no implica consentimiento, sino que éste se manifiesta a través de la firma u otra forma comprobable de la voluntad de la parte. Como ha dicho la jurisprudencia, “los impresos por sí solos a nadie obligan”⁵. De todas formas, se reitera que estas Recomendaciones no son vinculantes.

Además, la recomendación propuesta se inspira en un instrumento universal de *soft law*, como son los Principios de UNIDROIT sobre los

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

contratos comerciales internacionales, ya analizados supra, en especial en el Comentario 3 a los arts. 2.1.20 a 22, y en el art. 2.1.20.

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

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

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

El sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley; para ello es necesario que la cláusula vaya en detrimento de la parte más débil⁶, lo que puede ser un buen criterio para el aplicador del derecho a la hora de interpretar y evaluar las cláusulas de elección de ley y/o juez.

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

“Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten⁷ el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último.”

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

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

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

Asimismo, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha reconocido “Que ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad”⁸.

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

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

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

Dicha aceptación puede ser expresa o manifestarse mediante la presentación de la demanda ante el foro elegido en la cláusula. En este caso, la ausencia inicial de consentimiento se subsana en una etapa posterior a la celebración del contrato. Esta recomendación se inspira en las diversas normas convencionales y autónomas que admiten la elección de ley o juez en cualquier etapa de la vida del contrato. Así, por ejemplo, el art. 8 de la

⁸ AG/RES. 2703 (XLII-O/12) FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA INTERAMERICANO DE FACILITADORES JUDICIALES (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 45 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de Uruguay, entre otras.

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

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

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

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

h) *Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto*

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

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

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

“Se recomienda que en ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos constituyan un impedimento para la aplicación de las disposiciones imperativas del foro. Se sugiere que se tomen en cuenta también las disposiciones imperativas de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos relevantes a criterio del juez actuante⁹.”

j) Recomendación 9. Orden público internacional

“Se recomienda que en ningún caso se les reconocerá eficacia a las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos cuya aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro.”

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA. Está en línea, además, con el artículo 18 de la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

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

**RELACIONES CONTRACTUALES INTERNACIONALES DE
CARÁCTER FAMILIAR. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Por Sandra Gutiérrez¹

I. CONCLUSIONES

1. Los contratos de maternidad por subrogación, están comprendidos en los derechos indisponibles previstos a los que refiere el art. 2598, 2599 y 2600 del Código Civil y Comercial, pues no existe vacío legal interno respecto a los mismos, sino normas de orden público expresas que les son aplicables.

2. En los contratos internacionales referidos a maternidad subrogada, resulta insuficiente la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado de la mujer gestante como fundamento para la validez del mismo.

3. La jurisprudencia local se ha mostrado proclive a la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la ley, en la determinación de la maternidad en contratos/convenios de maternidad subrogada, lo que resulta favorecedor para que estas prácticas sean requeridas por parte de comitentes extranjeros. Esta problemática precisa de normativa de derecho internacional privado con fundamento en la dignidad de la persona humana en consonancia con las convenciones del derecho internacional público y el derecho interno de los Estados.

4. Es necesario que las normas de derecho internacional privado de familia sean interpretadas de modo restrictivo, y conforme al estándar del interés superior del niño y perspectiva de género, teniendo en cuenta la especial consideración a la mujer en situación de vulnerabilidad, impidiendo toda forma de trata de personas.

¹ Profesora Titular Interina de la Cátedra de Derecho Privado VIII. Facultad de Derecho y Cs Ss. Universidad Católica de Cuyo.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia toma como punto de partida la conclusiones de la Comisión de Derecho Privado de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Conclusiones Comisión N° 9 a la que en forma unánime se arribara en el punto 1) que señala: “ *Más allá de lo previsto por el art. 12 del CCYCN, el fraude presenta un perfil singular en el Derecho Internacional Privado bajo la denominación de “fraude a la ley” que consiste en la manipulación artificiosa -mediante actos lícitos- de los hechos subyacentes en el punto de conexión de la norma de conflicto, tal como aparece receptado en el art. 2598 de dicho cuerpo legal y en el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; que dispone:*” Artículo 6: *No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.*”

La comisión define el fraude a la ley, y luego respecto a la operatividad del mismo, afirma “**4) Como consecuencia del dinamismo propio de la materia y el influjo del pluralismo normativo y metodológico, la operatividad del fraude a la ley se ve aún más restringida como consecuencia de: la incorporación de normas internacionalmente imperativas, el mayor espacio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, los cambios profundos evidenciados en el derecho argentino y en el derecho comparado en materia de divorcio;.**”²

Estas conclusiones, abren nuevos horizontes para la reflexión, respecto a otros institutos del derecho de familia en el ámbito del derecho internacional privado. En materia de filiación, surge el interrogante, si en los contratos de maternidad subrogada, el ejercicio de autonomía de la voluntad es de tal entidad, que amerite reconocimiento y protección por sobre el orden

2 <http://www.saij.gob.ar/seminarios-jornadas-conclusiones-congresos-conclusiones-xxviii-jornadas-nacionales-derecho-civil-realizadas-mendoza-dias-22-23-24-septiembre-2022-comision-9-derecho-internacional-privado-dacf220060-2022-11-24/123456789-0abc-defg0600-22fcanirtcod?q=%20titulo%3A%20jornadas%20AND%20titulo%3A%20nacionales&o=12&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=17>

público interno, o si por el contrario, el objeto y finalidad de los contratos de maternidad subrogada afectan de tal modo la dignidad de las personas, que no hay autonomía de la voluntad que pueda desplazar la plena vigencia del orden público, y resulten alcanzados por el instituto de fraude a la ley.

Este trabajo postula que las nuevas tecnologías en torno a la concepción de la persona humana requieren normas de derecho internacional privado en materia de familia, que compatibilicen y promuevan los logros que la humanidad ha conseguido en el ámbito del derecho convencional, del derecho internacional público en el reconocimiento de valores universales como la dignidad, la igualdad y la libertad de las personas. Se advierte, que no existe un vacío legal. Hay reglas del derecho internacional privado que proveen garantías mínimas, resguardos a los derechos personalísimos en materia de maternidad subrogada.

En la comunidad internacional se han dado debates, declaraciones, consensos que reflejan la preocupación por el impacto de las nuevas prácticas al servicio del logro de la paternidad, maternidad. La Declaración de Casablanca, suscrita en 2023 por 100 expertos de 75 nacionalidades, tiene como finalidad comprometer a los Estados a adoptar medidas contra la maternidad subrogada en todas sus formas y modalidades, ya sea remunerada o no. Además de solicitar la abolición de esta práctica, dicha Declaración invita también a los Estados a negar todo valor jurídico a los contratos que lleven el compromiso de una mujer de gestar y dar a luz a un niño.³

El 18 de junio de 2024 se llevó a cabo en Ginebra, el evento *Subrogación: ¿a qué precio? Previniendo la explotación y cosificación de mujeres y niños*, en el documento final, se señala, la necesidad de llegar a un acuerdo internacional, común sobre la dignidad y los derechos humanos que están involucrados. En el informe se registran testimonios de mujeres gestantes, que han sido vulneradas en la dignidad personal.⁴ En Argentina recientemente en el ámbito judicial se está investigando la existencia de

3 <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>

4 <https://alfayomega.es/gloria-fue-gestante-por-subrogacion-y-ahora-lucha-contra-esta-practica/>

contrataciones a mujeres en situación de vulnerabilidad.⁵ Todo esto da cuenta que existe preocupación en la comunidad jurídica respecto a que las prácticas de la maternidad subrogada vulneran derechos humanos.

El 23 de abril del 2024 el Parlamento Europeo aprobó una resolución legislativa en orden a modificar la Directiva 11/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos. La resolución propone incorporar la tipificación de la explotación de la maternidad subrogada como una forma de trata de personas. Se habla de “explotación de la maternidad subrogada”, lo que manifiesta los riesgos que las prácticas suponen especialmente para las mujeres.⁶

Úrsula Basset recuerda con relación al tema que la Informante Especial de las Naciones Unidas sobre trata y explotación sexual – incluyendo prostitución y pornografía de niños– sostuvo, en un informe presentado en el mes de enero de 2018 en el marco de la Asamblea General de la ONU, que frecuentemente la maternidad subrogada equivale a la trata de niños; y recomienda, según señala la autora recién citada, “prohibir la maternidad subrogada comercial, determinar en todos los casos la maternidad por el parto y no admitir contratos que impliquen la renuncia a la responsabilidad parental por parte de la madre”⁷

Con el ánimo de reflexionar sobre estas cuestiones y delinear los aspectos fundamentales del orden público y de la normativa de derecho internacional privado, aplicable a la maternidad subrogada, se organiza el análisis partiendo de la consideración a la persona humana como centro de todo el ordenamiento jurídico, se conceptualiza el orden interno internacional, se sintetiza la normativa aplicable de derecho interno y convencional que conforman el orden público interno. Seguidamente se analiza la autonomía de la voluntad en los contratos de maternidad subrogada, y finalmente, se reseña el esquema normativo de derecho

5 <https://www.infobae.com/judiciales/2024/07/23/madres-pobres-y-clinicas-de-fertilizacion-la-megacausa-que-investiga-si-la-subrogacion-de-vientres-fue-trata-de-personas/>

6 Lafferriere, Nicolás Parlamento Europeo tipifica la explotación de la maternidad subrogada como una forma de trata de personas. El Derecho Diario Tomo 306 31-5-2024 Cita digital ED-V-DCLIV-443

7 Basset, Úrsula C., “La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe oficial de la Asamblea General de la ONU”, LA LEY, 2018-E, 728.

internacional privado contenido en el Código Civil y Comercial, señalando los institutos del DIPr que resultan aplicables a la materia.

2. LA PERSONA HUMANA COMO CENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Compartiendo las enseñanzas del profesor Alfonso Santiago, quien afirma que, tres son los hitos en la historia universal que marcan un nuevo modo de entender y operar el derecho tanto a nivel nacional como internacional. Estos son, los juicios de Núremberg de 1947, la sanción de la Constitución alemana de 1949 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. El primero aporta la idea de que el derecho no puede tener cualquier contenido, y que la injusticia extrema no es derecho, el segundo la declaración de la dignidad humana y la obligación de todo poder público de respetarla y protegerla.

“A partir de esos hitos, el antiguo concepto de Estado de Derecho asume ahora necesariamente algunos contenidos concretos, entre los que figuran, en primer lugar, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la promoción de los derechos humanos, como exigencias básicas y universales de justicia que tiene que ser necesariamente incorporadas a los textos y las prácticas jurídicas para ser consideradas legítimas en cuanto tales.”⁸

La persona humana con el explícito reconocimiento de su dignidad es posicionada en el centro del ordenamiento jurídico, es principio, sujeto y fin de todas las instituciones jurídicas. Es de la dignidad del hombre, que derivan los derechos humanos que son reconocidos y protegidos tanto en orden interno, como en el internacional.

El autor señala que la centralidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico, es un logro que tuvo un costo muy elevado para la humanidad. Se alcanzó luego que la humanidad transitara por las dos guerras mundiales, padeciera todo tipo de totalitarismos, y con todo ello, “ha dado comienzo a una nueva era jurídica en donde la base de la convivencia nacional e internacional se establece en este pilar fundamental del

⁸ Santiago, A. “Una nueva era del derecho (1945 en adelante) y su impacto en el derecho de las personas, el matrimonio y la familia.” Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de familia y de las personas. Ed. Thomson Reuters. La Ley. 2002 pág.1-34.

reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan”⁹.

En el mismo sentido Robert Alexis afirma “La observancia de los derechos humanos es una condición necesaria de legitimidad del derecho positivo”¹⁰.

3. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El artículo 2600, la última disposición del Capítulo I del Título IV, se dedica a una institución: el orden público internacional. La norma dispone: *Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.*

Existe coincidencia entre los autores acerca de la dificultad para definir al orden público internacional. Afirma, Luciana Scotti, “El calificativo de “internacional” se utiliza para diferenciarlo del orden público interno. Éste representa la restricción a la autonomía de la voluntad, que con sentido de equidad ampara el interés general de la voluntad particular. Son leyes imperativas, inderogables por las partes, e imperan sobre las relaciones jurídicas privadas puramente internas. En cambio, el orden público internacional u orden público del Derecho Internacional Privado es el impedimento a la aplicación del derecho extranjero cuando éste es contrario al espíritu de la legislación del foro. En definitiva, el orden público interno opera como prohibición, mientras que el orden público internacional funciona como excepción.”¹¹

En cuanto al contenido cabe seguir a Najurieta en cuanto señala “El orden público internacional comprende los principios que subyacen en todo tratado de derechos humanos. Así como el derecho en general, evoluciona

9 Santiago, A. “La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional.” Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de familia y de las personas. Ed. Thomson Reuters. La Ley. 2002 pág.36-55.

10 Alexi, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Año V, enero-junio 2000 pág. 29.

11 Scotti, L. y Brodsky, J. “Los clásicos problemas del Derecho Internacional” EN LETRA año II, número 4 (2015), tomo I, pp. 72-126

de lo nacional a lo universal, los derechos humanos se han internalizado, es decir, han pasado de ser una cuestión de derecho interno, perteneciente a la jurisdicción doméstica de los Estados, a ser una cuestión internacional en la que coexisten diversas fuentes: por un lado, la Constitución y la ley, por otro lado, los tratados, las declaraciones y la jurisprudencia internacionales”¹²

Son distintas las nociones de orden público internacional que dan los autores, pero podría señalarse que en el contenido coinciden que tanto el orden público internacional como el orden público interno está conformado por los principios y deberes emergentes de la Constitución Nacional, y los tratados a ella integrados por el art. 75 inc. 22 CN. La Corte Suprema de la Nación ha dicho “el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo, sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado”¹³.

A los fines de este ensayo, se sostiene que el contenido del orden público internacional y orden público interno son los derechos humanos emergentes de la Constitución Nacional. Diferenciados ambos, en cuanto al funcionamiento; de prohibición orden público interno de excepción orden público internacional, resulta pertinente integrar este sucinto esquema con un elemento más, la prohibición o excepción no se sustenta solamente en el pensamiento social mayoritario (criterio subjetivo de difícil constatación), sino por un límite infranqueable, ***la de prohibición de afectación a terceros***. Siguiendo en este análisis a Victoria Famá, quien afirma “Desde esta perspectiva, puede concluirse que, en un Estado Constitucional de Derecho, la noción de orden público no puede asimilarse a lo que un sector de la población, ni siquiera la mayoría, considera inmoral o repugnante a las buenas costumbres. Tampoco necesariamente a lo que nuestro ordenamiento infraconstitucional determine como principios de orden público. Esta noción es más amplia y se encuentra ligada al reconocimiento de los derechos humanos emergentes de nuestro orden

12 Nujurieta, Maria S. Orden público internacional y derechos fundamentales del niño. LL 1997-B-1997.

13 Corte Suprema de la Nación 16/08/2005 “Z.L.I. c/ ANSES LL 2005-E-260, con nota de Mazzinghi, Jorge “Errores repetidos”

constitucional en la medida en que su ejercicio no afecte derechos de terceros.”¹⁴

Siguiendo la doctrina especializada, el reconocimiento y validez de los contratos internacionales de maternidad por subrogación al derecho internacional privado, requieren ser analizados desde dos perspectivas. Por un lado, la relación con el orden público, y para esto es necesario *el control de razonabilidad* de los contratos, con los derechos humanos reconocidos en la CN y los tratados integrados a la misma, y por otro lado, la verificación respecto al respeto por un límite infranqueable, *la afectación a terceros*.

4. MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

a) Conceptualización de maternidad subrogada y gestación por sustitución

Se distingue la maternidad subrogada de la gestación por sustitución, en que en la primera la mujer aporta óvulo y asume la gestación por encargo de los comitentes y en la segunda solo gesta un embrión que al menos tiene vínculo genético con uno de los comitentes. En ambos, hay voluntaria supresión del vínculo filiatorio, dado que la persona por nacer no será hijo de la mujer que lo dé a luz. En ambos hay un acuerdo de partes, que contraría las disposiciones legales respecto a la determinación de la filiación materna, al estado de familia y a las reglas de los contratos, de lo que deriva la contradicción insalvable con las normas de derecho de familia de orden público interno.

Tanto en la maternidad subrogada como en la gestación por sustitución, el objeto del contrato.

b) Maternidad subrogada y gestación por sustitución en el derecho interno

14 Famá, Victoria El orden público internacional argentino ante la filiación por técnicas de reproducción humana asistida: normativa vigente y solución proyectada. SJA 19/12/2012-3 TR LALEY AR/DOC9446/2012

Cabe señalar que gran parte de la doctrina señala que hay un vacío legal en cuanto a la maternidad subrogada,¹⁵ y otra parte, que sostiene que se trata de incompatibilidad con el sistema filiatorio regulado en el Código Civil.¹⁶ Adhiriendo a esta última postura, con fundamento en normas expresas que integradas e interpretadas como lo prescribe el art. 2 del Código Civil y Comercial, se afirma que el derecho civil argentino ha regulado un sistema integrado de asignación de la filiación, en el que la maternidad no puede ser asignada en forma privada.-

En primer lugar, corresponde señalar que el régimen filiatorio en el Código Civil y Comercial, es un sistema integrado de normas de orden público, indisponibles por los particulares. En el mismo, la asignación de paternidad o maternidad, tiene como fuentes la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida o la adopción.¹⁷ No hay vacío legal, no hay prohibición expresa a la maternidad subrogada o gestación por sustitución, sino que resulta incompatible con el sistema filiatorio que ha sido debatido recientemente, al sancionarse el Código Civil y Comercial, hace diez años¹⁸. El sistema filiatorio vigente, representa ese “orden público dinámico, actualizado” al que hace referencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado precedentemente. En efecto, han transcurrido diez

15 Kemelmajer De Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 525. Señalan que el texto actual eliminó la regulación de la gestación por sustitución, pero ello no importa su prohibición. Es decir que la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido, está permitido.-

16 Sambrizzi, Eduardo Tratado de derecho de Familia Tomo III Ed. Thomson Reuters La Ley pág.313. También Mazzinghi, Jorge Derecho de Familia Parte General Bs. As. 2009, pag. 85; Tobías, José W. Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil Parte General. Buenos Aires, 2009, pág. 85, Alés Uría, Mercedes Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de dignidad humana fundante. LL 2017B-888, IV. Perrino, Jorge Filiación y Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Tratado de Derecho de Familia Tº III pág. 2539 ss. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. Basset, Ursula Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción.” LL, 2013-F-1056.

17 Art. 558 del Código Civil y Comercial **Fuentes de filiación. Igualdad de efectos.** La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.

18 El 8 de octubre del 2014, la ley 26.994 reemplaza al Código Civil por el Código Civil y Comercial.

años desde el debate legislativo que aprobara el sistema filiatorio en el sistema jurídico argentino (2014), no podría acusarse de desactualizado.

Los acuerdos de maternidad subrogada o gestación por sustitución, en términos genéricos, a la luz del régimen filiatorio vigente, regulado en el Código Civil y Comercial, resultan a) **son contrarios a la normativa que rige la determinación de la maternidad**. El art. 565 dispone que la maternidad se establece por el hecho del parto y la identidad del nacido b) **disponen sobre el estado de familia que es indisponible y no puede ser objeto de transacción**: Art. 1644 “no puede transigirse sobre derechos en los que está comprendido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas”. No se puede contratar sobre la maternidad. El estado de familia “madre”, es indisponible. c) **tienen objeto prohibido**: El art. 279 señala que el objeto de los actos jurídicos no puede estar prohibido por la ley, contrariar la moral, las buenas costumbres, o ser lesivo de la dignidad humana. En el mismo sentido el art. 1004 contiene el mismo enunciado respecto de objetos prohibidos en los contratos; d) **exceden la libertad de contratación**: art. 958, las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

En cuanto a los efectos; e) **Los efectos** de estos contratos están determinados por los arts. 386 y 387 y son 1) Nulos de nulidad Absoluta, 2) Declaración de Oficio 3) No pueden ser exigible judicialmente, 4) No pueden ser confirmado y 5) Su nulidad es imprescriptible.

En relación al reconocimiento y protección del derecho a la identidad. Estos contratos f) **contrarían las disposiciones relativas a la identificación del recién nacido**. La ley 26.061 que regula el Sistema Integral de Protección de Niñez y Adolescencia, dispone la inmediata identificación de los niños. El art. 12 señala que la identificación del recién nacido goza de garantía estatal, y prescribe “Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, *estableciendo el vínculo filial con la madre.*”

En relación a los sujetos de protección; g) **Rompen con un bien jurídico protegido el binomio madre e hijo**. La ley 24.540 (1995) regula expresamente el régimen de identificación de los recién nacidos en el art. 1 y dispone: “Todo niño nacido vivo o muerto y su madre deben ser

identificados de acuerdo con las disposiciones de esta ley, y reconoce como bien jurídico el “*binomio madre e hijo*”, al prescribir en el art. 14: “Sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades del establecimiento médico asistencial por el incumplimiento de la presente ley, el identificador y el profesional médico a cargo del parto son responsables por la protección e integridad de la identificación del binomio madre-hijo”.

El Código Civil y Comercial *preserva el vínculo madre- hijo* y contiene normativa expresa, cuya finalidad es proteger a la madre de toda decisión que resulte afectada por el estado del puerperio. Así el art. 607 dispone que la manifestación de dar el hijo en adopción es válida luego de 45 días siguientes al nacimiento. Otro resguardo legal al binomio madre-hijo es la **prohibición categórica de la entrega directa de niños**: “Artículo 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

En relación a la mujer gestante y a la mujer madre que será sustituida. El derecho interno describe y sanciona expresamente la violencia obstétrica en la Ley de Parto Humanizado 25.929 en el año 2004 y posteriormente, reglamentada por el Decreto 2035/2015, que **reconoce el derecho de la mujer antes, durante y después del parto**, todo lo cual revela que el derecho interno, protege el hecho del nacimiento, y **el binomio madre y al niño**. Dispone expresamente el reconocimiento del derecho “*h) A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales*” y correlativamente el derecho del niño; “*Artículo 3º - Toda persona recién nacida tiene derecho: a) A ser tratada en forma respetuosa y digna. b) A su inequívoca identificación.*” y luego señala; *d) A la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla.* Se amplía la protección jurídica no solo al binomio madre-hijo

incluyendo también al padre, “Artículo 4º - El padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo tienen los siguientes derechos: “...b) *A tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de decisiones relacionadas con su asistencia...*”

Concordantemente, La ley de Violencia contra la mujer tipifica la violencia obstétrica como *e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929*

La gestación y el parto, son hechos jurídicos merecedores de protección legal y el Estado Argentino ha reconocido y respondido ante la CIDH por incumplimientos en los que ha incurrido, y tiene como bien jurídico protegido *la mujer como centro del ordenamiento jurídico reconocida en su dignidad*.¹⁹

Mercedes Alés Uría, hace hincapié, en este trato especial que el sistema jurídico para el binomio madre e hijo, y señala *“Hora sagrada, contacto inmediato y lactancia. Como parte de una atención libre de violencia a los procesos de gestación, parto y posparto, se incluyen derechos que no solamente hacen a la mujer sino también a sus hijos. Entre ellos, se encuentra la no injerencia en el primer contacto entre madre e hijo y la posibilidad de iniciar la lactancia temprana en consonancia con la opinión médica unánime de que esto es favorable al neonato tanto a nivel físico como emocional.”*²⁰

Estos derechos derivados de los derechos humanos, en particular, de los derechos de la mujer, dotada de una capacidad vital para la humanidad, nutrir la vida incipiente de otro ser humano, en un intercambio biológico, emocional, psicológico, protagonizando un vínculo intrauterino humanizador que ninguna máquina ha podido reemplazar. Esta capacidad

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Brítez Arce Y Otros Vs. Argentina

Sentencia. 16 de Noviembre de 2022.-

20 Alés Uría, Mercedes. Revista Derecho de Familia y de las Personas. Noviembre 2020, pág.235.

TR LALEY/AR/DOC/3422/2020.

única, exclusiva, es soslayada cuando paralelamente al reconocimiento y protección, se ensayan todo tipo de argumentaciones para reducirla a una capacidad contratable.

Este amplísimo marco legal configura el orden público interno, al que se enfrentan los particulares, cuando evadiendo la ley argentina y en fraude a la ley, realizan contrataciones respecto a la maternidad. No es que exista una laguna legal en materia de maternidad subrogada o gestación por sustitución, sino que el derecho argentino tiene un esquema de orden público *pro homine*, en favor de la dignidad de la persona humana.-

La valoración de la persona humana como eje del sistema jurídico legal argentino, es la justificación misma de la existencia de normas de orden público.

c) Maternidad subrogada o gestación por sustitución en el derecho convencional

Los contratos de maternidad subrogada o gestación por sustitución, no resisten el control de convencionalidad.

En relación **al niño por nacer**; las disposiciones convencionales en relación al reconocimiento de los derechos del niño contenidos en la Convención de los Derechos del Niño art. 7 Toda esta normativa y el principio general del art. 3 “interés superior del niño”, han adquirido vigencia, han trazado una trayectoria, arraigándose en la jurisprudencia y doctrina nacional. Nadie discute hoy, acerca del reconocimiento y la vigencia de los derechos a la identidad, derecho a conocer a sus padres y ser criados por ellos, y la excepcionalidad de la separación y la aplicación como sanción, solo en situaciones de abandono o riesgo, con indicadores, verificados, constatados judicialmente.

En relación a la mujer gestante, o madre sustituida. El Estado Argentino ha suscripto convenciones que reconocen la dignidad de la mujer. Entre las más importantes, la CEDAW, que establece en el preámbulo “Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.” El reconocimiento de la dignidad de la

mujer en igualdad de condiciones con el hombre, no admite retroceso alguno, y la contratación sobre su cuerpo, sobre la capacidad exclusiva y original femenina de gestar vida, es un reduccionismo inaceptable.

Este amplísimo marco legal permite concluir que no existe una laguna legal en materia de maternidad subrogada o gestación por sustitución, sino que el derecho argentino como sistema integrado de normas, tiene soluciones claras, provee de un esquema de orden público *pro homine*, en favor de la dignidad de la persona humana, frente al cual las contrataciones sobre la maternidad, no tienen lugar alguno. El sistema legal argentino, como lo señala el art.1 y 2 del Código Civil y Comercial, no se agota en la ley escrita.

Este recopilado de normativa demuestra que existe una laguna legal en el orden público interno. Por el contrario, estas normas no han surgido espontáneamente, sino que son el resultado de dolorosas historias, que fueron motivando transformaciones legislativas humanizadoras. A modo de ejemplo, de la prohibición de entrega directa de niños, es el último eslabón de la progresión desde la validez de entrega por escritura pública, hasta la obligatoriedad de decisión judicial. Admitir la validez de las contrataciones sobre la maternidad, es un evidente retroceso en la lógica de humanización del nacimiento.

El reconocimiento de la persona humana como eje del sistema jurídico legal argentino, es la justificación misma de la existencia de normas de orden público.

5. DISPOSICIÓN DE LA CAPACIDAD DE GESTAR Y DE LA MATERNIDAD. DERECHO DE LA PERSONALIDAD. INTEGRIDAD PERSONAL. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

¿Existe ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos sobre maternidad (gestación por sustitución, maternidad subrogada), que ameriten el retroceso del bloque “orden público”?

Corresponde indagar en los valores y principios que sustentan el sistema integrado de normas y principios en el Código Civil y Comercial. Para ello, la fuente fidedigna, son los motivos expuestos en el proyecto de ley presentada al Congreso de la Nación por los autores de la reforma del año 2014 del Código Civil Argentino. En los Aspectos Valorativos y Principios Preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la

Nación, el Dr. Ricardo Lorenzetti,²¹ afirma, al explicar los motivos de las disposiciones relativas al cuerpo humano “ El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente. Un modo de resolver al problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con la persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo, y en especial, los genes forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho de la autodeterminación, de lo que se deriva que estos derechos están fuera del comercio. No tienen valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.”

La gestación humana, es un proceso, no una parte del cuerpo, que involucra órganos, genes, fluidos vitales, procesos químicos, fisiológicos, psicológicos como emociones, temores, que del cuerpo y psique de la mujer gestante se extenderán al niño concebido y en ese intercambio constitutivo de la persona humana, el niño concebido, crecerá. Solo en ese proceso la vida humana tiene cabida. Este proceso, involucra componentes, que constituyen derechos personalísimos, indisponibles que están fuera del comercio, conforme los cimientos y motivaciones del Código Civil y Comercial vigente.

Para invocar la validez de la contratación de la gestación y de la maternidad se señalan fines humanitarios. Se apela que estos contratos, que se califican como gratuitos, con fines altruistas, de favor, tienen por finalidad, posibilitar la paternidad o maternidad encomendada, incluso entre familiares, o personas con relación previa de amistad. Cabe destacar, que en los contratos de maternidad subrogada o gestación por sustitución, además de la mujer gestante; el/la/los comitente/comitentes, interviene un equipo técnico médico, clínica o equipo científico, que lleva a cabo el proceso. La intervención médica, científica no es gratuita, y convierte el contrato en oneroso, de costos muy elevados, más aún cuando requiere de una técnica de reproducción humana asistida.

21 Ley 26.994 Visión Jurídica Ediciones Bs.As. 2014

En la explicación de los principios preliminares del Código Civil y Comercial, se destaca “Una visión completamente diferente es la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como “cosas”, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites. Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es imprescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana.”

Surge claramente que el sustento normativo propuesto, hoy Código Civil y Comercial, la capacidad de gestar, no puede ser objeto de contrato. La negativa es parte del orden público interno, de conformidad con los estándares del derecho convencional al que se llama a integrar en lo que se denomina “constitucionalización del derecho privado.”

Considerando que aun a pesar de todo lo señalado, desconociendo el carácter personalísimo, la dignidad humana negociada en el acuerdo, cabe preguntarse si, ¿en la tríada mujer gestante/madre subrogada, comitentes y equipo médico, hay igualdad en las partes que posibilite señalar que hay contrato, negocio jurídico.? También cabe el interrogante si, ¿es suficiente que la mujer gestante/ madre subrogada preste consentimiento, para tener por válido, la gestación para otros o la renuncia a la maternidad?

Para indagar en la existencia de pleno consentimiento que garantice el ejercicio de la libertad autónoma de la mujer que se obliga a la gestación del niño, y renunciar a la maternidad del mismo, resulta útil tener en consideración los elementos constitutivos del consentimiento médico informado, teniendo presente que, aún cumpliéndose con todos y cada uno de dichos elementos o indicadores de intención y libertad, la autonomía solo sería respecto *del acto médico*, no respecto de lo indisponible, esto es el régimen legal de la filiación.

El consentimiento informado es para el derecho, el indicador que demuestra o evidencia, que la persona ha tomado una decisión de carácter personalísimo con conciencia plena y en forma libre, con autonomía. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto expresamente en el art.

55 del Código Civil y Comercial²², aun prestando consentimiento informado respecto de los derechos personalísimos solo se admite si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. En los contratos de maternidad subrogada/ gestación para otros, se contraría la ley expresa, vigente. Aun cuando pudiera invocarse que la moral y las buenas costumbres, mayoritarias, “*dinámicas*” no son las sostenidas en la reforma por haber cambiado en el breve transcurso de diez años, hay contradicción explícita con la ley vigente (art. 565 del Código Civil y Comercial).

José M. Monzón, afirma la inexistencia de libertad contractual por parte de la gestante, y que en el caso “no interesa el tema del consentimiento (de las partes), porque la cuestión pasa por el respeto a la dignidad humana. Hay desequilibrio entre las partes, los comitentes, parten de una posición de mayor ventaja, porque pueden hacer ejecutable todas las cláusulas del acuerdo. Generalmente se trata de contratos de adhesión en los que la mujer gestante está expuesta a más violación de su dignidad cuanto más beneficioso es el contrato para quienes lo procuran”. En cuanto a la autonomía de la voluntad como fuente de validez del contrato expresa que “... el hecho de dar a la voluntad procreacional una relevancia fuerte en orden a crear un estado civil, cuando menos comporta riesgos para la dignidad de la madre gestante o del menor o del ser por nacer, lo que nos previene de justificar su legalización”.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del año 2005 (artículo 5) el principio de autonomía y responsabilidad individual implica que “se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones asumiendo la responsabilidad de estas y respetando la autonomía de los demás”. En el siguiente (artículo 6) se refiere al consentimiento, en donde la declaración afirma: “... Toda intervención médica preventiva, diagnóstica, y terapéutica, solo habrá de llevarse cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basada en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona

22 Art. 55 del Código Civil y Comercial “Disposición de Derechos Personalísimos: El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, libremente revocable.

interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esta entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno”²³.

El consentimiento informado requiere información fehaciente-consentimiento y libertad de revocación en todo momento. En los contratos de maternidad subrogada o gestación por sustitución, al tener por finalidad la entrega del niño, no hay posibilidad de revocación.

La incompatibilidad de las contrataciones sobre maternidad y gestación se corrobora desde la bioética y los principios que rigen la atención de la salud. En cuanto demandante de los servicios de salud, ***la mujer gestante es paciente y titular de los derechos del paciente.***

En consonancia con el derecho convencional, el Ministerio de Salud Ciudad de Buenos Aires ha dictado la Resolución 1049/2021²⁴, los fundamentos de la misma dan cuenta que el paciente como persona humana requiere trato digno. Si bien la mujer que está gestando un niño por nacer, no está atravesando estado de enfermedad, transita un periodo que requiere ser acompañado por profesionales de la salud, con especial consideración al estado de vulnerabilidad física, psíquica y emocional que el Estado Argentino reconoce y acompaña. Los considerandos de esta resolución ministerial iluminan en cuanto la mujer gestante y mujer subrogada en la maternidad, como persona que requiere de los servicios de salud, le son aplicables las mismas:

Que en el Siglo XX las Naciones Unidas establecieron, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y de los Pactos de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales (1966), los derechos fundamentales de la persona humana, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición, los cuales obtuvieron jerarquía constitucional por aplicación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye el basamento filosófico de los derechos de los pacientes.

Que en el año 1981 en Lisboa, Portugal, fue adoptada, por la 34ª

23 La Conferencia General de la UNESCO aprobó por aclamación la declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Convención sobre Bioética y Derechos Humanos. Francia 2005.

24 Ministerio de Salud Resolución-2021-1049-APN-MS, 20/04/2021

Asamblea Médica Mundial de la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes, la cual fue enmendada por su 47ª Asamblea General en Bali, Indonesia en el año 1995, revisada su redacción en la 171ª Sesión de su Consejo en Santiago de Chile en el año 2005 y reafirmada por la 200ª Sesión del Consejo de la Asociación Médica Mundial en Oslo, Noruega en el año 2015.

Que la irrupción de la Bioética a fines de la década de 1970, fue imponiendo, de manera progresiva, el estatuto filosófico de los derechos humanos en el mundo de la medicina y a contribuir a que se dieran los primeros pasos en el proceso de democratización de la relación equipo de salud – paciente.

Que en el año 2005 se materializa la conjunción de los Derechos Humanos con la Bioética a través de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés).

Que el derecho reconoce a la persona humana en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, determinados derechos, a los cuales el legislador denomina derechos de los/as pacientes.

Que los derechos de los/as pacientes se fundamentan en el estatuto ético universal de los derechos humanos, en la Bioética de los Derechos Humanos y, concretamente, en los valores, principios y derechos que fundamentan al conjunto de Derechos Humanos, como dignidad, libertad, autonomía e igualdad.

Que acorde a los cambios socioculturales que se produjeron en la sociedad en el nuevo milenio, el legislador nacional sancionó en el año 2009 la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, la cual fue modificada parcialmente por las Leyes N° 26.742 y N° 26.812 y Reglamentada por el Decreto N° 1089/2012.

Que a su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación introdujo por primera vez en un código de fondo el valor Dignidad, en su artículo 51, al tiempo que jerarquizó los Institutos de la Salud, la Investigación en Seres Humanos, el Consentimiento Informado y Directivas Médicas Anticipadas, en sus artículos 58, 59 y 60 respectivamente.

Que la Ley 26.529 reconoce como derechos de los/as pacientes, a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a

la autonomía de la voluntad, a la información sanitaria, a la interconsulta médica, al consentimiento informado, a las directivas anticipadas, a una muerte digna y al acceso a la documentación médica.

Que es titular de los Derechos de los/as Pacientes toda persona humana que atraviese por una situación de salud, estando el equipo de salud y las instituciones sanitarias obligados/as a respetar y a materializar esos derechos en la práctica cotidiana de la atención en salud.

La consideración a la mujer gestante por sustitución o maternidad subrogada, como paciente, abre un espectro de derechos humanos, que conforman un bloque normativo interno y convencional y constitucional.

Siguiendo a la CIDH, podemos definir al consentimiento informado como “... una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida”

En este tipo de contratos, están viciados por “*aliciente impropio*”. El aliciente impropio se encuentra en el ánimo de los comitentes y de la mujer, negociar un niño ya sea gratuita u onerosamente. Corresponde tener en cuenta que este tipo de contratos es siempre oneroso, aún en los calificados como humanitarios, pues siempre hay un elemento oneroso que es el equipo técnico que lleva a cabo la práctica.

Este análisis permite contestar los interrogantes iniciales con la afirmación que la autonomía de la voluntad no es suficiente para invocar la validez de los contratos sobre maternidad subrogante o gestación por subrogación, por ser alcanzados por el bloque normativo que conforma el orden público interno.

6. CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA Y GESTACIÓN SUSTITUTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Las sentencias relativas a la contrataciones de maternidad subrogada y gestación sustituta que registran los tribunales internacionales²⁵,

²⁵ Sin agotar la enumeración se citan las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de España 6/2/2014, Ciudadanos españoles que recurrieron a gestación por sustitución conforme al derecho californiano. El Tribunal Supremo de España rechazó la inscripción

evidencian elementos de relación internacional que plantean interrogantes respecto a la jurisdicción competente, el derecho aplicable, y el reconocimiento de actos administrativos o jurisdiccionales en nuestro país.

Habiendo señalado que el centro y razón del ordenamiento jurídico es la persona, la consideración a la dignidad y los derechos humanos, resulta compatible este eje de análisis, con los postulados de Adriana Dreyzin de Klor, quien afirma *“El Derecho internacional Privado de Familia, está actualmente inspirado, orientado y embuido en su interpretación y aplicación, por los Tratados de Derechos Humanos. La observancia de los derechos humanos es una condición necesaria de legitimidad del derecho positivo. Entendida esta premisa se comprende la constitucionalización del Derecho Internacional Privado que se patentiza de forma eficaz al conmover las estructuras del Derecho Internacional Privado de Familia.”*²⁶

La articulación entre derechos humanos y derecho internacional privado tiene como fuente que la comunidad internacional en general ha suscripto los tratados y convenciones del sistema americano OEA y de la ONU, que conforman un orden público familiar común y esto posibilita que cuando se conforman relaciones jurídicas familiares internacionales los ordenamientos jurídicos tienen premisas por lo general, similares, pero no iguales porque en estos ámbitos se refleja el ser de cada Estado.

Sin embargo, en relación a los contratos de maternidad subrogada y gestación por sustitución, con elementos internacionales, se advierten distintas interpretaciones, marcos regulatorios más abiertos o más cerrados, y distintos posicionamientos legales. Esto plantea la conflictiva decisión de aplicación de un derecho extranjero ante tribunales argentino, en los que se

de los niños californianos como hijos de los dos varones españoles. TEDH sentencia 24/6/2014 condena a Francia por incumplimiento Convenio Europeo de Derechos Humanos, a por no aceptar la inscripción del nacimiento de los hijos concebidos en EEUU por gestación por sustitución. Francia niega haber incumplido con dicho convenio. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia T-127 de 2024 en la que se involucra a una niña nacida por maternidad subrogada entre un ciudadano estadounidense quien hizo un contrato de subrogación de vientre con una mujer colombiana. Tribunal Supremo de España el 31/1/2022 una ciudadana española contrata en Méjico – Estado de Tabasco- celebra contrato de gestación por sustitución rechazó la validez del contrato y marcó la adopción como vía de solución. En el mismo sentido el TEDH sentencia 24/1/2017 caso Paradiso Campanelli c/ Italia y Valdis contra Finlandia 18/5/2018 resuelve el conflicto rechazado el contrato, por haberse consolidado una unidad familiar de facto

26 Dreyzin de Klor, A. Derechos humanos y derecho internacional de familia. LL2018-F, 602 TR LALEY AR/DOC/2404/2018

podría verificar que la ley del país extranjero vulnera principios o la regulación normativa en materia de filiación, materia de orden público interno (normas y principios) y de orden público internacional (tratados-convenciones).

En el Libro VI del Código Civil y Comercial En el Capítulo 3 Parte Especial Sección 5ª el art. 2634 señala expresamente lo que se viene sosteniendo, el emplazamiento filiatorio constituido conforme al derecho extranjero debe deberá ser cotejado para su reconocimiento con el orden público argentino.

El legislador dispuesto a aplicar el derecho extranjero y a reconocer situaciones jurídicas privadas internacionales, lo hace bajo la óptica de la justicia material en el caso concreto, con la cláusula del orden público como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto.

El orden público no solo obra de barrera para aplicar el derecho extranjero que violente los principios que impregnan nuestro ordenamiento jurídico, sino que también es obstáculo para el reconocimiento de sentencias dictadas en Estados extranjeros bajo leyes que violentan nuestros principios y nuestra regulación en materia filiatoria, el interés superior del niño y la consideración a la mujer eliminando todo trato discriminatorio,

El orden público es el correctivo funcional y la cláusula de orden público es la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Resulta aplicable cuando el derecho extranjero vulnera en el caso concreto la estructura jurídica básica del derecho nacional, que es lo mismo que decir que exista una vulneración de los principios fundamentales sobre los que asienta el derecho argentino²⁷.

El art. 2634 contiene además de la barrera del orden público el método del reconocimiento, toda vez que introduce el “interés superior del niño”, obligando al juzgador a indagar en el caso concreto si el niño se vería afectado con el no reconocimiento de la situación filiatoria.

El método del reconocimiento, es casi una imposición de los particulares al juez de legitimar con la sentencia una situación gestada fuera de la ley. Estas maniobras fraudulentas, que llevan a la dispensa del orden público, en consideración al interés superior del niño, han logrado el

27 Dreyzin de Klor, Adriana Perspectiva de género en derecho internacional privado LL 11/3/2020, 17 –LA LEY2020-A- , 1080

resultado que los adultos previeron y forzaron, justamente en contra del interés superior del niño, si entendemos que este principio sintetiza el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, como persona titular de derechos.²⁸ Así se obtendrán sentencias que invocando “interés superior del niño”, reconocerán estados filiales, se inscribirán nacimientos en el exterior, contrarios a la dignidad de la persona y al orden público.

Esta debilidad del método del reconocimiento para dispensar el orden público, distintos autores, sostienen la necesidad de integrarlo con algunos requisitos o condiciones como la existencia de una situación válidamente constituida reconocida por tribunales extranjeros que es sometida al reconocimiento de los tribunales nacionales, b) proximidad de la situación a reconocer con el ordenamiento jurídico de origen, c) no contrariar el orden público del Estado de reconocimiento, d) la situación debe encuadrar un método de reconocimiento: situaciones cristalizadas.²⁹

El fraccionamiento y la desarmonía internacional de soluciones, en materia de sortear el orden público en materia filiatoria, es aprovechada por los operadores jurídicos, generando manipulaciones a la jurisdicción y a la ley aplicable, lo que constituye, situaciones de fraude a la ley.

