

Nuevos rumbos de la autonomía de la voluntad contractual en el Derecho Internacional Privado uruguayo

Cecilia Fresnedo de Aguirre*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 325-360.

Resumen

Este trabajo pretende responder al interrogante de si los nuevos rumbos en materia de autonomía de la voluntad conflictual en el DIPr uruguayo son real y absolutamente nuevos. Para ello se analiza la evolución del tema desde el siglo XIX al XXI, tanto en los instrumentos convencionales y autónomos vigentes en el país como los instrumentos de *soft law* de fuente universal y regional. Se analizan tanto los instrumentos generales como los específicos. Se releva el tratamiento que estos dan a los contratos comerciales internacionales de libre discusión y a los contratos comerciales internacionales de adhesión, con cláusulas estándar, con condiciones generales unilaterales y preimpresas, formularios y demás modalidades de contratos no negociados.

Abstract

This paper aims to answer the question of whether the new directions in matters of party autonomy in conflict of laws under Uruguayan private international law are truly and entirely new. To this end, the evolution of the subject from the nineteenth to the twenty-first century is analyzed, both in the conventional and autonomous instruments in force in the country and in soft law instruments of universal and regional origin. Both general and specific instruments are examined. The paper surveys the treatment these instruments give to freely negotiated international commercial contracts and to international commercial contracts of adhesion, including standard clause contracts, unilaterally pre-printed general conditions, forms, and other modalities of non-negotiated contracts.

Palabras clave

Autonomía de la voluntad. Evolución. Novedad relativa. Hard law. Soft law. Soluciones generales y especiales.

Keywords

Party autonomy. Evolution. Relative novelty. Hard law. Soft law. General and special solutions.

Sumario

I. ¿Rumbos absolutamente nuevos? A. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. 1. Solución general: ley del lugar de cumplimiento y juez del lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado. 2. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889. a. Fletamento bajo póliza de fletamento y transporte bajo conocimiento de embarque. 3. El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940. 4. Protocolos Adicionales. B. El Apéndice del Código Civil de 1941. C. El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual, CMC/Dec. No. 1/94 de 1994. D. La Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020. 1. Modificaciones con respecto al Apéndice del Código Civil. 2. La autonomía de la voluntad como principio general y sus límites. a. La ley aplicable. b. La jurisdicción internacionalmente competente: autonomía de la voluntad como regla general. c. Jurisdicciones concurrentes en ausencia de elección válida. 3. Las soluciones subsidiarias, idénticas a las que antes eran la regla general. a. El acápite del artículo 48. b. Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento. c. Criterios subsidiarios.

* Ex catedrática de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay. Ha 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). Es 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, es asimismo Académica de Número Fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

4. Posibilidad de elegir derecho no estatal. 5. Prohibición del reenvío en materia contractual. 6. Condiciones de validez de la elección de la ley por las partes. 7. Aspecto temporal de la elección. 8. Alcance del acuerdo de elección. 9. Contratos excluidos del régimen autonomista. 10. La aplicación de usos y principios. II. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. A. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos comerciales Internacionales. B. La Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas. C. El Informe y recomendaciones de buenas prácticas del Comité Jurídico Interamericano. 1. Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual. 2. En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal. 3. La realidad práctica. 4. Recomendaciones y posibles buenas prácticas. Conclusiones.

I. ¿Rumbos absolutamente nuevos?

¿Podemos afirmar que nos enfrentamos a rumbos absolutamente nuevos en cuanto a la autonomía de la voluntad conflictual en materia contractual en el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) uruguayo vigente hoy? Para responder a dicho interrogante procederemos al análisis de la evolución del tema desde el siglo XIX hasta la Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920 del 17 de noviembre de 2020 (en adelante, LGDIPr).

A. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

Los contratos están regulados en términos generales en la categoría actos jurídicos del Tratado de Derecho Civil Internacional (TDCI) de 1889 y del de 1940. El Tratado de Derecho Comercial Internacional (TDCoMI) de 1889 regula algunas figuras contractuales en particular, como por ejemplo el fletamento y los seguros. El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional (TDCoTI) regula el transporte terrestre y el multimodal, que el Tratado llama “mixto”, los seguros, la prenda comercial, a través de normas de derecho comercial específicas. Por su parte, el Tratado de Navegación Comercial Internacional (TNCT) de 1940 regula el contrato de fletamento y el de transporte de mercaderías y pasajeros, los seguros, hipotecas, el préstamo a la gruesa.

