

**TRIBUNA**



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

## ***PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS WITH A WEAK BARGAINING PARTY: INHERENT CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS***

**CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE\***

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 los contratos comerciales internacionales negociados o de libre discusión (*free discussion contracts*), en los que las partes negocian sus cláusulas, incluyendo la de elección de la ley aplicable al contrato y la de designación de la jurisdicción competente o, en su caso, de la sujeción a arbitraje. 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 excluye del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, a 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 sucede, 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. Aunque esto, por cierto, en ningún caso significa que todas las cláusulas incluidas en condiciones generales de contratos de adhesión y afines sean abusivas y, por tanto, nulas.

A los efectos de subsanar las referidas carencias o insuficiencias, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) abordó el tema, habiendo tenido el honor de ser designada como relatora. Y tras tres años de intenso trabajo, en el IV Período Extraordinario de Sesiones celebrado

---

\* Cecilia Fresnedo de Aguirre es Ex catedrática de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay, habiendo dictado clase en diversas universidades extranjeras, en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA y en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015) y siendo autora de múltiples libros y artículos. En la actualidad es Directora de la Escuela de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, siendo asimismo Académica de Número Fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

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” (disponible en <https://www.oas.org/es/sla/cji/publicaciones.asp>), documento en el que se recogen 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 oportunamente, y en cuya 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 la suscrita agradece. 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 actualmente contamos.

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 de foro, son abusivas o excesivamente perjudiciales para la parte que se adhiere al contrato.

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 también 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 que 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 sujeción a arbitraje), mientras que la otra, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene más opción que adherirse 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 en los casos en que las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen.

La autonomía de la voluntad conflictual implica necesariamente 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 se adhiere, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o de juez, incorporadas en sus condiciones generales preimpresas.

A favor de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión se ha dicho que aquélla 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 comercian-

tes 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, y porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede ser cierto en algunos casos, como sucede cuando las cláusulas no son abusivas y no perjudican gravemente los intereses de quien se adhiere. En tales casos, el comerciante que se 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 se 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 estos casos, aunque la utilización de cláusulas de elección de ley o de juez competente 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 discusión. Dicha realidad echa por tierra también el argumento de la certeza que supuestamente brindaría la autonomía de la voluntad conflictual.

Además, por lo que respecta a la ley aplicable, es evidente que, si una de las partes puede designar unilateralmente la ley reguladora del contrato, lo normal es que elija aquella ley cuyas soluciones resulten más favorables a sus intereses (plazos de caducidad o prescripción, límites de responsabilidad, etc.). Aunque ello, claro está, no siempre es 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 débil. 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 se adhiere. Hacerlo sería injusto.

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

En general, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto al foro como a la ley aplicable, está sujeto a un cierto marco regulador, unas veces más laxo y otras más estrecho.

La mayoría, por no decir todos los sistemas tanto autónomos como convencionales, excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir

el foro y/o la ley, o bien la limitan. Las exclusiones más habituales se hallan referidas a los contratos internacionales de consumo, de seguros, de transporte de mercaderías...; aunque en algunos países la referida facultad también se excluye en los contratos internacionales de agencia comercial, de franquicia, de distribución y en los relativos a la actividad minera.

La inexistencia, o en el mejor de los casos la 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, hicieron necesaria su regulación. En general, los especialistas consultados a través del cuestionario admitieron que la legislación existente en este punto es insuficiente y debería adecuarse.

Cierto es que en los contratos comerciales internacionales de adhesión el comerciante que se adhiere se encuentra en una situación idéntica, o al menos muy similar o equivalente, a la del consumidor que se adhiere, ya que en ninguno de los dos casos el adherente puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte. Pero también lo es que no todos los sistemas jurídicos admiten una extensión de las normas de protección del consumidor a los comerciantes.

Sintéticamente, el Informe que comentamos 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), así como las escasas normas especiales que sobre el tema cabe encontrar, por entender que se trata de protecciones insuficientes. Sus recomendaciones y sugerencias (que están en concordancia con la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas de la OEA, que fue publicada en 2019 y cuyo relator fue el Prof. Dr. José A. Moreno Rodríguez) pueden ser utilizadas para interpretar las escasas normas específicas existentes y, particularmente, en ausencia de normas que se refieran a contratos comerciales internacionales asimétricos.

Las recomendaciones que en el mencionado Informe se recogen son un total de nueve, que paso brevemente a exponer:

*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 constatare 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”.

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

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

*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 sea 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”.

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

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

*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”.

*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*”.

*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”.

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

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

*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”.

Es de esperar que el Informe y las Recomendaciones de Buenas Prácticas del CJI respecto a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con parte negocialmente débil acabe siendo de utilidad para todos los operadores del Derecho y contribuya a alcanzar soluciones más justas en la contratación comercial internacional.