El fraude es la disponibilidad por las partes de aquellos aspectos del caso que no están previstos como disponibles por el legislador. En materia de contrataciones (maternidad subrogada y gestación por sustitución) con elementos extranjeros, las partes, muchas veces, acceden a ofertas de contratación de “servicios de gestación” que son mucho más que eso, son “ofertas de compraventa de niños” y “alquiler de vientres” y crean situaciones susceptibles de originar conflictos con las leyes originando un desvío hacia la legislación más favorable de un país extranjero o intentan introducir elementos foráneos que hacen más apta la situación para facilitar sus propósitos (por ej. registración en el exterior del nacimiento del niño) , o por existir jurisprudencia favorable.

28 Mizrahi, Mauricio Luis Interés Superior del niño. El rol protagónico de la Corte. LL2011-E- 907 Señala “...objetivamente se satisface el llamado interés superior del niño cuano se lo reconoce en todos los ámbitos-incluso en el familiar-como sujeto de derecho pleno...”

29 Uzal, Maria Elsa Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable en DIPr; partes de un caleidoscopio. El método del reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles. LL 31/10/2022 ,1 LA LEY 2022-F-, 51

El fraude a la jurisdicción, *forum shopping* se refiere a aquellos supuestos en lo que la opción por un foro va precedida de la intención deliberada de forzar las circunstancias para obtener de ese encuadramiento una ventaja desmedida dentro del trámite del proceso mismo o con relación al derecho aplicable al fondo del asunto.³⁰

El *forum shopping* presupone una especulación con ventajas sobre el foro. En relación a los contratos de maternidad subrogada y gestación por sustitución, la especulación no del actor, o demandante, sino de los comitentes, y busca obtener la autorización para que no se aplique el derecho, la declaración de inconstitucionalidad, conforme se vienen pronunciando los jueces en nuestro país. Esto habilita que comitentes extranjeros opten por el juez local, fraude a la jurisdicción, concretando el llamado “turismo reproductivo”.

A esta altura podemos concluir que los acuerdos en materia de filiación, afectan la persona humana, la cosifican, y se espera que el derecho internacional privado, pueda encontrar soluciones *ius privatista* internacional, evitando el fenómeno del fraccionamiento de la ley aplicable. Existen puntos coincidentes del derecho aplicable en los diversos Estados nacionales, todos convergen en el reconocimiento de la dignidad de la persona, del reconocimiento de la centralidad de la persona. Esto lleva a la idea de “ armonía internacional de las soluciones” o del “mínimo conflicto”.³¹

En la comunidad internacional los Estados regulan estos contratos de manera muy disímil desde la prohibición, la omisión, la incompatibilidad, la admisión solo cuando los califica de gratuitos o humanitarios. Con lo cual la solución armoniosa es una meta a alcanzar por imperativo de la vigencia de los derechos humanos. Es importante que el DIPr lograra ciertas normas para superar los conflictos y evitar situaciones fraudulentas protegiendo a las partes más débiles. Normas genéricas, logran que las decisiones resulten impuestas por el método del reconocimiento de situaciones. Este mecanismo, es el que expresamente ha sido señalado por la CIDH, a

30 Uzal, Maria Elsa Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable al DIPr: parte de un caleidoscopio. El método del reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles. LA LEY 31/10/2022, 1 LA LEY2022 –F, 51

31 Uzal, Maria Elsa Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable en DIPr; partes de una caleidoscopio. El método del reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles. LL 31/10/2022 ,1 LA LEY 2022-F-, 51

Argentina, en el caso Fornerón, en cuanto la resolución no puede ser otra que tolerar la vulneración de derechos previa a la situación familiar consolidada.³²

Se requieren normas de DIPr con normas que se anticipen al conflicto, que eviten el fraude a la ley, y que garanticen la vigencia del orden público interno y el orden público internacional, en síntesis, la vigencia de los derechos humanos.

Siguiendo las enseñanzas de la profesora Uzal,³³ la creación de metanormas, anticipatorias que indiquen como resolver cuestiones de prelación entre las fuentes normativas, como proceder a la aplicación del derecho extranjero, su interpretación. Metanormas se estima podrían ser la herramienta jurídica del DIPr que logre la integración sin afectaciones al orden público, que den respuestas jurídicas integradora de los de enfoques de una comunidad jurídica multicultural, que resguarda los principios fundamentales y de derechos humanos.

32 CHDH Caso Fornerón c/ Argentina “*lo que hace totalmente inconveniente cambiar la situación de la menor [de edad], por los efectos muy perniciosos que tal hecho acarrearía sobre su psiquis y en la conformación de su personalidad.*”

33 Uzal, Maria Elsa Principios, normas y metanormas en el derecho internacional privado. SJA 9/2/2024 TR LALEY AR/DOC/72/2024

**LA FRONTERA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
CONFLICTUAL EN LAS UNIONES CONVIVENCIALES: EQUILIBRIO
ENTRE PREVISIBILIDAD Y PROTECCIÓN FAMILIAR**

Por Carolina Harrington¹ y Nieve Rubaja²

I. CONCLUSIONES

1. Se reforme el art. 2628 CCyCN para regular el derecho aplicable a las uniones convivenciales (UC): en el tipo legal, distinguiendo los distintos aspectos involucrados (existencia/validez, efectos personales/patrimoniales y disolución); en la consecuencia jurídica de cada tipo legal, ensanchando el elenco de puntos de conexión a ofrecer por la norma conflictual (subsidiaria o alternativamente).

2. Se admita el ejercicio de la autonomía de la voluntad (AV) conflictual en relación a los aspectos relativos a los efectos patrimoniales y disolución de las UC. La AV debería restringirse a determinadas opciones que garanticen certeza, previsibilidad jurídica y suficiente proximidad del caso con el derecho aplicable.

3. Al momento de reglamentar la AV propuesta, se evalúe la conveniencia de incorporar las siguientes garantías: acreditación del respectivo asesoramiento jurídico de las partes; la alternativa de plasmar la opción por instrumento público; y, la posibilidad de introducir algún matiz a considerar de manera específica en la operatividad del orden público internacional (OPI) que apunte a garantizar la igualdad de las partes y la protección de la familia. Asimismo, se dejen a salvo los derechos de terceros que pudieran verse afectados.

¹ Profesora ayudante de Derecho internacional privado en la UNC.

² Profesora regular de Derecho internacional privado en la UNDAV, adjunta interina en la UBA y en la UNPAZ.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Hace varias décadas se constata a nivel global una tendencia en aumento a la conformación de uniones no matrimoniales, ya sea de personas de distinto o igual sexo. En el derecho comparado se advierte una amplísima variedad regulatoria tanto en la denominación de esta clase de uniones como con relación a los derechos y deberes que se generan entre sus miembros (económicos, tributarios, previsionales, sucesorios, etc.) y frente a terceros (en materia de filiación adoptiva o acceso a técnicas de reproducción humana asistida, responsabilidad parental, etc.).

Es sabido que, en términos generales, los distintos ordenamientos jurídicos se posicionan de diferente modo en relación con el tema. La variabilidad se revela en: la necesidad de registración o no; los recaudos exigidos para su conformación (plazo, diversidad de género, etc.); los efectos previstos a nivel interno respecto de estas uniones y tras la disolución, el margen de AV reconocido a sus integrantes para regular el vínculo, entre otros.

En este contexto, el desplazamiento transfronterizo de la pareja, ya sea obligada ante crisis familiares o por libre decisión conjunta, despierta la necesidad de abordar estos aspectos en clave de Derecho internacional privado (DIPr.), transversalizada por la impronta de los derechos humanos. Por ello, consideramos que la inclusión de dispositivos destinados a este cometido en el DIPr. autónomo (CCyCN) resulta altamente positiva. Sobre todo, en atención a la detallada regulación contenida hoy a nivel doméstico y a la luz de la carencia de regulación -específica- de origen internacional que vincule a Argentina³.

El planteo que proponemos se revela en un ámbito no regulado específicamente en la fuente interna: la posibilidad y, en su caso, el margen admisible para el ejercicio de la AV conflictual en este terreno.

³ Cabe mencionar que desde 2022 se retomó el trabajo en torno al proyecto originado en 2012 en el ámbito MERCOSUR: “Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y Asociados sobre Jurisdicción Internacionalmente Competente, Ley Aplicable Y Cooperación Jurídica Internacional en materia de Matrimonio, Relaciones Personales entre los Cónyuges, Régimen Matrimonial de Bienes, Divorcio, Separación Conyugal y Unión No Matrimonial”.

El evidente soporte consensual de la figura, así como la horizontalidad en las relaciones entre los integrantes de la unión, la heterogeneidad de sus contornos en los diversos sistemas jurídicos y la intensificación y constante desplazamiento transnacional de personas y familias, invitan a reflexionar acerca de la incidencia de la AV en términos de DIPr. El propósito de revisar las fronteras vigentes ante la actuación de la AV en el ámbito de las UC es la búsqueda de previsibilidad y certeza en un apropiado equilibrio con la protección familiar y los derechos de terceros que se puedan ver afectados. Con ese objetivo, analizaremos la solución que propone el art. 2628 CCyCN y describiremos las líneas generales de la reformulación propuesta, haciendo especial hincapié en la AV conflictual -cuya admisión postulamos-, sus matices y particularidades. texto aquí.

2. LA UC COMO FORMA FAMILIAR Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU PROTECCIÓN. LA AV EN RELACIONES DE FAMILIA. JUSTIFICACIÓN.

a) La protección de la UC como forma familiar

Sabido es que las referencias a “la familia” abundan en los instrumentos de derechos humanos vigentes en nuestro país y que este concepto ha ido variando a lo largo del tiempo. En tal sentido es importante recordar que la Corte IDH ha reiteradamente señalado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁴. Así, tanto ese tribunal⁵ como el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁶ se han expedido sobre la importancia de aceptar las diversas formas de familia incluidas las uniones no matrimoniales, entre parejas del mismo o distinto sexo.

⁴ Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Ver Corte IDH OC, 24/17, párr. 58, entre otros.

⁵ Especialmente en la en la OC 24/17, 24.11.2017, solicitada por la República de Costa Rica (párrs. 182, 189 y 191, entre otros) y en su jurisprudencia (especialmente Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) y Caso Duque vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No 28.

En definitiva, desde una perspectiva de DIPr., compartimos que este tipo de uniones se encuentran alcanzadas por el principio fundamental de protección de la familia y que “(l)a discusión debe centrarse, entonces, no en su posible existencia sino en el alcance que se le dará, en los efectos que podrá desplegar tanto dentro como fuera de las fronteras territoriales”⁷.

b) La AV en el derecho de las familias

Los planteos sobre la conveniencia y el margen de receptividad de la AV en las relaciones familiares han ido ganando espacio de la mano de las modificaciones culturales y jurídicas asociadas a las ideas de libertad y enmarcadas en la constitucionalización del derecho de las familias. Como tendencia, se han ido diluyendo ciertas jerarquías familiares para pasar a manejar vínculos de red, a lo que se suma la explícita intención de asegurar la igualdad en las parejas, no solo desde lo formal, sino también desde lo material. De allí que la autonomía sea la llave para la construcción de distintos tipos familiares. Tan así es que se ha sostenido que “la primera expresión de la autonomía en la conformación de una familia reside en optar por constituir la sobre la base del matrimonio o fuera de él”. En algunos casos, se llega a describir un proceso de “contractualización” y se brinda como ejemplo -justamente- el de los contratos de convivencia en la familia no matrimonial⁸.

Lo cierto es que, a nivel interno, a partir de la sanción del CCyCN, se incorporó la regulación de las UC con una marcada impronta de la AV, a través de pactos convivenciales, y consagrándola como una forma familiar que también merece protección legal.

c) AV en el DIPr

A escala internacional, la AV cuenta con una notable aceptación en el ámbito contractual pero en el derecho de las familias -en particular, su vertiente conflictual- ha sido considerada en los últimos tiempos un

⁷ BALTAR, Leandro y SCOTTI, Luciana, Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado argentino, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UdeLaR, (54), jul--dic, 2022, e20225402, p. 7.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*. Infojus, 2015, p. 15/16/23.

fenómeno emergente, especialmente a nivel europeo, tanto para aspectos relativos al divorcio, al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.⁹ No obstante, el margen de la AV en este terreno ha ido ampliando sus fronteras en otros países y en legislaciones proyectadas¹⁰, con posterioridad a la redacción del CCyCN.

Coincidimos en que el fundamento de la AV conflictual en el terreno de las UC obedece al interés de los individuos de contar con un marco jurídico cierto y predecible¹¹, no a razones de proximidad ni de basamento en la libertad o autodeterminación de las partes -por más que ello entrañe un justificativo para su ejercicio-¹². Entre las razones, en particular, para optar por la aplicación de un derecho determinado se ha hecho referencia a la persecución de un resultado material determinado, la reducción de costos, la identidad cultural, la familiaridad o mayor conocimiento de un derecho que se considere más próximo, la “deselección” del derecho que se hubiera aplicado en defecto del ejercicio de la AV u otros¹³. Además, a diferencia de la AV en sentido material, este despliegue permite contar con un marco de

⁹ Ver al respecto: art. 5, Reglamento (UE) 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, art. 22 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁰ Entre otros, Código de las Familias de Cuba (2022), art. 463, inc. 2 y propuestas legislativas, por ej. art. 34.2 Ley Modelo OHADAC de DIPr. (2014) y art. 41.1 Anteproyecto Ley de Derecho Internacional privado de Chile (2020).

¹¹ Se ha entendido que la AV puede contribuir a mayor previsibilidad para las partes y a contar con soluciones más armónicas por parte de tribunales y administraciones en diferentes jurisdicciones; por supuesto que deben ser evitados los abusos y protegerse los derechos de ciertas partes débiles y de terceros (acreedores). Para esta mirada, eso puede ser logrado, sin prohibir absolutamente la AV, sino sujetándola a ciertas condiciones. VAN LOON, Hans, Unification and cooperation in the field of international family law: perspective from The Hague, en Borrás, Alegría, Bucher, Andreas, Struycken, Teun, Verwilghen, Michel, eds.) *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 180.

¹² Más allá de la libertad o los intereses individuales de los miembros de la unión, hace a su fundamento también el principio de la solidaridad familiar cuya garantía pesa sobre el Estado.

¹³ GONZALEZ BEILFUSS, Cristina, Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 7211, enero-junio 2020, p. 112.

referencia integral -sin perjuicio de lo que, en particular, puedan convenir las partes materialmente- y completar las cuestiones no acordadas.

La internacionalidad de estas relaciones, la movilidad a través de los Estados y la incerteza respecto del lugar en el que pueden surgir desavenencias familiares o planteos judiciales a raíz de la UC impregnan de igual incertidumbre al derecho que podría resultar aplicable para regir la relación o su disolución. En consecuencia, la posibilidad de optar por la aplicación de un derecho determinado tiene como principal ventaja alcanzar un grado de certeza suficiente para regir la vida familiar.

Como contracara, la admisibilidad de la AV enfrenta los desafíos relativos al no avasallamiento del piso mínimo que puede imponer el Estado para garantizar la protección de la familia, la solidaridad familiar y la garantía de igualdad entre las partes o protección de la parte débil. Esto último no implica, necesariamente, la exclusión de la AV sino advertir que son aspectos fundamentales a los que deberá atenderse. En definitiva, el desafío será hallar un justo equilibrio entre estas dos aspiraciones.

3. LA REGULACIÓN DE DIPr. DE FUENTE INTERNA VIGENTE EN MATERIA DE DERECHO APLICABLE A LAS UC

a) La novedad de la regulación y la importancia de su recepción en el CCyCN

El CCyCN respeta la metodología imperante en todo el segmento dedicado al DIPr. y a través de dos normas específicas suministra la regulación para el aspecto jurisdiccional y para el derecho aplicable a las UC. La incorporación goza de una amplia aceptación doctrinaria y una valoración positiva en el objetivo de garantizar la debida protección familiar.

A casi diez años de la sanción del CCyCN, resulta arduo -probablemente imposible- ubicar casos judicializados resueltos al amparo de la normativa de DIPr. incorporada. Sin embargo, el precepto que regula el derecho aplicable a las UC ha generado numerosos reparos ante las consecuencias que puede acarrear en su aplicación práctica. A continuación, describiremos la solución ofrecida en el CCyCN por primera vez a este tipo de uniones transfronterizas, señalaremos la justificación y los reparos esgrimidos por la doctrina nacional y referiremos algunas herramientas del DIPr. que pueden coadyuvar a superar algunas de estas advertencias. Todo, como necesaria contextualización de la propuesta a formular en orden a la introducción de la AV conflictual en la materia.

b) La solución conflictual de CCyCN. Justificación.

Ciñéndonos al eje de la ponencia, recordemos que el art. 2628 dispone: “La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer”.

Se ha justificado la elección del punto de conexión “mutable” en la consideración hacia las parejas que han decidido permanecer fuera del matrimonio y que no desean que se les apliquen los efectos que se derivarían de una celebración formal del matrimonio¹⁴. Por otro lado, y también aludiendo a la conexión dispuesta, se ha sostenido que la misma apunta a “evitar indeseables planteos de orden público al tiempo de la judicialización” de los casos¹⁵. En definitiva, en orden a los desafíos implicados en la determinación de la solución más apropiada en este terreno, se ha reconocido que “se trata de un dilema de política legislativa y nuestro legislador ha optado por la nacionalización de los efectos, para no multiplicar en el propio territorio la coexistencia de modelos diferentes”¹⁶.

Está claro que si el tribunal argentino resultara competente¹⁷ y la unión pretendiera desplegar efectos en el foro se aplicarán las previsiones del derecho interno argentino (arts. 509 a 528 CCyCN)¹⁸. Sin embargo, pueden presentarse sendos desafíos en la interpretación y aplicación de la norma si la acción que se promueva en el país precisara desplegar efectos en

¹⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana y VILLEGAS, Candela N., Unión convivencial en el derecho internacional privado actual, en *RDF*, N°93, TR LALEY AR/DOC/276/2020

¹⁵ UZAL, Maria E., Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 17/11/2014, 247, AR/DOC/3843/2014.

¹⁶ NAJURIETA, M. Susana, 2627-2628, en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2da. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2023, Tomo IX, p. 708. En orden al espíritu de la regulación de la Sección, la autora alude a tres premisas: a) el respeto de la voluntad y proyecto de vida de los integrantes de la unión que no han optado por dar el formato matrimonial a su relación; b) la admisión y reconocimiento de la AV y c) la necesidad de coherencia con el conjunto de disposiciones de DIPr. de familia que ha descartado una mirada meramente conflictual para la ponderación de situaciones creadas o constituidas en el extranjero para desplegar efectos en el foro.

¹⁷ Ya sea porque el domicilio convivencial se encuentre en Argentina o porque la parte demandada resida o se domicilie en el país (conf. art. 2627 CCyCN).

¹⁸ Por tanto, habría un explícito reconocimiento a la posibilidad de ejercer AV material, según dispone nuestro derecho de fondo interno.

el extranjero para alcanzar su efectividad -como mínimo relativos a la proximidad del derecho rector con el caso, a la efectividad de lo decidido transfronterizamente y al riesgo de desencadenar un fraccionamiento en el derecho a aplicar-. Nos referiremos a ellos en detalle en el próximo apartado, en conjunto con otras observaciones vertidas por la doctrina sobre la disposición.

c) Reparos en torno al tipo legal, al punto de conexión y su dinámica con la jurisdicción internacional¹⁹

Uno de los puntos de divergencia en orden al derecho aplicable pasa por el alcance del tipo legal, puesto que la norma no distingue qué aspectos se rigen por el derecho indicado por el punto de conexión, ni el CCyCN provee otra norma que consagre una disposición en particular para otros aspectos, con la sola salvedad de las cuestiones alimentarias (art. 2630 CCyCN). Un sector mayoritario de doctrina²⁰ estima que debe comprenderse de manera amplia (así, abarcaría -de mínima- los aspectos relacionados a su existencia y validez, lo relativo a su disolución, así como a los efectos personales y patrimoniales); sin desconocer que otra mirada lo acota a los “efectos” de la unión²¹.

¹⁹ Hemos profundizado en estos reparos en HARRINGTON, Carolina y RUBAJA, Nieve, Comentario al art. 2628 del Código Civil y Comercial de la Nación, en HERRERA, y DE LA TORRE, Natalia (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado con perspectiva de género*, Editorial Editores del Sur, 2023, Tomo 14, pp. 536-544.

²⁰ IÑIGUEZ, Marcelo, Relaciones de familia en el derecho internacional privado, en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014* (diciembre), 04/12/2014, La Ley 2014-F, p. 146; CERDEIRA, Juan José, Comentario art. 2628, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia, BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual E. (Dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*. Tomo 3, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p.783; DREYZIN DE KLOR, Adriana y VILLEGAS, Candela N., Unión convivencial en el derecho internacional privado actual, en *RDF*, N°93TR LALEY AR/DOC/276/2020; SCOTTI, Luciana, Comentario art. 2628, en LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, Vol. 15, Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2021, p. 235; ZACUR, Ana Belén, Uniones No Matrimoniales Transfronterizas. Desafíos en materia de derecho aplicable, en UZAL, María Elsa (Coord), *Actualización en temas de Derecho Internacional Privado*, RJBA, 108, 2024-1, Facultad de Derecho, UBA, p.161.

²¹ PALLARÉS, Beatriz, Comentario a la Sección 3° de las Disposiciones de DIPr en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, 2014, Tomo VI, pp.871-872.

Por su parte, la conexión elegida en la norma y el juego con aquella que regula la jurisdicción internacional (art. 2627) generaron considerables réplicas. Entre ellas, aquí destacaremos que el punto de conexión podría resultar en la potencial escasa vinculación entre la unión y el derecho a aplicar. Por ejemplo, si entendiéramos la expresión “hacer valer” en el sentido de iniciar la acción respectiva en nuestro país y la apertura de jurisdicción se produjera en función del domicilio de la parte demandada, se habilitaría la aplicación de una legislación que poco contacto o relación tiene con la pareja²². Es decir, que la autoridad podría verse obligada a aplicar un derecho distinto al que rigió la convivencia²³. Además, desde esta interpretación, y ante la necesidad de que la decisión despliegue efectos en otros Estados, se presentará el desafío de lograr su efectividad, lo que resulta indispensable en respeto al derecho de acceso a justicia. Pero aun interpretando factible la aplicación del derecho de otro Estado (donde se pretende que surta efectos la unión ²⁴) la conexión podría implicar la utilización de otro u otros sistemas jurídicos poco vinculados con la vida de la pareja y, a su vez, produciría ciertamente un fraccionamiento en el derecho a aplicar, probablemente no deseado y con altas chances de conseguir resultados dispares o desarmonizados para la situación planteada.

Desde la doctrina incluso se ha llegado a postular un replanteo metodológico, ante el interrogante de la razón de ser de la diferenciación entre lo que se califica como “materialismo implícito” en la elección efectuada por el punto de conexión –“en donde se pretenda hacer valer”-, mientras que se determina la jurisdicción de los tribunales del Estado donde la pareja convive o, a elección de quien demanda, del domicilio o residencia de quien resulta polo pasivo de la acción. Se alerta de esta manera acerca del

²² BALTAR, Leandro y SCOTTI, Luciana, Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado argentino, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UdeLaR, (54), jul--dic, 2022, e20225402, p. 22.

²³ LOPEZ HERRERA, Edgardo S. El Derecho internacional privado en el nuevo Código, en *Revista Código Civil y Comercial*; Jul 2015 no.2, p.272.

²⁴ Nótese que la normativa es de base conflictual -aunque cuenta con un sólo punto de conexión-, por lo que la solución no es unilateral ni fundada en la autolimitación a la aplicación necesaria del derecho argentino, a pesar de la perspectiva territorialista que se le ha reconocido a la norma.

peligro de que la combinación dispuesta conduzca al dictado de sentencias ineficaces²⁵.

En definitiva, la opción plasmada en la norma ha cosechado variadas objeciones, mientras se invocan mayormente como puntos de conexión alternativos el derecho de Estado de registro²⁶ o el del domicilio común²⁷.

Algunas miradas más categóricas han postulado que la conexión prevista no es razonable²⁸ o refieren al territorialismo implicado en la solución, en especial, comparándolo con el punto de conexión elegido para los diferentes aspectos del matrimonio²⁹. En la misma línea, se añade que la regulación se aparta del conflictualismo utilizado por el CCyCN para otras figuras y se advierte el peligro de desconocimiento de efectos a relaciones jurídicas internacionales nacidas bajo el amparo de otro derechos o la asignación de consecuencias distintas no previstas o pensadas por las partes³⁰.

d) Recursos que ofrece el DIPr en la aplicación de la norma de conflicto

Sin perjuicio de los reparos antes expuestos, consideramos que resulta de importancia atender a los diversos recursos que ofrecen las disposiciones del CCyCN, especialmente en el Capítulo 1, en lo que respecta al funcionamiento de la norma de conflicto que aquí se analiza. Así, cuando

²⁵ BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 6ta. Ed. Actualizada., La Ley, Buenos Aires, T. I, p. X.

²⁶ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, Lerner, Córdoba, 2017, p. 83. Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 17/11/2014, 247, AR/DOC/3843/2014, p. 83.

²⁷ SOTO, Alfredo, Comentario al art. 2628, en ALTERINI, Jorge H, (director), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, 3a edición, La Ley-Thomson Reuters, Bs, As, 2019, Tomo XI.

²⁸ HOOFT, Eduardo R. *Derecho Internacional Privado*, Hammurabi, 2a Edición, Buenos Aires, 2019, p. 286.

²⁹ MEDINA, Flavia, El matrimonio y las uniones convivenciales en el ámbito internacional. Su regulación en el Código Civil y Comercial unificado, en *RCCyC 2017* (septiembre), p.53. TR LALEY AR/DOC/2128/2017.

³⁰ ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos, La unión convivencial a la luz del derecho internacional privado argentino, en *Revista de Derecho Privado, UBP*, Año 2020, Vol 7. Nro. 7, p. 19.

el tribunal argentino competente deba aplicar el derecho extranjero (del Estado donde se pretenda que la unión proyecte sus efectos) deberá estarse a la aplicación del sistema foráneo según la pauta del art. 2595 inc. a) -teoría del uso jurídico- y del art. 2596 -posible reenvío-. Asimismo, la solución que ofrezca el derecho extranjero para el caso concreto quedará sometida al control que impone la cláusula general de OPI contenida en el art. 2600. Ante una hipotética respuesta incompatible con el OPI argentino, aquella solución deberá ser excluida. Por ejemplo, en este ámbito resultará clave atender a las posibles desigualdades a las que podrían verse expuestas las personas que integren la unión y, particularmente, a la obligada perspectiva de género.

Deberá también tenerse presente, especialmente a los fines de flexibilizar la aparente rigidez que ofrece la norma, que entre las herramientas o recursos que el CCyCN pone a disposición, resultan significativas las posibilidades de ajuste que brindan la adaptación (art. 2595 inc. c) y la cláusula de excepción (art. 2597).

4. REFLEXIONES A FUTURO ¿HAY ESPACIO PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

a) La necesaria evolución de la solución en materia de derecho aplicable en la fuente autónoma: reforma y admisión de AV conflictual

En el presente punto realizaremos algunas propuestas de reforma en torno a lo dispuesto en materia de derecho aplicable para las UC en la fuente autónoma, teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades de esta forma familiar³¹.

Aunque asignamos gran valor a la incorporación de soluciones sobre UC en el DIPr. argentino autónomo y advertimos los desafíos que importa su regulación, consideramos que están dadas las condiciones para ampliar las conexiones que ofrece actualmente la disposición, ya sea con la alternancia o subsidiariedad como opciones. Asimismo, propiciamos la introducción de la AV conflictual en la regulación del derecho aplicable a

³¹ A nuestro criterio, la comparación con la regulación matrimonial no debe determinar necesariamente las soluciones a adoptar; se trata de discernir la solución más apta para una UC que atienda a sus particularidades.

las UC a nivel interno en el marco de un enriquecimiento integral de la norma.

i) El tipo legal

Dado que nos encontramos ante un instituto de límites imprecisos y que las situaciones a regular reconocen diversas características, entendemos necesario un replanteo de la norma vigente manteniendo la técnica conflictual pero desagregando los distintos problemas que podrían dar lugar a acciones en esta temática para establecer los puntos de conexión más apropiados para cada supuesto³². Es decir: validez y existencia, efectos personales y patrimoniales y disolución³³. Los aspectos relativos a los alimentos ya tienen su regulación especial en el art. 2630 CCyCN.

ii) La consecuencia jurídica: el derecho a aplicar a cada tipo legal

Así, en cuanto a la *existencia y validez* entendemos que podría estarse, alternativamente, ante el derecho del Estado de registración³⁴, el de la convivencia efectiva o aquel donde se intente hacer valer la UC³⁵. Entendemos que el fundamento de esta alternancia es la protección de esta forma familiar y que esta formulación dejaría a la luz una orientación material hacia su validez. Así, podría admitirse una UC registrada en un país cuyos recaudos difieran del derecho de fondo argentino o que -estando registradas o no- respondieran a una exigencia diferente en cuanto al plazo previo de convivencia, entre otros. Todo ello, siempre que no se vulnere ningún principio del OPI argentino.

³² En igual sentido IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales: una mirada desde el Derecho internacional privado, en *RDF* 115, 43. TR LALEY AR/DOC/1286/2024.

³³ Nótese que esta es la línea que se sigue en el derecho comparado. Así lo hacen, por ejemplo, el art. 27 de la Ley General de DIPr Uruguay (2020), el art. 3090 del Código Civil de Quebec; el art. 463 del Código de las Familias de Cuba (2022) en sus disposiciones de DIPr. En la misma tesitura, la Ley Modelo OHADAC de DIPr. (2014), art. 34.

³⁴ Entendemos que la incorporación de este punto de conexión se justifica en términos de proximidad y previsibilidad. Atendiendo a que no en todas las regulaciones la registración resulta una exigencia para considerar la existencia de las UC, el empleo de este punto de conexión será propuesto junto a otros, en este caso de manera alternativa y en las demás disposiciones de manera subsidiaria.

³⁵ Este punto de conexión podría ser entendido tanto como el Derecho del Estado donde se promueva la acción y/o como el de aquel país donde se persigue que la UC despliegue sus efectos.

En relación a los *efectos personales y patrimoniales* podría acudir, en primer lugar, al derecho de la convivencia efectiva de la UC, ya que este último acarrea las siguientes ventajas: a) contribuye a articular la normativa de DIPr. con la regulación de la UC en el derecho de fondo³⁶; b) refuerza la proximidad en la elección del derecho aplicable y, c) permite atender a la variabilidad y a la movilidad de las UC en el mundo actual. Además, como punto de conexión subsidiario, podría evaluarse el derecho del Estado de registro, que importa respetar las expectativas de las partes al someterse voluntariamente al “paraguas legal” de un determinado ordenamiento (aunque en el devenir de la vida convivencial puede convertirse en una conexión carente de proximidad)³⁷. Finalmente, podría considerarse el derecho del lugar donde las UC se pretendan hacer valer³⁸ (teniendo en cuenta la alternancia o subsidiariedad como opciones³⁹).

En orden a la *disolución*, consideramos que el punto de conexión más próximo a la problemática es el de la (última) convivencia efectiva. Para el caso que fuese de difícil localización, subsidiariamente la norma podría optar por el derecho del lugar de registro. Ante el supuesto de no haberse registrado, el precepto podría valerse de otra conexión subsidiaria (el derecho del domicilio de la parte demandada o del lugar donde se intente hacer valer⁴⁰).

Entendemos que, en el escenario descripto, la AV encuentra también su justificación, fundamentalmente para aportar previsibilidad y seguridad jurídica, aunque acotada a determinadas categorías (*efectos personales y disolución*) y sujeta a ciertos recaudos, a los que nos referimos a continuación.

³⁶ Así como la “convivencia” ha dejado de configurar un recaudo jurídicamente invocable en el matrimonio, sí resulta esencial en este tipo de uniones.

³⁷ En similar sentido, IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve, Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales: una mirada desde el Derecho internacional privado, en *RDF* 115, 43. TR LALEY AR/DOC/1286/2024

³⁸ Ver nota 35.

³⁹ La diferencia no es irrelevante, pues pueden existir intereses divergentes entre las partes del litigio, sobre los que los distintos sistemas jurídicos otorguen respuestas diversas.

⁴⁰ Ver nota 35.

b) La AV y las condiciones de su funcionamiento

Si la base de fundamento para las UC es la voluntad común de los convivientes de cohabitar y llevar adelante su proyecto de vida en común⁴¹, este mismo consenso debería ser suficiente para elegir el derecho aplicable a ciertos aspectos para regir su unión y los efectos que esta pueda desplegar, con la mayor certeza posible y sin perjuicio de los cambios de localización de la pareja a lo largo de la vida en común. Ello, a la par, reduciría los problemas y tensiones entre convivientes y frente a terceros.

Sin embargo, en atención a la sensibilidad de la materia y a la obligación convencional-constitucional de protección familiar, esta autonomía no debería ser reconocida de manera irrestricta y sin salvaguardias de ningún tipo. Por el contrario, debería contar con dos principales atributos: tratarse de una autonomía restringida y contar con garantías que protejan la forma familiar.

En cuanto al primer atributo, estimamos que la AV conflictual debería estar circunscripta a determinadas opciones de modo de garantizar la proximidad del sistema jurídico escogido. En principio, algunas de las variables propuestas como puntos de conexión y precedentemente expuestas pueden conformar un atinado punto de partida para analizar el elenco de alternativas disponibles para que las partes hagan su elección.

En cuanto al segundo de los atributos mencionados, consideramos que es trascendental el rol del control de OPI que también se impone en este contexto, teniendo en cuenta especialmente aquéllos principios que se desprenden del ordenamiento jurídico argentino en materia de protección familiar. Así, está claro que ciertas directrices como la igualdad de las partes y respeto de los derechos fundamentales de ambos integrantes de la unión (entre otros), deben ser preservados en los términos del art. 2600 y teniendo en consideración la variabilidad que caracteriza al OPI. En el análisis de esta paridad de partes, como plataforma necesaria para reconocer lo pactado, revestirá particular importancia el acceso a información sobre las alternativas jurídicas disponibles (ya sea como consecuencia de su

⁴¹ Nótese que la regulación a nivel doméstico de las UC “se estructura en torno a la autonomía de la voluntad de sus miembros”. Ver al respecto: PELLEGRINI, María Victoria, Los pactos en las uniones convivenciales. Alcance y límites a la autonomía en diversos escenarios, en *Revista Derecho Privado y Comunitario: cuestiones patrimoniales del derecho de las familias II*, 2020-2, p. 11.

proximidad a los diversos sistemas jurídicos implicados o en virtud de un adecuado asesoramiento legal previo) e, igualmente, la apropiada perspectiva de género.

A nivel legislativo en derecho comparado ya se ha comenzado a incursionar en la reconsideración de las fronteras de la AV en este terreno⁴²; también desde la doctrina, se ha expresado que la AV puede contribuir a superar la incertidumbre jurídica, la colisión normativa y los conflictos derivados, aun alertando sobre diversas tensiones que obligan a un uso controlado y limitado⁴³.

Concretamente, proponemos la autorización legal para el empleo de la AV conflictual en los aspectos relativos a los *efectos patrimoniales* de las UC y/o para regir su *disolución* con el principal fundamento de otorgar certeza y previsibilidad jurídica en estos ámbitos. En este contexto, se deberán preservar los principios de igualdad y de protección familiar y dejar a salvo los derechos de terceros que pudieran verse afectados, especialmente, si el cambio en el derecho aplicable se produjera durante la vigencia de esta forma familiar.

En definitiva, propiciamos que las personas que integran la UC puedan optar por elegir el derecho aplicable a los *efectos patrimoniales* y/o a la *disolución* de las uniones que conforman y consideramos como alternativas viables –entre las cuales se permitiría la elección- las siguientes:

a) el derecho de la convivencia efectiva de la UC al momento de realizar la elección (si la elección se realiza antes del registro o de la vida en común, podría optarse por el derecho del domicilio de alguno de los convivientes);

b) el derecho del lugar del registro de la unión (incluso evaluando: i. la alternativa de requerir que allí hubiera convivido la pareja al momento del

⁴² Esta modalidad de autorización de ejercicio de AV entre opciones predispuestas se observa no solo en los Reglamentos europeos (ver nota 9), sino también en el Código de las Familias de Cuba (2022), art. 463, inc. 2 y en algunos instrumentos elaborados propositivamente hacia reformas legislativas: ver art. 34.2 Ley Modelo OHADAC de DIPr. (2014) y art. 41.1 Anteproyecto Ley de Derecho Internacional privado de Chile (2020).

⁴³ Entre otros, BALTAR, Leandro, La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia con elementos internacionales, en *Retos contemporáneos en el Derecho de familia*, Universidad Surcolombiana, 2021, pp. 63/65.

registro; ii. el mecanismo para proteger a terceros en caso de una mutación en el derecho aplicable durante la vida convivencial⁴⁴).

Entendemos que estas opciones garantizan la proximidad del sistema jurídico elegido y que la AV restringida aporta previsibilidad, a la vez que contribuye a preservar la protección perseguida en el ámbito familiar. El ejercicio de esta facultad no debería afectar los derechos de terceros.

No se nos escapan los desafíos implicados y la complejidad que puede importar el debate ante la recepción legislativa de la AV conflictual en la materia. Por ejemplo, el reto vinculado a la efectividad, ya que al ser la AV en la materia una tendencia aún tenue, ello podría atentar contra el reconocimiento transfronterizo de los acuerdos de elección de derecho aplicable. Además, también resultaría necesario precisar varios aspectos insoslayables, sobre los cuales no nos ocupamos en esta ponencia (p.ej: validez formal del pacto de elección de derecho, aspecto temporal de su ejercicio, eventual necesidad de asesoramiento jurídico previo, entre otros).

Finalmente somos conscientes que, en aras de contemplar la coherencia del sistema, el diseño de una solución en materia de AV sobre derecho aplicable debe conjugarse con lo dispuesto en torno a la jurisdicción internacional, la regulación sobre UC en el ámbito interno e, incluso, algunos aspectos del régimen matrimonial internacional en los que una diversa respuesta legal no encuentra justificación alguna. Por todo ello, formulamos las propuestas de conclusión expuestas al iniciar la ponencia

⁴⁴ Algunas alternativas que se podrían analizar son: exigencia de instrumento público o inscripción registral.

LA CONVENIENCIA DE IMPLEMENTAR MÉTODOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN LOS CASOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS

Por María Marta Luisa Herrera¹

I. CONCLUSIONES

1. La mediación y los métodos de autocomposición de voluntades de las partes involucradas para alcanzar acuerdos en los casos de derecho de familia con elementos extranjeros, constituyen una opción efectiva a los efectos de garantizar la prevención y solución de conflictos y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas.

II. FUNDAMENTOS

La mediación puede definirse como un proceso en el cual un tercero neutral procura asistir a los padres en alcanzar su propio acuerdo. También se ha señalado que, “la mediación familiar internacional puede definirse como un proceso mediante el cual un tercero calificado, independiente e imparcial, ayuda, por medio de entrevista confidencial, a los padres quienes están en disputa y viven en diferentes Estados a fin de reestablecer la comunicación entre sí y para llegar a acuerdos consensuados, teniendo en consideración los intereses del menor.”.

El objetivo de la mediación es facultar a las partes para que lleguen a tomar sus propias decisiones sobre sus propias cuestiones sin la interferencia del Estado. Es a corto plazo y se centraliza en cuestiones

¹ Magister en Derecho Internacional Privado Universidad de Buenos Aires (2024).- .Escribana titular por concurso de oposición y antecedentes del Registro Notarial N°272 de CABA(2004). Abogada cum laudes por la Universidad Católica Santa María de los Buenos Ayres.- Presidente de Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Escribanos de CABA (2017). Asesora del MMRREE en cuestiones de DIpr. Ex profesora adjunta interina de Derecho Internacional Privado en UBA. Profesora de posgrado en UCASAL y UCALAP. Aval de Nieve Rubaja

específicas y definidas.² La mediación es considerada en líneas generales como un procedimiento voluntario, aunque en ciertos países como Noruega o Malta es obligatoria.

Los mediadores, por definición, son terceros neutrales quienes procuran asistir a las partes a lograr su propio acuerdo y tomar sus decisiones, y no son representantes de sus propios estados.

Distintos organismos internacionales se especializan en esta materia. Así, tenemos al Servicio Social Internacional (International Social Service); MAMIF³ en Francia, Reunite⁴ en Alemania, etc.

El uso de la mediación en derecho de familia interno está aumentando en muchos Estados. Las dos razones por el empleo de este método alternativo de resolución de conflictos, son: A) liberar de trabajo a juzgados y tribunales; y B) llegar a la resolución de disputas en las que las partes intentan continuar con una relación, que es generalmente el caso de disputas familiares que involucran a menores.

Se han expresado beneficios positivos, en ciertos casos, de los acuerdos mediados sobre decisiones judiciales.

Así, según la organización francesa MAMIF *“la mediación no busca evitar instrumentos internacionales o leyes nacionales y en principio tiene efectos más duraderos, es más rápido, más tranquilo y menos costoso que el proceso judicial. Puede tener en cuenta los sentimientos de los padres y los intereses del menor.”*

La organización Reunite, con base en el Reino Unido, ha señalado que los beneficios incluyen: 1) evitar los gastos de fondos públicos de procesos del Convenio de La Haya, y los gastos de los procesos en el otro

² Distinto a los servicios de orientación (*counselling*), que procura ayudar a los participantes a tomar decisiones prácticas y llegar a acuerdos concretos en lugar de objetivos no específicos tales como llegar a comprender bien o aceptar algo)

³ **Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles (MAMIF)** MAMIF se creó en el año 2001 dentro del Ministerio de Justicia de Francia. MAMIF tiene autoridad social y jurídica y su propósito es brindar ayuda a los padres a fin de apaciguar los conflictos de familia.. Según MAMIF la tasa de una mediación exitosa es aproximadamente 86%.

⁴ **Reunite** – Centro de sustracción internacional de menores, una organización no gubernamental del Reino Unidos, ha llevado a cabo recientemente un proyecto piloto de mediación en cuanto a las aplicaciones del Convenio de La Haya y ha realizado un informe borrador de los resultados obtenidos.

país (aunque se requiriera una orden judicial de consentimiento); 2) evitar el estrés de un litigio contencioso en los dos países; 3) evitar el traslado de los menores del Estado requerido al Estado de origen, solo para que exista una restitución posterior a los procesos de custodia con el estrés de todos los asistentes y se produzca un daño mayor a la relación entre las partes; 4) evitar una demora sustancial al resolver el futuro de la familia en su totalidad; 5) obligando y facultando a los padres a abordar enérgica y deliberadamente la cuestión que afecta el futuro de su familia”.