La autonomía de la voluntad conflictual no es admitida, en principio, en ninguna de dichas fuentes, las cuales contienen soluciones preceptivas tanto en materia de ley aplicable como de jurisdicción competente.

1. Solución general: ley del lugar de cumplimiento y juez del lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado

El TDCIM de 1889 se afilia a la solución legal preceptiva, estableciendo que los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, punto de conexión que debe interpretarse conforme a las normas de interpretación preceptiva contenidas en el propio Tratado (arts. 33 y ss).

El art. 33 del TDCIM de 1889 establece que la ley donde los contratos deben cumplirse rige su existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, “en suma, todo cuando concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

El art. 34 del mismo Tratado comienza diciendo: “En consecuencia...”, es decir, dado que los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, y establece una serie de reglas de interpretación preceptivas del punto de conexión “lugar de cumplimiento”: “(...) los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados. Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Los que versen sobre prestación de servicios: a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos. c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato”.

Se trata de ficciones jurídicas¹ que permiten que “todo contrato tenga jurídicamente un solo lugar de cumplimiento”, “determinado en el momento de la celebración” (yo diría, incluso desde antes, porque estas reglas son abstractas y apriorísticas), y una vez determinado no puede, jurídicamente, cambiar². Ello responde a la naturaleza savigniana de las normas del Tratado; Savigny pretendía localizar las relaciones jurídicas en el territorio de un único Estado, y así identificar al derecho de ese Estado como el derecho único y adecuado para regular la relación en cuestión³.

El TDCIM de 1940 mantiene la regla general del TDCIM de 1889 en idénticos términos en sus arts. 37 y 38, pero generaliza, en su art. 40, la que en el art. 35 del Tratado de 1889 era una solución específica para el contrato de permuta. Establece el art. 40 del Tratado de 1940: “Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento”.

En cuanto a la jurisdicción, los incisos primero y segundo de los arts. 56 de ambos TDCIM contienen las mismas soluciones, las cuales coinciden básicamente con los literales A y C del art. 57 de la LGDIPr.

En el primer inciso se consagra el criterio Asser, en igual forma que en el art. 57.C). En el segundo inciso de los arts. 56 se establece que las acciones en cuestión podrán igualmente

¹ Ver desarrollo de este tema en Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III Parte especial, Derecho Internacional Privado Civil y Comercial*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 290-293.

² Alfonsín, Quintín, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de Facultad de Derecho, UR, 1950, p. 79.

³ Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1879, T. VI, p.140, § 348; p. 142, § 349.

entablarse ante los jueces del domicilio del demandado (al igual que el art. 57.A), aunque sin hacer referencia al domicilio contractual, como sí lo hace el art. 57.A.

El art. 56.2 no lo dice a texto expreso, pero se desprende indubitablemente que la opción corresponde al actor.

En el Tratado de 1940 se agrega un tercer inciso que permite la prórroga territorial de la jurisdicción, siempre que se den ciertas condiciones: que sea *post litem*, que después de promovida la acción el demandado la admita voluntariamente —en forma positiva y no ficta— y que se trate de acciones personales patrimoniales.

2. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889

a. Fletamento bajo póliza de fletamento y transporte bajo conocimiento de embarque

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 (arts. 14 y 15) prevé como categoría autónoma el fletamento, incluyendo en esta figura tanto el fletamento de buques como al contrato de transporte de mercaderías y pasajeros⁴.

La solución que establece implica un cambio radical en cuanto a la ley aplicable al transporte marítimo, ya que el art. 14 expresa que: “El contrato de fletamento se rige y juzga por las leyes y tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador”. Dicho punto de conexión nos lleva a la ley y tribunales del lugar de celebración. En teoría puede haber alguna variación entre lugar de celebración del contrato y domicilio de la agencia marítima, pero en la práctica ello no sucede casi nunca.

Este punto de conexión tiene, no obstante, una variación importante en los artículos que regulan las averías. Conforme el art. 22 “Las averías particulares se rigen por la ley aplicable al contrato de fletamento de las mercancías que las sufren”, lo cual confirma que el tratado utiliza fletamento como sinónimo de transporte y que rige la ley del lugar de celebración.

El art. 24 agrega: “Los juicios por averías particulares se radicarán ante los tribunales del país en que se entregue la carga”. Dado que la gran mayoría de los juicios por incumplimiento de contrato de transporte son “juicios por averías particulares” debe concluirse que, en relación al

⁴ La referencia a la agencia marítima nos indica que el término “fletamento” es utilizado con el mismo sentido omnicompreensivo que tiene en todos nuestros códigos del siglo XIX: incluye el fletamento y el transporte. Fletamento en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, como en el art. 1270 del Código de Comercio, refiere por igual al fletamento bajo póliza de fletamento como al transporte bajo conocimiento de embarque. Es más, los conocimientos de embarque son habitualmente emitidos por el agente marítimo del puerto de partida, cosa que puede no ser cierta para las pólizas de fletamento.

tribunal competente, volvemos a la regla de que la jurisdicción competente es la del lugar de cumplimiento del contrato⁵.

3. El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940

El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940 regula expresamente en su art. 25 “los contratos de fletamento y transporte de mercaderías y personas”.

El art. 26 dispone sobre el fletamento y el transporte, que “cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de celebración y la nacionalidad del buque”. Se opta por la ley del lugar de cumplimiento en forma absoluta, y para evitar las dudas que planteaban algunas imprecisiones de los Tratados de 1889, agrega: “Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”.

El art. 27 repite la regla tradicional de dar opción al actor para demandar ante los tribunales del Estado cuya ley es aplicable o del domicilio del demandado.

La regla final del art. 27 (“...siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario”) implica el carácter de orden público de las normas sobre ley aplicable y jurisdicción competente. Tal proscripción de la autonomía en el derecho marítimo y en el derecho de los transportes en general, responde a una tradición unánime en la región. En el transporte marítimo no existe autonomía de la voluntad en el consentimiento de las estipulaciones de los conocimientos de embarque, por lo que no cabe invocarla para validar dichas cláusulas.

Estas normas han sido pacífica y uniformemente aplicadas por nuestra jurisprudencia. Así por ejemplo en el caso del buque Río Negro⁶, tratándose de un transporte fluvial con lugar de carga en Montevideo y lugar de destino en Asunción, la Sede entendió que correspondía aplicar el Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940, cuyo art. 26 establece que el derecho aplicable es el del lugar de descarga, o sea el vigente en Paraguay, “con las modificaciones que la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos (Convención de Bruselas de 1924) introdujo al Código de Comercio de dicho país”.

⁵ Un ejemplo de esto se pudo ver en los juicios generados en torno al siniestro del buque Río Los Sauces: “*Nessembern Assurantien B.V. c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-11, Sent. 343 del 30/12/87” (consentida). *Revista de Transporte y Seguros* 4, caso 44, p. 9; “*Royal Insurance c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-10, Sent. 255 de 25/7/86; TAC-3, Sent. 396 de 14/12/87. *Revista de Transporte y Seguros* 1, caso 1, p. 9.

⁶ Caso “*Royal Insurance (Int.) Ltd. c/ Flota Mercante del Estado*” (buque Río Negro) Sentencia No. 21 del 26/2/1992 (consentida) del Jdo. Ldo. Civil 14.º Turno, Dra. Nilsa SALVO, publicada en *Revista de Transporte y Seguros* No. 11 caso No. 192, p. 51.

4. Protocolos Adicionales

Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no admiten la autonomía de la voluntad, ni en materia de ley ni de jurisdicción: “la silencia el primero y la repudia el segundo (Protocolo Adicional de 1940, art. 5)”⁷. En realidad, el referido art. 5 del Protocolo Adicional de 1940 la admite sólo cuando la ley aplicable (la del lugar de cumplimiento del contrato) así lo autoriza⁸.

El Protocolo Adicional a los Tratados de 1889 no contiene norma equivalente al art. 5 del Protocolo de 1940, lo cual no modifica lo afirmado supra de que el Tratado no admite la autonomía conflictual en materia de contratos, sino que establece preceptivamente cual es la ley aplicable a éste⁹.

B. El Apéndice del Código Civil de 1941

El codificador nacional de 1941, Álvaro Vargas Guillemette, siguiendo la posición tradicional de la doctrina y la jurisprudencia uruguayas, optó por la solución legal preceptiva en cuanto a la ley reguladora del contrato. Ello como principio general, en los arts. 2399, 2401 y 2403 de la ley No. 10.084, incorporada al Código Civil como Apéndice, hoy derogado¹⁰. ¿Significa ello que el Apéndice del CC impedía siempre que las partes pudieran elegir la ley aplicable y/o el juez competente en sus contratos? Consideramos que la solución del Apéndice no era totalmente rígida¹¹.