El uso de la mediación en disputas internacionales transfronterizas también está en aumento, su desarrollo avanza más lentamente, en virtud de las dificultades que se plantean cuando se encuentran involucrados diferentes idiomas, culturas y la distancia geográfica, la participación de más de un Estado y de más de un sistema legal requiere que cualquier acuerdo alcanzado por medio de la mediación debe satisfacer los requerimientos legales en ambos Estados y debe ser lícitamente ejecutable en ambos Estados.

Así, a nivel mundial, la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, aunque no contiene mención explícita de mediación, requiere que las Autoridades Centrales tomen todas las medidas apropiadas y necesarias *“para garantizar la restitución voluntaria del menor o para llegar a resoluciones amigables sobre estas cuestiones”*.

También el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (de aquí en adelante, “EL Convenio de La Haya sobre la Protección de Menores”), en su artículo 31 del Convenio establece:

“La Autoridad Central del Estado Contratante, ya sea directamente o a través de autoridades públicas u otros organismos, tomarán todas las medidas necesarias para [...] facilitar, por medio de la mediación, la conciliación u otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño en situaciones a las que se aplica el Convenio”

A su turno, el Reglamento de la Unión Europea (CE) N° 2201/2003 del Consejo (27/11/2003) relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en cuestiones matrimoniales y las cuestiones de responsabilidad parental, deroga el Reglamento (CE) No 1347/2000 (de aquí

en adelante, “Reglamento “Bruselas II bis ”) y contiene una similar a la anteriormente transcrita en su artículo 55:

“A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las Autoridades Centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para: [...] facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”.

De lo expuesto se trasluce la importancia del uso de la mediación en disputas de familia internacionales, que requiere de una cuidadosa nutrición para que pueda convertirse en una herramienta sólida y beneficiosa, aliviando de trabajo a los sobrecargados sistemas judiciales y facultando a los padres para que puedan tomar sus propias decisiones en beneficio de sus hijos.

En los casos de sustracción internacional de menores, la mayoría de los padres que sustraen a sus hijos son madres, muchas de las cuales ejercen el cuidado primordial del menor. Los progenitores perjudicados presentan una solicitud de restitución en virtud de la Convención de La Haya de 1980, generalmente el padre que no está a cargo del menor, desea no necesariamente la restitución del niño/a, sino que se tomen las medidas para garantizar sus derechos de visita.

Una orden de restitución en virtud de la Convención de La Haya de 1980, significa que el menor será restituido a su Estado de residencia habitual para que las decisiones sobre derechos de visita, custodia y/o reubicación puedan ser tomadas y en muchos casos, esto puede resultar en que se le permita, al padre sustractor, mudarse lícitamente junto con el menor, con lo cual el menor es sujeto de tres reubicaciones en un corto lapso de tiempo. Particularmente contra este antecedente, muchos consideran a la mediación como una herramienta útil en la sustracción internacional de menores.

Si la mediación puede ayudar a un padre a aceptar la reubicación de un niño/a y al otro progenitor a conceder garantías firmes de que el ejercicio de los derechos de visita puede realizarse, se protege al niño/a involucrado

de dos reubicaciones posteriores, de mucho litigio en ambos Estados, y quizás como resultado de un empeoramiento de la relación de los padres.

Otra situación típica de sustracción de menores es cuando el padre sustractor se escapa a su Estado de origen porque se siente solo en el Estado de residencia habitual, quizás por falta de respaldo, por no poder comunicarse debido al idioma o a las barreras culturales o por extrañar a su país. En algunos de estos casos el progenitor sustractor puede no querer reubicarse de manera permanente en su Estado de origen sino simplemente pasar un tiempo en el lugar. La mediación en situaciones como esta puede llevar al padre a acordar organizar más visitas o prolongar las mismas en el Estado de origen del padre sustractor, y al enfrentar al padre sustractor con estas garantías puede bien estar dispuesto a restituir voluntariamente al menor al Estado de residencia habitual. Dicho acuerdo significa que el menor puede ser restituido rápidamente a su Estado de residencia habitual antes de establecerse en el nuevo Estado, pero con garantías de regresar para realizar una visita en un futuro cercano.

Sin embargo, aún cuando los padres acuerden mediar, sería necesario iniciar una investigación para garantizar que los casos son apropiados para la mediación. Ahora bien, es importante destacar que la mediación no actúa como atenuante del proceso legal o como una derogación de su derecho a un fallo judicial, lo cual debe ser de conocimiento del progenitor demandante a los efectos de aceptar sin retazos este procedimiento que, aún en caso de no ser exitoso, podría ayudarle en la búsqueda de consolidación y aseguramiento de sus derechos.

En el mismo sentido, a los padres solicitantes se les aconseja no hablar con el otro progenitor o no negociar en caso de que el tribunal interprete esto como consentimiento dentro del significado del artículo 13 *a*) de la Convención de La Haya de 1980. Cualquier programa de mediación establecido en el contexto de la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 debe, por lo tanto, operar como tal para no ser encuadrado dentro del concepto de consentimiento en el contexto de la misma.

También debe garantizarse que el padre sustractor el conocimiento de que aún tienen el derecho a defender la solicitud ante un tribunal y que celebrar una mediación no invalidaría este derecho, además de que tampoco debería ser vista como exclusiva, ni impide imponer medidas de protección preventivas u ordenes de no traslado si se las considera apropiadas.

Establecido lo anterior, hay que tener en cuenta que el procedimiento de mediación debe tener lugar dentro de un periodo de tiempo limitado: por esta razón, algunos consideran prudente considerar el período de seis semanas sugerido en el Artículo 11 de la Convención; y, más aún, en una mediación entre dos Estados de la Unión Europea, en el que rige el artículo 11) del Reglamento de Bruselas II *bis*. La mediación puede tener lugar dentro del procedimiento de la Convención de La Haya de 1980, ya sea a nivel de la Autoridad Central o a nivel judicial.

Algunas Autoridades Centrales ofrecen ellas mismas la mediación en ciertos casos o usan el servicio de proveedor de mediación local, y se les solicita que procuren una restitución voluntaria o un acuerdo amigable y ofrecer la mediación puede ser considerado como un medio que cumple la obligación de este Convenio, ahorrando tiempo y gastos; aunque cualquier acuerdo alcanzado puede necesitar ser llevado ante los Tribunales para que se convierta en una orden judicial de consentimiento vinculante y los padres aún se beneficiarían con la representación legal para verificar y ser asesorados sobre cualquier acuerdo alcanzado.

Lo más común va a ser que el Estado de residencia habitual del menor retenga la jurisdicción a fin de decidir sobre cuestiones de custodia/derechos de visita y que la restitución inmediata del menor a ese Estado posibilitará que tales decisiones se tomen de forma expedita para beneficio del menor, sin que el menor tenga tiempo de establecerse en otro Estado.⁵

Como terceros neutrales los mediadores deben ser imparciales con los padres y con los Estados. No son representantes de los padres y/o del Estado. Algunos esquemas de mediación requieren que un mediador sea hombre, y otra mujer, y que uno provenga del Estado requirente y el otro del Estado requerido. Mientras que esto podría garantizar, a los padres y al Estado, de alguna manera las preocupaciones en cuanto a imparcialidad, puede también argumentarse que esto podría restarle importancia a la percepción de imparcialidad de un mediador ya que el padre puede comenzar a ver al mediador de su propio sexo o en su propio Estado como su

⁵ La Reglamentación de Bruselas II *bis* inevitablemente tiene consecuencias que necesitan ser consideradas para proyectos de mediación en la Unión Europea. La disposición en la Reglamentación que otorga jurisdicción continua al Estado de residencia habitual luego de una decisión rechazando la restitución del menor podría tener algún impacto sobre la percepción de que resulta adecuado que la mediación se realice en el Estado requerido.

representante. Esto podría ser particularmente el caso en el que el mediador mujer proviene del Estado de la mujer y viceversa, dejando que los padres se sientan más cómodos con uno o con el otro mediador.

Respecto de la confidencialidad en el tratamiento de la información y datos obtenidos en el proceso de mediación, cuando ella tenga lugar como parte de un proceso judicial, el tribunal resuelve en cuanto a las normas de confidencialidad que pudieran aplicarse.

Y si la mediación fuera extrajudicial, los padres y los mediadores necesitarán estar completamente informados en cuanto a las normas de confidencialidad para que los contenidos de cualquier acuerdo alcanzado y las normas de revelación de información relacionadas con aquellos contenidos sean legalmente aceptados en ambos Estados⁶. Cualquier compromiso realizado en cuanto a la confidencialidad debería ser respetado en ambos Estados.⁷

Para que los acuerdos que resultan de la mediación se ejecuten en ambos Estados es generalmente necesario que los contenidos del acuerdo se transformen en una orden de consentimiento judicial (homologación), la cual se pueda ejecutar como cualquier otra orden del tribunal. La ejecutabilidad es una preocupación principal respecto de cualquier decisión que se tome en virtud de la Convención de La Haya de 1980, han existido problemas en casos relacionados con esa Convención donde los órdenes que se dictaron en un Estado no se ejecutaron en el otro Estado, por lo que para que la mediación tenga un efecto positivo, es primordial que los acuerdos alcanzados puedan ser ejecutados en ambos Estados.

⁶ Así por ejemplo, en Alemania la confidencialidad de la mediación no se encuentra sujeta a leyes escritas y por lo tanto generalmente se acuerdan por escrito entre los mediadores y las partes que las partes y los mediadores se comprometen a la confidencialidad. Generalmente se acuerda que las declaraciones realizadas en la mediación no pueden ser usadas en un proceso judicial y los mediadores no pueden ser nombrados testigos en un juicio..

⁷ En el proyecto piloto Reunite se les aclara a los padres por adelantado que los contenidos de la mediación son confidenciales a menos que y hasta que se llegue a un acuerdo totalmente firmado y se entregue como una orden preliminar de consentimiento en los procesos del Convenio de La Haya. Si el proceso de mediación fracasa, la aplicación del Convenio de La Haya procede de manera usual. Ninguna referencia a la mediación o algo dicho en la misma es admisible en juicio, con la excepción de las cuestiones de protección del menor y un informe preparado en cuanto a las objeciones de un menor a ser restituido. De conformidad con la MAMIF, la promesa de confidencialidad alienta a los padres a compartir sus necesidades y a restablecer el diálogo..

Por ello, a menudo se recomienda a los padres involucrados en la mediación que mantengan representación legal de manera que si se llega a un acuerdo los abogados pueden presentar dicho acuerdo como un documento que puede ser entregado al tribunal para su reconocimiento o ejecución o convertido en una orden del tribunal.⁸ En la medida en que los derechos de visita se cubren mediante acuerdos de mediación, esos acuerdos deben aprobarse mediante un fallo de un tribunal de familia. Este fallo otorga al acuerdo calidad de ejecutable.⁹

Los procesos de mediación pueden adoptar las características de: (i) **mediación directa:** en la que ambos padres participan en forma directa en el proceso de mediación y puede resultar en reuniones directas donde los mediadores y los padres se encuentran a la misma hora en la misma jurisdicción, o por medio de reuniones simultáneas en dos diferentes Estados usando instalaciones de video/ tele conferencia o comunicándose vía Internet, por lo tanto, ambos padres y mediadores se comunican unos con otros pero sin encontrarse necesariamente en la misma jurisdicción o siquiera en el mismo Estado; o (ii) **mediación indirecta:** se refiere a la mediación en la que los padres no se reúnen en forma directa durante el proceso de mediación sino que el mediador o los mediadores se reúnen con cada padre por separado. Esto puede acontecer en dos Estados diferentes con un mediador y un padre en un Estado o en el mismo Estado realizándose la mediación en diferentes horarios o al mismo tiempo pero en diferentes salas; a elección de los padres.

Al mismo tiempo, es necesario también considerar si la mediación es organizada por un solo Estado o por ambos Estados (requirente y requerido) en forma conjunta, algunos esquemas de mediación operan dentro del Estado requerido como parte del proceso de aquel Estado que trata la aplicación de la Convención de La Haya de 1980, como parte del proceso de ese Estado y usan los mediadores de ese Estado, como por ejemplo el proyecto piloto de Reunite.

⁸ En Francia, un juez puede basarse en un acuerdo convertido en orden durante el proceso o puede tomar posesión del mismo al final del proceso a fin de aprobar cualquier acuerdo alcanzado. En Alemania, para que un acuerdo celebrado entre las partes sea legalmente vinculante debe incorporarse al fallo de un tribunal.

⁹ En virtud del proyecto piloto de Reunite cualquier acuerdo alcanzado se debe redactar por escrito en la forma de Memorándum de Entendimiento (MOU).

Toda vez que la mediación se celebra en el Estado requerido el progenitor perjudicado, si ya no se encuentra allí, puede ser invitado a asistir en persona, lo cual tiene una ventaja adicional, toda vez que es viable y apropiado, permitirle al menor tener contacto con el progenitor perjudicado. También se ha establecido otro proyecto de mediación sobre la base de la mediación binacional, donde mediadores de ambos Estados trabajan en forma conjunta al mediar el caso, tales como las iniciativas Franco-Alemana. La mediación binacional involucra a mediadores de ambos Estados, y puede celebrarse en un solo Estado con ambos padres y mediadores convocados en un solo lugar ó simultáneamente en ambos Estados con un padre y un mediador en cada Estado comunicándose por medio de video, teléfono, o Internet. Y es muy importante la forma en que los padres se acercan a la mediación. De acuerdo con el informe preliminar del proyecto piloto de Reunite, “...*Se ha reconocido que la forma en que ambos padres se presentan en el esquema es crítico para su perspectiva de éxito... .*”

En efecto, la mediación, para muchas personas, es un concepto relativamente nuevo a diferencia de un proceso judicial que es probablemente algo más familiar. Consecuentemente, los padres necesitan explicaciones completas y sinceras en cuanto a lo que es y no es la mediación, de manera que puedan dirigirse a la mediación con las apropiadas expectativas.

Como ya mencionáramos, algunas Autoridades Centrales ofrecen una mediación o pueden dirigir a los padres a organizaciones capaces de ofrecer una mediación cuando un padre realiza una aplicación. Algunos Estados se hacen cargo de todos los gastos de las aplicaciones de la Convención de La Haya de 1980 en cuanto al padre que las solicita. Otros Estados han realizado una excepción del artículo 26 de la Convención y los gastos de los procesos que se lleven a cabo conforme a la Convención de La Haya de 1980, están sujetos a las normas legales del Estado en los que se llevan a cabo. Donde un Estado patrocina al padre que lo solicita, quien realiza las aplicaciones de la Convención de La Haya de 1980 en el tribunal, es muy poco atractivo para el padre que la mediación se ofrezca a determinado precio.

Cuando se lleva a cabo la mediación con ambos padres reunidos en el mismo Estado en que se encuentra el menor, puede ser posible organizar un contacto entre el menor y el padre que proviene de otro Estado. El hecho de que la mediación se realice en el lugar en que se encuentra el menor también es beneficioso si el menor tiene que participar de la mediación.

También es importante escuchar al menor en el proceso de mediación. Algunos mediadores mantienen la visión de que, si el menor tiene una particular edad y madurez, y los padres están de acuerdo, el/ella debe tener la posibilidad de ser escuchados por parte de los mediadores, si éstos consideran necesaria la intervención del menor como beneficiosa para el proceso de mediación. Las objeciones del menor son relevantes conforme a la Convención de La Haya de 1980 (Artículo 13), y pueden tomarse en cuenta por el juez al momento de tomar una decisión acerca de la restitución. La mediación no debe denegar al menor la oportunidad de objetar su restitución según se especifica en la Convención.

La Autoridad Central Argentina considera que, en asuntos de familia, es conveniente lograr soluciones sin la intervención del tribunal si es posible.

Como consecuencia, la Autoridad Central de Argentina siempre ofrece al progenitor solicitante la posibilidad de intentar una solución amistosa (con el otro progenitor), antes de presentar el caso ante el tribunal, siempre que la Autoridad Central se asegure de que no exista riesgo alguno respecto del menor. El proceso llevado adelante por la Autoridad Central no es técnicamente una mediación ni intervienen en el mismo “mediadores” de carrera.

No obstante ello, se trata de un procedimiento de autocomposición informal, que persigue las mismas finalidades que aquélla. Si el solicitante está de acuerdo con la mediación, la Autoridad Central comúnmente envía una nota al sustractor invitándolo a que restituya al menor en forma voluntario, o a que llegue a un acuerdo respecto del contrato.

El sustractor tiene diez días para responder la solicitud. Si el sustractor está de acuerdo con la mediación o acepta asistir a una reunión para explicar el procedimiento, se lo invita a la oficina de la Autoridad Central. Se elige a la oficina de la Autoridad Central porque se la considera una sede neutral en la cual se pueden llevar a cabo las negociaciones. La Autoridad Central realizará tantas reuniones como sean necesarias hasta llegar a una solución, a menos que la Autoridad Central considere que se esta usando a la mediación como una táctica de retraso o a fin de evitar que el caso se presente ante el tribunal. No obstante ello, la Autoridad Central continúa ofreciendo el servicio de ayuda a los padres para que logren un acuerdo amistoso en cualquier momento durante el proceso. Cualquiera de los acuerdos a los que lleguen los padres se presentan comúnmente ante el tribunal a fin de que adquieran fuerza legal.

A nivel de derecho comparado, en el convencimiento de la ventaja de la implementación de la mediación para arribar a la composición de soluciones entre los progenitores en los casos de restitución de menores, diferentes reuniones y comisiones se han pronunciado al respecto.

Así, la Resolución 1291 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, manifestó como uno de los objetivos:

“... 5. (iii) promover la mediación de familia como un medio de prevención en cuanto a la sustracción de menores y de ayuda en cuanto a la resolución de conflictos de familia.... 7. Dentro del marco de las relaciones bilaterales y también en lo que concierne a países que no se encuentran dentro del Consejo de Europa, los Estados miembros deben definir comités de mediación u otros cuerpos similares para que se encarguen de todos los casos pendientes en cuanto a la sustracción de menores lo más rápido posible y propongan soluciones en cuanto a los intereses objetivos del menor en cuestión. 8. Finalmente, la Asamblea insta a los Estados miembros a procurar aumentar los poderes del mediador de la Unión Europea y las posibilidades materiales de acción y a examinar la necesidad de establecer un mediador del Consejo de Europa para que se encargue de los asuntos de custodia de estos menores en la mayor parte de Europa...”

A su turno, la Declaración de Malta, en marzo de 2006, instó a:

“... 3. La intensificación de las actividades en el campo de la mediación y conciliación familiar internacional, incluyendo el desarrollo de nuevos servicios es bien recibida. Se reconoce la importancia de contar con procedimientos que hagan posible que los acuerdos entre los padres sean aprobados judicialmente y sean ejecutados en los países involucrados.

Los procesos legales relativos sobre controversias parentales deben estar estructurados de manera tal que estimulen acuerdos entre padres y faciliten el acceso a la mediación y a otros medios para promover tales acuerdos. No obstante, esto no debe retrasar el procedimiento legal y, cuando los esfuerzos para alcanzar un acuerdo no resulten exitosos, debe ser posible el acceso efectivo a los tribunales.

La mediación familiar internacional debe ser llevada a cabo de manera tal que tenga en cuenta las diferencias culturales. ...”

También el Seminario de Jueces de América Latina, noviembre-diciembre de 2005, expresó:

“... 27. Los Jueces deben incentivar, promover y facilitar, siempre que ello fuere posible, la solución consensuada de las disputas sobre visitas...”.

Las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Comisión Especial sobre el funcionamiento de la Convención de La Haya de 1980, de marzo de 2001, expresaron:

“... Asegurar la restitución voluntaria del menor 1.10 Los Estados Contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria cuando sea posible. Se propuso que las Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7 c del Convenio, en la medida de lo posible y cuando sea, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante.

1.11 Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del menor o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución.

1.12 Los Estados Contratantes deberían asegurar la disponibilidad de métodos efectivos para evitar que cualquiera de las partes desplace al menor antes de la decisión sobre la restitución. ...”.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir que la problemática de la protección de los menores, en todas sus manifestaciones, pero fundamentalmente en su persona en los casos de sustracción o retención ilícita de los que son víctimas, constituye una cuestión de gran complejidad en la actualidad, y se ve agudizado por la constante movilidad de las personas en el mundo globalizado.

Es de profunda importancia para la correcta implementación de los remedios legales contenidos en las convenciones internacionales sobre la materia, que se analice seriamente posibilidad de recurrir a la mediación o a cualquier otro método de autocomposición de disputas, en virtud del cual los progenitores involucrados en un caso de restitución de un menor puedan, con la celeridad y eficacia, encontrar la solución al problema que los enfrenta.

LOS DESAFÍOS DEL DIPR DE FAMILIA DERIVADOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Por María Marta Luisa Herrera¹

“El compromiso es un acto, no una palabra”

I. CONCLUSIONES

1. Las nuevas concepciones de la organización familiar nacidas desde la voluntad y la autonomía del individuo, que excluyen como fuente de las relaciones de familia al orden público o la naturaleza, constituyen un desafío para el derecho internacional privado, pues ponen en jaque los principios de orden público internacional que limitan la aplicación del derecho extranjero en los casos plurilocalizados.

2. A los efectos de acompañar la tendencia global de desjudicialización y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, los documentos auténticos que instrumenten acuerdos arribados por las partes en cuestiones de derecho de familia y autorizados en el extranjero por funcionarios públicos o profesionales de derecho que ejercen una función pública, deben tener plena eficacia extraterritorial, aún en los casos en los que la fuente interna asigne competencia a funcionarios judiciales para dirimir esos asuntos., toda vez que se presume que la intervención del fedatario garantiza el asesoramiento requerido para la expresión correcta de la voluntad del otorgante.

3. El método de reconocimiento (aceptación) de situaciones jurídicas y relaciones jurídicas establecidas en el extranjero que contienen las normas de derecho internacional privado de fuente interna, si bien

¹ Magister en Derecho Internacional Privado Universidad de Buenos Aires (2024).- . Escribana titular por concurso de oposición y antecedentes del Registro Notarial N°272 de CABA(2004). Abogada cum laudes por la Universidad Católica Santa María de los Buenos Ayres.- Presidente de Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Escribanos de CABA (2017). Asesora del MMRREE en cuestiones de Dipr. Ex profesora adjunta interina de Derecho Internacional Privado en UBA. Profesora de posgrado en UCASAL y UCALAP. Aval de Nieve Rubaja.

constituyen la concreción de derechos humanos constitucionales, podrían afectar el principio de igualdad ante la ley y el orden público internacional argentino, sobre todo en los casos de filiación no natural de nacionales. Debe instarse al Poder legislativo a que procesa a la inmediata legislación de la filiación por métodos de reproducción asistida.

4. El cambio de paradigma en los Estados para definir los principios que inspiran la legislación interna y de derecho internacional privado de familia, y la constitucionalización de los derechos humanos fundamentales, plantean en el siglo XXI un serio desafío al derecho internacional privado que parece comprender en su objeto no sólo la determinación y aplicación de derecho extranjero al caso plurilocalizado sin también la garantía de la eficacia extraterritorial de las decisiones y el derecho migratorio.

II. FUNDAMENTOS

El Derecho internacional privado que se originó como una parte integral del derecho natural, universal, con el nacimiento del Estado territorial soberano y, posteriormente, los Estados-naciones, se «nacionalizó» anclado en el ordenamiento jurídico doméstico, concretamente en el derecho civil para «casos con un elemento extranjero»².

Y, hoy en día, el derecho internacional privado es mucho más complejo que antaño, pues debe resolver los casos pluriconectados, cada vez más frecuentes, tributarios de la sociedad global y pluricultural en la que vivimos. Existe en consecuencia una pluralidad de sectores y finalidades, diálogos de fuentes, pluralismo metodológico, interacción entre el derecho público y el derecho privado, avance de la autonomía de la voluntad no solo en materia contractual sino también en cuestiones que antes le eran escatimadas, como las de las sucesiones y relaciones de familia.

² Van Loon, Hans, El horizonte global del Derecho internacional privado, Lección Inaugural, Sesión de Derecho internacional privado, 2015, publicación de la Asociación Americana de Derecho internacional privado (ASADIP) Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.), 2020, pág. 139. Disponible en <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2020/05/Hans-van-Loon-Horizonte-Global-del-Derecho-Internacional-Privado-Traduccion-al-espanol-2020.pdf>, última consulta 05/05/2023.

También hoy el conflicto de jurisdicciones es más relevante que el conflicto de leyes tradicional de la disciplina, lo que le confiere un rol protagónico a la cooperación jurídica internacional, y a través de ella, se logra la materialización y la eficacia de situaciones no judicializadas, pero que se basan en el respeto de los derechos humanos y de la inmigración de las personas humanas.

Estas personas, se trasladan no sólo con sus bienes, sino también con los integrantes de sus familias y los documentos que prueban sus estados de civiles, sus emplazamientos filiatorios, etc., sus relaciones patrimoniales y de asistencia y, generalmente, recurren a ciertos funcionarios públicos, los notarios, para instrumentar actos jurídicos que los involucran como parte.

Todos esos documentos auténticos tienen vocación de circulación internacional. Y, en general, todos los sistemas jurídicos son más o menos abiertos a la recepción de esos documentos públicos extranjeros.

Todo ello avala que se reedite hoy la concepción de que la convivencia jurídica pacífica de las naciones constituye, para la doctrina especializada, el fundamento del Derecho Internacional Privado³ con fundamento en el derecho natural.

En efecto, hoy, bajo la presión de la globalización, el derecho internacional privado es llamado a adoptar una perspectiva transnacional y global para brindar soluciones a los problemas que plantean la circulación, como hemos dicho, no sólo de los bienes y servicios, sino fundamentalmente de las personas y los documentos que acreditan sus atributos y relaciones y situaciones jurídicas de familia.

En efecto, desde mediados del siglo XX, el derecho internacional privado aparece, incuestionablemente, impregnado de valores constitucionales y de derechos humanos en una relación que no siempre fue aceptada de buen grado, dándose inicio a su estudio en el sector del derecho procesal civil internacional. Como consecuencia, el derecho internacional privado se ha vuelto cada vez más complementario del derecho internacional público regional y global, mediante su materialización en tratados y

³ Entre ellos Margarita Arguas. En SCOTTI, Luciana, Margarita Arguas: precursora y jurista ejemplar, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/hombres-e-ideas-facultad-de-derecho/scotti.pdf>, consultado el 02/09/2023.

regulaciones especiales y, además, por su interacción con las reglas del derecho internacional público.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse indubitadamente que hoy por hoy, la migración (y el consiguiente conflicto de civilizaciones que acarrea) es la mayor fuente de conflictos en materia de jurisdicción de tribunales y autoridades, de derecho aplicable, y de reconocimiento y ejecución de sentencias, así como también, del reconocimiento de la eficacia extraterritorial de otros documentos públicos, sobre todo en casos de derecho de familia.

En efecto, la libertad de circulación que los Estados garantizan en los espacios integrados a los ciudadanos y empresas que los integran, los obliga a adoptar programas y planes de acción que les permitan a los sujetos ejercerlos más fácilmente, mediante la implementación de leyes o suscripción de tratados que simplifiquen la aceptación de determinados documentos auténticos o pruebas de situaciones o relaciones jurídicas.⁴

Por ejemplo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo, pero no existe el correlativo derecho de un extranjero a entrar en el territorio de un Estado parte o de residir en él, pues todo ello depende de la legislación nacional de orden público del Estado de recepción del migrante, relativa a inmigración y emigración, sobre desempleo, población, etc. Sólo el derecho internacional de los refugiados posee un desarrollo mayor, pero la regulación de las migraciones está menos desarrollada a nivel internacional, y esa regulación viene por otros institutos vinculados a ella como los contratos laborales, del derecho a la reagrupación familiar, etc., que plantean otro tipo de problemas concretos ya que, además la internacionalidad es un factor de vulnerabilidad que agrava situaciones que involucran a personas adultas y menores, personas con capacidad restringida, trabajadores, personas sujetas a trata, y habitualmente los derechos nacionales aparecen insuficientes para brindar adecuada y efectiva respuesta a este tipo de problemas, de difícil prevención y más difícil solución.

⁴ Por ejemplo, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento UE N 1024/2012, identificado como 2013/0119 OD.

Ello así, debemos destacar que la actitud de un Estado hacia la migración puede impactar en sus políticas de Derecho internacional privado y, también, puede influir en la disposición de adentrarse en negociaciones o suscribir instrumentos internacionales o tratados para regular todo lo que ese proceso conlleva para los estados involucrados.⁵

En ese marco se verifica asimismo la existencia de autoridades públicas de los Estados y de profesionales que ejercen en representación del mismo la fe pública en un ámbito de competencia y territorio específico, que ejercen el poder público delegado en el marco de la cooperación internacional entre funcionarios en los casos con elementos extranjeros.

Los Estados imponen para los actos otorgados por estas autoridades formalidades obligatorias y prohibiciones, en el marco de la “administración pública de derecho privado”, siendo la ley que rige la forma independiente de la ley que rige el contenido del documento autorizado por el funcionario público, más allá del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes cuando las leyes la autorizan.

Y, de esta forma, toda vez que en el reconocimiento de un acto celebrado en el extranjero se tienen en cuenta sus formas y solemnidades, no se está haciendo otra cosa que pedirle al operador jurídico que examine el derecho público extranjero, aunque los contrayentes hubieran dejado su domicilio para sujetarse a las normas que rigen en el lugar del otorgamiento del acto.⁶

Y así, el estudio de los mecanismos y ley aplicable a esta actuación en los casos con elementos extranjeros, constituye un campo de estudio más acotado y específico dentro del derecho público, del derecho procesal civil internacional y la cooperación jurídica internacional, con características que la distinguen de la cooperación judicial internacional.

⁵ van LOON, Hans, El horizonte global del Derecho internacional privado Lección Inaugural, Sesión de Derecho internacional privado, 2015 publicación de la Asociación Americana de Derecho internacional privado (ASADIP) Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.) , 2020, pág. 96, disponible en <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2020/05/Hans-van-Loon-Horizonte-Global-del-Derecho-Internacional-Privado-Traduccion-al-espanol-2020.pdf> , última consulta 06/05/2023.

⁶ FEULLIADE, Milton C., Aplicación del derecho público extranjero, *Prudentia Iuris* N°73, Año 2012, pág. 105 y ss.

Podríamos hablar entonces, de la “cooperación jurídica administrativa” ejercida por los funcionarios o profesionales que ejercen la fé pública en los Estados, y que asesoran y autorizan documentos auténticos que hacen plena fe de fecha y contenido, y que instrumentan acuerdos de partes a los que arriban en el ejercicio de su autonomía de su voluntad sobre todo en materia de familia y sucesiones (pactos de cambio de régimen patrimonial matrimonial, reconocimiento de hijos, testamentos, acuerdos de división de bienes por divorcio, separación de bienes o partición de herencia, autorización de viaje a menores de edad, etc).

Ello se deriva de la contractualización de las relaciones de familia⁷ que parte de la base de que la familia no es un fenómeno natural sino cultural, y por lo tanto, para regularlo, el Estado no debe tener por guía a la naturaleza humana sino a los derechos humanos. La convención resultará de un acuerdo (voluntad humana) contrariamente a la idea de naturaleza, que refiere a lo espontáneo e independiente de esta voluntad. “Contractualizar” las relaciones de familia implicará entonces llevar a la familia al terreno de lo histórico y cultural, potenciando la autodeterminación de cada uno de los individuos que conforman a la familia, promoviendo su igualdad, libertad y diversidad. La familia no es sujeto de derechos, sino que cada una de las personas que lo componen lo son, de ahí el derecho humano de la persona a la familia, para que desarrolle mejor su personalidad. En esta concepción también se distinguen dos dimensiones de la vida familiar: la vertical (relativa a los vínculos de paternidad natural, adoptiva y médicamente asistida), y la horizontal (relativa a la pareja). La preferencia de la voluntad de las partes y el retroceso del orden público como fundamento de la regulación legal se da especialmente a nivel horizontal, en las relaciones de pareja aunque manteniendo cierta regulación de protección a sus integrantes, sobre todo en casos de vulnerabilidad de alguno de sus miembros. Así por ejemplo, el Código Civil cubano de 2022 propone como principio rector el equilibrio del orden público familiar y la autonomía. En Argentina, el legislador de 2015 reconociendo que existe un derecho a la vida familiar sin contraer matrimonio, reguló a las uniones convivenciales desde la perspectiva de la libertad (autonomía) pero también de la solidaridad y la responsabilidad familiar.

⁷ Sobre esta materia, véase a BORRILLO, Daniel, *La familia en disputa*, Ed. Astrea, Buenos Aires,, 2023.

Asimismo, se busca imponer una concepción que destierra la biologización de la relación filial, sobre la base de que las capacidades para no engendrar y para procrear no han sido reguladas jurídicamente como un derecho subjetivo sino más bien como un acto médico: no existe derecho a la reproducción sino una autorización para acceder a las tecnologías reproductivas en caso de esterilidad o profilaxis; asimismo hay mucha resistencia a la regulación de la maternidad por sustitución. Y en materia de filiación por adopción, muchos estados son reticentes a aceptar la adopción internacional en sus regulaciones internas, y rechazan ratificar convenciones internacionales de la materia. En el siglo XXI, la naturaleza profundamente individualista de la hipermodernidad se refleja en una revaloración de lo privado frente a lo público, detrás de lo cual se encuentra la necesaria revisión de la impronta de la soberanía estatal en la base del sistema tradicional del derecho internacional privado, sobre todo en cuestiones procesales y de circulación de documentos públicos en sentido amplio. A su vez, la diversidad y variedad de casos planteados en los diferentes niveles y ámbitos de la organización de cada Estado, provocó que se comenzara a analizar y regular en modo específico las condiciones de validez y eficacia extraterritorial de los documentos públicos, comprendiendo en consecuencia una realidad que hasta entonces había sido sosla

Ahora bien, a este ámbito de estudio acotado por sus peculiares caracteres, hay que agregarle, entendemos, el análisis de las reglas y principios que determinan la efectividad extraterritorial de los documentos públicos que instrumentan las relaciones de familia con elementos extranjeros, producidos por esas autoridades públicas no judiciales que ejercen la fe pública, en las diferentes jurisdicciones nacionales con las que dicho documento entra en contacto. En ese limitado ámbito del proceso de la cooperación jurídica internacional es en donde se detecta la especial y relevante actuación de los notarios o escribanos del sistema latino.

En efecto, existe una íntima vinculación de las normas de derecho notarial y de derecho internacional privado argentinas -de fuente interna y convencional vigentes- y los usos y costumbres notariales, y su incidencia en la circulación y eficacia extraterritorial de documentos públicos en sentido amplio, en los casos con elementos extranjeros de derecho de familia y sucesiones, de cooperación procesal internacional. Para detectarlo, hay que tener en cuenta la actividad que despliega el notario local en el ejercicio de sus funciones tanto para producir, generar, emitir o autorizar documentos públicos que tendrán eficacia en el extranjero (rol activo), como en la

recepción, aceptación o conferimiento de fuerza ejecutoria a los documentos públicos extranjeros que recibe a los efectos de conferirles eficacia en el territorio en el que ejerce su actividad (rol pasivo).

Creemos que, hoy por hoy, existen ciertos grados de intensidad e interacción entre el derecho público y el derecho internacional público y el derecho privado y el derecho internacional privado, ya que esas ramas poseen los mismos problemas y tratan las mismas cuestiones, que deben ser apreciadas desde una concepción sistémica del derecho, lo cual evitará la aplicación abusiva de la “territorialidad” mediante la institución del orden público de las leyes de derecho público, sobre todo en materia de forma de actos auténticos digitales. En efecto, la validez y eficacia extraterritorial de un documento público es, y ha sido siempre, una cuestión regulada por las normas de derecho internacional privado de cada país.

Y la garantía de los derechos de las personas y de las familias, como consecuencia de la circulación internacional de las personas, bienes y servicios, han contribuido a la formación de un derecho internacional privado más humano, que ha dejado atrás su apología de neutralidad en miras de una justicia conflictual y localizadora, para atender al contenido material de las soluciones en búsqueda de una justicia material garante de los derechos fundamentales del hombre, una justicia sustancial y real, a como consecuencia de lo cual surge el pluralismo metodológico para la solución de los casos pluriconectados.

En consecuencia, partiendo de esta realidad y para un mejor análisis, hay que distinguir la problemática que plantean:

{a} la *circulación internacional de documentos negociales*, contratos o documentos mercantiles, que se rigen ante todo por las normas de conflicto o materiales de derecho internacional privado, que encontramos en la fuente interna o convencional, y que determinan cual es la ley aplicable a la relación jurídica en sus aspectos sustanciales y de forma, y

{b} la *circulación de las actas y documentos auténticos creados por otras autoridades públicas*, como certificados destinados a demostrar la existencia de un hecho como la muerte, nacimiento o cambio de nombre de una persona, y los destinados a demostrar el acaecimiento de un acto jurídico que modifica el estado civil -como el matrimonio o el divorcio vincular, uniones convivenciales, etc.-, y los pactos que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, las personas involucradas en esas relaciones de familia puedan celebrar, para cuya regulación por lo general existen normas

en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente en la fuente convencional, que establecen los requisitos de eficacia probatoria.

El abordaje de esta problemática, como una novedad dentro de la materia del derecho internacional privado y la cooperación jurídica internacional, se basa en que la eficacia extraterritorial de cualquier documento público, fundado en sus especiales características, afecta tanto la soberanía nacional como lo hace el reconocimiento y/o la ejecución de una sentencia. Por esta razón, doctrina calificada ha expresado que los documentos públicos y las escrituras públicas extranjeras son los “parientes pobres” del Derecho internacional privado⁸, en atención a la indiferencia que por mucho tiempo se ha dispensado a su estudio y regulación en esta rama del derecho, aunque algunos autores, en el derecho comparado, reconocen’.⁹

La doctrina comenzó a distinguir que, para la recepción de esos documentos especiales, existían, desde la perspectiva del método, operaciones calificadas como de “reconocimiento conflictual”, que implica un conocimiento profundo de las normas de derecho internacional privado para analizar la *lex fori* y la *lex causae* del negocio jurídico instrumentado en el documento público, y su efecto ejecutorio y /o su efecto meramente probatorio, que es distinta de la operación de “reconocimiento directo y material”, sin análisis conflictual, y hasta de la “aceptación” reconocida en el ámbito de la Unión Europea, en virtud de sus diferentes alcances con efectos meramente probatorios o de conferimiento de “fuerza o eficacia” .

En nuestro derecho para la operación de reconocimiento de documentos públicos y sentencias extranjeras existen normas en la fuente convencional que apelan al método material, pero en la fuente interna se mantienen las normas que admiten el método conflictualista, salvo respecto de instrumentos públicos que tengan por objeto la constitución modificación

⁸ GOMA LANZON, Ignacio, Forma y derecho internacional privado, Anales de la ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, TOMO XLV-XLVI, La ley, pág.. 288 y ss, y a CALLE, Pierre, “L’acte authentique établi a l’étranger. Validité et execution en France”, Revue Critique, julio-septiembre 2005,pág.380,

⁹ CALVO VIDAL, Isidoro A., Los documentos públicos extranjeros en España, El Notario del Siglo XXI N° 70, NOVIEMBRE - DICIEMBRE 2016, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-70/7112-los-documentos-publicos-extranjeros-en-espana>

y extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en la Argentina y los que prueben ciertas relaciones de familia, para los que se adopta una metodología de reconocimiento material o directo, aunque con distinciones entre uno y otro tipo de documentos, conforme probaremos en este trabajo, en los casos en los que medie fraude de los otorgantes.

Con relación a los sujetos para los cuales el legislador nacional o convencional ha legislado, debemos destacar que la mayoría de las normas se dirigen a los jueces, desconociendo la intervención de la actividad de otro funcionario público en el proceso de reconocimiento extraterritorial, aún en los casos en los que el documento público tiene vocación registral.

También los planes de estudio en las Universidades y los planes de los trabajos de investigación siguen esta metodología de incluir el análisis de la eficacia extraterritorial de los actos auténticos o escrituras públicas dentro del estudio de la cooperación judicial internacional¹⁰, lo cual entendemos que debería ser modificado, en atención a la especialidad del tópico analizado, conforme pretendemos fundamentar en este trabajo.

Sin embargo, la realidad de la organización estatal y la actividad de otros funcionarios públicos, como los de los registros civiles, de los registros de comercio, de los registros de la propiedad, las oficinas de migraciones y/o los notarios, provocó que estos también desplieguen una actividad calificadora de los documentos públicos extranjeros sin intervención jurisdiccional. Para el ejercicio de sus operaciones, ante la carencia de legislación nacional, ellos debieron crear normas en el ámbito de su competencia y prácticas y usos y costumbres propias, con la finalidad de

¹⁰ Por ejemplo: La cooperación jurisdiccional internacional como piedra angular de un nuevo concepto del Derecho internacional privado, Proyectos UBACyT, http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2016_noodt.php, **Directora:** Noodt Taquela, María Blanca. También se da esta circunstancia en los programas de estudio de derecho internacional privado de la UBA y de universidades privadas, el primero de los casos analizado en, QUARANTA COSTERG, Juan Pablo, La historia del dictado del Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en elDial.comDCECD (22/08/2008). NAJURIETA, María Susana, La enseñanza del derecho internacional privado: dinamismo de principios y metodologías, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/lecturas-del-bicentenario/maria-susana-najurieta.pdf>, consultado el 21/08/2023. SCOTTI, Luciana Beatriz, El origen de los estudios de derecho internacional privado en la Universidad de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/nuevos-aportes-a-la-historia-de-la-fd-uba/el-origen-de-los-estudios-del-derecho-internacional-privado-en-la-facultad-de-derecho-de-la-universidad-de-buenos-aires.pdf>, consultado el 21/08/2023.

implementar sus funciones, y también aplicar, en forma analógica y adaptada, las normas destinadas a los jueces.

Siguiendo a Perugini, sostenemos que “... *el instrumento público extranjero contiene un derecho la mayoría de las veces ajeno a nuestro país, que ingresa naturalmente y sin necesidad de actos de aplicación por parte de nuestras autoridades. Así como se admite en una sentencia la calidad de cosa juzgada conforme al derecho del país de su procedencia, sin entrar a rever el fondo a la luz de nuestro derecho, así se reconoce en el documento oficial extranjero la cualidad de su estabilidad ...*”¹¹

Así las cosas, y avanzando en virtud del pluralismo metodológico con los métodos de reconocimiento de los instrumentos públicos, a partir de la reforma del CCYCN del año 2015 se introdujo en nuestro ordenamiento una modificación sustancial en esta materia, al incorporarse en los arts. 2622 in fine, 2634, 2637, 2640 in fine, 2667 el “reconocimiento” directo del instrumento público extranjero que prueba el emplazamiento de ciertas relaciones de familia o que instrumentan actos jurídicos de disposición relativos a inmuebles ubicados en el país, suprimiendo a esos fines la intervención judicial prevista en el código velezano (art. 1211 y 3219 del CC de Vélez) y el método conflictual tradicional del derecho internacional privado.

La incorporación de este método de reconocimiento no conflictual para cuestiones de derecho de familia contribuye a una mejor comprensión de la materia, que ya no distingue entre conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones, sino entre creación de derechos y su eficacia fuera del orden jurídico que le ha dado nacimiento. Y esta distinción entre creación – eficacia, se advierte también en el juego de la excepción del orden público.

Calvo Caravaca al conceptualizar este método, lo describe así: “*la situación jurídica creada por una autoridad de un Estado miembro y considerada como ‘existente’ y ‘válida’ en dicho Estado, debe estimarse también ‘existente’ y ‘válida’ en los demás Estados miembros. No resulta relevante que la situación jurídica sea meramente ‘interna’ o sea ‘internacional’.* En este método, la norma de conflicto del Estado de recepción de la situación jurídica no es aplicable. Resulta totalmente

¹¹ PERUGINI, Alicia, La validez y circulabilidad internacional del poder de representación, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 48.

irrelevante la concreta Ley que aplicó la autoridad de un Estado miembro para 'crear' la situación jurídica (...) Dicha autoridad aplicó su 'sistema nacional de derecho internacional privado y aplicó una concreta Ley estatal. A partir de ahí, la situación jurídico-privada ha sido legalmente constituida y será reconocida y tenida como válida y existente en otros Estados. No es preciso volver a precisar, con arreglo a las normas de conflicto del Estado de destino de la situación jurídica, la Ley que regula tal situación...'»¹².

El funcionamiento del método, aún sin referirse a él conceptualmente, ya había sido descrito en nuestra doctrina, por una jurista excepcional, que fue la Dra. Margarita Arguas quien, en su clásico tratado, expresaba en forma precursora: “... tenemos aún las dificultades que una persona origina cuando pretende hacer valer, en un país, los derechos adquiridos en otro. No es corriente en la doctrina admitir este objeto, porque se lo confunde con los anteriores. Pillet sostiene que es distinto y pregunta si un individuo que, por su ley nacional, tiene el carácter de hijo legítimo, podrá invocarlo en el extranjero, en qué media, en qué condiciones y con qué efectos, a fin de recoger una herencia”. La autora cuestionaba: “¿En qué extensión pueden alterarse los derechos por ser invocados fuera de las fronteras, dentro de cuyos límites se han concedido? Surge una cuestión internacional, porque han nacido en una parte y se los ha trasladado a otra; son producto de una ley y se pretende ejecutarlos bajo el imperio de una distinta...”. Y finalmente, afirmada: “... No hay entonces semejanza entre la situación del extranjero que ejerce un derecho cuyo goce le concede la ley local y del que reclama los beneficios de uno adquirido en el exterior, pues aquel pide la adquisición y éste invoca los efectos que su posesión comporta: la validez internacional de un derecho y la de sus efectos son cosas completamente distintas”.

Y también ha sido definido así: “El reconocimiento es el método que se emplea en derecho procesal civil internacional para realizar la uniformidad entre los ordenamientos cuando una relación dada ya ha sido reglamentada de forma concreta en un documento, en la mayoría de los casos jurisdiccional” y agregamos, también notarial. Este método tiene una

¹² Calvo Caravaca, A.L.: “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, en Diario La Ley, N° 7847, Sección Tribuna, 27, abril 2012, Año XXXIII

técnica especial y diferente de la que se utiliza recurriendo a normas de derecho aplicable y de normas sobre forma de los documentos.

El mecanismo que establecen las normas que regulan el reconocimiento es diferente: se establece sencillamente que una resolución o un documento auténtico y la relación o situación jurídica establecida por su instrumentación, debe ser reconocida/o como tal por el ordenamiento del foro, o sea, del Estado de recepción del documento, fijando requisitos mínimos a esos fines, y determinado sus efectos y límites a los mismos.

Este método de reconocimiento, en consecuencia, se sitúa en contraposición al de la aplicación de las normas de conflicto, y con el mismo, el ordenamiento del foro abre sus puertas a la entrada de normas de otros Estados en forma general, abstracta y anticipada, equiparándolas a las normas propias en cuanto a su validez. En estos casos, el ordenamiento del Estado de destino del documento auténtico abdica o declina su soberanía, permitiendo que en el mismo tengan efecto normas generales y abstractas de su ordenamiento jurídico, decisiones judiciales y documentos públicos, fruto de la soberanía ajena.

De esta forma, si se cumplen ciertas cuestiones previas y características, el ordenamiento del Estado de recepción del documento auténtico extranjero acepta retirarse y permite la entrada de un documento auténtico proveniente de otro país, que se hace equivalente al nacional. El documento notarial extranjero puede sustituir al documento notarial nacional si posee las características que le permitan desempeñar las funciones y proporcionar las mismas garantías que el documento notarial en el país de destino.¹³

Como consecuencia de lo expuesto se advierte que coexisten en el sistema de derecho internacional privado argentino,

1. el *método de reconocimiento (directo, no conflictual)* de documentos públicos extranjeros con sus efectos probatorios y ejecutorios, por aplicación de los artículos 2622, 2634, 2637, 2640 CCYCN, las

¹³ PASQUALIS, Paolo. El problema de la circulación de los documentos notariales en el espacio jurídico europeo, inédito. Y PASQUALIS, Paolo, Novedades en la circulación del documento notarial en el espacio jurídico europeo, conferencia dictada el 25/5/2017 en el Colegio Notarial de Madrid, <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-74/7761-novedades-en-la-circulacion-del-documento-notarial-en-el-espacio-juridico-europeo>, consultado el 03/09/2023.

disposiciones del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889, y el Protocolo de Las Leñas, entre otros;

2. el *método de reconocimiento conflictual con intervención judicial* en forma previa a la incorporación del documento público en un registro (por ejemplo, en el caso de partidas de nacimiento, muerte, matrimonio, que deben ser inscriptas en los registros civiles, salvo en los casos de los artículos 2622, 2634, 2637, 2640 CCYCN),

3. el *método consuetudinario de reconocimiento conflictual y de reconocimiento a los efectos probatorios de documentos extranjeros sin intervención judicial*, que llevan adelante ciertos funcionarios públicos como los notarios y los funcionarios de registro civil, y de ciertas direcciones de la Administración Pública Nacional, por ejemplo, la Dirección Nacional de Migraciones.

La doctrina especializada propicia la adopción del método de reconocimiento sobre todo respecto de los instrumentos públicos o actos auténticos, porque el mismo tiene cierta ventaja sobre el método conflictual tradicional: evita relaciones claudicantes, que existen en virtud de la ley de un país, pero no existen en otro; el reconocimiento ahorra costos y costes y evita errores de aplicación de la ley, y con la imposición de condiciones, como la exigencia de un vínculo suficiente entre la situación jurídica documentada y el país que expidió el documento público, se evitan situaciones de abuso y turismo documental. Los errores en los documentos y registros pueden ser revisados en el país de origen del documento y no deben ser revisados en el Estado de recepción del mismo, y, en el mismo sentido, la aplicación del método de reconocimiento no menoscaba a los sistemas jurídicos de los Estados pues siempre pueden limitarse las áreas de aplicación y ser acompañado de la excepción de orden público¹⁴.

Sin embargo, el reconocimiento debe ser analizado y regulado casuísticamente, para evitar cualquier afectación de principios fundamentales del Estado receptor y la igualdad ante la ley.

¹⁴ LEHMANN, Mathias, El reconocimiento, ¿una alternativa al derecho internacional privado?, <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>

***SMART CONTRACTS* E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: OS CONSUMIDORES**

Por Valesca Borges¹ e Inez Lopes²

I. CONCLUSIONES

1. Os *smart contracts* apresentam novos desafios para o direito internacional privado, particularmente com relação à jurisdição internacional, considerando as dificuldades para estabelecer os critérios de conexão de foro. Isso decorre da dificuldade de harmonização de bases, sobretudo vinculado às tecnologias nos contratos com uso de *blockchain*.

2. Nota-se que as relações B2B, as partes negociam as cláusulas contratuais. No entanto, as relações B2C, o direito internacional privado tem buscando proteger as pessoas com maior vulnerabilidade, estabelecendo critérios como a lei do domicílio ou de residencial habitual do consumidor, ou a lei mais favorável.

3. Quanto à jurisdição internacional em contratos inteligentes, a autonomia da vontade das partes permite que as mesmas escolham o tribunal competente para resolver eventuais litígios. Nas relações de consumo, o tribunal competente deve ser sempre a do domicílio do consumidor, como fator de conexão principal. As cláusulas de eleição de foro operam bem nas relações B2B.

4. O desafio dos contratos inteligentes reside em determinar a lei aplicável nos casos de pseudoanonimato para estabelecer o fator de conexão para determinar a lei aplicável e conseqüentemente o tribunal competente nas relações transfronteiriças.

5. Os “códigos” podem ser as leis que regem as tecnologias digitais, mas esses códigos se limitam às informações nele inseridas. Uma boa regulação para garantir direitos mínimos nas relações jurídicas que envolvam consumidores exigem outro olhar para as tecnologias disruptivas para garantir segurança e previsibilidade na era digital.

¹ Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro ASADIP.

² Professora Associada da Universidade de Brasília. (UnB). Membro ASADIP.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUÇÃO

A era digital transforma as formas de organização da vida social e política, além de profundas mudanças nas atividades econômicas cada vez mais baseada em tecnologias da computação, da comunicação e da informação. Segundo Schwab, a *Quarta Revolução Industrial* “alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, “moldado pelas tecnologias digitais e suas interações com o mundo físico, biológico e social”. A característica principal é que ela não se refere apenas a “sistemas e máquinas inteligentes e conectadas”, mas a ruptura com as revoluções industriais anteriores. O autor destaca que a tecnologia não é uma força externa sobre a qual a sociedade não tem qualquer controle³, mas, ao contrário, há coexistência entre sociedade e tecnologia.

Szabo chama os contratos de inteligentes porque são muito mais funcionais do que os contratos no formato em papel⁴. Permitem que muitos tipos de cláusulas contratuais sejam incorporados nos *hardwares* ou *softwares* (como gravames, fianças, direitos de propriedade, privacidade entre outros). A utilização das tecnologias de *software* torna as relações contratuais programáveis, automatizadas e autoexecutáveis.

Surgem os termos *lex electronica* para determinar as normas aplicáveis ao fluxo de informações ou de dados, que “corresponde a um conjunto de regras jurídicas informais aplicáveis ao quadro do comércio eletrônico”⁵. A *lex informatica* para determinar às normas aplicáveis à arquitetura do ciberespaço por meio de tecnologias da informação e da computação. A correlação destes termos refere-se ao surgimento de uma ordem jurídica espontânea e necessária para lidar com os novos fatos⁶.

³ SCHWAB, Klaus, *A Quarta Revolução Industrial*. Edipro, 2019, p. 16.

⁴ SZABO, Nick, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Extropy, 1996.

⁵ GAUTRAIS, Vincent; LEFEBVRE, Guy; BENNYEKHLEF, K. *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica*. RDAI, 1997, p. 548.

⁶ FARIAS, Inez L. M. C. de, *A Proteção do Consumidor Internacional no Comércio Internacional Eletrônico*, Dissertação, Faculdade de Direito USP, 2002, p. 59.

Lessig afirma que o ciberespaço cria uma nova ameaça à liberdade, não nova no sentido de que nenhum teórico a tivesse concebido antes, mas nova no sentido de compreender um regulador recém-poderoso no ciberespaço e ainda não entender como controlá-lo da melhor forma⁷. O autor chama o regulador de “código”, as quais são “as instruções incorporadas no *software* ou *hardware* que fazem do ciberespaço o que ele é”. Esse código é o “ambiente construído” da vida social no ciberespaço. A chamada “arquitetura do ciberespaço” é complexa, pois trata-se de ambiente privado de interesse coletivo de todas as sociedades e exige um olhar crítico sobre as operações que nele ocorrem.

Neste cenário, o presente artigo tem por objetivo principal analisar as contribuições do direito internacional privado nos contratos inteligentes, em especial as relações jurídicas que envolvem as partes mais vulneráveis, como consumidores. Estuda a lei aplicável e jurisdição internacional (cláusula de eleição de foro) e os desafios jurídicos e práticos na implementação de contratos inteligentes em transações transfronteiriças.

2. CONTRATOS INTELIGENTES

Os contratos inteligentes fazem parte do cotidiano da vida civil. Os smartphones ou telefones inteligentes já operam várias transações por meio de contratos inteligentes, como a compra em aplicativos de alimentação, onde o consumidor seleciona o produto, a seguir a opção débito, crédito e até mesmo via PIX no Brasil. A transação da operação de compra e venda de alimentos se concretiza de forma automatizada por um programa autorizado no aplicativo com um simples clique. Geralmente, as transações são informadas no próprio aplicativo e nas operadoras de cartão de crédito, confirmando o pagamento, sem interferência de terceiros.

A concepção original de contratos inteligentes apresentada por Szabo previa que a criptografia garantiria os acordos⁸, mas, segundo Werbach e Cornell, não tinha nenhum mecanismo para garantir a aplicação ou transferência de valor e isso mudou com o desenvolvimento do Bitcoin, por

⁷ LESSIG, Lawrence. *Code 2,0: Code and other laws of cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 2006, p. 121.

⁸ SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Extropy, 1996.

meio da descentralização de transações financeiras confiáveis⁹. O Bitcoin utiliza uma tecnologia chamada “livros-razão distribuídos” (*distributed ledgers*), que permitem que qualquer número de computadores mantenha um registro idêntico de informações, em referência a uma cópia mestre central¹⁰.

O termo contrato inteligente tornou-se amplamente utilizado para se referir a acordos contratuais que dependem de protocolos de computador autoexecutáveis apoiados em tecnologia de livros-razão distribuídos (DLT) ou sistemas *blockchains*, segundo De Miguel Asensio¹¹.

Em linhas gerais, a *DLT* consiste em registros digitais compartilhados simultaneamente por uma rede de operadoras; eles são distribuídos porque o registro é mantido por cada um dos operadores (ou nós) da rede e cada cópia é atualizada simultaneamente com novas informações¹². A tecnologia *blockchain* se refere a uma cadeia de blocos de registro distribuído que visa a descentralização como medida de segurança. Consiste em uma base de dados distribuída que registra blocos de informação e os entrelaça para facilitar a recuperação da informação e a verificação de que essa não tenha sido mudada. Em ambas tecnologias, há o registro ou livro-razão distribuído, isto é um registro de escrituração cronológica de todas as transações comerciais realizadas.

Ao analisar os argumentos de alguns autores sobre contratos inteligentes, Rühl destaca que as tecnologias de uma *blockchain* não requerem nenhum sistema legal na sua operação; ou os contratos inteligentes não necessitam de um sistema jurídico para a sua existência e podem funcionar sem qualquer enquadramento jurídico abrangente. A autora pondera que “embora possa ser verdade que os contratos inteligentes não precisam de um sistema jurídico para operar e executar obrigações legais, não pode haver dúvidas de que os contratos inteligentes dependem de um sistema jurídico para determinar se existe alguma obrigação legal exequível

⁹ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts ex Machina*. Duke Lj, v. 67, p. 313, 2017, p. 324.

¹⁰ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts ex Machina*. Duke Lj, v. 67, p. 313, 2017, p. 325.

¹¹ DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Blockchain and ‘smart contracts’ relating to copyright: jurisdiction and applicable law*, 2020, p.42.

¹² PINHEIRO, Luís de L. *Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOs)*. CIDP, 2023.

para começar”¹³. A autora acrescenta ainda que “Tudo o que um contrato inteligente pode fazer é fazer o que lhe foi ordenado. No entanto, o mero poder de fazer algo não significa que o fazer seja certo ou legal. Código não é lei”.

Este último ponto se contrapõe ao conceito de Lessig sobre o ciberespaço de que o “Code is Law”, referindo-se ao código de *software* que pode regular comportamentos de maneira tão eficaz quanto às leis estatais no ambiente virtual. Todavia, Rühl alerta para dizer que um contrato inteligente não pensa por ele mesmo, mas sim pelas informações armazenadas para a execução ou cumprimento das obrigações estabelecidas, ou ordenadas¹⁴. Isso significa que a regulação dos contratos inteligentes é necessária.

3. CONTRATOS INTELIGENTES E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Os contratos inteligentes visam garantir a certeza e a previsibilidade na execução contratual sem a intervenção humana por meio de *blockchain* ou de pagamentos eletrônicos automatizados. A Uber investiu em pagamentos eletrônicos e incentivou os usuários a utilizarem sua plataforma de pagamento como Uberpay¹⁵.

Há necessidade de se criar um ambiente legal seguro para as transações no comércio eletrônico. Consequentemente, um ambiente seguro possibilita aos consumidores manterem o consumo de bens e serviços oferecidos em plataforma digitais, revestidos de clareza e transparência. As tecnologias como a criptografia e a assinatura eletrônica são instrumentos importantes para a consecução da segurança nas transações eletrônicas, por auxiliarem o usuário a se proteger contra fraudes¹⁶.

¹³ RÜHL, Giesela. *Smart (legal) contracts, or: which (contract) law for smart contracts?* (pp. 159-180). Springer International Publishing, 2021, p. 4.

¹⁴ RÜHL, Giesela. *Smart (legal) contracts, or: which (contract) law for smart contracts?* (pp. 159-180). Springer International Publishing, 2021.

¹⁵ DUROVIC, M.; WILLETT, C. *A legal framework for using smart contracts in consumer contracts: Machines as servants, not masters*. The Modern Law Review, 86(6), 1390-1421, 2023, p. 1935.

¹⁶ FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de, *A Proteção do Consumidor Internacional no Comércio Internacional eletrônico*, dissertação, Faculdade de Direito USP, 2002, p. 86.

Iniciativas são lançadas para estabelecer proteção às partes mais vulneráveis em uma relação contratual. O Instituto de Direito Europeu (ELI) publicou em 2023 *Os Princípios ELI sobre Tecnologia Blockchain, Contratos Inteligentes e Proteção do Consumidor*. O projeto começou em 2018 seguindo uma abordagem de caso de uso para entender como os *blockchains* e os contratos inteligentes podem ser usados na prática. Para lidar com a divergência jurídica existente dentro e fora da Europa, os Princípios ELI foram redigidos em “termos funcionalistas, evitando tanto quanto possível a terminologia específica da jurisdição”¹⁷.

A estrutura dos princípios está dividida em duas partes. A Parte I trata da Parte Geral e o relatório apresenta princípios que se aplicam de forma mais geral a questões relativas às implicações legais de uma transação em uma *blockchain*. Na Parte II versa sobre contratos inteligentes e Proteção do Consumidor: os consumidores, em particular, podem ser confrontados com a utilização de novas tecnologias, que tornam extremamente difícil, para não dizer virtualmente impossível, a compreensão da natureza da transação e das suas consequências jurídicas¹⁸. O projeto foca no uso dessas tecnologias da perspectiva da lei existente. Entretanto, ressalta que a adoção de um marco jurídico claro também é necessária para esclarecer quais limites a lei deve estabelecer quanto ao uso de *blockchains* e contratos inteligentes para evitar consequências indesejáveis, particularmente, mas não somente, quando os consumidores estão envolvidos¹⁹.

Com relação à prática relacionada aos contratos inteligentes e consumidores, Pinheiro sugere que o contrato inteligente pode ser usado para compensar automaticamente os passageiros por um voo cancelado ou atrasado. O programa informático pode, neste caso, ser concebido para que, uma vez verificado o cancelamento ou atraso, sejam identificados os passageiros afetados e o montante da indenização transferido para as suas

¹⁷ VAN ERP, Sjeff and HANZL, Martin. *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*. p. 9.

¹⁸ VAN ERP, Sjeff; HANZL, Martin. *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*. Smart Contracts and Consumer Protection, 2022.

¹⁹ VAN ERP, Sjeff; HANZL, Martin. *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*. Smart Contracts and Consumer Protection, 2022. p. 11.

contas bancárias. Isto não só poupa os recursos necessários para gerir os sinistros, mas também facilita a obtenção de indenizações²⁰.

4. CONTRATOS INTELIGENTES E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Os contratos inteligentes transnacionais são aqueles que possuem pontos de conexão relevantes com um ou mais Estado soberano. Apesar da ubiquidade como característica da internet, isso não implica que os contratos celebrados virtualmente por meio da internet ou o uso de plataformas sejam contatos internacionais de forma automática. Pinheiro leciona que esta *transnacionalidade é reforçada nas redes blockchains pela localização múltipla dos nós* em diferentes países. Alguns autores alegam que a *blockchain* é essencialmente transnacional. Pinheiro, afirma, ainda, que a localização dos servidores é irrelevante para efeitos de escolha da lei relativa às relações estabelecidas através da Internet; uma vez que “a localização múltipla dos “nós” não desencadeia a transnacionalidade das relações baseadas em *blockchain*, porque não têm uma ligação objetiva com as partes nem transmitem especificidade à execução do contrato”²¹.

a) Lei Aplicável aos contratos inteligentes

Assim como nos contratos internacionais clássicos, nos *international smart contracts*, questões específicas e típicas do direito internacional privado se apresentam, como a determinação da lei aplicável; a definição da jurisdição competente e as condicionantes para o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras.

Nos *international smart contracts* em matéria de consumo, se agregam a tais questões a peculiaridade de possuírem entre as partes um consumidor. Nesses contratos, a transferência do poder para que a máquina execute e/ou aplique as obrigações inerentes a tais relações contratuais encontra limitações frente à necessidade de proteção de valores fundamentais do direito do consumidor. A vulnerabilidade do consumidor se justifica por não estar em pé de igualdade na relação jurídica.

²⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, *Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)*. CIDP, 2023, p. 2.

²¹ PINHEIRO, Luís de I., *Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)*. CIDP, 2023, p. 5.

Quanto ao conflito de leis, a autonomia privada conflitual possibilita a escolha da lei pelas partes contratuais - previsto na maioria das legislações nacionais, tanto em relação às suas fontes autônomas como às convencionais – é fortemente recomendada nos *smart contracts*, em virtude das dificuldades que podem surgir quanto à determinação da lei aplicável na ausência de sua escolha. Pinheiro assevera que em razão de serem poucas as legislações que regulam os contratos inteligentes, pode ser conveniente a escolha um desses sistemas legais²².

Referente ao regime especial dos contratos de consumo internacional, a escolha da lei aplicável deve apenas ser sustentada quando a mesma não favorecer o contratante de maior peso econômico, sob “pena da autonomia das partes tornar-se ficção jurídica, consagrando a assimetria e a ofensa à igualdade material²³”.

Na legislação brasileira, a autonomia conflitual nos contratos internacionais não está expressamente permitida por lei, sendo assim, as partes não possuem autorização legislativa para indicarem legislação distinta daquela resultante da conexão prevista pela norma de conflito. No contexto das obrigações contratuais, o sistema brasileiro de Direito Internacional Privado, a conexão estabelecida pela Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB²⁴) é a do local em que forem constituídas (*Lex loci celebrationis*).

Na esfera das relações contratuais internacionais de consumo e em matéria de legislação aplicável, a determinação da lei não está presente na codificação brasileira referente aos direitos do consumidor prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁵. Embora o CDC represente uma oxigenação do sistema jurídico brasileiro e contribua para a consolidação do Estado Democrático nacional, a preocupação com a regulação dos desafios que envolvem a internacionalização das relações de consumo, seja em

²² PINHEIRO, Luís de L. *Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)*, CIDP, 2023, p.11.

²³ RAMOS, André, *Curso de Direito Internacional Privado*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p.442.

²⁴ Atos adotados por ocasião da *LI Reunião do CMC e da LI Cúpula de Chefes de Estado do Mercosul e Estados Associados* – Brasília, 2017.

²⁵ UNCITRAL Grupo de Trabalho IV. *Projeto de Regras Uniformes sobre os Aspectos Jurídicos do EDI e dos Meios de Comunicação de Dados Comerciais* (a/CN.9/WG.IV/WP.57).

matéria de legislação aplicável ou regras de jurisdição, no CDC o consumidor transfronteiriço é um protagonista relegado²⁶.

Não obstante a ausência de internalização no ordenamento consumerista brasileiro, para Cláudia Lima Marques, a cláusula aberta do *caput* do artigo 7º do CDC permitiria aos juízes nacionais, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, a utilização do princípio geral da norma mais benéfica ao consumidor²⁷, uma vez que determina que os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.

No âmbito interamericano, a tendência para o uso do critério flexível da lei mais favorável ao consumidor se expressa na proposta de convenção apresentada pelo Brasil na CIDIP VII, referente ao consumidor turístico, cujo art. 1.4 prevê a aplicação da lei mais favorável ao consumidor. Este dispositivo, de acordo com Nádia de Araújo, “*não emparelha a dúvida sobre quem convence a proteger*”²⁸.

Sob a perspectiva do Mercosul, em 21 de dezembro de 2017, por ocasião do *LI Reunião do CMC e da Cúpula dos Chefes de Estado do Mercosul e os Estados Associados*, foi aprovado o Acordo sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo. Neste instrumento de uniformização regional, a possibilidade de aplicação da lei mais favorável ao consumidor também é uma norma matriz que orienta a norma comum *intrabloc* sobre a lei aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, no que diz respeito aos contratos de fornecedores de bens ou prestadores de serviços e consumidores ou usuários da região. Embora assinado em 2017, este instrumento ainda está em processo de internalização pelos Estados-Membros do Mercosul.

²⁶ MOSCHEN, Valesca ; JIMENEZ, Martha, *A Proteção do Consumidor e a desjudicialização dos conflitos: mediação uma pauta ausente no MERCOSUL?*, in: Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos em materia de protección al consumidor / Dora Szafir ... [et al.]; compilación de Claudia Lima Marques; Luciane Klein Vieira; Sergio Sebastián Barocelli, Buenos Aires: IJ Editores, 2021, p.212.

²⁷ MARQUES, Cláudia. *Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo* de 2017, RDC, v.28, p.450.

²⁸ ARAÚJO, Nádia, *Contratos Internacionais de Consumidores nas Américas e no Mercosul: Análise da Proposta Brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII*, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, jul/dez 2005, p.24.

b) Jurisdição e os contratos inteligentes: a cláusula de eleição de foro

A determinação da jurisdição está no centro de qualquer tratamento dado aos litígios transnacionais. A concepção de jurisdição como “função do Estado que tem como escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”²⁹, contradiz, assim, os alicerces teóricos do Estado contemporâneo.

O Estado Democrático Constitucional, sustentado pelo pilar da tutela das garantias, das liberdades e dos direitos sociais fundamentais, impôs a necessária revisão do conceito de jurisdição³⁰. A jurisdição não pode ser mais considerada como atividade *substitutiva* do Estado. Conforme, aponta Brand “esta abordagem foi posta de lado em favor de um nível de respeito pela autonomia das partes”³¹.

A visão atual considera fundamental a autonomia privada em busca de solução de controvérsias, em decorrência da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos característica do Estado Democrático contemporâneo. Reconhece-se às partes certo poder de disposição em relação ao próprio processo³². Essa visão denota a importância das partes em influenciar na determinação do local onde será julgado um conflito.

Desta forma, em contrato internacional, as partes por sua própria vontade, possuem a autonomia de elegerem a jurisdição que irá solucionar futuros conflitos. Esta possibilidade está disposta nas cláusulas

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. II. Trad. J. G. Menegal e notas de E. T. Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943, p11.

³⁰ MOSCHEN, Valesca RB e ZANETI, Hermes Jr, *Temas controversos do direito processual; civil internacional: a cláusula de eleição de foro e os limites do exercício jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*, em RAMOS, André de Carvalho (Org.), *Direito Internacional Privado: Questões controvertidas*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 357-372.

³¹ BRAND, Ronald A., *Consent, validity and choice of forum agreements in international contracts*, Die Keure, 2009, p.541.

³² UNCITRAL Grupo de Trabalho IV. *Projeto de Regras Uniformes sobre os Aspectos Jurídicos do EDI e dos Meios de Comunicação de Dados Comerciais* (a/CN.9/WG.IV/WP.57).

denominadas de *eleição de foro* (*choice of forum*) ou *pactum de foro prorrogando*.

A cláusula de eleição de foro é um negócio jurídico processual pelo qual as partes de uma relação comercial pluriconectada indicam a jurisdição de um Estado específico para solucionar eventuais e futuros conflitos. Assim, por meio da vontade privada, são excluídas jurisdições através da autonomia processual.

Conforme De Miguel Asensio³³, a autonomia das partes é uma ferramenta poderosa para promover a segurança jurídica nos contratos *Business to Business* (B2B). Entretanto, a vontade privada encontra limites, estando condicionada a autonomia à diferentes fatores, entre os quais. a) disponibilidade do direito material; b) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas; e c) preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito³⁴.

No cenário do Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 1994, que constitui o marco normativo do Mercosul sobre jurisdição internacional em matéria contratual, por meio do qual as partes, em contrato civil e/ou comercial, podem eleger foro competente para conhecer de uma possível e futura demanda, está presente o requisito formal de celebração por escrito do pacto.

Embora a alteração proposta pela Lei 14.879/2024, se situe no capítulo sobre alteração de competência interna, ela impactará nas cláusulas de eleição de foro nos contratos internacionais, uma vez que o artigo 25 do CPC, faz a remissão quanto à regulação dos requisitos de validade do pacto ao artigo alterado.

Na redação anterior, o artigo 63 já estabelecia como critérios de validade estar a cláusula celebrada por escrito e aludir expressamente a um determinado negócio jurídico. A nova redação, acrescenta a tais requisitos, a condicionante de guardar a eleição “pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes, ou com o local da obrigação”. Também adiciona um parágrafo quinto ao artigo 63, caracterizando como

³³ UNCITRAL *Grupo de Trabalho IV*.

³⁴ GRECO, Leonardo, *Os Atos de Disposição Processual—Primeiras Reflexões*. REDP, 2007, p. 7.

abusiva a escolha de foro competente sem vinculação com o domicílio ou residência das partes ao negócio jurídico debatido na demanda.

Essa nova redação do artigo 63 do CPC se contradiz com o movimento de consolidação de um sistema de autonomia privada que o ordenamento brasileiro, desde a implementação da Lei de Arbitragem, vinha buscando. Neste sentido, contrasta a abertura trazida pelo da CPC de 2015 aos acordos processuais, hoje expressamente reconhecidos na lei processual civil brasileira, o que nos permite perceber que o Estado qualifica sua jurisdição definindo uma esfera de autonomia para as partes, onde anteriormente prevalecia a uma lei cogente, de ordem concreta e indisponível³⁵.

Nos *smart contracts*, por sua vez, embora seja a arbitragem a grande preferida na solução de disputas, a cláusula de eleição de foro também se impõe como um mecanismo eficaz para a determinação do foro na solução de disputas.

Como visto, além das dificuldades formais para a validade e executoriedade das cláusulas de eleição de foro, em diferentes regimes jurídicos, especificamente no caso brasileiro, a nova redação do artigo 63, praticamente impossibilita a utilização da cláusula de eleição de foro nos contratos inteligentes, por condicionar a sua validade à obrigatoriedade de estarem vinculadas ao domicílio ou residência das partes.

A derrogação da jurisdição brasileira, em virtude da eleição de foro exclusivo estrangeiro em contratos internacionais, encontrará novas exigências de conexão subjetiva, fundada no domicílio ou residência, ou, ainda, em conexão objetiva, a partir da necessidade de delimitação do lugar da obrigação³⁶.

Além disso, o legislador brasileiro, ao restringir a autonomia privada na escolha da jurisdição competente, “amputa a possibilidade de fazer escolhas estratégicas de foros neutros ou especializados”, tal como mencionam Fontoura e Ely Caetano. Para esses autores, a legislação produz

³⁵ FONTOURA, Jose; XAVIER Jr, Eli, *Como a Limitação da Eleição de Foro Pode Prejudicar Negócios Internacionais*. JOTA, 2024

³⁶ FONTOURA, Jose; XAVIER Jr, Eli, *Como a Limitação da Eleição de Foro Pode Prejudicar Negócios Internacionais*. JOTA, 2024.

insegurança jurídica, uma vez que “não se sabe se o bom senso (...) poderá afastar o alcance da novel alteração³⁷”.

Desde o paradigma das relações consumeristas, o princípio da autonomia da vontade enfrenta a necessidade de (re)dimensionamento e relativização, segundo Cláudia Lima Marques, “o princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativizado por preocupações de ordem social. Tentando harmonizar os interesses envolvidos em uma relação de consumo, as novas normas de tutela valorizam tanto a vontade como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio das relações contratuais”³⁸.

A principal questão no que tange à eficácia da cláusula de eleição de foro é verificar se a vontade das partes é ou não idônea para influenciar o exercício jurisdicional. No âmbito dos contratos internacionais de consumo, a principal controvérsia refere-se à eventual limitação do acesso à justiça pelo consumidor, em função do afastamento do exercício jurisdicional do foro de seu domicílio por uma cláusula eletiva dessa natureza.

Para parte da doutrina nacional, a eliminação da jurisdição brasileira a partir da vontade das partes, não é possível quando o consumidor tiver domicílio no território nacional, nos termos do art. 22, II, do CPC - que estabelece o foro brasileiro para o consumidor aqui domiciliado. Sob outro ponto de vista, alega-se que o art. 22, II, CPC de 2015 constitui hipótese de competência concorrente, coexistindo com o critério de domicílio do demandado ou, ainda, com a possibilidade de submissão prevista no art. 22, III, CPC. Nesse sentido, *se o consumidor residir ou domiciliar-se no exterior e o réu no Brasil, ele poderá optar por litigar perante o Judiciário brasileiro com base na regra do domicílio do réu* (art. 21, I, CPC de 2015)³⁹.

Em qualquer caso, a vontade das partes deve encontrar seus limites na eficácia da decisão proferida pelo foro competente à luz da cláusula de eleição; na garantia de neutralidade e outros princípios processuais para uma prestação jurisdicional adequada e, especialmente no caso de contratos

³⁷ FONTOURA, Jose; XAVIER Jr, Eli, *Como a limitação da eleição de foro pode Prejudicar Negócios Internacionais*. JOTA, 2024.

³⁸ MARQUES, Claudia L., *Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, SP: RT, 2017, p. 17.

³⁹ TIBURCIO, Carmen, *Extensão e Limites de Jurisdição Brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 76.

internacionais de consumo, se as partes atuam em um contexto contratual de igualdade jurídica⁴⁰.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, *Competência nas relações internacionais privadas*, *Recueil de Cours. Academia de Direito Internacional*, 2008, t. 323, Leiden, Martins Nijhoff Publishers, p. 47.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS EN EL METAVERSO

Por Ana Mercedes López Rodríguez¹

I. CONCLUSIONES

1. La falta de ubicaciones físicas y el anonimato complican la aplicación de normas tradicionales de Derecho internacional privado en el metaverso.
2. Los Reglamentos Bruselas I (bis) y Roma I no están diseñados para entornos descentralizados y seudónimos, lo que puede dificultar la resolución de controversias.
3. Se sugiere que el legislador europeo introduzca reglas específicas sobre competencia judicial y Derecho aplicable respecto a las transacciones en blockchain y el metaverso en una futura reforma del RB I-bis y del Reglamento de Roma I. Mientras tanto, el TJUE deberá aclarar el marco aplicable cuando se le presente la oportunidad.
4. Importancia de la Autonomía de la Voluntad. Dado el vacío normativo existente, es crucial que las partes que lleven a cabo transacciones en el metaverso pacten la ley aplicable y el foro de resolución de controversias en aras de la seguridad jurídica.

¹ Ana Mercedes López Rodríguez es doctora en Derecho por la Universidad de Aarhus (Dinamarca) y es profesora titular (acreditada por la ANECA) de Derecho internacional privado en la Universidad Loyola Andalucía. Es especialista en contratación internacional y arbitraje comercial y de inversiones. Pertenece al Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Junta de Andalucía (actualmente en excedencia) y cuenta con experiencia como árbitro independiente. Ha publicado en prestigiosas revistas jurídicas en español, inglés y danés, y es miembro del Comité Académico Científico de la Fundación de Inteligencia Artificial Legal (FIAL).

II. FUNDAMENTOS

1. EL METAVERSO

a) Definición

El término Metaverso fue acuñado y utilizado por primera vez en el libro de ciencia ficción *Snow Crash* de Neal Stephenson, publicado en 1992. La palabra deriva de la combinación de la palabra “universo” que significa “todo lo que existe”, con el prefijo griego “meta” (más allá).

Esta y otras proyecciones literarias o cinematográficas han tomado forma en el mundo real a través de las nuevas tecnologías, dando lugar a una realidad digital que opera en diversas plataformas.

A menudo denominado como Web 3.0, el término metaverso parece abarcar una amalgama de tecnologías como IoT (internet de las cosas), AR (realidad aumentada), VR (realidad virtual), XR (realidad extendida) y 3D. Para algunos autores, el metaverso es una red conceptual 3D de dominios virtuales, concebida por sus desarrolladores como un ciberespacio duradero, simultáneo, trascendente e inmersivo, donde los individuos interactúan con elementos compartidos y establecen una conexión profunda con sus vidas reales, figuras físicas y facultades mentales usando avatares que representan diversas identidades y personalidades.

b) La descentralización como elemento característico del metaverso. La tecnología blockchain y las DAOS

La descentralización y la tecnología blockchain son fundamentales para el desarrollo y sostenibilidad del metaverso, ya que garantizan la gestión segura de activos digitales y permiten transacciones sin intermediarios, protegiendo la integridad y seguridad de las operaciones. Además, la blockchain ofrece soluciones para la autenticación y trazabilidad, abordando problemas de seguridad como la suplantación de identidad. Por último, la blockchain es clave para crear un metaverso como una sociedad virtual descentralizada y democrática, donde las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs) facilitan la autogestión y promueven la equidad y participación colectiva.

c) La tecnología blockchain y los smart contracts

La blockchain, originada con el protocolo de Bitcoin en 2009, es una base de datos descentralizada organizada en bloques de transacciones que se distribuyen entre nodos participantes. Cada transacción es registrada de forma irreversible y encriptada, lo que garantiza su integridad y seguridad. Además de su uso en criptomonedas, la blockchain tiene un gran potencial para aplicaciones contractuales a través de los smart contracts, que son programas que ejecutan automáticamente acuerdos sin intermediarios, asegurando transparencia e inmutabilidad en su cumplimiento.

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS EN EL METAVERSO

a) Las obligaciones derivadas de los smart contracts como “obligaciones contractuales”

En el metaverso no solo se celebran smart contracts, sino que también pueden tener lugar contratos tradicionales, lo que plantea una diversidad de enfoques contractuales que requieren adaptación a las normativas legales vigentes.

Teniendo en cuenta las diferentes definiciones de contrato y los elementos esenciales que se suelen exigir por los distintos ordenamientos para otorgarles fuerza vinculante, descubrimos de forma inmediata que los contratos inteligentes plantean una serie de problemas con relación a la definición de obligación contractual. No obstante, el TJUE ha consolidado desde hace tiempo el concepto de “obligación contractual,” definiéndolo de manera amplia como cualquier “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”. A este respecto, las partes que celebran un smart contract aceptan la fuerza vinculante de sus términos técnicos, dando su consentimiento implícito al código de programación subyacente, de suerte que puede considerarse que asumen voluntariamente el vínculo creado..

b) Marco normativo

Considerando que los interrogantes planteados por el uso de los smart contracts (especialmente en cuanto al cumplimiento de los requisitos necesarios para la producción de efectos jurídicos vinculantes) se resolverán conforme a la *lex contractus*, la competencia judicial internacional en controversias derivadas de contratos celebrados en el metaverso se determinará en el caso de España conforme al Reglamento Bruselas I bis (RBI bis) para casos en que el demandado esté domiciliado en un Estado

miembro; el Convenio de Lugano (CL) para demandados domiciliados en Noruega, Suiza o Islandia; y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de carácter residual, aplicable únicamente cuando los anteriores instrumentos no lo sean. Estos instrumentos determinan qué tribunales conocerán de una controversia civil y mercantil con elementos extranjeros, lo cual es relevante tanto para la contratación inteligente como para las transacciones en el metaverso, debido al carácter descentralizado de la tecnología blockchain.

c) Tribunales competentes

El RBI bis permite a las partes elegir tribunales competentes (Art. 25), lo que facilita su adaptación a la tecnología blockchain y al metaverso, especialmente en acuerdos insertados en términos y condiciones, contratos inteligentes, y plataformas virtuales. En ausencia de elección de foro, se aplica generalmente el foro del domicilio del demandado (Art. 4 RBI bis), aunque el anonimato en el metaverso puede complicarlo. Además, la legislación de la UE, como la Directiva de Comercio Electrónico y el Reglamento de Servicios Digitales, establece obligaciones de información que deberían aplicar a las plataformas de mundos virtuales, aunque a menudo no se cumplen.

Para el foro alternativo en materia contractual, los tribunales competentes se determinarán según el lugar de entrega de las mercaderías o de prestación del servicio, según el caso, siendo más sencillo para bienes corporales y servicios físicos. En bienes y servicios intangibles o inmateriales, la complejidad de determinar el lugar de entrega o prestación fuera del metaverso es similar a la de los contratos electrónicos tradicionales. Aquí, el lugar del establecimiento del prestador del servicio es una solución preferida por la jurisprudencia y la doctrina. En las entregas y servicios que se realizan completamente en el metaverso la cosa se complica, ya que no estaríamos hablando de un “lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías, o un “lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios,” tal como establece el Artículo 7.1 b) RBI-bis.

Para contratos no encuadrados en categorías específicas, la competencia se determinará según el lugar de cumplimiento de la obligación base de la demanda (Artículo 7.1 a) RBI bis, Artículo 22 quinquies a) LOPJ). La dificultad de determinar este lugar en transacciones en el metaverso puede requerir una remisión a la ley que rige el contrato. Dicha dificultad podría conducir, incluso, a la inaplicación de este precepto en aquellos

supuestos en que no sea posible fijar un lugar lo suficientemente conectado al litigio, a tenor de lo establecido por la jurisprudencia del TJUE. Dada la complejidad, se sugiere desarrollar una definición autónoma del “lugar de prestación de servicios” o un nuevo foro de competencia adaptado a la tecnología blockchain, los smart contracts y el metaverso.

Por todo ello y, en ausencia de desarrollo específico, los foros más comunes para la resolución de controversias contractuales en el metaverso serán la autonomía de la voluntad de las partes o el domicilio del demandado, si este es identificable.

3. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN EL METAVERSO

a) Marco normativo y presupuestos de aplicación

En la Unión Europea, los posibles obstáculos doctrinales para clasificar las obligaciones de los smart contracts como contractuales se resuelven dentro del Reglamento Roma I (RR I). Según el TJUE, la noción de obligación contractual, definida como un vínculo jurídico voluntario, se extiende a los smart contracts, donde las partes aceptan implícitamente los términos del contrato, incluido su código. La validez de este vínculo jurídico se determina según la ley aplicable al contrato (Art. 10.1 RR I), y la contratación inteligente siempre implica un conflicto de leyes debido a su naturaleza transfronteriza (Art. 1.1 RR I).

b) Ley aplicable

Según el Artículo 3.1 del Reglamento Roma I (RR I), las partes de un smart contract pueden elegir la ley aplicable, siempre que sea una ley estatal vigente. La elección de ley debe ser expresa o tácita, y puede estar en el código del smart contract o en un documento separado. Si no se elige una ley, el Artículo 4 del RR I determina la ley aplicable basada en la residencia del prestador característico o los vínculos más estrechos. Sin embargo, en un smart contract deslocalizado y sin un contrato subyacente, aplicar estas normas es problemático debido a la opacidad de la blockchain y la falta de un punto de conexión claro.

c) Leyes de policía

Las leyes de policía son normas nacionales cruciales para proteger la organización política, social o económica del Estado y se aplican a todos en su territorio. Según el Reglamento de Roma I (Artículo 9.1), estas normas deben aplicarse independientemente de la ley del contrato.