⁷ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 5a. ed., 1985, p. 392, No. 314 y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, en: *Curso de Derecho Internacional, XXXI*, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, 2004, pp. 323-390, en especial pp. 328-330; Fresnedo de Aguirre, Cecilia y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920*, Montevideo, FCU, 2021, pp. 188-192.

⁸ Ver desarrollo de este tema en Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p.287-288.

⁹ Esta interpretación, mayoritaria en la doctrina uruguaya, ha sido contestada por un sector de la doctrina argentina.

Ver al respecto: Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional* (tesis), Montevideo, FCU, 1991, p. 51-55.

¹⁰ Enmendado por ley 16.603 de 1994, y derogada luego por la Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920 de 2020.

¹¹ Nos hemos referido anteriormente a este punto en: Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, Operti Badán, Didier y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, FCU, 1997, Fresnedo de Aguirre, Cecilia, La Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: Análisis de la Jurisprudencia Uruguaya, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1999, No. 3, pp. 141-157; Id., Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Privado respecto a los Títulos Valores, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 2001, Año IV, No. 4, pp. 135-142; Id., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR* (co-autora; obra colectiva coordinada por Diego P. Fernández Arroyo), Buenos Aires, Zavallia, 2003, Ep. 5.IV: Dimensión autónoma de los sistemas de jurisdicción internacional en los Estados del MERCOSUR. Uruguay; pp. 249-254, Cap. 24 (en coautoría con Diego P. Fernández Arroyo); Obligaciones contractuales: aspectos generales, pp. 949-977, Ep. 25.V4: Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. Dimensión autónoma, Uruguay, pp. 1018-1024; Fresnedo de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional (2004)... , ob. cit., pp. 323-390, Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., pp. 286 ss., entre otras obras.

El art. 2403 del CC establecía, como principio general, y salvo norma especial en contrario¹², la prohibición expresa de la autonomía de la voluntad, tanto en relación a la ley aplicable como a la jurisdicción competente, en los mismos términos que el art. 5 del Protocolo Adicional de 1940.

En la exposición de motivos de la ley 10.084, Vargas Guillemette¹³ sostuvo que:

Las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas, se han tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuyo orden social o económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata.

Y en el mismo sentido, agregaba el Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes¹⁴ que “la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en la relación jurídica de que se trata”¹⁵.

C. El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual, CMC/Dec. No. 1/94 de 1994

Este Protocolo tiene un ámbito de aplicación limitado: sólo comprende a los contratos internacionales, civiles o comerciales, celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas, cuyas partes contratantes tengan domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; o aquellos contratos en que

por lo menos una de las partes “tenga su domicilio en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo (art. 1).

Quedan excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo: los contratos laborales y los administrativos, ya que el Protocolo se limita a los civiles y comerciales. Para que no quepan dudas, el Protocolo los incluye, además, en la lista de exclusiones expresas del art. 2; los contratos nacionales o domésticos, ya que el Protocolo se limita a los internacionales; los contratos en que una parte se domicilia o tiene su sede en un Estado Parte del MERCOSUR y la otra no, y no se pactó la jurisdicción de un Estado Parte del MERCOSUR. También quedan fuera del ámbito de aplicación del Protocolo los contratos civiles y comerciales excluidos a texto expreso por el art. 2: los

¹² Ver, como ejemplo de norma especial en contrario a la regla general: art. 121 de la ley No. 18.627, 1/12/2009 y Protocolo sobre jurisdicción en materia contractual (Buenos Aires, 1994).

¹³ Vargas Guillemette, Álvaro, *Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1943, p. 13.

¹⁴ Vargas Guillemette, *Codificación Nacional...*, ob. cit., p. 22.

¹⁵ La jurisprudencia aplicó esta norma, de carácter imperativo, en forma unívoca. Así por ejemplo, la sentencia No. 2258, de 5/12/996, del JLC de 11.º T, Zulma Casanova, establece que “es improcedente el argumento esgrimido por la excepcionante en cuanto serían competentes los tribunales ingleses, por la cláusula pactada por las partes, pues como lo reconoce la jurisprudencia y doctrina, dicha elección es contraria a las normas vigentes en materia de competencia judicial, las que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes (art. 2403 C.Civil), debiendo tenérsela por no puesta”.

negocios jurídicos entre fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; los contratos de seguridad social; los contratos administrativos y los laborales; los contratos de venta al consumidor; los contratos de transporte; los contratos de seguros; los derechos reales.