En el metaverso, esto incluye normas para proteger a consumidores y trabajadores, y combatir delitos financieros. El Reglamento sobre Servicios Digitales (RSD) podría considerarse una ley de policía bajo el Artículo 9.2. En el uso de smart contracts, también puede ser necesario aplicar leyes de policía de otros estados si esas leyes hacen ilegal la ejecución del contrato (Artículo 9.3).

4. CONCLUSIONES

En el metaverso, los contratos inteligentes y la contratación presentan desafíos en cuanto a competencia judicial y ley aplicable debido a la naturaleza descentralizada y virtual de estas transacciones. La falta de una ubicación física clara y el anonimato de las partes dificultan la aplicación de normas tradicionales de Derecho internacional privado, que se basan en factores geográficos.

Reglamentos como el Bruselas I (bis) y el Reglamento de Roma I están diseñados para un mundo físico y podrían no ser adecuados para disputas en el metaverso. Para resolver estos problemas, las partes pueden acordar previamente la ley aplicable y el foro de resolución de disputas en sus contratos.

Se sugiere que el legislador europeo introduzca reglas específicas para transacciones en blockchain en futuras reformas, y el TJUE podría aclarar el marco aplicable cuando sea necesario. A medida que el metaverso evolucione, será crucial adoptar nuevas normas y prácticas estándar para garantizar certeza y seguridad jurídica para todas las partes involucradas.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, *NACHFRIST* Y CONTRATOS INTERNACIONALES

Por José Luis Marín Fuentes¹

I. CONCLUSIONES

1. Puede haber una relación armónica en cuanto no sólo la implementación, sino en la utilización del *Nachfrist* en las relaciones contractuales modernas, en especial en las internacionales, no significando con ello que no pueda también utilizarse en los contratos de carácter local o interno donde las partes pueden prever en remedio diferente de los muchos que existen y que tienen aplicación frente a un incumplimiento de una de las partes y de las obligaciones a su cargo.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Tratar de encajar en unas pocas líneas la interrelación que puede existir entre tres figuras tan vastas y complejas del derecho contractual no es tarea fácil, máxime cuando cada una de ellas tiene sus propias particularidades o especificidades, sin embargo, creemos que se puede hacer una aproximación, ello con el fin de proporcionar nuevos elementos que permitan un desarrollo integral del mismo.

En materia contractual internacional conviven de manera general tres clases de regulaciones que de una u otra manera se entremezclan, siendo ellas el derecho local, el derecho uniforme, que en principio no es local, y el armonizado, que tampoco lo es, pero que puede finalmente llegar a serlo, bien sea por voluntad del legislador o porque las partes en una relación obligacional extra-fronteras así lo han querido y el sistema judicial interno así lo ha validado.

¹ Profesor Tiempo Completo Universidad de Medellín, Colombia.

La autonomía de las partes en una relación obligacional es uno de los pilares en los que descansa y ha descansado desde hace siglos el derecho contractual, y durante las últimas décadas en el internacional. No se concibe en el mundo moderno un contrato en el cual las partes no hayan podido negociarlo, esto es, expresar primeramente sus deseos propios respecto al objeto del mismo y manifestar posteriormente su consentimiento de una manera libre, espontánea y por el medio más apropiado e idóneo.

En el ámbito contractual tanto local como internacional, una figura proveniente del derecho alemán como lo es el *Nachfrist* o plazo suplementario de duración razonable, ha irrumpido y ha hecho un espacio propio, en especial en la mayoría de las regulaciones contractuales internacionales tanto de tipo uniforme como armonizado, y comienza a jugar un papel esencial en una de las etapas más críticas de las mismas, la cual no es otra que el incumplimiento contractual y los remedios diseñados para hacerle frente al mismo.

Si bien en principio podría pensarse que las partes al ser libres de definir y determinar el contenido del contrato que las va a comprometer podrían excluir del mismo al *Nachfrist*, necesariamente podría verse que siempre habrá una de ellas que buscará incluirlo ya que el mismo puede favorecerla, en una situación futura, donde la misma ostente la calidad de deudora o de acreedora y debe reclamar el cumplimiento de las obligaciones hacia la otra.

Creemos pues que puede haber una relación armónica en cuanto no sólo la implementación, sino en la utilización de esta figura jurídica en las relaciones contractuales moderna, en especial en las internacionales, no significando con ello que no pueda también utilizarse en los contratos de carácter local o interno donde las partes pueden prever en remedio diferente de los muchos que existen y que tienen aplicación frente a un incumplimiento de una de las partes y de las obligaciones a su cargo.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL INTERNACIONAL

La cuestión de la autonomía o libertad contractual de las partes en una relación obligacional que traspasa fronteras se encuentra presente en casi la totalidad de instrumentos normativos que regulan cuestiones relacionadas con los contratos vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos.

En cuanto al derecho uniforme, esto es, aquel que es vinculante y de obligatoria aplicación para las partes que acogieron la normativa, vemos que una de las primeras regulaciones que adoptó de manera general y regional el tema de la autonomía de la voluntad fue el denominado Convenio Roma I o Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; este aborda la cuestión de manera directa en el numeral 1º de su artículo 3º el cual señala que: *“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”*. De manera análoga, pero sin la amplitud del anterior en cuanto a los países que la han ratificado, el artículo 7º² la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, desarrollada durante la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, también conocida como CIDIP V establece ese derecho de las partes de escoger el derecho que ha de regular su relación contractual³.

Con relación al llamado derecho armonizado o *soft law* no son pocos los instrumentos normativos que regulan tal materia, entre ellos el más importante en el aspecto contractual internacional, el cual no es otro que los llamados Principios de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales que está en su versión más reciente, la de 2016 y que en su artículo 1.1. determina de manera directa que: *“Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”*. Esta mención también se halla establecida en los llamados Principios de Derecho Europeo de los Contratos o PECL (elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos dirigida por Profesor Ole Lando) que la abordan en su

² El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección 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. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

³ De manera indirecta el artículo 6º de la Convención de Viena de 1980 sobre el contrato internacional de Compraventa de Mercaderías así lo señala: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

artículo 1:102 relativo a la libertad contractual de las partes⁴, en igual sentido el artículo 1:102⁵ del denominado Marco Común de Referencia (DCFR) elaborado por el Grupo de estudios de Derecho Civil Europeo del Profesor Christian von Bar. Existe un proyecto de normativa común sobre los contratos de compraventa celebrados y con efectos en el ámbito de la Unión Europea denominado CESL (Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea) el cual también aborda la cuestión en su artículo 3⁶.

A nivel regional latinoamericano existen dos iniciativas lideradas un grupo de académicos que se denominan por un lado “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos” que abordan la temática, en especial en su artículo 5⁷ y los Principios OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe) sobre los contratos comerciales internacionales (2015) que hacen lo mismo en el artículo 1.1.⁸.

Lo anterior nos muestra como a nivel global hay una multiplicidad de reglas en materia contractual que abarcan un espacio bastante universal y

⁴ (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe² y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

⁵ (1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.

(2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.

(3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.

⁶ Las partes podrán acordar, a condición de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 8 y el artículo 9, que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal como se establece en los artículos 4 a 7.

⁷ Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su contenido, no siendo contrario a derecho o al orden público.

⁸ Las partes tienen libertad para contratar y determinar el contenido del contrato.

presentan una connotación especial en cuanto a la regulación de las modernas relaciones contractuales que día a día cruzan las fronteras de los Estados.

3. EL *NACHFRIST* EN EL DERECHO LOCAL, UNIFORME Y ARMONIZADO

En cuanto al denominado *Nachfrist* o plazo suplementario de duración razonable en tanto que remedio (*remedy* según la denominación anglosajona) o mecanismo para hacerle frente a un incumplimiento contractual, el mismo se halla presente no sólo en todas las normativas anteriormente señaladas⁹, sino que también en muchos derechos internos, en especial en países de habla germana como lo son Austria, Suiza, Liechtenstein, Luxemburgo, igualmente en el derecho francés entre otros.

Teniendo estos conceptos delimitados, la cuestión se centra en identificar la posible interrelación o antagonía que pueda existir en la aplicación del *Nachfrist* como un remedio, y si el mismo puede ser objeto de la autonomía de la voluntad en tanto que las partes lo puedan incluir en su relación contractual, o si por el contrario es de aplicación obligatoria, o en el peor de los casos, que se prohíba su uso en la misma.

Entonces, será pues necesario centrar nuestra discusión en el hecho de saber cómo podemos acudir a esta clase de remedio en el evento que se presente un incumplimiento contractual, que para el caso en concreto es una condición esencial (*conditio sine qua non*), y que la parte afectada pueda hacer uso o no del mismo y bajo que argumentos o condiciones.

⁹ Convención de Viena sobre compraventa internacional de Mercaderías, artículos 47 y 63, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales artículo, artículo 7.1.5, en el los Principios Europeos de los Contratos (PECL) artículo 8:106, Borrador para un Marco Común de Referencia (DCFR), artículo 3:103, en la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) artículo 135, en los Principios OHADAC, artículo 7.1.6, en los Principio Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, artículo 93.

**LAS LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 21.3
DEL PACTO DE SAN JOSÉ: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE
LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA MEXICANA Y SU (POSIBLE)
IMPACTO EN EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS Y LAUDOS
EXTRANJEROS EN MÉXICO**

Por Carlos Enrique Odriozola Mariscal¹

I. CONCLUSIONES

1. El principio de la autonomía de la voluntad significa la libertad de las partes para convenir libremente sus obligaciones contractuales, determinar el derecho aplicable al contrato que celebren, y designar la jurisdicción competente o tribunal arbitral para resolver controversias respecto al mismo. El derecho internacional privado ha establecido la necesidad de que, en base a la cooperación procesal internacional, las sentencias y laudos arbitrales dictados en el extranjero sean reconocidos en el país de ejecución sin analizar el fondo de los mismos. En México, desde hace una década, se ha desarrollado toda una doctrina constitucional y convencional, a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que permite a los juzgadores, e incluso los obliga, a verificar si las resoluciones judiciales y arbitrales violan derechos humanos de los gobernados. De ser el caso, los juzgadores están facultados para limitar el alcance y la ejecución de las sentencias, al amparo de la interpretación *pro homine* de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. En este trabajo damos cuenta, analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del origen y desarrollo de esa doctrina tomando como base la interpretación a la prohibición de la usura, contenida en el artículo 21.3 del Pacto de San José y la forma en que se está invalidando

¹ Miembro pleno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP); Expresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); y Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

o limitando, en México, el alcance de cláusulas contractuales que pueden considerarse abusivas. Señalamos también la forma en que esa doctrina posiblemente pudiera impactar el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en México.

II. FUNDAMENTOS

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dictó sentencia en el caso *Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos*.² En dicha resolución se declaró la responsabilidad internacional del Estado Mexicano por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tratarse de un caso de sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla en el año de 1974.³

Como se desprende del texto de la sentencia referida, al Estado Mexicano se le condenó a realizar diversas modificaciones a su orden jurídico, lo que motivó un nuevo paradigma constitucional en México en pro del respeto de los derechos humanos. La modificación legal de mayor envergadura fueron las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio de 2011.⁴

² El texto completo de la sentencia puede consultarse en la siguiente página web del gobierno mexicano: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>

³ El caso Radilla es considerado paradigmático por su larga duración, por requerir la confirmación jurisdiccional del Estado culpable, por las diversas modificaciones y adecuaciones legislativas solicitadas para su ejecución y por ser el primero en ejecutarse. Véase BUSTILLOS, Julio, “Caso Radilla. Paradigma de la protección constitucional de los derechos humanos frente a la responsabilidad del Estado mexicano”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 989- 1022.

⁴ Como consecuencia de la sentencia Radilla, México se vio obligado, entre otras cuestiones, a ampliar su legislación en materia de protección de los derechos humanos. Para un análisis completo de las citadas reformas y su importancia, véase: FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), El juicio de amparo a 160 años de la primera

Desde el reconocimiento que hizo México de la jurisdicción internacional de la Corte IDH en el año de 1999⁵ y como consecuencia del caso Radilla, la SCJN ha buscado legitimarse asumiendo una conducta progresista en materia de derechos humanos. El nuevo paradigma constitucional mexicano ha motivado que nuestro Tribunal Constitucional, además de aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH, a lo cual está obligado, fundamenta sus sentencias en precedentes dictados por las cortes constitucionales de otros países⁶ o de tribunales internacionales y supranacionales.

La importancia de la sentencia del caso Radilla, consistió en que, al cumplirse las medidas ordenadas por la Corte IDH, surgió un nuevo modelo constitucional mexicano que reconoce a los tratados internacionales de los que México es parte como ley suprema de la Nación, junto con la Constitución, estableciendo, además, la obligación del Estado Mexicano de aplicar los tratados internacionales existentes en materia de derechos humanos, aun cuando México no fuera parte en los mismos.⁷ Ante el reconocimiento de la obligación que tienen las autoridades mexicanas de efectuar control de convencionalidad y la necesidad de aplicar cualquier tratado internacional de derechos humanos bajo el principio pro persona, ha motivado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)⁸ haga uso de herramientas con las cuales puede ampliar la protección de derechos humanos en territorio mexicano.⁹

sentencia, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, pp. 423-471.

⁵ Véase el Decreto de “Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1999.

⁶ A partir de las reformas constitucionales de 2011, no es raro encontrar, en las sentencias de la SCJN referencias a los Tribunales Constitucionales de Colombia, Brasil o Argentina.

⁷ Como es el caso, por ejemplo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸ Véase su sitio oficial: <https://www.scjn.gob.mx>

⁹ Una visión general del tema en nuestro sistema jurídico puede encontrarse en el siguiente artículo: ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, “El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano” en SERNA DE LA GARZA, José María, Contribuciones al Derecho Constitucional, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 317-326.

El objetivo de este trabajo es dar cuenta de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a la interpretación de la prohibición de la usura, contenida en el artículo 21.3 del Pacto de San José, como limitante de la autonomía de la voluntad, y la forma en que, actualmente y de forma cotidiana, se están invalidando o limitando el alcance de cláusulas contractuales que puedan considerarse excesivas.

2. JURISPRUDENCIA DE PROHIBICIÓN DE USURA¹⁰

La primera tesis de jurisprudencia en materia de usura emitida por la SCJN, fue aprobada por el máximo Tribunal en fecha 24 de octubre de 2012,¹¹ siendo pionera al hacer una interpretación directa del artículo 21.3 del Pacto de San José.¹² Sin embargo, el alcance de dicha tesis era limitado y no resultaba novedoso del todo, pues determinó que debía analizarse la usura conforme al Pacto de San José, pero señalando que la usura solamente podría analizarse por los juzgadores cuando existiera lesión. Además, determinaba que los jueces no podían analizar dicha cuestión si el justiciable no lo había alegado, pues se afectarían los derechos de su contraparte, dejándolo en estado de indefensión al no haber tenido la oportunidad de ser escuchado en relación con dicho tema en el juicio de origen.

Hasta este punto, la SCJN parecía seguir una línea tradicional en sus deliberaciones, salvo que comenzaba a interpretar en forma directa el Pacto de San José, cosa que no era habitual antes de las reformas constitucionales

¹⁰ Salvo que indique lo contrario, en este trabajo se analizarán principalmente tesis de jurisprudencia definida, es decir, criterios derivados de sentencias emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales son de aplicación obligatoria para, prácticamente, todas las autoridades jurisdiccionales mexicanas, tanto locales (estados o “provincias” del país), como federales.

¹¹ Tesis de jurisprudencia bajo la voz: “INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE.” Registro digital: 2002817, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Civil Tesis: 1a./J. 132/2012 (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, página 714, Tipo: Jurisprudencia.

¹² Artículo 21 Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley.

de 2011. No obstante, al poco tiempo, la propia SCJN dio un golpe de timón y abandonó el criterio sostenido en dicha tesis, con lo que inició, propiamente, la nueva doctrina jurisprudencial mexicana en materia de usura. En efecto, la SCJN dictó una nueva tesis de jurisprudencia¹³, obligatoria a partir del 30 de junio de 2014, en donde señaló que “una nueva reflexión sobre el tema del interés usurario en la suscripción de un pagaré” le hacía cambiar de parecer.

La SCJN señaló que, en la tesis primigenia, se equiparó el interés usurario con el interés lesivo, siendo que la ley debe prohibir la usura como forma de explotación del hombre por el hombre, cuando esta última se encuentra inmersa en la gama de derechos humanos respecto de los cuales el artículo primero constitucional ordena que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En consecuencia, se declaró que el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho humano de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo. Reconoce, entonces, que la ley debe prohibir la usura, al margen de la existencia de la lesión.

Sin duda, se trataba de un criterio novedoso en ese momento (una década después, se trata de un criterio normalizado en México). En la misma tesis, la SCJN reconoció al juzgador la facultad para que, cuando analizara la litis sobre el reclamo de intereses pactados en un pagaré y al determinar la condena conducente, aplicara la ley mexicana de tal forma que no pueda servir de fundamento para dictar una condena al pago de intereses mediante la cual una parte obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de su contrario un interés excesivo derivado de un préstamo.

¹³ Registro digital: 2006794 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: 1a./J. 46/2014 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 400 / Tipo: Jurisprudencia / PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)].

De esta forma, se sentó un precedente obligatorio para todos los jueces del país, obligando al juzgador en turno, en el caso de que el interés pactado sea notoriamente excesivo,¹⁴ acorde con las circunstancias particulares del caso y las constancias de actuaciones, a inhibir de oficio esa condición usuraria, apartándose del contenido del interés pactado, para fijar la condena respectiva sobre una tasa de interés reducida prudencialmente que no resulte excesiva a su juicio, siempre que razonara y motivara su decisión.

A partir de esa tesis, paradigmática, los tribunales comenzaron a aplicar la reducción de intereses en muchos casos y oficiosamente, atendiendo a diversas razones, que los propios tribunales comenzaron a denominar “parámetros guía”, por ejemplo: el tipo de relación existente entre las partes contratantes; la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré; si la actividad del acreedor se encuentra regulada gubernamentalmente; el destino o finalidad del crédito; el monto del crédito; el plazo del crédito; la existencia de garantías para el pago del crédito; las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan; la variación del índice inflacionario nacional durante la vida del adeudo; las condiciones del mercado; y otras cuestiones que generen convicción en el juzgador.

La SCJN publicó una nueva tesis obligatoria a partir del 22 de noviembre de 2016,¹⁵ donde estimó que la evaluación objetiva de lo notoriamente excesivo de los intereses, no precisa de la evidencia de todos y cada uno de los elementos que conforman los parámetros guía ni de la existencia de los elementos subjetivos de condición de vulnerabilidad o desventaja. Estableció que el análisis del juzgador debe atender a la concurrencia de diversos factores y particularidades del caso, que en suma

¹⁴ El criterio de exceso en los intereses ha sido desarrollado por diversas tesis de tribunales federales en donde se ha establecido que son intereses excesivos aquellos que se apartan ostensiblemente de las tasas que usualmente se utilizan en el sistema financiero mexicano por las instituciones de crédito bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

¹⁵ Registro digital: 2013067 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: 1a./J. 55/2016 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 867 / Tipo: Jurisprudencia / PAGARÉ. LO NOTORIAMENTE EXCESIVO DE LOS INTERESES ESTIPULADOS, NO EXIGE QUE TODOS LOS PARÁMETROS GUÍA O LA CONDICIÓN SUBJETIVA, DEBAN QUEDAR ACREDITADOS EN LA CALIFICACIÓN DE USURA, PARA PROCEDER A SU REDUCCIÓN PRUDENCIAL.

deberán ser apreciados por el juzgador conforme a su libre arbitrio, para proceder a su reducción prudencial.

La SCJN dictó una tesis más,¹⁶ obligatoria desde el 22 de noviembre de 2016, en donde señaló que conforme a la jurisprudencia antes emitida, el juzgador debe analizar de oficio la posible existencia de la usura, no obstante que anteriormente existiera una interpretación diferente que resultaba obligatoria, “sin que ello implique darles efectos retroactivos”. La SCJN estimó que proceder de esta manera no implicaba aplicar retroactivamente un criterio jurisprudencial, pues con ello se trata de la “delimitación del ordenamiento jurídico a partir de la determinación de los alcances de una norma, no lo modifica, antes bien, lo define; sin embargo, esa definición no es inmutable o perenne, sino que es susceptible de adaptarse a la realidad social y al orden jurídico imperante”. La SCJN reconoce en la citada tesis, la autoridad de la cosa juzgada, al señalar que, en esas circunstancias, la nueva interpretación solamente puede aplicarse cuando el asunto está sub judice o sujeto a revisión, en cuyo caso el órgano jurisdiccional que conozca de éste debe aplicar el criterio novedoso si acaso le es obligatorio por razón de jerarquía, sin perjuicio de que, durante el juicio o en instancias anteriores, se hubiera aplicado la interpretación que ha sido abandonada.

Acorde a esta línea interpretativa, la SCJN emitió otra tesis, obligatoria a partir del 22 de noviembre de 2016,¹⁷ en donde se determinó que “el juez de origen debe llevar a cabo, en primer lugar, un análisis indiciario de la posible configuración del fenómeno usurario y, ante la

¹⁶ Registro digital: 2013073 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Común, Civil / Tesis: 1a./J. 52/2016 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 877 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. AL RESOLVER EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE APLICAR LA JURISPRUDENCIA QUE ORDENA EL ESTUDIO OFICIOSO DE SU POSIBLE EXISTENCIA, NO OBSTANTE QUE EL ACTO RECLAMADO SE HAYA EMITIDO BAJO LA VIGENCIA DE UN CRITERIO INTERPRETATIVO DIFERENTE.

¹⁷ Registro digital: 2013074 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Común, Civil / Tesis: 1a./J. 53/2016 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 879 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO ADVIERTA DE MANERA INDICIARIA SU POSIBLE CONFIGURACIÓN SIN QUE ESE TÓPICO HAYA SIDO OBJETO DE ANÁLISIS DURANTE EL JUICIO, DEBE CONCEDER EL AMPARO PARA QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EXAMINE LO CONDUCENTE AL TENOR DE LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

sospecha de su actualización, proceder al estudio de los elementos que obren en autos para constatarlo y, en su caso, proceder a la reducción prudencial de la tasa de interés.” En la referida tesis se señaló que si el juzgador de origen no analizaba la usura, debería de hacerlo oficiosamente el Tribunal revisor, debiéndose cumplir con el principio de exhaustividad y analizar la usura al tenor de los parámetros establecidos en las jurisprudencias de la SCJN, mediante el cual podrá determinar la posible actualización de la explotación del hombre por el hombre.

Ampliando aún más el alcance del análisis de la figura de la usura, la SCJN publicó una nueva tesis,¹⁸ obligatoria a partir del 22 de noviembre de 2016, donde señala que, conforme al artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ninguna ley debe permitir que al amparo de la libertad contractual, una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo. Señaló la SCJN que las partes tienen derecho a pactar el pago de intereses, tanto ordinarios como moratorios, los cuales gozan de naturaleza jurídica distinta, pero se vinculan al préstamo y, cuando se generan, representan un provecho en favor del acreedor que repercute en la propiedad del deudor. De esta forma, el tribunal determinó que el interés excesivo en un crédito está prohibido para ambos tipos de interés.

A este punto, ante la multiplicidad de casos relativos a la usura, comenzaron a emitirse algunas tesis de jurisprudencia emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito,¹⁹ obligatorias para los jueces de instrucción, que permitían valorar cuestiones relacionadas con usura, en etapa de liquidación y ejecución de sentencia.²⁰

¹⁸ Registro digital: 2013076 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: 1a./J. 54/2016 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 883 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. SU PROHIBICIÓN APLICA TANTO PARA LOS INTERESES ORDINARIOS COMO PARA LOS MORATORIOS PACTADOS EN UN PAGARÉ.

¹⁹ Tribunales federales de amparo que jerárquicamente se encuentran por debajo de la SCJN pero sobre los jueces de los estados o provincias.

²⁰ Registro digital: 2013550 / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: I.3o.C. J/18 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2413 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA IMPOSIBILITA ELIMINAR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA RESPECTO DE LOS HECHOS ANTERIORES A LA COSA JUZGADA, PERO SÍ PERMITE ANULAR LOS

De esta forma, la SCJN hubo de intervenir y resolver un procedimiento de contradicción de tesis en donde analizó las tesis señaladas en el párrafo precedente, superándolas y emitiendo una tesis de jurisprudencia,²¹ obligatoria desde el día 21 de agosto de 2017, en donde reconoció que, por seguridad y certeza jurídica, el análisis de la usura necesariamente encuentra límite en la institución de la cosa juzgada. Señaló la SCJN que una vez que una sentencia queda firme, esa decisión es inmutable y debía ejecutarse en sus términos. Señaló que, aunque el análisis de la usura pudiera efectuarse mientras la sentencia que condena a su pago se encuentre sub júdice, lo cierto es que una vez que la condena respectiva pierde esa característica y adquiere firmeza, necesariamente debe ejecutarse, pues ello es una consecuencia del derecho de acceso a una justicia completa y efectiva. Expresamente postuló que en la etapa de ejecución de la sentencia, el juzgador ya no puede introducir de manera oficiosa ni a petición de parte, el análisis de usura respecto de puntos o elementos que ya fueron determinados en la sentencia y que, por ende, constituyen cosa juzgada.

INTERESES USURARIOS GENERADOS DESPUÉS DE ÉSTA, PARA REDUCIRLOS A UNA TASA EQUITATIVA Y ASÍ LOGRAR UN EQUILIBRIO ENTRE EL CITADO PRINCIPIO, LOS DE COSA JUZGADA Y DE PROHIBICIÓN DE AQUÉLLA, DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Registro digital: 2013545 / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: I.3o.C. J/20 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2242 / Tipo: Jurisprudencia/ EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONTIENEN CONDENAS USURARIAS. EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO OBTENIDO A TRAVÉS DE LA COSA JUZGADA Y EL DERECHO HUMANO DE PROHIBICIÓN A LA USURA, SÓLO PUEDE ESTABLECERSE A TRAVÉS DE UN JUICIO DE PONDERACIÓN QUE HAGA PREVALECER EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 21, NUMERAL 3, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, CON LA MENOR AFECTACIÓN POSIBLE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.

Registro digital: 2013551/ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: I.3o.C. J/17 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2415 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. EN LA ETAPA DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA, CABE ESTABLECER UNA SOLUCIÓN EQUITATIVA QUE ARMONICE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA Y EL DERECHO DE PROHIBICIÓN DE AQUÉLLA.

²¹ Registro digital: 2014920 / Instancia: Primera Sala / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: 1a./J. 28/2017 (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, página 657 / Tipo: Jurisprudencia / USURA. SU ANÁLISIS ENCUENTRA LÍMITE EN LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.

La SCJN en una tesis novedosa,²² obligatoria desde el 22 de noviembre de 2022, amplía de una vez más el alcance de la prohibición de la usura al sostener que cuando la tasa de interés es reducida prudencialmente por el órgano jurisdiccional al considerarla usuraria, debe aplicarse retroactivamente respecto de los intereses ya pagados. Señala el Tribunal que ello debe ser así porque surge como una medida disuasoria para prevenir que futuros créditos o préstamos contengan pactos de intereses notoriamente excesivos o usurarios. La SCJN sostiene su decisión al señalar que los derechos humanos tienen como características esenciales, entre otras, la indisponibilidad e imprescriptibilidad, por lo que las violaciones a estos derechos no pueden ser convalidadas por consentimiento, ni tácito, ni expreso.

En fin, el desarrollo de la jurisprudencia en materia de usura sigue. Las tesis de jurisprudencia obligatoria que hasta el momento hemos analizado giran en torno a la usura respecto de pagarés, pues fue en ese tipo de casos donde surgió la necesidad de proscribir la usura, pero hoy en México se aplica esa prohibición en todo tipo de actos, generalizándose en otras áreas y materias (contratos en general, tanto civiles, mercantiles y laborales), sin que podamos dar cuenta de ellos en este trabajo por razones de brevedad.

3. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Es comúnmente aceptado que el reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras garantiza el derecho fundamental de acceso a la justicia y, consecuentemente el derecho de tutela judicial efectiva, en términos de los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha regulación debe significar el derecho fundamental de toda persona para acceder a la administración de justicia, obteniendo una

²² Registro digital: 2025503 / Instancia: Primera Sala / Undécima Época / Materias(s): Civil / Tesis: 1a./J. 120/2022 (11a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Noviembre de 2022, Tomo II, página 1549 / Tipo: Jurisprudencia / INTERÉS USURERO. AL ACREDITARSE, LA TASA DE INTERÉS QUE ES REDUCIDA PRUDENCIALMENTE POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE SER APLICADA DE MANERA RETROACTIVA RESPECTO DE LOS INTERESES YA PAGADOS.

respuesta de fondo motivada conforme a derecho, adoptada de manera autónoma, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable, y que el sistema cuente con los mecanismos para hacer efectiva la decisión.

Así las cosas, en materia de reconocimiento de laudos y sentencias extranjeras, toda sentencia debe ejecutarse cuando se han cumplido con los requisitos externos que en los mismos se contienen y que garantizan un mínimo de derechos de los gobernados, entre los cuales se contiene el principio de cosa juzgada y la no revisión de fondo de las sentencias.

Uno de los principios del reconocimiento y ejecución de sentencias es que el juez requerido debe ejecutarlas, sin revisar el fondo o “justicia” del fallo emitido en el extranjero al tratarse de cosa juzgada, salvo que sea manifiestamente violatorio del orden público interno.

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la SCJN estableció las bases para limitar la autonomía de la voluntad en el caso de establecer prestaciones económicas excesivas y poder reducirlas por usura. De igual forma, el máximo Tribunal mexicano estableció el principio de cosa juzgada como límite para el análisis de la usura, pero no queda claro si acotó el criterio a los casos cuando ya ha sido analizada la usura en el juicio.

Por esa razón, existe una tesis posterior a la emitida por la SCJN en materia de cosa juzgada y usura, publicada el 6 de noviembre de 2020 por un Tribunal Colegiado de Circuito,²³ en donde establece que si bien formalmente la sentencia dictada en el juicio es cosa juzgada, el análisis de la usura pudiera ser analizado en etapa de ejecución de sentencia, siempre que no haya sido materia del fondo del asunto no exista pronunciamiento expreso que haya condenado a las partes a su pago.

Siguiendo esta última tesis, si bien no es obligatoria, demuestra que la cuestión de la cosa juzgada en relación a la usura no es una cuestión que hay quedado agotada y se abre la posibilidad de que, interpretaciones de esta

²³ Registro digital: 2022367 / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Décima Época / Materias(s): Constitucional, Civil / Tesis: XXX.3o.12 C (10a.) / Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 80, Noviembre de 2020, Tomo III, página 2007 / Tipo: Aislada / INTERESES, CONDENA A SU PAGO. POR EXCEPCIÓN, EL ANÁLISIS DE USURA Y, EN SU CASO, LA DETERMINACIÓN DE UNA TASA DE INTERÉS MÁS JUSTA, PUEDE REALIZARLAS DE OFICIO EL JUZGADOR, AUN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA, SIEMPRE QUE NO HAYA SIDO MATERIA DEL FONDO DEL ASUNTO NI EXISTA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO QUE HAYA CONDENADO A LAS PARTES A SU PAGO.

clase puedan impactar en la forma en que los Tribunales mexicanos deben observar el principio de “no revisión de fondo” y cosa juzgada de las sentencias y laudos extranjeros que se solicite reconocer y ejecutar en México.

4. CONCLUSIÓN

En México, a partir de la reforma constitucional de 2011, se ha desarrollado toda una doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de los Tribunales de aplicar en forma directa las disposiciones contenidas en los instrumentos de protección de derechos humanos, como el Pacto de San José.

La prohibición de la explotación del hombre por el hombre contenida en el artículo 23.1 del Pacto de San José como límite del principio de autonomía de la voluntad es ampliamente reconocido en México.

La SCJN se ha pronunciado sobre el respeto que debe darse la figura de la cosa juzgada en las sentencias. Pero algún tribunal federal ha sostenido, posteriormente, mediante una tesis no obligatoria, que las sentencias pueden revisarse en ejecución de sentencia cuando no ha sido analizada la cuestión de la usura. Así las cosas, no es del todo claro si, llegado el momento en que a un juez mexicano se le presente a reconocimiento o ejecución una sentencia o laudo extranjero en donde no se haya analizado la cuestión de la usura, el juzgador deba de analizar de nueva cuenta la cuestión a fin de salvaguardar los derechos fundamentales del ejecutado.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY

Por Emiliano Operti¹

I. CONCLUSIONES

1. Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje: Aunque la autonomía de la voluntad es un principio fundamental en el arbitraje, este trabajo concluye que dicho principio no es absoluto, ya que puede verse limitado por normas de orden público y decisiones judiciales, como lo demuestra la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, que restringió la validez de una cláusula arbitral.

2. Interpretación Restrictiva de la Internacionalidad del Contrato: La Suprema Corte de Justicia de Uruguay adoptó una interpretación restrictiva de la internacionalidad del contrato, enfocándose en elementos objetivos como el domicilio de las partes y el lugar de cumplimiento, lo que llevó a la conclusión de que un contrato entre dos sociedades uruguayas no podía ser considerado internacional.

3. Impacto Negativo en el Arbitraje Internacional en Uruguay: La decisión de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay de anular conforme al derecho uruguayo una cláusula arbitral bajo una ley extranjera podría desincentivar el uso del arbitraje comercial internacional en contratos que involucren a partes uruguayas, lo cual podría afectar la confianza en Uruguay como sede de arbitrajes internacionales.

4. Aplicación Incorrecta de la Convención de Nueva York: Se concluye que la SCJ no aplicó correctamente el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York, ya que analizó la validez del acuerdo arbitral bajo la ley uruguaya en lugar de la ley estadounidense elegida por las

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Montevideo. Magíster en Derecho Civil por la Universidad Católica del Uruguay. Diplomado en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales y en Arbitraje Comercial y de Inversiones por la Universidad Austral. Profesor Adjunto de la Catedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Montevideo.

partes, lo que contraviene los principios establecidos en dicha convención.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental en el derecho contractual, que permite a las partes establecer libremente las condiciones y términos de los contratos. Este principio es esencial no solo en el ámbito del derecho interno, sino también en el derecho internacional, donde las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable, la jurisdicción competente, y los mecanismos de resolución de disputas, como en el arbitraje comercial internacional.

En el contexto del arbitraje, la autonomía de la voluntad se convierte en el pilar sobre el cual se construye el proceso arbitral, de naturaleza consensual, permitiendo a las partes definir aspectos cruciales como la elección del derecho aplicable, la sede del arbitraje, las reglas procedimentales, y la designación de los árbitros, entre otros puntos.

Sin embargo, en algunos casos, este principio puede entrar en conflicto con normas de orden público o interpretaciones judiciales que limitan la autonomía de las partes, como lo demuestra la reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay Número 255/2023² (en adelante, “Sentencia”)

En este artículo, estudiaremos el concepto de autonomía de la voluntad, su relación y aplicación en el arbitraje comercial internacional, el concepto de Contrato Internacional y analizaremos críticamente la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia que, al aplicar la Convención de Nueva York, restringe este principio al revisar el fondo de un laudo arbitral internacional.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE

² Sentencia Número 255/2023 dictada por la Suprema Corte de Justicia. Disponible en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=129995>

El arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas basado en la autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, son las propias partes quienes, mediante un acuerdo, deciden someter sus controversias a la decisión de árbitros, en lugar de acudir a los tribunales judiciales.

Este acuerdo arbitral, generalmente plasmado en una cláusula dentro del contrato principal, establece las condiciones bajo las cuales se desarrollará el arbitraje: la ley aplicable, la sede, el idioma, las reglas procedimentales, y la forma de designación de los árbitros.

La importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje radica en que permite a las partes adaptar el proceso arbitral a sus necesidades específicas, asegurando que el procedimiento sea justo, eficiente y adecuado para resolver la disputa en cuestión. Sin embargo, esta libertad no es absoluta. Existen límites impuestos por el orden público, tanto a nivel nacional como internacional, que pueden invalidar o restringir la ejecución de un acuerdo arbitral, como se analizará en el caso de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

Nos parece importante referirnos a la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable a los Contratos Internacionales. Opertti identifica las principales razones que explican el surgimiento de la autonomía de la voluntad, siendo una respuesta a las dificultades para localizar las relaciones jurídicas. Entre ellas, el conflicto de leyes es una metodología bastante compleja para determinar el derecho aplicable, que exige a las partes, y a los jueces, realizar un estudio de las fuentes del DIPr, para saber qué ley se aplica³.

Entonces identificamos que, frente a las dificultades de funcionamiento del sistema de conflicto, y las bases sobre las cuales opera la selección de la ley aplicable, que muestran una gran variación, se hace realmente compleja la tarea para las partes de tener una previsión al momento de celebrar el contrato respecto de que ley se aplicará y esto implicó un espacio importante para el desarrollo de la autonomía.

Asimismo, Opertti señala que es una respuesta a la evolución de la sociedad internacional y sus exigencias. La sociedad internacional

³ Entrevista realizada a Didier Opertti (15 de febrero de 2022) publicada en OPERTTI, Emiliano “Los contratos privados en la esfera internacional. Contratos internacionales: derecho aplicable y jurisdicción competente” FCU, Montevideo, 2024, pág. 49.

potenciada por la globalización exige acelerar la identificación del régimen legal aplicable y busca prever la jurisdicción competente⁴. En este punto, identificamos la consolidación de empresas multinacionales que operan en muchos países y exigen poder regular el derecho aplicable conforme a la ley del país de su Sede de origen.

Lagarde agrega un concepto respecto de que la autonomía de la voluntad implica maximizar la “*riqueza global de los individuos*”⁵. En pocas palabras, nos permite reflexionar respecto de la idea de jerarquizar y garantizar la libertad de los individuos, en este caso, aplicado en relación con los contratos internacionales y sobre el papel predominante que deben tener los individuos en la concreción de los contratos, negocios jurídicos, ya que, en definitiva, son los principales interesados.

En concreto, el avance de la autonomía de la voluntad en materia de derecho contractual se materializa en dos aspectos: en materia de elección del derecho aplicable y jurisdicción competente a los contratos internacionales.

En materia de la elección de la ley aplicable a los contratos, la autonomía de la voluntad permite que las partes elijan el derecho aplicable. Se podrá seleccionar una ley ajena al lugar del cumplimiento o de celebración o se puede, inclusive, no elegir una ley que esté vinculada al caso o normas de *soft law*. No tiene por qué ser una decisión abstracta puede ser una elección de una de las leyes involucradas. El límite al que no se ha llegado es que los particulares puedan crear la propia ley. En todos los casos depende de las reglas que establezca la norma que habilita que las partes elijan la ley aplicable.

En relación con la elección de la jurisdicción competente, la autonomía de la voluntad admite que las partes puedan acudir a los Tribunales del país que elijan, pero también optar por un sistema autónomo y privado de solución de controversias, que es lo que denominamos

⁴ Entrevista realizada a Didier Opertti (15 de febrero de 2022) publicada en OPERTTI, Emiliano “Los contratos privados en la esfera internacional. Contratos internacionales: derecho aplicable y jurisdicción competente” FCU, Montevideo, 2024, pág. 49.

⁵ LAGARDE, Paul, *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005.

Arbitraje. Es decir, las propias partes pueden crear la jurisdicción competente, seleccionando los árbitros que resuelvan el conflicto.

En suma, en materia de contratación internacional la autonomía de la voluntad es la solución que hoy en día adoptan la mayoría de las legislaciones para regular los contratos internacionales en materia de ley y jurisdicción competente con distintas limitaciones según el ordenamiento jurídico⁶.

3. CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL

Con el objetivo de poder analizar la Sentencia, debemos definir al contrato internacional. No existe una única definición posible, ya que, varía según distintos factores. Por eso, se debe estudiarlo desde el punto de vista legal, doctrinario y jurisprudencial, con el objetivo de poder definirlo y fijar su alcance.

Establecer y, por ende, calificar la internacionalidad de contrato resulta ineludible para determinar el derecho aplicable a estos, y es un requisito previo para que las partes puedan elegir el derecho aplicable al contrato. En concreto, siguiendo a Fresnedo, cabe afirmar que un contrato es internacional cuando tiene vínculos con más de un Estado, y, por tanto, con más de un orden jurídico⁷.

El derecho uruguayo contempla la figura del contrato internacional, un tipo de contrato que involucra elementos que trascienden las fronteras nacionales y, por ende, se encuentra sujeto a la normativa internacional y a diferentes jurisdicciones.

⁶ BASEDOW, Jürgen, *El derecho de las sociedades abiertas*, Colombia, LEGIS, 2017, pp. 108-109, Basedow sostiene que el criterio de la autonomía de la voluntad se aplica en Europa, así como también en muchas de las naciones industrializadas del mundo, como Estados Unidos, Australia, Japón y China. No obstante, señala que el mundo no está exento de naciones que rechazan este criterio, sobre todo, en Latinoamérica y Medio Oriente.

⁷ FRESNEDO, Cecilia, *Derecho Internacional Privado – Tomo III*, Montevideo, FCU, 2022, p.256; BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado – Tomo II*, ed.6, Buenos Aires, La Ley, 2018 (versión ebook), y IUD, Carolina, *Contratos Comerciales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Aldrematica, 2019 (versión ebook).

En primer lugar, en el Derecho uruguayo el concepto de contrato internacional surge de la construcción principalmente por parte de la Doctrina.

Desde la perspectiva doctrinaria, se han ensayados varios conceptos sobre los contratos internacionales. Alfonsín, en su Obra Régimen Internacional de los Contratos, distingue los contratos nacionales⁸ y los extras nacionales. El contrato nacional se caracteriza por tener todos sus elementos nacionales y que se vinculan con una sola sociedad nacional. Por ejemplo, una compraventa de un bien inmueble situado en Uruguay entre personas con domicilio en Uruguay.

El contrato extra-nacional, Alfonsín lo define como aquel que: “(...) *No tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional; tal un contrato entre personas que pertenecen a la sociedad A, celebrado en la sociedad B y que debe ejecutarse en la sociedad C*”. [OBJ]

Asimismo, en la doctrina nacional, Opertti, Herbert y Solari⁹ han rechazado la posibilidad de internacionalizar de un contrato por el solo hecho de que este entrañe el conflicto de leyes, postulando la concepción económica del Contrato para determinar la internacionalidad. Posición a la que adhiere toda la doctrina nacional, entre ellos, Fresnedo¹⁰ y Lorenzo¹¹.

Goldschmidt, sostiene que un contrato es internacional, “(...) *Si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero*” ¹²,

⁸ ALFONSÍN, Quintín, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1950, p.9,

⁹ FRESNEDO, Cecilia, *Derecho Internacional Privado – Tomo III*, Montevideo, FCU, 2022, p. 261. La autora señala que la mayoría de la doctrina uruguaya (Opertti/ Herbert/ Solari) se afilian a la concepción económica del contrato. Esto se trasluce a la base N1 aprobada en CIDIP IV y el art. 1 de la Convención de México.