El Protocolo admite la autonomía de la voluntad de las partes como regla general, estableciendo en el art. 4 que las partes pueden elegir el juez competente para entender en los conflictos que surjan a raíz de su contrato, siempre, obviamente, que este esté incluido en el ámbito de aplicación del Protocolo (arts. 1 y 2).

La voluntad de las partes contratantes está enmarcada por las disposiciones del propio Protocolo, que establece las condiciones y requisitos conforme a los cuales ella podrá actuar: sólo pueden elegir los tribunales de uno de los Estados Parte del Protocolo (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay); el acuerdo debe consignarse por escrito, por lo que no sería válido, conforme al Protocolo, un acuerdo verbal. Además, y aunque el Protocolo no lo dice expresamente, el consentimiento de las partes con relación a lo escrito deberá manifestarse mediante su firma, ya sea ésta de puño y letra o digital. Y ello es lógico, porque “los escritos por sí solos a nadie obligan”¹⁶.

Si el acuerdo hubiera sido obtenido “en forma abusiva”, será nulo. Esto es de principio, pero resulta conveniente que se haya establecido a texto expreso. El acuerdo no podrá ser contrario al orden público internacional del Estado donde se pretenda hacer valer.

La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se rigen por el derecho de los Estados Partes que tuvieran jurisdicción de conformidad al Protocolo (art. 5.2). Esta solución se aparta, acertadamente en mi opinión, de la solución tradicional en cuanto al acuerdo de elección de ley¹⁷. En todo caso, agrega la norma, “se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

El art. 6 admite la prórroga de jurisdicción en los mismos términos del art. 56.3 del TMDCI de 1940, es decir, exigiendo que el demandado la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta. Además, sólo se permite a favor de los tribunales de otro Estado Parte.

A falta de elección válida por las partes, los arts. 7 a 12 establecen los criterios subsidiarios para determinar la jurisdicción, siguiendo las soluciones de los TDCIM.

¹⁶ Almirati, en sentencia No. 147, 24/5/1988, en *Revista de Transporte y Seguros*, 1989, No. 2, caso No. 19, p. 47.

¹⁷ Tanto en la Convención de Roma sobre Obligaciones de 1980 y Protocolos de Interpretación, como en la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994) la validez y efectos del respectivo acuerdo se rigen por la ley elegida, y no por la que resultaría aplicable en ausencia de elección válida. Si una parte cuestiona la validez del acuerdo en sí —sostiene que no consintió libremente, que el acuerdo le fue impuesto abusivamente, etc.—, es absurdo que la cuestión se dilucide conforme a la ley cuya aplicabilidad se discute.

D. La Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020

1. Modificaciones con respecto al Apéndice del Código Civil

La LGDIPr No. 19.920 de 2020 deroga el Apéndice y admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable (art. 45) y de jurisdicción competente (art. 60), con el objetivo de armonizar las soluciones uruguayas autónomas o nacionales en materia de regulación de los contratos internacionales con las tendencias mundiales, como se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley.

Esta ley supone un cambio importante respecto a la normativa anterior (arts. 2399, 2401 y 2403 CC), ya que invierte los términos en materia de autonomía de la voluntad: en el Apéndice del Código Civil, el principio general era que la ley aplicable a los contratos y la jurisdicción competente la establecía el legislador en forma preceptiva, y sólo admitía que las partes eligieran la ley reguladora de sus contratos y la jurisdicción cuando la ley competente así lo admitía, ya fuera ésta la de un Estado extranjero o una norma especial del Derecho Uruguayo¹⁸.

2. La autonomía de la voluntad como principio general y sus límites

a. La ley aplicable

La LGDIPr establece como principio general que la ley reguladora de los contratos es la que elijan las partes (art. 45 inc. 1.º), sin perjuicio de las soluciones especiales y demás disposiciones previstas en la ley, dentro de cuyo marco regulador podrá actuar la voluntad de las partes. Además, establece soluciones subsidiarias (art. 48) para el caso en que las partes no elijan la ley o que dicha elección no sea válida o eficaz¹⁹.

En la LGDIPr, la autonomía de la voluntad opera dentro de un marco regulador que establece ciertos límites: los generales del orden público internacional (art. 5) y de las normas de aplicación inmediata o necesaria (art. 6), y los específicos que impone el propio art. 45, en su inc. 4: “El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. El inciso 4.º, que tiene su fuente en el art. 7.º de la Convención de México, busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes²⁰.