¹⁰ FRESNEDO, Cecilia, *Derecho Internacional Privado – Tomo III*, Montevideo, FCU, 2022, p.261.

¹¹ LORENZO, Gonzalo, «¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional», *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben*, Montevideo, FCU, 2002, p. 105.

¹² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado, 5a.*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 382.

admitiendo la internacionalización del contrato por el hecho de la elección de una ley extranjera.

Por su parte, Boggiano lo define de la siguiente manera: “*Un contrato es internacional tanto si en su celebración y su ejecución se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de los oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional*”¹³.

En segundo lugar, corresponde realizar el análisis desde la aprobación de la Ley General de Derecho Internacional Privado (Ley Nro. 19.920).

De acuerdo con el criterio legal, son las normas de DIPr – ya sean de conflicto o materiales – las que nos determinan cuándo un contrato es internacional. Por tanto, sólo son internacionales aquellos contratos que pueden ser calificados en una categoría de una norma de DIPr¹⁴.

En el marco normativo de Uruguay, la Ley General de Derecho Internacional Privado Nro. 19.920 (en adelante, “LGDIPr”) fue la primera norma de fuente nacional que definió al contrato internacional. Conforme el art. 44¹⁵, el contrato será internacional: (i) si las partes tienen *su residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes*, o en su defecto, (ii) el contrato *tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado*.

En este caso, se utiliza el criterio objetivo, estableciendo “*conexiones reales*” del contrato para determinar su internacionalidad. Aunque los conceptos de residencia habitual o establecimiento pueden considerarse conexiones subjetivas, se entendió que no son ficticias sino reales.

Asimismo, el contrato podrá ser considerado internacional si presenta vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. Es decir, se estableció un concepto amplio que puede abarcar distintas situaciones.

¹³ BOGGIANO, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado – Tomo II*, ed.6, Buenos Aires, La Ley, 2018 (versión ebook).

¹⁴ FRESNEDO, Cecilia, *Derecho Internacional Privado – Tomo III*, Montevideo, FCU, 2022, p.257.

¹⁵ Art. 44 de la ley 19.920: “*Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes, o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes. En su aplicación a los contratos internacionales, esta ley será interpretada de la manera más amplia posibles*”.

Siguiendo a Santos, hay una doble definición de la internacionalidad del contrato: por un lado, un criterio estricto: “*se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes*”¹⁶.

Este primer criterio es una definición precisa y clara que permite calificar con facilidad cuando nos encontramos ante un contrato internacional. Si las partes tienen su domicilio habitual en distintos países, el contrato será internacional. No hay mayor margen para la discrecionalidad del Juez.

Además, se establece un criterio laxo “*el contrato tiene vínculos objetivos relevante con más de un Estado*”. Este criterio le otorga discrecionalidad al Juez, para que considere, si los vínculos objetivos de extranjería del contrato cumplen con las condiciones legales para calificarlo de internacional.

Es decir, los elementos que determinen la internacionalidad del contrato deben ser acumulativamente objetivos y relevantes¹⁷, siendo la única referencia que tiene el Juez para resolver. Las partes no pueden manipularlos para lograr calificar al contrato de internacional¹⁸.

Podrán ser considerados elementos objetivos: el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el lugar de pago del precio, el lugar de entrega de la cosa, la ubicación del bien, y el lugar donde se presta el servicio. Estos últimos son meramente ilustrativos, ya que, el legislador no establece unas listas de posibles elementos objetivos.

¹⁶ SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, el 17 de noviembre de 2020 El texto y su contexto americano*, Montevideo, Asociación Escribanos del Uruguay, 2021, p. 586.

¹⁷ SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, el 17 de noviembre de 2020 El texto y su contexto americano*, Montevideo, Asociación Escribanos del Uruguay, 2021, p. 587.

¹⁸ SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, el 17 de noviembre de 2020 El texto y su contexto americano*, Montevideo, Asociación Escribanos del Uruguay, 2021, p. 587.

De igual modo, es importante resaltar que las partes no tienen la potestad de internacionalizar un contrato, ya que se exige que esta se manifieste a través de vínculos objetivos localizados en Estados diferentes¹⁹.

Esto último tiene como fundamento el respeto por la naturaleza y alcance del contrato, que se sustrae a la voluntad de las partes. La internacionalidad tiene como fuente las relaciones inter étáticas y esta fue la posición que defendió la delegación uruguaya²⁰, que luego fue acogida en la Convención de México y plasmada en la LGDIPr.

En definitiva, la LGDIPr define al contrato internacional, mediante criterios objetivos, exigiendo que la internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diferentes.

4. CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El art. 1.1²¹ de la ley 19.636 (Ley Arbitraje Comercial Internacional) establece que el ámbito de aplicación es únicamente los arbitrajes que acumulativamente se califiquen como “*internacionales*” y “*comerciales*”, y, asimismo, cuando Uruguay sea elegido sede del arbitraje (art. 1.2²²).

Sobre el concepto de internacionalidad, el art. 1.3. establece un arbitraje es internacional si: “(a) *las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes*”, o “(b) *el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual*

¹⁹ HERBERT, Ronald, «La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado Tomo I*, Montevideo, FCU, 1994, p.51; OPERTTI, Didier y FRESNEDO, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, FCU, 1997, p. 37.

²⁰ FRESNEDO, Cecilia y LORENZO, Gonzalo *Texto y Contexto – Ley General de Derecho Internacional Privado N.º 19.920*, Montevideo, FCU, 2022, p. 187. y HERBERT, Ronald, «La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado Tomo I*, Montevideo, FCU, 1994, p.57.

²¹ Art. 1.1.: “*La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, en defecto de tratados multilaterales o bilaterales vigentes en la República*”

²² Art.1.2.: “*Las disposiciones de la presente ley, con excepción de los artículos 8, 9, 40 y 41, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República*”.

el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento”²³.

Talice explica que la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, siguiendo los pasos de la Ley Modelo, establece alternativamente en la definición de la internacionalidad del arbitraje establece dos criterios. Primero, el criterio jurídico – subjetivo (art. 1.3.a), que dispone que el arbitraje es internacional si las partes tienen, al momento de celebración del acuerdo arbitral, sus establecimientos en Estados diferentes o a falta de estos su residencia habitual²⁴.

En segundo lugar, el criterio mixto jurídico – económico que combinan el método jurídico – subjetivo que alude a los lugares donde las partes tienen sus establecimientos con el método económico, en cuanto hace mención a la presencia de una relación de naturaleza comercial como objeto del litigio, de la siguiente forma: *“el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial”* o *“ el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha”*, los que deben encontrarse: *“fuera del Estado del que las partes tienen sus establecimientos”*²⁵.

Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo, se estableció que: *“La sola voluntad de las partes no podrá determinar la internacionalidad del arbitraje”* (art. 1.4). De este modo, se determina que la voluntad de las partes no es suficiente para calificar a un arbitraje como internacional. Talice explica que queda excluida en forma expresa toda posibilidad de pasarelas entre el arbitraje internacional y el arbitraje interno. Las partes carecen de la facultad de atribuir convencionalmente al arbitraje una internacionalidad que luce como objetivamente inexistente²⁶.

²³ Dicho numeral debe aplicarse considerando lo dispuesto en el Art. 1.5: *“A los efectos del párrafo 3) de este artículo: (a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; (b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”*.

²⁴ TALICE, Jorge, *“Arbitraje Comercial Internacional”*, Montevideo, La Ley, 2019, pp.63.

²⁵ TALICE, Jorge, *“Arbitraje Comercial Internacional”*, Montevideo, La Ley, 2019, pp.63.

²⁶ TALICE, Jorge, *“Arbitraje Comercial Internacional”*, Montevideo, La Ley, 2019, pp.63.

Respecto del carácter comercial, la ley número 19.636 define de forma amplia el concepto de comercialidad (art. 1.7)²⁷. En concreto, se recoge literalmente la definición amplia de comercialidad determinada en Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en una nota de pie.

Siguiendo a Talice, el hecho de haber sido incorporado (la nota al pie) en el articulado le confiere inequívocamente una fuerza normativa superior a la que desprende de la Ley Modelo. En efecto, establecer en la propia ley una determinada expresión debe ser interpretada conforme al sentido y alcance que surge del texto²⁸.

Asimismo, el hecho de definir que la expresión “comercial”: “*debe ser interpretada ampliamente de modo que abarque las cuestiones que se planteen en todas las relaciones de índole comercial contractuales o no*” implica comprender las diversas operaciones que se enumeran de forma no exhaustiva.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY.

a) Introducción

En el caso “*Corporación Navíos Granos S.A. c/ Kilafén S.A. - Ejecución de Sentencia Extranjera*”, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (en adelante, “SCJ” y/o “Corte”) se enfrentó a un conflicto sobre

²⁷ Art. 1.7.: “La expresión “comercial” debe ser interpretada ampliamente de modo que abarque las cuestiones que se planteen en todas las relaciones de índole comercial contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de concesión o explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercaderías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

²⁸ TALICE, Jorge, “*Arbitraje Comercial Internacional*”, Montevideo, La Ley, 2019, pp.64.

la validez de una cláusula arbitral en un contrato que, según la SCJ, no presentaba elementos de internacionalidad²⁹.

La disputa surgió en torno a un contrato de depósito y trasbordo de granos entre Corporación Navíos Granos S.A., con sede en Uruguay, y Kilafén S.A., también con sede en Uruguay. El contrato contenía una cláusula arbitral que establecía que cualquier disputa sería resuelta mediante arbitraje en Nueva York, bajo la Ley Marítima Federal de los Estados Unidos y las leyes del Estado de Nueva York.

Después de un presunto incumplimiento por parte de Kilafén, Corporación Navíos inició un arbitraje en Nueva York, obteniendo un laudo a su favor. Posteriormente, Navíos solicitó el reconocimiento y ejecución de dicho laudo en Uruguay, lo que fue rechazado por Kilafén, quien argumentó que el contrato era doméstico y que la cláusula arbitral era nula por violar el orden público uruguayo.

b) Argumentos de las Partes

a. Corporación Navíos Granos S.A.

Corporación Navíos argumentó que el laudo arbitral dictado en Nueva York cumplía con todos los requisitos establecidos por la Convención de Nueva York, y, por tanto, podía proceder a su ejecución en Uruguay.

Asimismo, sostuvo que no existía ninguna de las causales previstas en dicha Convención que permitiera negar el reconocimiento y ejecución del laudo.

Asimismo, la empresa cumplió con todas las formalidades para solicitar la ejecución del Laudo, agregando el "Laudo Final", el "Laudo Final Parcial" (que confirmaba la jurisdicción del tribunal arbitral), y el contrato original que contenía la cláusula arbitral, entre otros documentos.

b. Kilafén S.A.

Por su parte, Kilafén S.A. basó su defensa en dos puntos principales: la nulidad de la cláusula arbitral y la inaplicabilidad del arbitraje

²⁹ Sentencia Número 255/2023 dictada por la Suprema Corte de Justicia. Disponible en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=129995>

internacional al contrato en cuestión. Kilafén argumentó que el contrato era doméstico, dado que ambas partes tenían su sede en Uruguay y que las obligaciones del contrato debían cumplirse íntegramente en Uruguay.

Por tanto, sostuvieron que la cláusula arbitral que desplazaba la jurisdicción y la ley uruguaya a un foro extranjero violaba el orden público nacional. Además, Kilafén afirmó que no había comparecido al arbitraje en Nueva York y que, en todo caso, el monto en disputa no superaba el umbral de USD 1.000.000 estipulado en la cláusula arbitral, lo que hacía inaplicable el arbitraje en Nueva York.

c) Sentencia de la Suprema Corte de Justicia

a. Aplicación de la Convención de Nueva York

La SCJ comenzó su análisis señalando que corresponde aplicar la Convención de Nueva York de 1958 en la materia, la cual establece que las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto del que se solicita su reconocimiento deben ser ejecutadas, salvo que se configure alguna de las causales de rechazo previstas en su artículo V.

Asimismo, la Corte sostuvo que los cuestionamientos encartan dentro de las hipótesis previstas en el numeral 1 lit. a, numeral 2 lit. b y numeral 1 lit. d, del art. V de la Convención de Nueva York.

b. Determinación del Carácter Internacional del Contrato.

En primer término, la Corte decidió examinar si el contrato en cuestión podía ser calificado como internacional, ya que la validez del acuerdo arbitral dependía de su compatibilidad con el orden público uruguayo.

En efecto, la Corte sostuvo que atento a la defensa opuesta por Kilafén S.A. y a lo establecido en el art. V num 1. Lit. A de la Convención de Nueva York, corresponde preguntarnos si el acuerdo es o no válido, en virtud de la ley que las partes lo han sometido.

Sin embargo, la SCJ resolvió realizar dicho análisis considerando las normas uruguayas, en lugar de, realizarlo con las normas de Nueva York que son las normas elegidas por las partes para regular el Contrato.

La Corte sostuvo que, a pesar de los argumentos de Corporación Navíos, no existía ningún elemento que permitiera calificar al contrato como internacional.

Según la Corte, ambas partes eran sociedades uruguayas, y las obligaciones del contrato se cumplían exclusivamente en Uruguay, y, por tanto, rechazó la tesis de que el contrato producía un "flujo de mercaderías y capitales por encima de las fronteras", argumentando que la actividad de Corporación Navíos se limitaba a preparar la mercadería para su transporte, sin que sus tareas determinaran el cruce de fronteras.

En consecuencia, la Corte concluyó que el contrato era doméstico y, por tanto, no podía estar sujeto a una ley o jurisdicción extranjera fundando dicha decisión con la opinión de la doctrina uruguaya y fallos jurisprudenciales. Hay que señalar que, al momento de la firma del Contrato, no estaba vigente la LGDIPR.

c. Invalidez de la Cláusula Arbitral

En virtud de lo anterior, y basándose en la falta de internacionalidad del contrato, la Corte concluyó que la cláusula arbitral que sometía las disputas a arbitraje en Nueva York bajo ley estadounidense era inválida por violar el orden público uruguayo.

La Corte sostuvo que la Cláusula Arbitral incluida en el negocio jurídico, al indicar que el Contrato se regiría por la Ley Marítima Federal de los Estados Unidos y las leyes del Estado de Nueva York, resulta violatoria del orden público interno.

Además, incluso si el contrato hubiera sido considerado internacional, la Corte afirmó que la cláusula arbitral sería igualmente inválida bajo los artículos 2399 y 2403 del Código Civil uruguayo, que prohíben a las partes modificar las reglas de competencia legislativa y judicial establecidas por la ley uruguaya.

d. Rechazo del Reconocimiento y Ejecución del Laudo

En virtud de todo lo anterior, la Corte desestimó la pretensión de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero. La decisión se fundamentó en la causal prevista en el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York, que permite denegar la ejecución de un laudo si el acuerdo arbitral no es válido según la ley a la que las partes lo han sometido.

La Corte no consideró necesario analizar las demás defensas planteadas por Kilafén, dado que la causal de nulidad del acuerdo arbitral resultaba suficiente para rechazar la solicitud de exequatur.

d) Análisis Crítico de la Sentencia

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay plantea cuestiones importantes sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York y el respeto a la autonomía de la voluntad en el arbitraje internacional.

En primer lugar, creemos importante señalar que no se aplicó correctamente el art. V num. 1 lit. A de la Convención de Nueva York. Conforme anticipamos, la Sede analizó la validez de la cláusula según el derecho uruguayo. Veamos.

El artículo V 1) a) dispone que la validez de un acuerdo de arbitraje debe determinarse “*en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia*”.

De conformidad con dicho artículo, la nulidad de un acuerdo de arbitraje debe, en primer lugar, evaluarse con arreglo a la ley elegida por las partes. En consecuencia, los tribunales a menudo han aplicado la ley elegida por las partes para que se aplicara al acuerdo principal, o la ley elegida por las partes para que se aplicara al proceso arbitral, como elección implícita de la ley que debía regir el acuerdo de arbitraje³⁰.

En la jurisprudencia internacional, los tribunales examinaron otros factores para decidir que las partes habían elegido implícitamente la ley que deseaban que rigiera el acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, un tribunal de los Estados Unidos sostuvo que la elección por las partes de la ley que debía regir el proceso arbitral equivalía a una elección implícita de la ley que debía aplicarse a la validez³¹.

³⁰Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, disponible en https://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf#page=145

³¹ Véanse, por ejemplo, *Mabofi Holdings Limited v. RosGas A.G.*, Tribunal Comercial Federal, Distrito de Moscú, Federación de Rusia, 24 de enero de 2012, A40-65888/11-8/553; Tribunal Supremo, España, 10 de febrero de 1984, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. X, 493 (1985). Véase también Patricia Nacimiento, “Article V (1) (a)” en

En nuestra opinión, no correspondía analizar la validez del Contrato conforme la ley uruguaya, y tampoco entrar al fondo del asunto. Compartimos con Ollero y Vilaseca que surge de manifiesto que este razonamiento realizado por la SCJ carece de cualquier tipo de sustento bajo la Convención de NY, en la medida que esta establece expresamente que la validez del acuerdo debe analizarse bajo “la ley a que las partes lo han sometido”. De esta forma, el análisis de la validez del acuerdo bajo derecho uruguayo ni tiene ningún tipo de asidero bajo la Convención de Nueva York, sino que el análisis debió hacerse bajo la ley de Estados Unidos, por haber sido esta la ley elegida por las partes y la ley del lugar donde el laudo fue dictado³².

En particular, en lo que refiere específicamente a la causal de denegatoria analizada en el presente caso, la doctrina ha interpretado que “De acuerdo al texto del Artículo V.1.a, la validez del acuerdo arbitral está gobernada por el derecho escogido por las partes para regir el acuerdo (“la Ley a que las partes lo han sometido”, i.e. *lex voluntatis*) y, en su defecto (“o si nada se hubiera indicado a este respecto”), la ley de la sede del arbitraje (“de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”, i.e. *lex loci arbitri*)”³³

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention 205, 227 (H. Kronke, P. Nacimiento y otros, eds., 2010); Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 282 (1981); Todd J. Fox y Stephan Wilske, “Commentary of Article V (1) (a)” en *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, 267, 275 (R. Wolff, ed., 2012). Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, disponible en https://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf#page=145

³²OLLERO, Melanie y VILASECA, Lucía “ELECCIÓN DE LEY, ¿A LA CARTA? ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ANTE UN RECIENTE FALLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA” publicado en *Doctrina & Publicaciones* Cade No. Doctrina y Jurisprudencia 2321, de 21/09/2023.

³³Horacio Andaluz Vegacenteno, La defensa frente al reconocimiento de laudos extranjeros según la Convención de Nueva York: Una condición implícita para su ejercicio y exégesis de su Artículo V, *Spain Arbitration Review*, <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-kasar>, pág. 124, citado por OLLERO, Melanie y VILASECA, Lucía “ELECCIÓN DE LEY, ¿A LA CARTA? ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ANTE UN RECIENTE FALLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA” publicado en *Doctrina & Publicaciones* Cade No. Doctrina y Jurisprudencia 2321, de 21/09/2023; disponible en Base de Datos CADE.

Por su parte la jurisprudencia ha seguido esta interpretación realizada a nivel doctrinario. En este sentido, el Tribunal de Comercio de Bruselas entendió en un caso en que el demandado cuestionó la validez de la cláusula arbitral basándose en derecho belga, que: “la común intención de las partes fue someter el contrato entre ellas al derecho del Estado de California. La Convención de Nueva York reconoce el principio de la autonomía contractual (Artículo V.1.a) y, de hecho, otorga a las partes la libertad de acordar el derecho aplicable. En el presente caso, la cláusula arbitral es válida según el derecho de California”³⁴

El fallo podría tener implicaciones negativas para la confianza de las empresas en el arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de disputas en Uruguay. La decisión de la SCJ de revisar y anular una cláusula arbitral basada en una ley distinta a la elegida por las partes podría llevar a una mayor inseguridad jurídica, desincentivando el uso del arbitraje en contratos que involucren a partes uruguayas.

Además, esta interpretación estricta del orden público podría ser vista como una barrera para la aplicación de la Convención de Nueva York en Uruguay, lo que podría dificultar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el país.

e) Otras posibles interpretaciones.

Por otra parte, es menester realizar algunas observaciones sobre la interpretación del concepto de contrato internacional que realizó la Corte.

Por un lado, hay quienes puedan sostener que la Corte adopta una interpretación restrictiva de la internacionalidad del contrato. Al centrarse exclusivamente en los elementos objetivos y geográficos (domicilio de las partes y lugar de cumplimiento), la Corte ignoró la posibilidad de que un contrato pueda ser considerado internacional por otros motivos, como la

³⁴Tribunal de Comercio de Bruselas, asunto Société Van Hopplynus v. Société Coherent Inc., 1994 Horacio Andaluz Vegacenteno, La defensa frente al reconocimiento de laudos extranjeros según la Convención de Nueva York: Una condición implícita para su ejercicio y exégesis de su Artículo V, Spain Arbitration Review, <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-kasar>, pág. 124, citado por OLLERO, Melanie y VILASECA, Lucía “ELECCIÓN DE LEY, ¿A LA CARTA? ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ANTE UN RECIENTE FALLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA” publicado en Doctrina & Publicaciones Cade No. Doctrina y Jurisprudencia 2321, de 21/09/2023; disponible en Base de Datos CADE .

intención de las partes de someter sus disputas a un foro extranjero y bajo una ley extranjera.

Sin embargo, tanto la posición tradicional de la doctrina uruguaya como de la jurisprudencia han distinguido los contratos domésticos de los internacionales, siendo que solamente en estos se puede elegir la ley aplicable. Posición que adherimos.

Esto último tiene como fundamento el respeto por la naturaleza y alcance del contrato, que se sustrae a la voluntad de las partes. La internacionalidad tiene como fuente las relaciones inter étáticas y esta fue la posición que defendió la delegación uruguaya³⁵, que luego fue acogida en la Convención de México y plasmada en la LGDIPr. Solución que también se adoptó al definir cuando estamos frente a un arbitraje internacional.

En virtud de ello, desde nuestra opinión, la Corte podría haber negado la ejecución del laudo analizaba si el reconocimiento del Laudo era contrario al orden público del Uruguay aplicando la Convención de Nueva York.

Por otro lado, en un caso similar, pero en la República Argentina, Uzal sostuvo que el derecho argentino prohíbe internacionalizar arbitrajes domésticos (esto es, arbitrajes que carecen un elemento internacional objetivo), por lo que un acuerdo de elección de foro en virtud del cual dos nacionales argentinos establecen que el arbitraje a través del cual se dirimirán las controversias que tengan relación con una transacción comercial, sin relevancia para el comercio internacional, tenga sede en el extranjero sería inválido (arg. art. 2605 del CCyC)³⁶. Por lo que, según esta interpretación, el juez argentino debería rechazar la ejecución del laudo dictado en el extranjero, en función de lo dispuesto en el art. 104 b) I de la LACI, que replica el art. V, num 2, lit A de la Convención de Nueva York.

³⁵ FRESNEDO, Cecilia y LORENZO, Gonzalo *Texto y Contexto – Ley General de Derecho Internacional Privado N.º 19.920*, Montevideo, FCU, 2022, p. 187. y HERBERT, Ronald, «La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado Tomo I*, Montevideo, FCU, 1994, p.57.

³⁶ UZAL, María Elsa, ["La internacionalidad, la arbitrabilidad y el derecho aplicable en la nueva ley de arbitraje comercial internacional"](#), RDCO292/2018/619, cita online AP/DOC/732/2018, p. 627

6. CONCLUSIONES

En conclusión, aunque la autonomía de la voluntad es un principio fundamental en el arbitraje, este trabajo demuestra que dicho principio no es absoluto. Las limitaciones impuestas por normas de orden público y decisiones judiciales pueden restringir significativamente su aplicación, como se evidencia en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, que anuló la validez de una cláusula arbitral basándose en estas consideraciones.

Este fallo pone de manifiesto una interpretación restrictiva de la internacionalidad del contrato, centrada en elementos objetivos como el domicilio de las partes y el lugar de cumplimiento, lo que llevó a la Corte a concluir que un contrato entre dos sociedades uruguayas no podía ser considerado internacional, a pesar de la existencia de un arbitraje bajo una ley extranjera.

La decisión de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay de aplicar el derecho uruguayo para anular una cláusula arbitral regulada por una ley extranjera no solo limita la autonomía de la voluntad, sino que también podría tener un impacto negativo en la confianza de las empresas en el arbitraje comercial internacional en Uruguay. Esta postura podría desincentivar el uso del arbitraje en contratos que involucren a partes uruguayas, afectando la percepción de Uruguay como una sede confiable para la resolución de disputas internacionales.

Finalmente, este trabajo concluye que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay no aplicó correctamente el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York, al analizar la validez del acuerdo arbitral bajo la ley uruguaya en lugar de la ley estadounidense elegida por las partes. Esta incorrecta aplicación de la convención contraviene los principios fundamentales de respeto a la autonomía de la voluntad y la elección de ley por parte de los contratantes.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS ACTIVOS DIGITALES

Por Sebastián Paredes¹ y María Mercedes Albornoz²

I. CONCLUSIONES

1. En situaciones deslocalizadas como las que se presentan respecto al derecho de propiedad sobre activos digitales el principio de autonomía de la voluntad está llamado a desempeñar un papel fundamental.

2. Los puntos de conexión tradicionalmente utilizados para determinar el derecho aplicable a los bienes (lugar de situación, lugar de registro, domicilio del propietario) no resultan apropiados para responder a las problemáticas que surgen a partir de la utilización de los activos digitales.

3. A fin de que la autonomía de la voluntad de las partes pueda ser ejercida de manera eficaz es imprescindible que todas las partes involucradas cuenten con datos suficientes para poder tomar una decisión informada.

4. En la elaboración de normativas regionales y/o domésticas en la materia, los *Principios UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado* de 2023 constituyen un punto de partida apropiado.

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Avellaneda y de la Universidad Nacional de José C. Paz. Miembro de la Asociación Americana de Derecho internacional privado (ASADIP). Asesor externo ad-honorem del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina en materia de Derecho Internacional Privado.

² Profesora Investigadora Titular del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Asesora externa ad-honorem de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México en materia de Derecho Internacional Privado.

II. FUNDAMENTOS

1. LOS ACTIVOS DIGITALES Y SU DESLOCALIZACIÓN

La naturaleza intangible de los activos digitales y el entorno virtual en el que se desenvuelven generan una deslocalización que dificulta conectar los activos digitales con uno o varios ordenamientos jurídicos estatales.

Dadas las características de estos activos surge un entramado de relaciones jurídicas que giran en torno a los derechos de propiedad, de tenencia, adquisición o transmisión, dificultando la determinación del derecho que las rige³, pues todos los vínculos se desarrollan en un entorno exclusivamente virtual.

Para los efectos de este trabajo, excluimos los llamados *CBDCs* o Dinero Digital de Bancos Centrales, ya que al ser emitidos y respaldados por instituciones financieras y bancos centrales nacionales implican una fuerte participación estatal. Por el contrario, nuestra intención es enfocarnos en aspectos de derecho privado.

2. EL CARÁCTER INADECUADO DE LOS PUNTOS DE CONEXIÓN TRADICIONALES

Ante la deslocalización resulta difícil, cuando no imposible, identificar vínculos fuertes entre un activo digital y un Estado de manera tal que se justifique la aplicación del derecho de ese país a los derechos de propiedad sobre ese activo digital.

Debe tenerse en cuenta que los puntos de conexión tradicionales fueron concebidos para determinar el derecho aplicable a bienes materiales -es decir, de naturaleza tangible-. En este sentido, se le confiere un carácter primordial al lugar de situación del bien dentro del territorio de un Estado y, en algunos sistemas jurídicos, tratándose de bienes muebles se considera el domicilio de la persona propietaria.

³ Acerca de la discusión en torno a la manera de determinar el derecho aplicable a los activos digitales, véase LEHMANN, Matthias, "Digital Assets in the Conflict of Laws: A Comparative Search for the 'Ideal Rule'", (May 20, 2024). Singapore Journal of Legal Studies (Forthcoming), available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4862792 [consultado el 30 de agosto de 2024].

Por otro lado, con respecto a los bienes registrables, tanto materiales como inmateriales, el punto de conexión más gravitante o relevante suele ser el lugar de inscripción o registro. En este último caso quedan comprendidos los derechos de propiedad intelectual.

Se advierte que estos puntos de conexión clásicos no funcionan, al menos de manera general, para cuestiones de derecho privado relativas a los activos digitales.

3. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Dado el carácter inadecuado que presentan los puntos de conexión tradicionales para identificar el derecho más apropiado para los activos digitales, una alternativa viable consiste en recurrir al principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, la elección por las partes del derecho aplicable tiene la ventaja de responder a las necesidades específicas de quienes están involucrados en la situación jurídica en cuestión.

Por otro lado, la elección puede recaer sobre un ordenamiento jurídico estatal que ofrezca a las partes respuestas materiales apropiadas, o en su caso, sobre reglas de derecho no estatal, como por ejemplo los *Principios UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado*.

Adicionalmente, para que el derecho elegido sea aplicado y responda a las necesidades de las partes es deseable que atienda la problemática de los activos digitales en cuanto a su naturaleza, relaciones entre las personas intervinientes, formas de emisión, transmisión y adquisición, entre otras cuestiones. De este modo se justificaría que las partes escojan el derecho de cierto Estado y no el de otro.

4. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE ACTIVOS DIGITALES Y DERECHO PRIVADO DE 2023

En el Derecho Internacional Privado y en el Comercio Internacional la creación de normas ya no solamente recae en foros internacionales elaboradores de tratados, sino que se presenta un escenario regulatorio multifacético y complejo en el cual una pluralidad de actores influye en la

confección de normas. Estas fuentes normativas denominadas *soft law* han adquirido gran auge, a pesar de carecer, en principio, de obligatoriedad.⁴

Los *Principios UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho privado*, fuente flexible e informal del derecho, no tienen la pretensión de sustituir las fuentes formales de ningún ordenamiento jurídico. Su elaboración de marcado tinte académico, pretende guiar a los órganos legislativos de los diferentes países del mundo cuando dicten nuevas normas en esta materia o cuando modifiquen el régimen actualmente vigente para adecuarlo a la nueva realidad.

Con respecto a la determinación del derecho aplicable, los referidos Principios consagran la autonomía de la voluntad⁵. Además, en forma subsidiaria, la compleja norma de conflicto contenida en el Principio 5 establece diversos puntos de conexión.

⁴ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “El auge de las fuentes soft en el comercio internacional en tiempos de globalización” [en línea], en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018, 227-243, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/40201> [consultado el 30 de agosto de 2024]

⁵ CAVALLER VERGÉS, Misericordia, “En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios UNIDROIT sobre activos digitales y derecho privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 1, 2024, 113-130, 118.

**SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES FRENTE
A LA FALTA DE SIMETRÍA EN LOS CONTRATOS. EN PARTICULAR
SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES DE ADHESIÓN
CELEBRADOS CON UNA PARTE DÉBIL**

Por Vanesa Claudia Rodríguez¹

“La materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a otra persona, a la que estamos ordenados por la justicia. Ahora bien: se dice que es suyo —de cada persona— lo que se le debe según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo”.

Sto. Tomás de Aquino. Suma teológica - Parte II-IIae - Cuestión 58.

I. CONCLUSIONES

1. Autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad no es absoluta y encuentra límites en principios fundamentales cuando ello resulta en un abuso sobre el contratante más débil.
2. Elección de foro.
 - a. Resultaría razonable limitar la capacidad de la parte más fuerte para imponer cláusulas desfavorables y garantizar un acceso justo a la justicia.
 - b. Respecto de la elección de foro, habría que considerar que esta elección no imponga un foro injusto o inaccesible para la parte más débil.
 - c. En este sentido aplicado a la cuestión de elección de foro, se mide que en la contratación no exista una asimetría en la fuerza de la negociación que genere tal disparidad entre ellas que permita, presumir la invalidez del consentimiento, desvirtuando con ello,

¹ Profesora Protitular de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica Argentina de grado y de posgrado, LLM New York University, doctorando (UCA), Abogada (UCA).

la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades imponiendo a dicha parte un foro injusto.

II. FUNDAMENTOS

1. PLANTEO DEL PROBLEMA

Se plantea concretamente cuáles serían los límites de la autonomía de la voluntad: entre otras podrían estar la libertad misma, el orden público, las buenas costumbres, y el principio de simetría, refiere Cárdenas Krenz entre otros.²

La cuestión consiste en analizar una posible limitación de la autonomía conflictual respecto de aquellos contratos cuyas partes, aun siendo ambas empresas, una de ellas carezca totalmente de poder de negociación por encontrarse en grave desigualdad.

Esto refiere específicamente a las cláusulas de elección de ley y/o de juez incluidas habitualmente en las condiciones generales de los contratos internacionales de adhesión celebrados entre empresas en las que existiere cierta asimetría, aunque se tratare ambas por ejemplo de personas jurídicas de diversas jurisdicciones. Esto es excluyendo a la relación con consumidores que es una temática aparte.

2. INTRODUCCIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Oportunamente reconocida doctrina ha señalado³ que el término autonomía, aplicado a la voluntad y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados: de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia, normas jurídicas ab initio y que, al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho absoluto. Por

² CÁRDENAS KRENZ, RONALD, “Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico”, Vox juris, 2015, Vol.29 (1), p.103-131, Lima, Perú.

³ UZAL, MARIA ELSA, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (Con particular referencia al Mercosur”, El Derecho - Diario, Tomo 179, 1184.

otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce el goce de un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.

Así manifiesta Uzal que quienes gozan del derecho de contratar se les reconoce la calidad de sujetos autónomos (de “autos-nomos”, su propio legislador) puesto que se admite que crean, por su propia voluntad, las normas del contrato que celebran, concordando la voluntad de las partes (consentimiento), en lo acordado (contenido del contrato). De esta manera, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes convinieron a su arbitrio.

Ante la pluralidad de sistemas jurídicos⁴, el DIPr debe establecer un régimen de delimitación de competencias y coordinación de los derechos llamados a regir este tipo de relaciones jurídicas, con el objetivo de regular y resolver los casos. Recurriendo a la metodología conflictualista tradicional nos encontramos con que el legislador nacional ha previsto un modo de solucionar este conflicto de leyes, a través precisamente de las llamadas normas de conflicto cuya función es determinar el derecho aplicable a una relación jurídica particular. Cuando el contrato se halla conectado a varios ordenamientos, los problemas de determinación del derecho aplicable —y de la elección del juez competente— son muy serios ya que por un lado las partes podrían estar litigando mucho tiempo sólo para lograr la delimitación del derecho sin siquiera tocar el fondo del asunto, y por otro, de la elección de aquél puede depender la solución de éste.

De acuerdo a Goldschmidt⁵ se entiende por autonomía conflictual el derecho de las partes a elegir por declaración de voluntad el derecho aplicable al contrato. Luego define autonomía impropia si las partes logran la aplicación de un determinado derecho al contrato, o porque realizan el punto de conexión del DIPr. pertinente de tal forma que el derecho por él determinado es el derecho que las partes desea que se aplique o, porque prorrogan la jurisdicción internacional en favor de los jueces de un país cuyo

⁴ GIMÉNEZ CORTE, CRISTIÁN, “Autonomía de la Voluntad, Prácticas, Usos y Costumbres, y el Régimen de los Contratos Internacionales. De los Antiguos Código de Comercio y Código Civil al Nuevo Código Civil y Comercial Argentino”, SJA 18/05/2016, 78 • JA 2016-II.

⁵ GOLDSCHMIDT, WERNER; *Derecho Internacional Privado, Derecho a la Tolerancia*, Décima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 273.

DIPr. invoca el derecho que les conviene. El maestro dice que la licitud de la autonomía impropia supone la de la autonomía propia.

Como manifiesta Weinberg⁶ las partes son libres de elegir cualquier derecho, aun un derecho neutral. La autora expresa que era materia de discusión en la doctrina y la jurisprudencia internacionales si se requería que existiera alguna conexión con el derecho elegido por las partes. Algunos autores consideran que debe existir un interés legítimo en la elección de un ordenamiento jurídico o una relación económica con el derecho en cuestión. La ley elegida no tiene que ser necesariamente la de uno de los Estados con los cuales el contrato establece un contacto. La Argentina ratificó la Convención de La Haya de 1986⁷ sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, que admite la autonomía de las partes (art. 7º).

Asimismo, cabe resaltar que conforme los Principios sobre la elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales de la Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado de la Haya, (“los Principios”) Artículo 2 - Libertad de elección, punto 4. No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación.

Sin embargo, para focalizar los temas, cabe resaltar que surgen dos cuestiones: (i) el foro y (ii) el derecho aplicable, que pueden generar controversias respecto de los contratos. Sabiendo que conforme al inciso g) del art. 2.651 del Código Civil y Comercial la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

Sin embargo, frente a la autonomía de la voluntad, se han levantado voces como la doctrinaria uruguaya Fresnedo de Aguirre⁸, conforme expresa que la autonomía de la voluntad no constituye una vía libre a los abusos de una parte contractualmente más poderosa sobre la otra, será más factible que

⁶ WEINBERG, INÉS M, *Derecho internacional privado* - 4ta. Edición actualizada, Abeledo Perrot, 2011, <https://next--proview-thomsonreuters-com.biblioteca.uca.remotexs.co/launchapp/title/laley/2011/41205298/v1/document/s5ac326f078f91ef5360d32bf8887926a/anchor/sa18cadfae4939e5020044a7b05d86768>

t

⁷ La Convención no entro en vigor, esta ratificada por Argentina y por la República de Moldavia.

⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, “La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?”, Bases de Investigación (UCU) 14-12-2011, IJ-XCIV-417

sean de recibo en los ámbitos en que todavía la autonomía es objeto de resistencias. Moreno⁹ reconoce que la autonomía de la voluntad “desde luego (...) puede llevar a abusos contra partes débiles de la contratación”, y agrega que “este ha sido históricamente el argumento en Latinoamérica a favor del rechazo, aduciéndose la fragilidad de las economías de sus países en comparación con las de los vecinos del norte”.

3. ELECCIÓN DE FORO

Recordemos que respecto del foro el art. 2.605 del Código Civil y Comercial establece que, en materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Es una pauta conductista subjetiva de atribución de jurisdicción internacional, acorde con la libertad de circulación de personas, mercaderías, capitales y servicios.¹⁰

Por otro lado, en los Principios Artículo 4 - Elección expresa o tácita se aclara que un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable.

Por su parte los principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (Transjus) mencionan lo siguiente:

“Artículo 3.3.- La voluntad de las partes libremente expresada constituye una vinculación substancial y suficiente para atribuir jurisdicción y para derogarla. La elección de una jurisdicción en particular debe interpretarse como derogatoria de las demás, salvo voluntad expresa de las partes en contrario.

⁹ MORENO RODRÍGUEZ, J- “Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?, en J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (coordinadores), ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguaya, 2010, pp. 245-339, 319, con cita de E. Hernández-Bretón.

¹⁰ ALTERINI, JORGE HORACIO, *Código Civil y Comercial*, 3a ed - Tomo XI, La Ley, Código Civil y Comercial: tratado exegético - 3a ed - Tomo XI, <https://next-proview-thomsonreuterscom.biblioteca.uca.remotexs.co/launchapp/title/laley/2019/42653404/v1/document/C1386F79-E742-19B8-2C06-426A872703AA/anchor/6E70536E-308A-81DF-5991-B3853A1762E1>

En las relaciones jurídicas en las cuales una de las partes es considerada por la legislación aplicable al fondo del litigio como parte débil, solo esta parte podrá invocar un pacto de jurisdicción celebrado antes de que sucedan los hechos que den lugar a la disputa. Los jueces y demás operadores jurídicos controlarán que las partes consideradas débiles hayan tenido suficiente acceso a la información necesaria respecto de las operaciones en las cuales participan.”

Aún en los casos de restricción de los acuerdos de elección de foro, las partes podrán pactar la jurisdicción de cualquier Estado después de sucedidos los hechos que den lugar a la disputa.”

Aunque no ratificada por Argentina también la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) establece también como en nuestro actual Código que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable (vincula solamente a México y Venezuela).

4. “TAKE IT OR LEAVE IT CONTACTS”

En la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Esto se refiere a los convenios en los cuales una de las partes del contrato sólo lo toma o lo deja.

Como mencionamos la regla de la autonomía de la voluntad, implica la autodecisión y la autorregulación, la libertad de contratar y la libertad contractual: en los términos del art. 1.1 de los principios de UNIDROIT, “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” y, coherentemente, el art. 1.3 refirma el principio *pacta sunt servanda* al disponer que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

Pero en este tipo de contratos no habría “libertad” ni estaría en calidad una de las partes de autodecidir o autorregular.

Como corresponde cabe distinguir entre los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, tendientes a la restauración de la libertad contractual del lado donde la misma se encuentre compelida.

La protección de la parte débil consiste, primeramente, tanto si se trata de derecho material como Derecho Internacional Privado, en una limitación a la libertad de la parte más fuerte para establecer la regulación del vínculo contractual, en la medida necesaria para subsanar el desequilibrio existente entre las partes.

Por ejemplo, en relación a los consumidores no se admite “el acuerdo de elección de foro” porque al momento de la determinación de las cláusulas contractuales, la elección de jurisdicción puede devenir en injusta por el desequilibrio de poder entre los contratantes.

En los contratos de adhesión mencionados entre dos personas jurídicas en la cual una persona o parte contractual sea débil, también puede ser que esa situación se repita. Lo que es difícil determinar o calificar en su caso es la noción de “parte débil” y esta calificación puede generar algún tipo de abstracción que requerirá de un esfuerzo adicional.

Vale resaltar el Informe del Comité Jurídico Interamericano de fecha 12 de diciembre de 2023 sobre la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Comerciales Internacionales con una parte negocialmente débil de la Organización de los Estados Americanos: Desafíos Inherentes y Posibles Soluciones. Informe y Recomendaciones de Buenas Prácticas¹¹.

Como menciona dicho informe el problema que interesaría llevar a discusión es cuando surgido el diferendo, el comerciante que adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos no le resulta económicamente eficiente afrontar el gasto de ir a esa jurisdicción.

Podría encontrarse un punto intermedio ante estas situaciones o una solución armoniosa que sería respetar el derecho elegido a través de la cláusula de elección de derecho aplicable, pero admitir el litigio en un foro más conveniente que el prorrogado para evitar litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial.

En el informe mencionado se levanta como opción la solución clásica, es decir, aquella por la cual el legislador, establece uno o más foros razonables al que ambas partes puedan acceder, en vez de permitirle al

¹¹https://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_CJI_aprueba_informe_sobre_la_autonomia_de_la_voluntad_Enero-2024.html

comerciante contractualmente fuerte imponer unilateralmente al comerciante que adhiere una jurisdicción altamente inconveniente para este último, jurisdicción que además es exclusiva, porque la elección válida del foro excluye otras posibles jurisdicciones concurrentes.