Lo que resulta esencial en el marco de la ley es que debe existir consentimiento de las partes contractuales. Este consentimiento no puede estar viciado ni puede ser presunto o supuesto, esto

¹⁸ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 296.

¹⁹ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 297.

²⁰ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 283.

es, en términos de la Real Academia, no puede ser “Considerado real o verdadero sin la seguridad de que lo sea”²¹.

A dichos efectos, en especial con respecto a los contratos con cláusulas estándar, cabe recurrir a los arts. 2.19 a 2.22 de los Principios de Unidroit, conforme a la referencia a los Principios establecida con alcance general en el art. 13 y con alcance especial para los contratos en el art. 51 de la LGDIPr²², así como al informe sobre “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”, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en 2023²³, los que se analizarán más adelante.

Nótese que la autonomía conflictual funciona dentro de determinado orden jurídico, a partir de una autorización del legislador nacional o internacional, que nunca es irrestricta²⁴. Se enmarca dentro de un sistema, con reglas generales y particulares, que constituyen límites y condiciones a la autonomía²⁵.

En consecuencia, las condiciones y el alcance de la autonomía conflictual varían de un sistema jurídico a otro. La admisión o no de la autonomía conflictual, y en caso afirmativo, sus condiciones y alcance, dependerá del foro en que se presente la cuestión, por lo que las partes sólo podrán ejercer su autonomía conflictual dentro de los límites que el DIPr del juez establezca, y éste siempre supone, expresa o tácitamente, que las partes se encuentran en situación de igualdad²⁶. Cada Estado establece restricciones y controles, en base a consideraciones teleológicas²⁷, de políticas económicas, etc. Estas limitaciones operan por una doble vía, legislativa y jurisprudencial, y

²¹ Diccionario de la Real Academia española, 2021, extraído el 9 de marzo de 2021 de <https://dle.rae.es/supuesto#RQhQYKD>

²² Fresno de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 283.

²³ La relatora fue la suscrita, Cecilia Fresno de Aguirre, y el documento completo se encuentra publicado en <https://bit.ly/4cK3p1x>

²⁴ Como bien afirma Santos Belandro, Ruben, *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594: “El problema de esta libertad irrestricta es que puede atacarse la equidad y castigar a la parte débil del contrato (...)”. En el mismo sentido, Madrid Martínez, Claudia, Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor, en: D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez (Dir.), *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP-OEA, 2016, pp.437-455, p. 438, afirma: “De esta manera, se afirma la tendencia a establecer una ecuación, no siempre exacta, entre la idea de limitación a la libertad contractual y la corrección del desequilibrio que, como una injusta desigualdad entre las partes contratantes, provoca el reconocimiento de una libertad contractual sin límites”. Y agrega más adelante (p. 439): “...el contrato representa un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia”.

²⁵ Ver por ejemplo, en materia de ley aplicable, el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994) y el art. 45.4 de la LGDIPr; y en materia de jurisdicción competente, los arts. 4 y 5 del Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Buenos Aires, 1994).

²⁶ Goldschmidt, Werner, *El S.O.S. del Derecho Internacional Privado y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. De Belgrano, 1979, p. 66. Así también lo reconoce, de cierta forma, Boggiano, cuando afirma que “en una cuestión tan importante como la elección por las partes de la ley aplicable, el debido proceso de elección por ambas partes debería ser garantizado”.

²⁷ Juenger, Friedrich K., General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours*, 1985 IV, Tome 193, 1986, p. 308.

responden a “los principios superiores a los intereses individuales. . . , porque si bien el contrato es el reino de la libertad, lo es también del equilibrio y éste se logra limitando los posibles excesos”²⁸.

b. La jurisdicción internacionalmente competente: autonomía de la voluntad como regla general

En cuanto a la jurisdicción, el art. 60 de la LGDIPr establece:

En materia de obligaciones contractuales son competentes en la esfera internacional los tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes han acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto. No se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el artículo 50 de la presente ley. El acuerdo sobre la elección de jurisdicción puede otorgarse en el momento de celebración del negocio jurídico correspondiente, durante su vigencia, o una vez surgido el litigio. En ausencia de acuerdo, serán de aplicación las demás soluciones generales establecidas en el presente Capítulo.