Dentro de los diversos derechos analizados en el informe, se verifica que una característica única del sistema jurisdiccional estadounidense es que la jurisdicción está sometida a los límites constitucionales de la “*Due Process Clause*”, cuyo estándar fuera establecido por la Suprema Corte en el caso *International Shoe Co v. Washington*: se requiere que el demandado tenga “contactos mínimos” con el Estado del foro, “de naturaleza tal que el mantenimiento de la demanda no ofenda nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustantiva”. La Suprema Corte solicita respecto de la jurisdicción que la misma sea “razonable” (*Asahi Metal Industry Co v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 112 (1987) y ha instruido a los jueces a evaluar la carga sobre el demandado, los intereses del Estado del foro, el interés del demandante de obtener “alivio”, el interés del sistema judicial interestatal en obtener la solución de controversias más eficiente y el interés compartido de varios Estados en realizar las políticas sociales sustantivas fundamentales.

Como se dijo antes, Estados Unidos de América, admite la autonomía conflictual en materia de elección de foro desde 1972, a partir del caso *The Bremen vs. Zapata Off-Shore*, aunque dentro de ciertas limitaciones. El fallo sostiene que la prórroga era válida a menos que la parte que se opusiera a su cumplimiento pudiera demostrar que la misma era injusta, o inválida por fraude o por haber explotado una de las partes su posición dominante sobre la otra¹². En el caso, se había consentido libremente la cláusula de prórroga, porque si bien las partes no tenían el mismo poder económico (Unterweser era una empresa alemana más pequeña que la compañía estadounidense Zapata), la firma del contrato había estado precedida por negociaciones libres y serias entre las partes. Sin perjuicio de ello se reconoce, no obstante, que la autonomía de la voluntad tiene límites, y que los tribunales deberían rechazar una cláusula de prórroga que estuviera impuesta unilateralmente por una parte poderosa sobre otra

¹² *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972): “The forum-selection clause, which was a vital part of the towing contract, is binding on the parties unless respondent can meet the heavy burden of showing that its enforcement would be unreasonable, unfair, or unjust.”

más débil. Podría ser dejada sin efecto si la parte que pretendía eludir sus efectos demuestra que litigar en el foro contractual sería tan difícil e inconveniente, que le implicaría en la práctica verse privado de su “day in court”. La posición manifestada por la Corte en *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.* fue reiterada, en 1974, en el caso *Scherk v. Alberto Culver Co.*¹³

Teniendo en consideración la salvedad que cada estado tiene sus propias regulaciones, en general la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro no es ilimitada. Conforme el informe mencionado *supra* en la tradición jurídica estadounidense, la doctrina del *forum non conveniens* puede ser la causa de que un tribunal se niegue a hacer cumplir una cláusula de elección de foro cuando el foro elegido es “seriamente inconveniente”. Cabe resaltar que esto no es muy común con respecto de las demandas contractuales, como sí lo es en casos de responsabilidad extracontractual.

Asimismo, el informe cita a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires In re: “REPOC SA c/ LIEBHERR ARGENTINA SA Y OTROS s/ ORDINARIO.”¹⁴ “El hecho de que la prórroga se halle incorporada en un convenio con cláusulas predisuestas, no inhabilita prima facie su eficaciadeberá atenderse, con especial cuidado, si se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita, en el caso, invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades. Es que, aunque la prórroga de jurisdicción, mediante cláusula predispuesta, se trata de una facultad excepcional, que debe siempre ser interpretada con carácter restrictivo, solo ante la duda, es preciso estar a la regla de la improrrogabilidad, de lo contrario se asestaría un duro golpe a las reglas del comercio en general.”

Conforme los Principios de UNIDROIT¹⁵ se define qué se entiende por cláusulas estándar: “son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

¹³ Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974).

¹⁴ REPOC SA C/ LIEBHERR ARGENTINA SA Y OTROS S/ ORDINARIO. 24/06/11, Cámara Comercial: Sala A.

¹⁵ Principios de UNIDROIT arts. 2.1.19 a 2.1.22.

5. LECCIONES SOBRE LA ELECCIÓN DE FORO

De lo expuesto previamente se podría rescatar lo siguiente de la elección de foro, la cual debe ser respetada excepto:

- el foro contractual sea tan difícil e inconveniente, que le implicaría en la práctica verse privado de su “day in court” a la parte demandada.
- La cláusula fue impuesta por fraude.
- La cláusula no fue precedida por negociaciones libres y serias entre ellas.
- La cláusula fue producto de la explotación dominante de una de las partes (probablemente derivada de la falta de negociación libre anteriormente mencionada).

Conforme los principios ASADIP la legislación aplicable al fondo del litigio califica la parte débil y solo ésta, podrá invocar un pacto de jurisdicción celebrado antes de que sucedan los hechos que den lugar a la disputa. Esta calificación podría nuevamente ser materia de disputa.

Concluyendo resultaría razonable limitar la capacidad de la parte más fuerte respecto de la elección de foro. Sobre todo cuando el mismo no viene de una negociación seria y justa entre las partes, como ser por ejemplo la que proviene de contratos con cláusulas de adhesión.

Como ya se ha expuesto siguiendo a Santo Tomás de Aquino, en la búsqueda de la frontera de la autonomía de la voluntad, vale recordar que la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma es proporcionada a otra persona, a la que estamos ordenados por la justicia. Ahora bien, se le debe según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo.

En este sentido aplicado a la cuestión de elección de foro, se mide que en esa contratación no exista una asimetría en la fuerza de la negociación que genere tal disparidad entre ellas que permita, presumir la invalidez del consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades imponiendo a dicha parte un foro injusto.

EXPANDIENDO LAS FRONTERAS DE LA ARBITRABILIDAD

Por Juan Ignacio Stampalija¹ y Santiago Peña²

I. CONCLUSIONES

1. El arbitraje internacional constituye un medio especialmente idóneo para la resolución de disputas transnacionales, más allá del ámbito estrictamente comercial.

2. El art. 1651 del CCCN, en cuanto restringe la arbitrabilidad de un gran número de materias, limita considerablemente la autonomía de la voluntad y debería ser sustancialmente modificado, al menos en su aplicación a casos transnacionales. El proyecto de ley presentado en el año 2017 por el Ministerio de Justicia es un modelo recomendable que podría ser seguido en este punto.

3. El segundo párrafo del art. 107 de la LACI, que remite al art. 2605 del CCCN debería ser interpretado de una forma lo suficientemente flexible como para permitir la arbitrabilidad de cualquier disputa con connotación patrimonial, si fuesen susceptibles de transacción.

4. La arbitrabilidad de determinadas disputas transfronterizas laborales, de consumidor, e incluso dentro del ámbito del derecho internacional patrimonial de familia o de las sucesiones, merece un estudio detallado a los fines de su potencial implementación legislativa, adaptado a las particularidades de cada una de esas materias.

¹ Profesor Asociado Profesional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Austral. Coordinador del LL.M. con orientación en Arbitraje, Litigios y Contratos Internacionales de la Universidad Austral. Director Ejecutivo de la Diplomatura en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales de la Universidad Austral.

² Socio en el Departamento de Arbitraje Internacional y Derecho Administrativo y del Estudio Bomchil. Jefe de Trabajos Prácticos (interino) de Contratos Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Asistente de Contratos y Arbitraje y Mediación en la Universidad Torcuato Di Tella.

II. FUNDAMENTOS

1. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MEDIO IDÓNEO PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS TRANSNACIONALES

Como señala Fernández Arroyo, es indudable la importancia del arbitraje en el derecho internacional privado, al punto tal que “se ha convertido en la práctica en la jurisdicción exclusiva, cuasiexclusiva o, al menos, claramente preferida para varios tipos de controversias internacionales”.³ Tal conclusión no se ve afectada por el hecho de que se use mayormente en controversias de tipo comercial.⁴

El arbitraje se trata de un medio de solución de disputas esencialmente consensual, cuya existencia y alcance depende de la decisión de las partes y, como tal, implica una clara manifestación de la autonomía de la voluntad.

La mayoría de los Estados reconocen una amplia autonomía de la voluntad que no solo permite a las partes de una disputa pactar arbitraje, sino también moldear gran parte del procedimiento y elegir el derecho a ser aplicado por el tribunal arbitral. Al mismo tiempo, se establecen determinados límites que las partes no pueden dejar de lado y que acotan el ámbito de su autonomía de la voluntad. Uno de ellos es sin dudas la arbitrabilidad objetiva, es decir, las cuestiones que los Estados deciden que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje y las qué, en cambio, deberán ser resueltas necesariamente por los tribunales judiciales.

El éxito del arbitraje comercial internacional se presenta como una verdad tan evidente que no requiere ser probada en el limitado marco de esta ponencia. Son muchas las ventajas que condujeron a tal auge. Aquí nos limitaremos a mencionar tan solo algunas de ellas. En especial, las que estimamos más relevantes para explicar su especial idoneidad como método de resolución de disputas transnacionales.

Una de las principales ventajas del arbitraje internacional es la neutralidad que ofrece en comparación los tribunales judiciales nacionales. Esa neutralidad tiene múltiples manifestaciones, todas igualmente

³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Jurisdicción Internacional”, en RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª ed., T. IX, La Ley, Buenos Aires, pág. 619.

⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob cit., pág. 619.

importantes. Las partes pueden elegir que el arbitraje se desarrolle en una sede que no se relacione particularmente con ninguna de ellas. De esta forma, se evitan las ventajas que indudablemente tiene la parte que litiga ante su propio foro frente a una contraparte foránea.⁵

Al mismo tiempo, existe una neutralidad que tiene que ver con el propio procedimiento arbitral. En líneas generales, los sistemas judiciales nacionales tienen normas particulares que pueden resultar más favorecedoras a ciertas partes, como los demandantes o los demandados. También, la diferencia entre los sistemas del common law y de la tradición continental se manifiestan en diversas cuestiones procedimentales que pueden ser de muy difícil comprensión para partes -aun sofisticadas- no familiarizadas con ellas. El arbitraje, en cambio, posee un procedimiento cada vez más uniforme a nivel internacional, que no sigue a rajatabla ni un modelo puramente del common law ni del derecho continental. Así, el procedimiento se vuelve más neutral en todo el sentido de la palabra.

En el arbitraje internacional existe a su vez una gran flexibilidad procedimental que lo diferencia de los procedimientos judiciales nacionales.⁶ Las partes, con muy pocos límites a su autonomía más que respetar el debido proceso y el derecho a ser oído, son en gran medida las dueñas del arbitraje. Una de las facultades más relevantes en este sentido es la posibilidad de designar a los árbitros, lo cual es relevante en complejos casos internacionales.⁷ Así, las partes cuentan con la posibilidad de designar especialistas en casos transnacionales para resolver su disputa. Salvo honrosas excepciones, los jueces nacionales no suelen contar con una particular formación para lidiar con casos transfronterizos.

La flexibilidad procedimental del arbitraje permite simplificar una gran cantidad de cuestiones que en el proceso judicial tienen que tratarse a través de complejos mecanismos de cooperación judicial internacional, que en la mayoría de los casos demandan mucho tiempo y, en no pocos de ellos, resultan infructuosas. La existencia de numerosos y muchas veces

⁵ Tales ventajas no refieren necesariamente al potencial favoritismo que pudiera existir a favor del litigante local, sino también al mayor conocimiento que la parte local tiene del propio sistema jurídico, del funcionamiento del sistema judicial, contar con asesoramiento letrado de confianza en la plaza, entre otros.

⁶ FERRARI, Franco, ROSENFELD, Friedrich, FELLAS, John, RIVERA (h), Julio C., *Arbitraje Comercial Internacional*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2023, pág. 28.

⁷ Conf. FERRARI, ROSENFELD, FELLAS, RIVERA (h), ob. cit., pág. 29.

superpuestos tratados de cooperación judicial internacional han colaborado en la materia. Pero sigue siendo una cuestión de difícil manejo para el abogado y el juez promedio. Los ejemplos que lo demuestran son vastos. En cambio, en materia de arbitraje, las notificaciones por correo postal o electrónico, las presentaciones electrónicas y las audiencias virtuales o híbridas, ya son en muchos casos la regla, y se utilizan a diario sin que se requiera mucho más que la voluntad de las partes y del tribunal arbitral.

En línea con lo anterior, es preciso destacar el instrumento que constituye la piedra angular del sistema de arbitraje comercial internacional, esto es, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, “CNY”). Este tratado, que en gran medida uniforma el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, y que limita razonablemente la facultad de los Estados de denegar tal reconocimiento, otorga a los laudos arbitrales un potencial de reconocimiento y ejecución internacional del que no gozan las sentencias judiciales.⁸ El contar con decisión ejecutable está íntimamente vinculada con el derecho de acceso a la justicia y, en este punto, el arbitraje se destaca por sobre el procedimiento judicial.

2. RESEÑA DE LA REGULACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

La CNY se refiere a la arbitrabilidad en dos disposiciones. En primer lugar, el párrafo 1 del artículo II dispone que la obligación de reconocer los acuerdos arbitrales está sujeta a la condición de que el acuerdo arbitral verse sobre “un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Luego, el artículo V, párrafo 2, apartado a) permite al tribunal denegar el reconocimiento ejecución cuando “según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”. Más allá de dichas referencias a la arbitrabilidad, la CNY no regula qué materias son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje. Por el contrario, del apartado a del párrafo 2 del artículo V se desprende que los Estados pueden definir qué materias entran en esta categoría.⁹ Es decir,

⁸ Conf. FERRARI, ROSENFELD, FELLAS, RIVERA (h), ob. cit., pág. 28.

⁹ Conf. FERRARI, Franco, ROSENFELD, Friedrich, STAMPALIJA, Juan Ignacio, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2023, págs. 59-60.

remite, a la ley del Estado en el que se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo para definir qué materias son arbitrables.

En la fuente interna, en el año 2018 se sancionó en Argentina la Ley N° 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, “LACI”). Esta ley no posee disposiciones específicas sobre arbitrabilidad en el arbitraje internacional, sino que remite a otras normas. Así, el art. 5 dispone que “la presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje”. A su vez, el art. 107 establece que “las previsiones del capítulo 1 del título I de la presente ley no obstarán a la aplicación del artículo 2605 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Si bien el art. 5 no hizo más que replicar el art. 1, párr. 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI, consideramos que, en tanto nuestro país casi no posee normas específicas sobre arbitrabilidad en casos transnacionales, podría mejorarse la redacción de la norma para contemplar específicamente esa clase de casos. En este sentido, la mayoría de las normas a las que remite la LACI -que se analizarán a continuación- fueron previstas para el arbitraje doméstico. Cabe preguntarse si es recomendable que exista tal identidad de materias no arbitrables entre el arbitraje internacional y doméstico. Los casos transfronterizos poseen particularidades indiscutibles que pueden justificar la existencia de normas específicas sobre arbitrabilidad en el plano internacional.

Asimismo, la técnica legislativa adoptada implicó conservar la regulación mejorable que se había introducido sobre esta cuestión en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”), evitando enmendarla al menos en lo referente al arbitraje comercial internacional. Del mismo modo, se podría haber aprovechado la LACI para clarificar la situación de determinados tipos de disputas que, a falta de disposiciones legales expresas, los tribunales han negado su arbitrabilidad como se observa en el campo del derecho societario. Por ello, la reglamentación de la LACI sobre la arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional ha dejado pasar la oportunidad de mejorar, en este punto, el sistema vigente al momento de su sanción.¹⁰

Sin pretensiones de efectuar un análisis pormenorizado de todas las normas del ordenamiento jurídico argentino que pueden estar vinculadas

¹⁰ Cabe aclarar que, en la mayoría de las cuestiones que regula, la LACI implicó un avance sumamente significativo en la reglamentación del arbitraje en nuestro país.

con la arbitrabilidad de ciertas disputas, hay algunos de innegable relevancia que merecen ser mencionadas.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CPCCN”) define en su art. 736 la regla general en materia de arbitrabilidad al disponer que “[t]oda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros”. El art. 737, por su parte, establece que “[n]o podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”. Puede decirse que, conforme al CPCCN, son arbitrables aquellas cuestiones que involucran derechos disponibles.¹¹

En la actualidad, ello nos remite al Código Civil y Comercial de la Nación, que contiene reglas específicas sobre transacción en los artículos 1642 y siguientes.¹² En ellos se dispone que la transacción es de “interpretación restrictiva” y se prohíbe transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público”, sobre “derechos irrenunciables” y “sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar”.

Al mismo tiempo, en el capítulo siguiente al referido a la transacción, el CCCN introdujo un capítulo sobre Contrato de Arbitraje en el cual se incluyó el art. 1651, que dispone que “[q]uedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o a la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia, c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores, d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto y e) las derivadas de relaciones laborales.”

También el art. 107 de la LACI remite al art. 2605 del CCCN, referido a los acuerdos de elección de foro. Esta disposición establece que “[e]n materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley”.

¹¹ Conf. CAIVANO, Roque J., CEBALLOS RÍOS, Natalia, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*, La Ley, Buenos Aires, pág. 12.

¹² El Código Civil era más amigable.

Las dificultades interpretativas y críticas que han despertado las normas analizadas son numerosas.¹³ No es el objeto de la presente ponencia abordar cada una de ellas en detalle, sino puntualizar algunas que por su particular gravedad obstaculizan innecesariamente el desarrollo del arbitraje internacional en ámbitos en los que puede aportar significativamente a la resolución de disputas transnacionales.

a) Cláusulas arbitrales insertas en contratos de adhesión

Una de las cuestiones más evidentes tiene que ver con la limitación de arbitrar disputas relacionadas con “contratos por adhesión cualquiera sea su objeto” (art. 1651, inc. d). El propio artículo 1651 resulta incongruente, porque, si bien refiere a “materias” que no son susceptibles de ser arbitradas, “los contratos por adhesión cualquier sea su objeto” no son, en sí mismos, “materia alguna”. Por otra parte, como las disputas de consumo son mencionados en el inc. c), no cabe más que lo que se pretendería excluir es la arbitrabilidad de disputas entre empresarios simplemente por tratarse de contratos de adhesión. Aplicada en su literalidad, esta norma parecería dejar fuera del ámbito del arbitraje a gran parte del tráfico comercial moderno, que se basa en ese tipo de contratos, más aún en el plano internacional.

Los conflictos en torno a esta disposición han generado distintos criterios jurisprudenciales.¹⁴ Incluso, dentro de la propia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se observan criterios divergentes entre las distintas salas. Por un lado, las Salas E y F de dicho tribunal han entendido en diversos fallos que el art. 1651 es de orden público y que, en base a lo dispuesto en su inc. d), no resultan operativas las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión.

¹³ Para un análisis completo, conf. CAIVANO, CEBALLOS RÍOS, ob. cit., págs. 127-208. También, conf. RIVERA, Julio Cesar, RIVERA (h), Julio César, AMADO, Juan Ignacio, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022, págs. 243-260.

¹⁴ Para un estudio pormenorizado de estos precedentes, conf. ROMERO, Melisa, PEÑA, Santiago, CHIARALUCE, Virtudes, “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión y su interpretación a la luz de la jurisprudencia actual”, LA LEY 15/11/2023, pág. 7. También, conf. RIVERA (h), Julio César, “La cláusula arbitral inserta en contratos de adhesión: análisis crítico del singular enfoque argentino”, Revista Jurídica del Centro de Arbitraje de México, 1ª edición, agosto 2023, pág. 113.

Por el otro lado, las Salas A, B, C y D descartaron una interpretación literal del art. 1651, inc. d) del CCCN y optaron por un criterio finalista, a partir del cual, en resumidas cuentas, consideraron que debía admitirse la operatividad de la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público. A nuestro juicio, este criterio es el que mejor se ajusta a la realidad de los contratos de adhesión en general y a la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de las disputas vinculadas a esta clase de contrato.

Sin embargo, ello no justifica una disposición como la contenida en el art. 1651 del CCCN. Al fin de cuentas, una cláusula arbitral abusiva, que haya sido impuesta por una parte y cercene derechos de la contraparte, podría ser impugnada sin necesidad de una norma como la analizada.

b) Orden público

La posibilidad de someter a arbitraje disputas que involucren cuestiones de orden público ha sido también objeto de discusión y análisis. Si uno aplicara el principio establecido en el CPCCN según el cual son arbitrables “las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”, bastaría con observar que en el art. 1644 del CCCN se considera prohibido transigir “sobre derechos en los que esté comprometido el orden público”. De esa forma, quedarían excluidos del arbitraje todas esas cuestiones que se consideran reguladas por normas de orden público interno.

Esta interpretación es disvaliosa aun en el arbitraje doméstico. Existen precedentes claros en los que se ha resuelto que el arbitraje es válido en materias sometidas a normas de orden público, siempre y cuando la controversia verse sobre derechos disponibles.¹⁵ Es que al final del día, los tribunales judiciales podrán controlar el laudo arbitral en la fase posterior a su emisión, y eventualmente anularlo o denegar su ejecución si resulta violatorio del orden público.

¹⁵*Francisco Citibor S.A.C.I y F.. c. Wall-Mart Argentina SRL s. ordinario*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, Sala D, 20 de diciembre de 2016.

En línea con lo anterior, si se pretendiera aplicar el art. 1644 al arbitraje internacional, la cuestión sería todavía más dudosa. Ello pues, en las disputas transnacionales, las normas de orden público interno de los estados no tienen (ni deben tener) el mismo peso que en las disputas domésticas. En los casos internacionales, lo que realmente resulta relevante son los principios de orden público internacional de cada ordenamiento jurídico. El control sobre la potencial afectación de esos principios de orden público internacional no es una cuestión de arbitrabilidad, sino que se hará en la etapa posterior a la emisión del laudo. Los tribunales de la sede podrán anularlo si se violó el orden público internacional del país de la sede.¹⁶ Y los tribunales del país donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo podrán denegar dicho pedido si el laudo viola los principios de su propio orden público internacional.¹⁷ Repetimos, se trata de una cuestión analizable en la etapa posterior a la emisión del laudo, y no a la arbitrabilidad de la disputa.

A título comparativo, podemos recordar que la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó este enfoque en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, referido a la arbitrabilidad de cuestiones referidos a la defensa de la competencia.¹⁸ Un enfoque similar ha sido adoptado en el ámbito europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir del caso *Nordsee*.¹⁹

¹⁶ Conf., por ejemplo, el art. 34, párr. 2, ap. b) ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁷ Conf., por ejemplo, el art. V, párr. 2, ap. b) de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, y el art. 36, párr. 1, ap. b) ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁸ *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, Corte Suprema de Estados Unidos, 2 de julio de 1985, 473 U.S. 614 (1985) (“Al haber permitido que el arbitraje siga adelante, los tribunales nacionales de los Estados Unidos tendrán la oportunidad en la fase de ejecución del laudo de asegurarse de que se ha tenido en cuenta el interés legítimo en la aplicación de las leyes antimonopolio”).

¹⁹ TJUE, asunto C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, sentencia del 23 de marzo de 1982. La decisión del TJUE en el asunto *Eco Swiss* confirmó dicha postura, TJUE, asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, sentencia de 1 de junio de 1999.

c) Reclamos patrimoniales, en casos no exclusivamente patrimoniales

En el derecho privado, existe una importante cantidad de cuestiones que, sin ser exclusivamente patrimoniales, tienen una connotación patrimonial innegable. Un trabajador despedido que reclama una indemnización patrimonial está reclamando, al fin y al cabo, una suma de dinero. Un consumidor puede reclamar que le reemplacen un producto que compró y que resultó defectuoso. La distribución de los bienes integrantes de un acervo hereditario, si no está en discusión la vocación hereditaria de los herederos, es una cuestión estrictamente patrimonial. La discusión sobre la repartición de los bienes ante un divorcio también lo es. Y así es posible pensar en muchos casos similares.

Naturalmente, la mayoría de esas cuestiones son transigibles. El trabajador puede aceptar la oferta de su ex empleador para evitar largos años de juicio. El consumidor puede aceptar el cambio del producto por otro, o algún tipo de suma de dinero que lo compense. Los herederos pueden acordar la distribución de los bienes que integran el acervo hereditario (art. 2369 del CCNN). Los cónyuges, al momento del divorcio, también pueden acordar sobre la distribución del patrimonio conyugal (art. 439 del CCCN). Hasta pueden pactar una prestación alimentaria posterior al divorcio (art. 432 del CCCN).

A pesar de lo expuesto, la mayoría de estas materias no han sido consideradas arbitrables en nuestro país, ni siquiera en los casos domésticos. Los motivos que se han dado para justificar esa decisión varían en cada una de las materias. En algunas de ellas, como el derecho del trabajo y del consumidor, se pretendería proteger a la parte débil (el trabajador y el consumidor, respectivamente) del potencial abuso que la parte fuerte podría realizar, llevándola a un foro que no respete la legislación protectoria respectiva. En última instancia, tanto en materia laboral como de consumo, como también en cuestiones patrimoniales de familia y sucesiones, está siempre vigente la idea de que refieren a derechos de orden público, que exceden el interés de las partes del proceso, por lo cual la autonomía de la voluntad de las partes debe ser reducida y las controversias han de ser resueltas por los tribunales judiciales domésticos.

Ahora bien, sin pretender dar aquí una respuesta que sea necesariamente válida para todos los supuestos mencionados, consideramos que la cuestión de la arbitrabilidad de este tipo de cuestiones merece ser seriamente analizada.

El argumento referido a normativas de orden público y partes débiles ya ha sido en parte abordado precedentemente. No parece aceptable la idea de que, si un Estado tiene normas que protegen, por ejemplo, al trabajador, los únicos que podrían aplicarlas correctamente son los tribunales judiciales de ese Estado. Menos aún parecería razonable mantener la limitación a la arbitrabilidad cuando es el consumidor o trabajador quien pretende resolver la controversia mediante arbitraje. Asimismo, permitir el arbitraje de esas cuestiones no implica que el Estado y sus tribunales renuncien a todo control sobre la decisión tomada por el tribunal arbitral, sino que el control pasa a ser efectuado en la etapa posterior a la emisión del laudo. La intensidad del control dependerá del carácter internacional o doméstico del caso (de orden público internacional o de orden público interno, respectivamente).

La visión de los tribunales judiciales como únicos garantes de ciertos derechos de partes débiles e intereses choca muchas veces con la realidad. Y más aún en los casos transnacionales. La mejor solución para partes débiles que requieren protección, en casos internacionales, es muy difícil definir en abstracto y con una regla general que sirva para la mayoría de los casos. Esa mejor solución generalmente no es la ideal, sino la menos mala, y dependerá de numerosos factores: los contactos jurisdiccionales del caso, los foros que estén abiertos, la cuantía del caso, los recursos -por lo menos- de la parte actora, la cooperación que se requiera (para notificar, producir pruebas, etc.), de el o los lugares donde deba hacerse valer la sentencia, entre otros. Presumir que determinados tribunales judiciales nacionales son los únicos que están en condiciones de ofrecer esa mejor alternativa a la parte débil y que por lo tanto deben excluirse alternativas como el arbitraje internacional es una simplificación inaceptable. Máxime teniendo en cuenta que, como vimos anteriormente, algunas de esas dificultades pueden resolverse (o al menos morigerarse) recurriendo al arbitraje.

Por ello no debe resultar sorpresivo que no son pocas las jurisdicciones que han avanzado, de distinta forma, con la arbitrabilidad de algunas de estas disputas.

En materia laboral, jurisdicciones como Estados Unidos adoptan un enfoque liberal y no restringen la posibilidad de arbitraje de los conflictos

laborales.²⁰ Otras jurisdicciones han desarrollado posiciones intermedias. En la legislación belga, por ejemplo, los conflictos laborales son arbitrables siempre que afecten a los empleados de mayor rango cuyos ingresos superen un determinado umbral.²¹ Esta decisión se basa en el supuesto de que estos empleados tienen mayor poder de negociación que los empleados ordinarios. En Perú, además de exigirse un umbral, se requiere que el acuerdo arbitral sea celebrado luego de concluida la relación laboral.²² Similar es el caso de Colombia.²³

Respecto del arbitraje en materia de consumo, se observa una cierta tendencia a su admisión.²⁴ En algunos países, se lo admite sin mayores restricciones y diferencias a lo que sería el arbitraje comercial. Estados Unidos es el caso paradigmático, al punto tal que en general se permite la inclusión unilateral y predispuesta por parte del proveedor de cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo. Este modelo ha sido objeto de diversas críticas, puesto que otorga a la parte fuerte la posibilidad de

²⁰ Conf. *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, Corte Suprema de Estados Unidos, 13 de mayo de 1991, 500 U.S. 20, 33 (U.S. S.Ct. 1991).

²¹ Conf. El art. 69 Ley de Contratos de Trabajo de Bélgica: "Par dérogation à l'article 13, la clause d'arbitrage est valable à l'égard de l'employeur dont la rémunération annuelle dépasse ((32 200) EUR) et qui est chargé de la gestion journalière de l'entreprise ou assume dans une division de l'entreprise ou dans une unité d'exploitation, des responsabilités de gestion comparables à celles exercées au niveau de l'ensemble de l'entreprise. El umbral de ingresos se ha actualizado a 66.444 euros antes de impuestos para 2016.

²² Conf. Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29.497 de Perú, Disposición Complementaria N° 6: "Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)".

²³ Conf. Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, art. 131: "La cláusula compromisoria sólo tendrá validez cuando conste en convención o pacto colectivo, y el compromiso cuando conste en cualquier otro documento otorgado por las partes con posterioridad al surgimiento de la controversia."

²⁴ Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "La protección de los consumidores en las transacciones internacionales: Un estudio comparativo", DCCyE 2011 (agosto), 01/08/2011, 91. También, STAMPALIJA, Juan Ignacio, PERUGINI, Pablo Matías, "Arbitraje de Consumo", en ALTERINI, Ignacio E., AICEGA, María Valentina, *Derecho de Consumo Inmobiliario*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2021, págs. 581-616,

determinar la jurisdicción arbitral, aun cuando el consumidor no tenga siquiera la mínima posibilidad de negociar al respecto.²⁵

Otros países, en cambio, parten de una admisión general del arbitraje de consumo, aunque con ciertas particularidades o restricciones. Entre las más comunes se hallan las limitaciones temporales o formales a la celebración del acuerdo arbitral, o la necesidad de determinar su potencial carácter abusivo. A modo de ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea no existe un régimen de arbitraje de consumo uniforme en todos los países, sino instrumentos que regulan aspectos específicos de la materia, que en última instancia es implementada por cada país miembro. En este sentido, una cláusula arbitral incluida en un contrato de consumo se presume abusiva.²⁶ Lo cual no implica, necesariamente, que en todos casos y países se la considere inválida. Por ejemplo, en Alemania, la validez del acuerdo arbitral en materia de consumo se encuentra supeditada a que sea suscripta en un documento separado del contrato principal.²⁷ Así, se pretende que el consumidor preste especial atención a la cláusula arbitral y tome conciencia de sus efectos.²⁸ La mayoría de los países admiten la validez de la cláusula si se negocia en forma particular una vez que surge el conflicto.

Asimismo, existen normativas comunitarias que promueven la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, incluyendo el arbitraje. Entre ellas, cabe destacar los Reglamentos (CE) N° 2006/2004 y (UE) N° 524/2013 y las Directivas 2009/22/CE y 2013/11/UE. Dichos instrumentos ponen en cabeza de los Estados la obligación de garantizar a los consumidores el acceso a la resolución alternativa de conflictos.

En materia patrimonial familiar y de sucesiones, no puede perderse de vista que se observa hace un tiempo la ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad a materias que tradicionalmente le eran ajenas.²⁹

²⁵ Estas críticas han excedido el ámbito de la discusión jurídica, adquiriendo carácter público en una investigación del New York Times, publicada en el año 2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html>.

²⁶ Conf. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²⁷ Conf. Código de Procedimiento Civil Alemán, artículo 1031 (5).

²⁸ Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob cit., pág. 91.

²⁹ Conf. BALTAR, Leandro, “La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia con elementos internacionales”, en “Retos contemporáneos en el derecho de familia”, 2021, 1, págs. 57-75. Por otra parte, cabe mencionar el Reglamento (UE) No

En nuestro propio CCCN, existen supuestos en que es admitida incluso en el ámbito del derecho de familia (por ejemplo, art. 2625, primer y tercer párrafo sobre régimen patrimonial del matrimonio; y art. 2630 sobre obligaciones alimentarias).

A lo anterior cabe agregar que, en un creciente número de jurisdicciones, una importante cantidad de cuestiones pueden ser acordadas por las partes sin siquiera requerir intervención judicial. El divorcio y la sucesión notariales existentes en un creciente número de jurisdicciones son un claro ejemplo de ello.³⁰ Aun tratándose de procesos voluntarios, esas figuras sirven para confirmar el carácter disponible de gran parte de los derechos involucrados en esos procesos. Y si se pueden realizar ante un notario, es difícil de explicar por qué esas materias no podrían arbitrarse, teniendo lugar el control judicial de los tribunales de la sede y del lugar de reconocimiento y ejecución, como fuera expuesto.

Este liminar estudio comparado permite observar que cuestiones que en nuestro país resultan no arbitrables, pueden ser objeto de una mirada distinta que permita ampliar el acceso eficaz a la justicia que el procedimiento arbitral puede ofrecer. Ello no implica aplicar ciegamente en estas materias cada una de las reglas procedimentales y sustanciales propias del arbitraje comercial internacional. Deberán adoptarse ciertos recaudos formales y sustanciales para potenciales abusos. Pero decidir su inarbitrabilidad lisa y llana, como lo hace actualmente el art. 1651 del CCCN, no parece razonable.

3. LA NECESARIA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA Y LA EXPANSIÓN DE LA ARBITRABILIDAD

En el primer título explicitamos que el arbitraje resulta un medio particularmente idóneo para la resolución de disputas internacionales. En el segundo, analizamos la regulación de la arbitrabilidad en la LACI, el CCCN y el CPCCN y las variadas dificultades que presenta. Es por ello que estimamos

650/2012, que recepta en el derecho sucesorio europeo -aunque con ciertas limitaciones- la autonomía de la voluntad, tanto en materia jurisdiccional como de derecho aplicable.

³⁰ Por ejemplo, España y Colombia admiten tanto el divorcio como la sucesión notariales.

que es necesaria una reforma que permita al arbitraje internacional desarrollar todo el potencial como método de resolución de disputas transnacionales.

En la actualidad, las mayores dificultades provienen del art. 1651 del CCCN, que termina siendo aplicable al arbitraje comercial internacional por lo dispuesto en el art. 5 de la LACI. Compartimos la opinión de Caivano, quien afirma que el art. 1651 es “de una de las peores normas que se conozcan sobre esta materia”.³¹

En el año 2017, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto de ley para modificar, entre otros, el art. 1651, por el siguiente texto: “Controversias excluidas. No pueden ser sometidas a arbitraje las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. No obsta a la arbitrabilidad de la controversia que las reglas aplicables para resolverla sean de orden público”.³² Este proyecto, que lamentablemente no fue aprobado, hubiera sido muy superior del actual, por lo que propiciamos que sea reflatado.

A su vez, la reforma legislativa debería ser acompañada de una interpretación judicial fiel y, a la vez flexible, del art. 2605 del CCCN, al cual remite el segundo párrafo del art. 107 de la LACI. El art. 2605, si bien siguió en gran medida la redacción del art. 1 del CPCCN, introdujo una innovación significativa. En vez de referirse a “asuntos exclusivamente patrimoniales” como lo hace la norma procesal, el art. 2605 hace referencia únicamente a “materia patrimonial”. Por ende, no puede negarse que ha existido un cierto relajamiento del requisito de patrimonialidad. Las cuestiones con connotación patrimonial, aunque no sean “exclusivamente” patrimoniales, si fuesen susceptibles de transacción, deberían ser arbitrables.

Finalmente, en el caso particular de consumidores o trabajadores, además de otras modificaciones legislativas puntuales que quizás deban hacerse para permitir su arbitrabilidad,³³ se sugiere la adopción de normas específicas que regulen la posibilidad de arbitrar dichos tipos de disputas teniendo en cuenta las particularidades que presentan. En particular, la necesidad de proteger a las partes débiles de potenciales prácticas abusivas en su contra. Algunas de las experiencias comparadas reseñadas en el título anterior pueden resultar de ayuda en dicha tarea.

³¹ CAIVANO, CEBALLOS RÍOS, ob. cit., pág. 133.

³² Disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/388026/downloadPdf>

³³ Por ejemplo, la eliminación del art. 2654 in fine referido a la prohibición de celebrar acuerdos de elección de foro en contratos de consumo.

LOS CONDICIONANTES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DIGITALES DE CONSUMO

Por Vera Lúcia Viegas-Liquidato¹

I. CONCLUSIONES

1. La autonomía privada es largamente aceptada en los contratos B2B. Hace parte de la legislación de muchos Estados, la previsión de la autonomía privada en los contratos B2B.
2. La sociedad de información y el *e-commerce* deja a los consumidores en una situación de vulnerabilidad más grave.
3. La autonomía privada en los contratos internacionales digitales de consumo es permitida bajo determinadas exigencias.
4. El principio de la aplicación del derecho más favorable/beneficioso al consumidor está consagrado en la teoría del Derecho Internacional Privado.

II. FUNDAMENTOS

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS CONTRATO B2B.

a) Elemento de conexión brasileño para los contratos B2B

Cláusula de elección del derecho aplicable en los contratos B2B.

Necesidad de seguridad jurídica.

b) Proyectos de Ley brasileños y la autonomía privada

Autonomía privada de los contratos B2B en la legislación brasileña (*de lege lata* y *de lege ferenda*).

¹ Grado y doctorado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo. Posdoctorado en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Bologna. Especialista en Derecho de la Integración por la Universidad Tor Vergata (Roma). Profesora de Derecho Internacional desde 1999. Mi participación en estas jornadas es como Investigadora Plena de un Centro de Investigación Europeo: el CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones para América Latina).

2. MAJORACIÓN DE LA VULNERABILIDAD DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS DIGITALES

a) Formación de los contratos digitales internacionales de consumo

Territorialización de los elementos de conexión en un mundo digital desterritorializado.

b) Obsolescencia del elemento de conexión brasileños para los contratos digitales de consumo

La obsolescencia de los elementos de conexión clásicos del Derecho Internacional Privado, de base territorialista.

Jaque mate de los elementos de conexión savignianos (método indirecto cerrado).

Camino hacia el método indirecto flexible cerrado.

Espacio para la autonomía privada con el método indirecto flexible cerrado, bajo condicionantes.

c) Necesaria desterritorialización de los elementos de conexión

Como determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados en la internet: ¿espacio para la autonomía privada?

3. AUTONOMIA PRIVADA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CONSUMERISTAS POR ADESIÓN Y EL ARBITRAJE

a) Cláusula de autonomía privada en los contratos por adhesión

Condicionantes de la autonomía privada en los contratos por adhesión.

b) Validez de la cláusula arbitral en los contratos de consumo por adhesión

Legislación brasileña de arbitraje y su reglamento de los condicionantes de la validez de la cláusula arbitral en los contratos internacionales digitales por adhesión.

4. PRINCÍPIO DE APLICACIÓN DEL DERECHO MÁS FAVORABLE/BENEFICIOSO AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DIGITALES.

a) Surgimiento del principio de la aplicación del derecho más favorable al vulnerable.

Panorama general del derecho que reglamenta los contratos internacionales de derecho del trabajo (aplicación del derecho más favorable al empleado) y defensa del superior interés del niño y adolescente.

b) Panorama general hacia la concreción del derecho más favorable al vulnerable en el ámbito regional e internacional.

Derecho más beneficioso en la Organización Mundial del Turismo, en los Reglamentos de la Unión Europea, en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y en el Acuerdo de Consumo del Mercosur.

c) Autonomía privada y el principio de la aplicación del derecho más favorable al vulnerable.

¿Diálogo posible? Puertas de salida de la encrucijada:

- Diálogo de las fuentes del derecho (Erik Jayme)
- Humanización del Derecho Internacional Privado (André de Carvalho Ramos)
- Hacia un principio de aplicación del derecho más favorable al vulnerable también en las relaciones de consumo.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*: ENTRE POSIBILIDADES Y LÍMITES

Por Candela N. Villegas¹

I. CONCLUSIONES

1. El uso de la autonomía de la voluntad en la determinación del derecho rector de las sociedades permite a los socios de una sociedad elegir el derecho que regirá cuestiones fundamentales. Esta elección surge de la búsqueda de condiciones legales favorables que faciliten la maximización de beneficios, lo cual es particularmente relevante en un mundo globalizado donde la movilidad internacional de las sociedades es cada vez mayor.

2. El modelo de constitución como determinante del derecho rector de la sociedad se presenta en la actualidad como el más conveniente en miras de favorecer el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

3. La autonomía de la voluntad no puede ser concebida de manera irrestricta, se deben imponer límites en protección de los derechos de terceros y del Estado que se pueda ver afectado con su actuación.

4. Del hecho de que los socios puedan elegir el derecho rector que les permita maximizar los beneficios, no se deriva que vayan a afectar los derechos de terceros, que tengan intenciones de defraudar al Estado o que pretendan perjudicar a acreedores.

5. La tensión que se puede presentar entre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y las normas internacionalmente imperativas no se presentaría como un obstáculo para su ejercicio, ya que las situaciones que se contemplan son de excepcionalidad y responden a una especial tutela que el Estado encuentra justificado establecer.

6. Si bien es cierto que puede haber una inclinación por la elección de derechos poco rigurosos o con mínimos controles y que puede conducir a una competencia entre ordenamientos, también resulta relevante considerar que aquellas sociedades que están destinadas a

¹ Profesora titular disciplinar de Derecho Internacional Privado, Universidad Siglo 21. Profesora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Marco Legal Internacional, Universidad Siglo 21.

buscar establecerse de manera firme en el mercado internacional van a preferir dar imagen de confiabilidad.

7. En el marco de la UE se viene trabajando tanto desde el punto de vista legislativo, como jurisprudencial en avanzar en la facilitación de la movilidad internacional de las sociedades en el ámbito integrado a través de la libertad de establecimiento establecida en el TFUE. La libertad de establecimiento ha favorecido un avance importante en relación a la autonomía de la voluntad de los socios en la determinación de la *lex societatis*. Se ha establecido jurisprudencialmente que el régimen europeo de la libertad de establecimiento es compatible con el modelo de la constitución y no con el de la sede y se ha puesto de resalto que este modelo es el que mejor favorece el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

8. A nivel interno argentino, la LGS desde su creación se ha inclinado por un tratamiento de hospitalidad hacia las sociedades constituidas en el extranjero, adhiriendo al modelo de la constitución, con el límite de la norma internacionalmente imperativa contenida en el artículo 124.

9. La LGS, en la que está inserto el DIPrS, se encuentra en proceso de reforma, el que debería orientarse hacia una revisión global y armónica de la normativa, teniendo en cuenta tanto las tendencias internacionales como las necesidades locales. Es fundamental que el mayor protagonismo que se le quiere otorgar a la autonomía de la voluntad se realice adecuadamente y de manera equilibrada entre la protección de los intereses de los socios y los intereses esenciales que el Estado desea resguardar.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía de la voluntad se presenta como uno de los principios en los que enraíza el Derecho internacional privado (DIPr) actual². Se trata de un criterio para la determinación de la ley aplicable que ha sido receptado

² DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Derecho Internacional Privado actual*, Tomo 1, Ed. Zavallía, Córdoba, 2015.

de diferentes maneras en los ordenamientos jurídicos y también en la jurisprudencia, pero siempre con limitaciones más o menos estrictas³.