A primera vista, esta norma parecería ser una novedad total, pero en la práctica no es así, ya que antes de la vigencia de la LGDIPr y bajo la vigencia del Apéndice del Código Civil, si el actor planteaba su pretensión ante los tribunales elegidos por las partes en el contrato y dicha elección era válida conforme al derecho del Estado donde se planteaba la pretensión, el juez de dicho Estado asumiría competencia y la sentencia que dictara el referido juez elegido por las partes, en la eventual etapa de reconocimiento y ejecución en Uruguay, cumpliría con el requisito de la jurisdicción indirecta conforme al art. 539.1.4 CGP.

El art. 60.1 sigue en forma casi textual la formulación del art. 4.1 del Protocolo de Buenos Aires, aunque agrega el vocablo “claramente”, para evitar la obtención inadvertida de la cláusula de elección de foro, lo que no consideramos modifique en lo sustantivo la interpretación de la norma. También agrega al final la expresión “teniendo en cuenta el caso concreto”, cosa que parece adecuada.

El art. 60.2 excluye de la facultad de elegir foro a los contratos que versen sobre materias relacionadas en el art. 50 de la presente ley, lo que es armónico con la solución en materia de ley. Ello responde a la misma *ratio legis*, consistente en que se trata de contratos donde el Estado quiere reservarse para sí su regulación (literales A) a D) del art. 50) o donde no se puede garantizar la libertad de elección de ambas partes (literales E) a H). En consonancia con lo afirmado respecto a la ley aplicable, el Prof. Herbert manifestó, en oportunidad de discutirse el proyecto de ley en el grupo de trabajo conformado al efecto, que en cuanto a los contratos de transporte de mercaderías por

²⁸ gastaldi, José M., La doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas en tomo del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales y de la regulación de éstos, en: *El Derecho*, 4/7/1987, T. 123, No. 6751, p. 2.

conocimiento de embarque, carta de porte o documentos análogos, no podía admitirse la autonomía de la voluntad respecto de la jurisdicción.

El art. 60.3 sigue textualmente la fórmula del art. 5.1 del Protocolo de Buenos Aires. Se entendió que la solución era adecuada y no había motivos para cambiarla.

c. Jurisdicciones concurrentes en ausencia de elección válida

El art. 60.4 es útil desde el punto de vista práctico, para evitar dudas en cuanto a la aplicación subsidiaria, a falta de elección válida por las partes de la jurisdicción, de las soluciones generales en la materia. Sigue en este sentido el art. 7 del Protocolo de Buenos Aires.

En especial, las bases de jurisdicción generales son la del domicilio real o contractual del demandado (art. 57.A), la del establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación del demandado, a través de la cual se haya celebrado el contrato o haya intervenido en el hecho que da origen al juicio (art. 57.B), o la del Estado cuya ley resulta aplicable al contrato (criterio Asser, art. 57.C).

Todas estas reglas o bases de jurisdicción están formuladas de manera unilateral, es decir, estableciendo cuándo son competentes los tribunales de la República, como corresponde a una norma de DIPr nacional o autónoma, que no le puede imponer a los demás Estados soluciones vinculantes.

3. Las soluciones subsidiarias, idénticas a las que antes eran la regla general

El art. 48 establece soluciones para el caso en que las partes no hayan elegido la ley aplicable al contrato, o que dicha elección no sea válida o eficaz.

a. El acápite del artículo 48

En el acápite de la norma se aclara, como es lógico y acorde con el art. 45, que estas soluciones se aplican en defecto de elección válida y eficaz por las partes. Recuérdese que en el Apéndice del CC esta era la solución de principio, al igual que lo sigue siendo para la doctrina uruguaya en los Tratados de Montevideo.

En cuanto a las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley aplicable, el texto de la ley tiene algunas variantes de redacción, pero no de fondo. Nótese que los TDCIM de 1889 y de 1940 incluían la frase: “En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea” (Art. 33.g y 37.g, respectivamente).

b. Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento

A falta de elección válida, se aplica la ley del lugar de cumplimiento del contrato, interpretado preceptivamente de acuerdo a los criterios que se exponen a continuación y que mantienen la fórmula de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 (arts. 34 y 38 respectivamente), así como del derogado Apéndice del CC por remisión.

Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento siguen siendo preceptivos²⁹, igual que en las tres fuentes mencionadas, lo que se desprende del tenor literal gramatical del acápite del art. 48, que utiliza el modo imperativo: “el que se interpretará...”.