Desde que la autonomía de la voluntad cobra mayor importancia en el DIPr, surge la tensión en el binomio autonomía de la voluntad-exigencias imperativas⁴. Numerosos son los aspectos que se pueden analizar en esa dicotomía, pero en esta oportunidad, este trabajo se centra en la autonomía de la voluntad específicamente aplicada en la elección del derecho rector de la sociedad (*lex societatis*) y en las consecuencias que se producen frente a la movilidad internacional de las sociedades. El estudio de la autonomía de la voluntad y sus límites en este campo específico, es una temática que despierta interés e invita a su reflexión, especialmente en contextos de reformas legislativas como sucede en Argentina en este momento.

Se comienza analizando la posibilidad que tienen los socios de elegir el derecho rector de la sociedad, cuáles serían sus consecuencias y si la presencia de normas internacionalmente imperativas en los estados de reconocimiento podrían ser un obstáculo en la efectivización de la elección.

Como consecuencia de la creciente movilidad internacional de las sociedades, resulta importante considerar el principio de la libertad de establecimiento, que, si bien resulta circunscripto al ámbito europeo, establece importantes pautas en materia de *lex societatis* y podría servir para echar luz a los problemas que se plantean en la región e incluso pensar una posible incorporación en el ámbito mercosureño. En este momento, resulta particularmente interesante abordar esta temática desde la perspectiva argentina ya que se está trabajando en la reforma del régimen societario, buscando justamente adecuar el plexo normativo societario al principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Para el análisis planteado se parte de la idea de que el desarrollo de este principio en el ámbito de las sociedades podría considerarse un enfoque que busca redefinir el modelo tradicional, fruto del debate entre las perspectivas contractualistas e institucionalistas, y alineándose con las

³ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL" Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Cecilia_Fresnedo_de_Aguirre.pdf

⁴ ARENAS GARCÍAS, Rafael, MIQUEL RODRIGUEZ, Jorge, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho de sociedades y otras personas jurídicas*, Ed. Atelier, Barcelona, Ed. Atelier, 2014. pp. 127-169.

nuevas interpretaciones de la empresa asociadas al análisis económico del derecho⁵.

El nacimiento de la persona jurídica se produce a partir de un acto voluntario de las personas humanas que persiguen su creación, generando “un vínculo estrecho, originario y decisivo entre una ley y la persona jurídica creada sobre la base de esta ley”⁶. Las personas jurídicas surgen de la voluntad de personas humanas que persiguen determinados intereses, y en concordancia con el enfoque contractualista, los socios buscan obtener ganancias. El derecho rector de la sociedad constituye un factor trascendental en la producción empresarial y se entiende que “la tecnología normativa es un factor de producción más, igual que el capital físico o humano”⁷. Los socios van a pretender estar amparados por el ordenamiento jurídico que sea más conveniente al desarrollo del objeto social, buscando la maximización de los beneficios. En esta línea, se puede apreciar, cómo fruto de la globalización se viene produciendo un marcado aumento de la deslocalización de las diversas actividades de las sociedades, que muchas veces fragmentan geográficamente los procesos productivos buscando mejores condiciones de acceso a los mercados⁸.

2. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE SOCIEDADES

Al igual que las personas humanas, las sociedades aspiran a desplazarse y trasladar sus actividades societarias a otros Estados⁹. Sin

⁵ VÁSQUEZ PALMA, Fernanda, “Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 2, 2016. pp. 487 – 521.

⁶ LIMA MARQUES, Claudia, FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Personas jurídicas” en FERNANDEZ ARROYO, Diego, *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2003. pp.541-580. p. 541.

⁷ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters, España, 2010.

⁹ LEIBLE, Stefan, “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento” en ARENAS GARCÍA, Rafael, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, RODRIGUEZ, Miquel, *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010. pp.103-128

embargo, las personas jurídicas están condicionadas al previo reconocimiento de su personalidad, sólo podrían desplazarse y realizar actividad internacional, si se produce ese reconocimiento¹⁰. Siguiendo a Arenas García, el Derecho internacional privado de sociedades (DIPrS) articula sus problemas sobre dos ejes: por un lado, la determinación de la *lex societatis*, es decir, el Derecho rector de la sociedad y por otro lado, aunque íntimamente vinculado, el régimen del reconocimiento de las sociedades extranjeras¹¹. Los modelos que regulan estas cuestiones permiten su estudio desde dos perspectivas, a partir del modelo del Estado de constitución como a través del modelo de la sede efectiva y de la inclinación que tenga el legislador nacional por alguno de ellos, derivarán sus consecuencias. Existe una estrecha correlación entre estos dos problemas, por lo que, al adscribir a uno de los sistemas planteados, las consecuencias rigen tanto para el reconocimiento de la personalidad jurídica, como para el derecho aplicable.

En el modelo de la ley del Estado de constitución, la autonomía de la voluntad de los socios resulta determinante, ya que deciden bajo qué derecho van a constituir la sociedad. En este modelo, no reviste importancia la ubicación de la sede ni de su establecimiento principal, tampoco el domicilio estatutario, sólo interesa que haya sido constituida de conformidad con la legislación de un determinado Estado.

Entre las ventajas que presenta se puede resaltar que permite que los socios elijan el derecho que se encuentre en mejores condiciones de regir la sociedad, lo que no va a implicar necesariamente que la elección recaiga en el derecho menos riguroso, ya que pueden optar por un derecho más exigente y que posicione en mejor situación a la sociedad en las transacciones con terceros; además se trata de un derecho que tiene permanencia en el tiempo,

¹⁰ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia” en ARENAS GARCÍA, Rafael, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.

¹¹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Lex Societatis y Derecho de Establecimiento” en ARENAS GARCÍA, Rafael, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, RODRIGUEZ, Miquel, *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Ed. Atelier, 2014. pp.127-169. p. 129.

lo que también redundaría en beneficio para los terceros, al ser más sencillo de reconocer¹².

El modelo de la sede efectiva por su parte, restringe la autonomía de la voluntad en la elección de la *lex societatis* y se inclina por la determinación del derecho rector de la sociedad a través de la localización geográfica de la sede efectiva. Se fundamenta en criterios objetivos de localización económica. Este modelo encuentra fundamento en el hecho de que el Estado donde está ubicada la sede efectiva es el primariamente afectado por la actuación de la sociedad y el más conectado con ella, por lo que sería el que está en mejores condiciones para imponer restricciones de carácter imperativo¹³.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*

El primer interrogante al que se enfrentan quienes están interesados en la constitución de una sociedad es decidir el derecho de acuerdo al cual pretenden constituirla. Por lo general, las sociedades se crean conforme el derecho de ordenamientos que presentan el vínculo más estrecho con esa sociedad¹⁴. El derecho bajo el cual se constituye la sociedad, es el que rige con carácter general la vida de la sociedad, lo que se conocerá como *lex societatis*.

La *lex societatis* no sólo regula la vida interna de la sociedad, sino también una serie de cuestiones, que tienen repercusiones externas, abarcando las cuestiones relativas a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. El derecho aplicable, es determinante en el desarrollo de la vida social, ya que no solamente es el que regula el nacimiento de la sociedad, sino la vida interna y una pluralidad de cuestiones societarias con trascendencia.

¹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

¹³ UNDURRAGA VIAL, María Ignacia, “La *lex societatis* en el Derecho internacional privado chileno”, *Rev. chil. Derecho*, vol.49 no.2, 2022.

¹⁴ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sociedades” en FERNÁNDEZ ROZAS, Jose Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ta edición, Ed. Iustel, Madrid, 2013. p.182

En este contexto, la autonomía de la voluntad permite que los socios puedan dotar de mayor flexibilidad a aquellas sociedades que operan a nivel transfronterizo, y a la vez fomenta la competencia entre ordenamientos, permitiéndoles elegir el régimen más atractivo. Pero también puede conducir a una *race to the bottom*, una carrera hacia abajo, que reduciría las garantías que se ofrecen a los terceros y a los socios¹⁵.

En relación a la posibilidad que tienen las partes de elegir la *lex societatis* en la doctrina encontramos posiciones a favor y en contra. Goldschmidt por su parte asume una postura crítica, reprocha dejar librado a la autonomía de la voluntad de los socios buscar cual es el ordenamiento jurídico bajo cuya protección desean constituir la persona jurídica. Explica que “aunque en general la autonomía de la voluntad constituye una conexión justa, ello es así sólo si se trata de una relación jurídica limitada a las partes que la ejercen (contratos) o si se trata de un acto unilateral (en su caso, testamentos)”¹⁶. En la constitución de una sociedad, los efectos no se limitan a los socios, sino que impactan en terceros, pudiendo surgir efectos imprevisibles. Dicha situación no refleja una conexión adecuada, ni justa.¹⁷

Por otro lado, existen posturas favorables a otorgarle cierta libertad a los socios en la determinación del derecho rector. En esta línea, Garcimartín Alferez enrolado en la teoría contractualista, señala que cuando una sociedad está destinada a una actuación internacional, surge lo que denomina el “interés conflictual”, es decir la optimización de los beneficios y disminución de los costes que pueden surgir del fraccionamiento jurídico propio del tráfico privado externo de las sociedades. En el interés conflictual se identifican dos elementos, por un lado, un elemento subjetivo, la libertad de elección por parte de los socios de *lex societatis* y por otro, un elemento objetivo, la continuidad geográfica del derecho elegido de tal manera que sea reconocida por aquellos Estados en los que se realiza actividades¹⁸.

¹⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Sociedades” en FERNÁNDEZ ROZAS, Jose Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ta edición, Ed. Iustel, Madrid, 2013.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, 8va Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, 8va Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

¹⁸ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.

No es intención de este trabajo profundizar en las diferencias entre las teorías contractualistas y las institucionalistas en relación a las sociedades, sino resaltar la estrecha vinculación del contractualismo con la autonomía de la voluntad, al centrarse en la voluntad de los socios para elegir la ley que regirá la sociedad. De esta manera, se le otorga flexibilidad y previsibilidad a los socios. Flexibilidad, porque permite la elección del derecho que regirá aspectos fundamentales de la sociedad considerando el que mejor se adapta a sus intereses; y previsibilidad, ya que no entrará en discusión el derecho rector, puesto que fue elegido por los socios.

Esta postura encuentra fundamento en el análisis económico del derecho y considera a la sociedad como una forma de innovación contractual de naturaleza predominantemente económica, en la que la autonomía se constituye como herramienta fundamental para su creación¹⁹.

4. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DIPRS Y NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

Las normas internacionalmente imperativas en su elección unilateral e inderogable del derecho propio no dejan lugar ni para el derecho extranjero ni para la autonomía de la voluntad²⁰. Se trata de correcciones excepcionales establecidas por el legislador nacional con la finalidad de proteger especiales intereses del Estado. De esta manera, extienden la aplicación del derecho a situaciones que quedaban captadas por un derecho extranjero, “en pos de resguardar ciertos valores jurídicos fundamentales para el foro”²¹. Al decir de Iud, “la mayoría de ellas se encontrarán en los sectores en los que se permite un ejercicio más amplio de la autonomía de la voluntad o en los cuales las partes podrían realizar con mayor facilidad "tareas de ingeniería jurídica" tendientes a evitar su aplicación”²². Ciertamente, que cuanto mayor

¹⁹ VÁZQUEZ PALMA, Fernanda, “Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad “ Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 1, 2016, pp. 487 – 521. p.488

²⁰ BOGGIANO, Antonio, Tratado de Derecho Internacional Privado, tomo I, 6ta ed, La Ley, Buenos Aires, 2017.

²¹ SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2da edición, La Ley, Buenos Aires, 2023. p. 108

²² IUD, Carolina “El rol de las normas internacionalmente imperativas en el escenario actual del derecho internacional privado” LA LEY 26/10/2021, I LA LEY 2021-F, 397. p.5

cantidad de normas imperativas existan, menor será el margen para el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, ¿podrían presentarse como un obstáculo al reconocimiento de la elección realizada por los socios del derecho rector de la sociedad?

La autonomía de la voluntad no es concebida de manera irrestricta, siempre hay limitaciones, ya que su accionar puede generar efectos en terceros. Esto no se puede pregonar ni siquiera en aquellos sectores en los que se le puede reconocer un amplio margen para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en los que se debe “adoptar una posición realista que denota que tal autonomía no es, empero, universal”²³.

En el caso específico de las sociedades, “si los terceros gozan de una protección conflictual adecuada y los accionistas-inversores también, el DISoc puede especializarse en la maximización del interés de los socios...lo que implica un Derecho de sociedades donde prevalezca la autonomía de la voluntad”²⁴.

5. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO COMO REFLEJO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La libertad de establecimiento se enmarca en los procesos de integración regional y en la Unión Europea encontramos su regulación más extensa, entendiéndola como el derecho subjetivo reconocido a los nacionales de los Estados miembros (EM) que consiste en el acceso a actividades económicas independientes en el territorio de otro EM, mediante la fijación de una instalación o sede física-económica en otro EM ²⁵. Esta definición, que parte de la libertad de establecimiento de las personas humanas puede traspolarse a las personas jurídicas privadas, entendiéndola como la libre posibilidad de asentamiento de la propia actividad de una sociedad en otro Estado del área integrada.

²³ IUD, Carolina “El rol de las normas internacionalmente imperativas en el escenario actual del derecho internacional privado” LA LEY 26/10/2021, 1 LA LEY 2021-F, 397. p.17

²⁴ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.

²⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, Bilba, 2007.pp. 49-121.

Como principal antecedente se hace referencia al artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el que surge este principio y se fundamenta en la no discriminación de los nacionales de un EM por otro EM. Se equipara en su trato a las personas humanas nacionales de los distintos EM, prohibiéndose las restricciones a tal principio. Para que esta equiparación se pueda producir, la sociedad debe haberse constituido de acuerdo a lo previsto en la legislación de un EM y su sede social, administración central o centro de actividad principal se debe encontrar dentro de la Unión Europea²⁶.

Junto a la regulación contenida en el derecho europeo es necesario analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha sido fundamental en la determinación del entendimiento de la libertad de establecimiento, ya que no sólo estableció la pauta de que en todos los EM deben reconocerse las sociedades creadas de acuerdo a lo establecido por el derecho de otro EM²⁷, sino que también ha ido construyendo una interpretación más extensa del alcance de la *lex societatis* (ej. responsabilidad de los administradores)²⁸. Los principales casos que componen esta saga son: *Daily Mail* (1988), *Centros* (1999), *Überseering* (2002) e *Inspire Art* (2003).

En el caso *Überseering* (2002) se reafirmó la teoría de la constitución como la única compatible con el Derecho comunitario cuando se va a reconocer dentro de un EM a una sociedad constituida conforme el derecho de otro EM²⁹, indicando el TJUE que: “*Cuando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo*

²⁶ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia” en GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos y ARENAS GARCÍA, Rafael, *Libertad de establecimiento y derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017.

²⁷ No resulta extensible a Estados que no son miembros de UE, salvo aquellos a los que específicamente se les ha extendido por acuerdos a los Estados miembros del EEE y de la AELC.

²⁸ ARENAS GARCÍAS, Rafael, “Lex Societatis y derecho de establecimiento”, ARENAS GARCÍAS, Rafael, MIQUEL RODRIGUEZ, Jorge, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho de sociedades y otras personas jurídicas*, Ed. Atelier, Barcelona, Ed. Atelier, 2014. pp. 127-169. p.128

²⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Programa Modular en Derecho del Comercio Internacional. Incidencia del derecho comunitario en el derecho internacional privado de sociedades” UPV/EHU – UNED. <http://mici.asmoz.org>

*territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 CE y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución”*³⁰.

En el Caso *Inspire Art* el TJUE específicamente se refirió a la situación de las denominadas sociedades ficticias, en el que tuvo que valorar la compatibilidad de la normativa de DIPrS de carácter autónomo con las disposiciones del TFUE, es decir, con la libertad de establecimiento. El TJUE resolvió de manera favorable a la libertad de establecimiento y declaró que no resulta aplicable la ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras explicando en el apartado 95 lo siguiente: *“En primer lugar, se ha de precisar que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, a efectos de aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento es irrelevante que la sociedad haya sido constituida en un Estado miembro con el único objeto de establecerse en un segundo Estado miembro, donde se ejercería lo fundamental, o incluso la totalidad, de sus actividades económicas...En efecto, las razones por las que una sociedad decide constituirse en un Estado miembro no influyen en la aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento, salvo en caso de fraude”*. Tomando en consideración este caso y el caso Centros, Esteban de la Rosa explica que *“muchas de las consecuencias jurídicas que los ordenamientos estatales asocian al no reconocimiento de una sociedad extranjera, podrán ser consideradas como incompatibles con la libertad comunitaria de establecimiento de sociedades”*³¹.

Carrascosa González destaca que la existencia de una sociedad válidamente constituida en un EM debe considerársela constituida válidamente en cualquiera de los EM, puesto que constituye *“una regla de reconocimiento recíproco de sociedades”*³². Por su parte, Prats Jané ha

³⁰ STJUE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

³¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 7, 2004, págs. 369-396. p.11.

³² CALVO CARAVACA, Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, Bilba, 2007.pp. 49-121.

señalado que a los fines de evitar conflictos entre la normativa comunitaria y las normativas internas de los EM, se debería llevar a cabo un proceso de armonización en relación al criterio de conexión elegido por las normas conflictuales internas, tomando como base el modelo de constitución, que es el que mejor se adapta al tráfico comercial internacional, ya que promueve el *favor recognitionis* y es el que compatibiliza con la libertad de establecimiento³³.

Resulta importante destacar que la libertad de establecimiento que se consagra en el TFUE tiene efectos de manera exclusiva entre los EM de la UE, no siendo aplicable a las sociedades que se hayan constituido en terceros Estados.

6. SITUACIÓN ACTUAL EN ARGENTINA

En Argentina se adopta el modelo de la ley del lugar de constitución, como surge del primer párrafo del artículo 118 de la Ley General de Sociedades (LGS), por lo que el derecho rector de la sociedad va a ser el del lugar que hayan elegido los socios para cumplir los requisitos formales y sustanciales para adquirir la personalidad. Pero no se trata de un modelo puro, ya que la regla va a ser la adhesión al modelo de constitución, con la excepción de aquellos casos contemplados en la norma internacionalmente imperativa del mismo cuerpo normativo.

El artículo 124 de la LGS viene a limitar el modelo de la ley del lugar de constitución cuando se presentan dos situaciones: cuando la sede se halle en Argentina o el principal objeto este destinado a su cumplimiento en el país. A partir de lo reglamentado en este artículo y en concordancia con lo establecido en el 2599 del Código Civil y Comercial, se produce el desplazamiento del derecho bajo el cual se decidió la creación de la sociedad y se autoelige el derecho propio. Se encuentra el fundamento de esta decisión del legislador en “motivos de orden económico, vinculados a la regularidad del tráfico comercial interno, que el Estado encuentra necesario tutelar, evitando que las sociedades que tienen sus órganos de gobierno y

³³ PRATS JANÉ, Sergio, *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la Unión Europea. Análisis desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado*, Tesis leída en la Universitat Abat Oliba CEU, 2015.

conducción de sus negocios en Argentina, puedan constituirse válidamente en el extranjero”³⁴.

En esta línea Rovira expresa que “constituye un hecho notorio, que no necesita demostración, por ser conocido por toda nuestra comunidad, la existencia y actuación en nuestro país de numerosas sociedades constituidas en el extranjero, al amparo de una legislación más favorable, pero cuya sede real se encuentra en el país o su principal objeto está destinado a cumplirse en la República Argentina, a punto tal que exteriorizan con su posterior actuación una total desvinculación con el país donde se constituyeron”³⁵.

Estos supuestos que contempla la norma internacionalmente imperativa constituyen una adhesión condicionada al modelo de la sede efectiva, ya que sólo se torna aplicable cuando la sede se encuentra en Argentina y no así cuando se encuentre situada en un tercer país. Si la sede estuviese en un tercer país, entonces dejaría de adherir a esta teoría y se conformaría con atender a la ley del lugar de constitución. De ello se desprende que, el interés del legislador no es limitar la autonomía de la voluntad que se manifiesta en la adhesión al sistema de la constitución, sino proteger intereses que se podrían ver afectados por una actuación destinada a evadir la aplicación del derecho argentino.

Este es el límite que en Argentina se impone a la autonomía de la voluntad en la determinación de la *lex societatis* a los socios, la presencia de una norma internacionalmente imperativa.

Como puede apreciarse, el espíritu de la normativa argentina ha sido habilitar a los socios la elección del derecho rector de la sociedad, que encontraba su fundamentación en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Comerciales. Este cuerpo normativo se encuentra en proceso de reforma, con intenciones de darle mayor espacio a la autonomía de la voluntad, tal como surge de los considerandos de la Resolución 47/2024 por la que se crea la Comisión de Reforma Integral del Régimen Legal Societario “que existe la necesidad de adecuar el plexo normativo societario a las exigencias de la economía, a la protección del derecho de propiedad y al principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual”.

³⁴ UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, Buenos Aires, 2022. p.828

³⁵ ROVIRA, Alfredo, *Sociedades Extranjeras*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985. p.79.

7. CONCLUSIONES

La temática propuesta para la Comisión 9 invita a la reflexión sobre la autonomía de la voluntad, un principio fundamental en el DIPr actual que ha venido expandiendo sus fronteras a diversos ámbitos de la materia. Desde la mirada del DIPrS, en la arena internacional se viene fortaleciendo una inclinación hacia un mayor reconocimiento al ejercicio de la autonomía de la voluntad, que a su vez viene a reflejar lo que sucede también en los derechos privados internos.

El uso de la autonomía de la voluntad en la determinación del derecho rector de las sociedades permite a los socios de una sociedad elegir el derecho que regirá cuestiones fundamentales. Esta elección surge de la búsqueda de condiciones legales favorables que faciliten la maximización de beneficios, lo cual es particularmente relevante en un mundo globalizado donde la movilidad internacional de las sociedades es cada vez mayor.

El modelo de constitución como determinante del derecho rector de la sociedad se presenta en la actualidad como el más conveniente en miras de favorecer el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad no puede ser concebida de manera irrestricta, se deben imponer límites en protección de los derechos de terceros y del Estado que se pueda ver afectado con su actuación.

Del hecho de que los socios puedan elegir el derecho rector que les permita maximizar los beneficios, no se deriva que vayan a afectar los derechos de terceros, que tengan intenciones de defraudar al Estado o que pretendan perjudicar a acreedores.

La tensión que se puede presentar entre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y las normas internacionalmente imperativas no se presentaría como un obstáculo para su ejercicio, ya que las situaciones que se contemplan son de excepcionalidad y responden a una especial tutela que el Estado encuentra justificado establecer.

Si bien es cierto que puede haber una inclinación por la elección de derechos poco rigurosos o con mínimos controles y que puede conducir a una competencia entre ordenamientos, también resulta relevante considerar que aquellas sociedades que están destinadas a buscar establecerse de manera firme en el mercado internacional van a preferir dar imagen de confiabilidad.

En el marco de la UE se viene trabajando tanto desde el punto de vista legislativo, como jurisprudencial en avanzar en la facilitación de la movilidad internacional de las sociedades en el ámbito integrado a través de la libertad de establecimiento establecida en el TFUE. La libertad de establecimiento ha favorecido un avance importante en relación a la autonomía de la voluntad de los socios en la determinación de la *lex societatis*. Se ha establecido jurisprudencialmente que el régimen europeo de la libertad de establecimiento es compatible con el modelo de la constitución y no con el de la sede y se ha puesto de resalto que este modelo es el que mejor favorece el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

A nivel interno argentino, la LGS desde su creación se ha inclinado por un tratamiento de hospitalidad hacia las sociedades constituidas en el extranjero, adhiriendo al modelo de la constitución, con el límite de la norma internacionalmente imperativa contenida en el artículo 124.

La LGS, en la que está inserto el DIPrS, se encuentra en proceso de reforma, el que debería orientarse hacia una revisión global y armónica de la normativa, teniendo en cuenta tanto las tendencias internacionales como las necesidades locales. Es fundamental que el mayor protagonismo que se le quiere otorgar a la autonomía de la voluntad se realice adecuadamente y de manera equilibrada entre la protección de los intereses de los socios y los intereses esenciales que el Estado desea resguardar.

El DIPrS es un sector en el que resulta muy difícil llegar a consensos entre los Estados, ya que existen numerosos intereses en juego y esto se traduce en ausencia de una regulación uniforme o al menos estándares internacionales armonizados. La realidad viene poniendo de relieve la necesidad de una adecuación y modernización de las normativas del DIPrS, promoviendo un enfoque más flexible y adaptado a las realidades actuales del comercio internacional y la globalización, que permita un balance justo entre los intereses de los socios y la necesidad de los Estados de tutelar especiales intereses.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS DESAFÍOS DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL

Por Rodrigo A. Zeballos Bilbao¹ y Silvina Vanesa Rapetti².

I. CONCLUSIONES

1. El teletrabajo internacional cuenta con una acotada regulación, a pesar de ser actualmente una modalidad de trabajo con gran proyección.
2. Nuestra realidad económica, promueve este tipo de relaciones jurídicas internacionales, que son casi invisibles pero fructíferas para los contratantes Inserte texto aquí.
3. Es necesario promover la opinión en el ámbito nacional, regional e internacional, lo que, sin dudas, fortalecería que en el ámbito del Mercosur se debatan presupuestos mínimos, logrando una regulación.
4. La sugerencia de plantearse dentro del Mercosur no se propone como obstáculo, sino con la finalidad de buscar un sistema que pondere la parte débil.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

a) Subtítulo

El principio de la autonomía de la voluntad es regulado en los ordenamientos jurídicos. Con mayor o menor alcance, aunque indudablemente se ha fortalecido en sus fundamentos trascendiendo algunas fronteras que, hace no mucho tiempo, se erguían como inamovibles. Sin embargo, que dichos límites hayan cedido no significa que desaparezcan; a su vez, es menester considerar tópicos que demarcan una frontera clara,

¹ Abogado, Profesor Titular DIPr. y Comunitario en UNISAL, Docente en UNS de DIPr. y en UNLPam de DIPr y de la Integración; Profesor Titular de la Práctica Profesional en la UNS; Profesor de Legislación Profesional en Arquitectura y Óptica en la UNS.

² Abogada, Docente Ayudante de la cátedra Derecho Internacional Privado en Universidad Salesiana (UNISAL).

como por ejemplo el medio ambiente, el derecho del consumidor, el derecho laboral, entre otros.

Spota define la autonomía de la voluntad como “el principio que confiere a la voluntad jurídica, la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica”³.

Ahora bien es oportuno distinguir la autonomía material de la conflictual, a tal fin ponderamos el criterio de Uzal, “... al abordar la cuestión desde el ángulo internacional, se ha planteado como interrogante, no sólo si en ese ámbito de contrataciones también la voluntad de las partes debe ser respetada cuando determina el contenido sustancial, de fondo, de la relación contractual —y en tal caso cuál es el alcance de esa atribución— (autonomía material), sino, yendo aún más allá, si cabe que lo estipulado por ellas consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley. Es decir, si las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, disponer de las normas de DIPr. previstas por el legislador como aplicables al caso para operar la elección o determinación del derecho que habrá de regir el contrato, de manera que la ley elegida por ellas sea la que gobierne el encuadramiento jurídico de su relación (autonomía conflictual) o si, por el contrario, las partes deben sujetarse a la elección del legislador en este o estos aspectos...”⁴.

La autonomía de la voluntad ha ampliado su esfera atravesando, en variadas materias, aquellos límites que tradicionalmente estaban sustraídos de su disposición. Sin dudas, el amplio desarrollo que tienen los contratos internacionales, basados en el libre mercado capitalista, con la consecuente privatización del derecho y la ampliación del poder de los particulares para regular sus asuntos personales y patrimoniales de acuerdo con sus intereses, ha sido alentado desde toda perspectiva jurídica; máxime teniendo en cuenta la política económica descripta de manera globalizada. Sin embargo, encontramos claras abstracciones como aquellos contratos en donde los Estados han establecido que una de las partes, por considerarse débil, debe

³ SPOTA, Alberto G.- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, N 20, p. 49

⁴ UZAL, María E., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 477

ser protegida, tal como es el caso de los contratos de trabajo y de consumo. A lo que se adiciona el imperante foco en el medio ambiente.

Conforme lo expuesto en el presente trabajo nos proponemos enfocar la mirada sobre aquellos tópicos que han alterado sus fronteras para dar paso, en cierta medida, a la autonomía de la voluntad. Pero sobre todo nos proponemos resaltar aquellos límites inamovibles, como el surgimiento de nuevos parámetros que postulan una frontera antes no visualizada.

A modo de anticipo no se pretende abordar el enfrentamiento de las dos tendencias extremas y opuestas. Por un lado, las que repudian cualquier limitación a la autonomía de la voluntad y por otro las que sostienen que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos ideológicamente arraigados.

2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Hemos de centrar la presente en los contratos internacionales de derecho laboral. En dichos contratos, sostiene la doctrina, mayoritariamente, que uno de los contratantes es más débil y por tanto no hay igualdad entre los mismos para establecer las cláusulas de la relación jurídica. Se ha dicho con razón que hay libertad para aceptar o rechazar un contrato, pero no para establecer las cláusulas obligacionales.

Por otra parte, Luciana Scotti sostiene “...La debilidad inherente tanto a los consumidores como a los trabajadores y la dispar regulación por los ordenamientos jurídicos en búsqueda de una mayor o menor protección, han obstruido la elaboración de normas convencionales...” Seguidamente, expresa que “...el primer interrogante que surge es acerca del alcance de la autonomía de la voluntad ante la situación de desigualdad entre las partes (trabajador y empleador). Y es precisamente ante esta realidad, que el derecho del trabajo consagra toda una serie de garantías protectorias y derechos irrenunciables a favor del trabajador. Indudablemente estas cuestiones, reguladas en normas de orden público, no pueden ser objeto de negociación...”⁵; Coincidimos con estas consideraciones, aunque frente a las prácticas internacionales, la normativa vigente en nuestro país y los proyectos de ley que se han presentado recientemente creemos que es necesario considerar que aquellas normas que son imperativas pueden

⁵ SCOTTI, Luciana B., Manual de Derecho Internacional Privado, 1ra edición, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 792 y 794

también ser objeto de negociación. Aunque es necesario establecer expresamente las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad, que pueden estar demarcadas por la normativa nacional o convencional y en última instancia por el juzgador. Tal es así, que en el fallo “Battaglia, Hernán Pablo y otro c. Coppel S.A. s. despido” “se argumentó en la sentencia de primera instancia: “ (...)No eludo que la accionada invocó la normativa de México en materia de contrato de trabajo, pero repárase que el art. 3ro. de la L.C.T. establece como principio que la ley aplicable al contrato de trabajo es la ley del lugar de ejecución, y ello tendría lugar en la Argentina. Por otra parte, y no obstante las partes contratantes pueden pactar la ley aplicable, ello es así en la medida que no se vulnere el orden público local...”⁶

Claramente no se trata de restringir la autonomía de la voluntad a través de normas internacionalmente imperativas o de orden público para generar una barrera sin sentido, por el contrario podemos afirmar lo opuesto, basándonos en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”. Asimismo, la realidad nos demuestra que la autonomía de la voluntad se encuentra habilitada aun en tópicos en los que sus límites parecían ser inamovibles.

3. CONTRATO LABORAL INTERNACIONAL

a) Supuestos

Habitualmente se dan dos circunstancias, por un lado, el constante traslado de las personas de un país a otro para realizar prestaciones laborales. A veces producto de una necesidad de la parte empleadora y en otras es el mismo trabajador quien impulsa el traslado. A esto se le adiciona la modalidad de teletrabajo, donde una persona desde su centro de vida presta sus servicios remotamente a cualquier lugar del mundo.

⁶ Juz. Nac. Trab. N° 9, “Battaglia, Hernán Pablo y otro c. Coppel S.A. s. despido” 10/05/2018

En el ámbito internacional referido al teletrabajo hay escasez de normas por lo que podría afirmarse que existe un amplio margen para la autonomía de la voluntad. Históricamente surge en primer lugar el movimiento de trabajadores por la globalización, producto de empresas transnacionales y en posteriormente aparece el teletrabajo. Por lo que ni siquiera es necesario trasladarse físicamente, sino que objetivamente el trabajador brinda su fuerza de trabajo desde su hogar. Aun así, es necesario mantener un sistema protectorio al menos en lo central de la relación laboral, permitiendo que aplique la autonomía de la voluntad para determinados efectos, logrando llevar adelante una coordinación de la prestación del servicio.

b) Regulación Internacional

El Convenio de ROMA de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, establece en su art. 3 que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes y que la elección de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas disposiciones imperativas, entre otras regulaciones. A su vez el art. 6 referido al contrato individual de trabajo expresa que en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

En palabras de Bouza Vidal “*Este esquema se altera sensiblemente cuando existe un poder de negociación asimétrico entre las partes contratantes (contratos entre profesionales y consumidores y contratos entre empresarios y trabajadores) y dichos contratos se celebran en las condiciones previstas (...) artículo 6.1 (trabajadores) (...) sólo puede desplazar las conexiones objetivas previstas por el legislador cuando su aplicación resulte más favorable para el consumidor y el trabajador,*

respectivamente. En estos supuestos, la atribución a la autonomía de la voluntad de un significado conflictual resulta más problemática, en la medida en que la ley, cuyas normas protectoras los contratantes no pueden derogar, la fija el legislador y no los propios interesados. El hecho de que las partes puedan elegir una ley más protectora de la parte débil que la ley objetivamente designada por el legislador no significa necesariamente que la ley elegida se convierta en la lex contractus, sino únicamente que la ley elegida debe respetar los estándares mínimos de protección de la ley objetivamente aplicable”⁷. En su análisis la autora afirma que en términos generales, cuando más intervenido sea un contrato (contrato celebrado con consumidores, contrato de trabajo, contrato de franquicia) mayores son las posibilidades de que la ley elegida se excluya a favor de la ley objetivamente aplicable.

En consonancia con el imperativo de proteger a la parte débil de un contrato encontramos el Reglamento 44/2001 de la UE que establece en el art 13. “En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales. Mientras que el art. 14 dispone “Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento”.

4. TELETRABAJO TRANSNACIONAL

a) Tecnologías de la información y la comunicación

Como hemos anticipado, las nuevas formas de trabajo que han emergido a partir de las nuevas tecnologías se sustentan en la telemática, la digitalización, las bases de datos y las I.A., reconfigurando la prestación de tareas ya no en la locación física de una empresa o lugar designado por la parte empleadora sino que permite la prestación de éstas por parte del

⁷ BOUZA VIDAL Nuria, Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales, artículo online, Curso de Derecho Internacional privado- Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2005

trabajador sin la necesidad de salir de su hogar. Tal es el caso del teletrabajo, que es una forma de llevar adelante las actividades profesionales y laborales que surgió a partir de la revolución de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), que da lugar al trabajo a distancia.

b) Marco normativo

Nuestro marco normativo referido a este tema es incipiente, dado que en 2020 mediante la ley 27.555 se regula el teletrabajo. Establece, dicha ley, a través de la incorporación del art. 102 bis a la Ley de Contrato de trabajo que “Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”.

La ley 27.555, en su redacción original sostenía: “Artículo 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

Dicho artículo fue modificado, mediante Artículo 94 del DNU 70/2023.- “Sustitúyese el artículo 17 de la Ley N° 27.555, por el siguiente: Artículo 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas por parte del trabajador.”

Vale destacar que el DNU 70/2023 se encuentra suspendido judicialmente a través de diferentes medidas cautelares de acción de clases presentadas por sindicatos y confederaciones, hasta tanto no se resuelvan los autos principales⁸.

⁸ 1) Expte Nro 56862/2023/1: Incidente N° 1 - CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ INCIDENTE. SENTENCIA INTERLOCUTORIA N°1 DEL 3/01/2024; 2)

c) Autonomía de la voluntad y Código Civil y Comercial Nacional

Encontramos reguladas en el CCCN figuras, que podrían promover el trabajo informal, como el contrato de servicios arts. 1251 y 1252 del CCCN donde claramente el servicio encierra en sí mismo un esfuerzo humano que en principio es difícil insertar en un contrato de locación, por lo cual es bastante probable que esta figura continúe generando debates.

El CCCN fortalece notoriamente la autonomía de la voluntad, con lo cual queda plenamente habilitada la posibilidad que dentro del contrato de locación de servicios se pueda utilizar para excluir una relación de linaje laboral en los términos del teletrabajo, a mayor abundamiento el art. 1252, establece que: “los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”, se vislumbra que las relaciones de teletrabajo internacional si bien están reguladas, terminan desarrollándose al margen de las normas protectorias del derecho laboral.

El CCCN también fortalece al trabajador autónomo y por cuenta propia, en coincidencia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; avanzando sobre las relaciones laborales. Simplemente, a modo de mención el voto de Lorenzetti en el fallo Zechner “...*La sentencia recurrida califica como jurídicamente subordinada una relación que no es dependiente en ese sentido, confundiéndola con el control de la prestación, el cual está presente en una serie de contratos de colaboración, porque quien no puede hacer algo por sí mismo, lo delega en otro y lo controla...*”⁹. En el mismo sentido se resolvió en los autos “Rica, Carlos Martin c/Hospital Alemán y otros s/despido”¹⁰.

Es de esperar que las empresas foráneas, al momento de contratar un trabajador, preferirán el marco contractual del CCCN. Cuando llegue el

Expte Nro 56862/2023: CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCIÓN DE AMPARO SENTENCIA DEFINITIVA 30/01/2024, Sala de FERIA CNAT.; Expte Nro 056687/2023: CENTRAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA ARGENTINA CTA c/ESTADO NACIONAL PODER EJECUTIVO S/ACCIÓN DE AMPARO, sentencia interlocutoria Nro 2, Sala de FERIA CNAT; entre otros.

⁹ CSJN Zechner, Evelina Margarita c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ despido.5/11/2019. Id SAIJ: SUA0084952

¹⁰ CSJN “Rica, Carlos Martin c/Hospital Alemán y otros sobre despido, 2018. Id SAIJ: FA18000034

momento de la extinción del contrato es posible que la indemnización sea inexistente, teniendo el trabajador que promover un juicio laboral para obtener lo que por derecho le corresponde en cuanto a su indemnización por ante los Tribunales Laborales, aunque sin tener certeza alguna de lograrlo.

5. RELACIÓN DE DEPENDENCIA VS. LOCACIÓN DE SERVICIOS

Es innegable la proliferación de contrataciones a nivel mundial de trabajadores bajo la modalidad de teletrabajo. Ahora bien, nos preguntamos si las personas que trabajan se perciben como ¿trabajadores en relación de dependencia o trabajadores independientes prestadores de servicios? Pero más allá de cómo se perciban ¿Qué tipo de contrato rige la relación?

En un principio, podríamos afirmar que hay una dependencia técnica, jurídica y económica, características propias de la relación de dependencia laboral. Pero en realidad ¿Se establece una relación de dependencia?

Conjeturemos, por ejemplo, que un trabajador es contratado por una empresa desde otro Estado para realizar trabajo remotamente. Supongamos, a su vez, que el trabajador puede trasladarse a cualquier lugar, porque el único requisito es que cumpla con las tareas establecidas y en el tiempo acordado. Claramente, dependiendo de las pautas del contrato y seguramente cumpliendo los objetivos obtendrá a cambio una suma de dinero pactada. A ese dinero lo llamamos ¿remuneración? Continuando con el supuesto, que se puede dar con normalidad, nos hacemos los siguientes interrogantes, en caso de que la persona sufra un accidente doméstico o laboral, o enfermedad profesional (por ejemplo, por una postura por estar determinada cantidad de horas sentado frente a una pantalla): ¿Qué ART cubriría esta situación? ¿El trabajador cuenta con obra social? Podríamos pensar en muchos otros interrogantes. Continuando con la hipótesis, pero desde el lugar del empleador en este caso, ¿Las normas vigentes en su país le permiten registrar a un trabajador remoto? ¿Debe registrarlo en el Estado donde se encuentra el trabajador y de ser así cómo lo haría, se debe registrar como empleador? ¿Se sostiene la figura del autoseguro?, etc.

En principio, podría afirmarse que el sistema no puede lograr un grado de eficiencia cuando hay que vincular organismos de enlace entre dos países, cuando ni siquiera estas cuestiones se plantean. Asimismo, entendiendo que el lugar de ejecución del contrato, según nuestra normativa, sería el lugar donde se encuentra el trabajador. ¿Cuáles son las premisas que deberíamos discutir para garantizar el derecho de los trabajadores bajo

contratos que cumplen las condiciones tipificantes de empleo en relación de dependencia? ¿Hay en estos supuestos mayor autonomía de la voluntad por parte del trabajador?

El mismo supuesto puede pensarse como una locación de servicios, donde la autonomía de la voluntad tiene un papel preponderante, porque estamos ante un contrato entre partes en igualdad de condiciones para negociar cada punto del contrato. Pero realmente ¿el prestador de servicios tiene igualdad en dicha negociación?

Según una nota publicada por la OIT: “El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las TIC en el marco de un contrato o relación de trabajo, en la cual un trabajo podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa o fuera de ella (CES et al., 2002). Se trata de una modalidad de servicios por medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones. De tal modo, la regulación debe atender tanto el medio de prestación del servicio (TIC) como el lugar desde donde se rinde. Pero siendo una modalidad de prestación de un servicio subordinado o por cuenta ajena, y no un régimen autónomo o especial de trabajo, tiene por ende una regulación que debe reconocer la normativa laboral de aplicación general”¹¹.

La realidad es que nada regula la situación imperante del teletrabajo internacional, nos encontramos huérfanos de normativa.

6. CONCLUSIONES FINALES

La presente ponencia parte de un análisis general sobre la autonomía de la voluntad para introducirse luego, en el contenido regulatorio del CCCN, así la locación de servicios, para terminar con el contrato de teletrabajo o remoto, y su acotada regulación, a pesar de ser actualmente una modalidad de trabajo con gran proyección, a raíz del valioso recurso humano que nuestro país contiene.

Nuestra realidad económica, promueve este tipo de relaciones jurídicas internacionales, que son casi invisibles pero fructíferas para los contratantes, al menos en un principio; entonces por una cuestión económica

¹¹ VILLASMIL, Humberto, BUENO, Carmen y MONTT, Guillermo; *Lineamientos para la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo*, Nota de la OIT publicado en Octubre de 2021.

terminamos convalidando que la relación de dependencia laboral se subsuma en una locación de servicios de un trabajador independiente o colaborador.

Entendemos que en la actualidad nos encontramos con el teletrabajo internacional que no genera obligaciones de dependencia laboral, siendo que las partes, en la mayoría de los casos, se definen como cliente (empresa transnacional), quien por ejemplo abona a la otra parte honorarios por los servicios prestados, de acuerdo a lo acordado conforme el aparente ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Retomando nuestra afirmación: “la realidad es que nada regula la situación imperante del teletrabajo internacional, nos encontramos huérfanos de normativa”, es necesario promover la opinión en el ámbito nacional, regional e internacional. Sin dudas, fortalecería que en el ámbito del Mercosur se debatan presupuestos mínimos, logrando una regulación. La sugerencia de plantearse dentro del Mercosur no se propone como obstáculo, sino con la finalidad de buscar un sistema que pondere la parte débil.