En cuanto a los referidos criterios de interpretación, contenidos en los literales A, B y C, se mantienen idénticos, aunque con la aclaración de que cuando la norma hace referencia al deudor, lo está haciendo al deudor de la prestación característica³⁰, y no al incumplidor. Ello constituye una mera aclaración, no una modificación al régimen anterior, ya que la expresión deudor en las fuentes mencionadas siempre se interpretó de esa manera, como referida a quien debe la prestación característica del contrato, que nunca es pagar el precio, sino que es quien debe entregar la cosa, prestar el servicio, etc.

c. Criterios subsidiarios

El art. 49 establece que:

Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos respecto de los cuales no pueda determinarse la ley aplicable al tiempo de ser celebrados, según las reglas contenidas en el artículo 48 de la presente ley. Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada en base al inciso primero el contrato se regirá por la ley del país con el cual presente los lazos más estrechos.

Las fuentes de esta norma se encuentran en el TMDCI 1889, art. 35 in fine, en el TMDCI, art. 40 y en la C.I. Contratos (CIDIP-V, México, 1994), art. 9. El fundamento de la innovación que se incorpora está en evitar que no se pueda determinar, al tiempo de la celebración del contrato, cuál es el derecho aplicable al mismo.

²⁹ Cfr. TAC 5.º, BJNI 26/2016, citada también en la *Revista Uruguaya de DIPr*, 2017, No. 9, Sección “Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado Civil – Comercial – Procesal, Año 2016”, a cargo de Lorenzo Idiarte, Gonzalo A., p. 110-111. El Tribunal afirma, entre otras cosas, que “La interpretación del punto de conexión jurídico elegido (en el art. 2399 CC), ‘lugar de cumplimiento’, debe efectuarse de acuerdo a las reglas preceptivamente indicadas en la norma (los arts. 34 a 38 del TDCM de 1889)”.

³⁰ Noodt Taquela, María Blanca, La prestación característica vislumbrada como criterio para regir los contratos internacionales en el Tratado de Montevideo de 1889, en: C. Fresnedo de Aguirre y G. Lorenzo Idiarte (Coord.), *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, FCU, 2019, pp. 181-188, p. 188, concluye afirmando: “Los desarrollos sobre la teoría de la prestación características que se realizaron a lo largo del siglo XX no hacen más que confirmar la extraordinaria visión que tuvieron los miembros del Congreso de Montevideo de 1889-1889 y muy especialmente el enorme trabajo efectuado por el gran jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, quien supo vislumbrar el mundo del siglo que se acercaba en lo que se refiere al Derecho internacional privado”.

La innovación —relativa— está en el inciso segundo, dado que el inciso primero mantiene las soluciones existentes en las tres fuentes clásicas (Tratados de Montevideo y Apéndice). El inciso segundo agrega una segunda solución subsidiaria, para el caso en que la primera (ley del lugar de celebración del contrato) no funcione. El inciso 2.º se basa en lo establecido en el art. 9 de la Convención de México, que establece: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. Para determinar cuál es ese derecho, el tribunal tomará en cuenta: 1.º “... todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato ...”, y 2.º “... los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (art. 9.2).

Respecto a este punto, se destacó durante la Reunión de Expertos en Tucson por parte de delegados de países de ambos sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*, como por ej. Operti y Herbert respecto del primero y Garro del segundo) la necesidad de alcanzar un balance entre justicia y certeza, dándole instructivos definidos al Juez, y no sólo una guía filosófica. Se discutió si la discrecionalidad del juez debía ser amplia o restringida. Se expresó la opinión favorable a adoptar el criterio científico más moderno existente en este punto, cual es el de otorgar al juez la mayor autonomía para determinar el derecho aplicable. No faltaron, no obstante, opiniones en contrario. Los expertos uruguayos insistieron en el sentido de que no se podía dejar una discrecionalidad total al juez.

Finalmente se alcanzó el consenso en el sentido de dar guías al Juez acerca de la forma de determinar el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos. Todo esto debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el art. 49. En el anteproyecto Siqueiros y en el proyecto de Tucson se incluía como presunción número uno, de cuál era el Estado con el cual el contrato tenía los vínculos más estrechos, aquel donde la parte debía cumplir la prestación característica (art. 10 inc.2 del proyecto Tucson)³¹.

El delegado uruguayo Prof. Herbert hizo hincapié en que dicha fórmula resultaba muy útil en gran cantidad de casos, y que valía la pena dejarla a esos efectos, ya que siempre podía recurrirse a la presunción prevista en el inciso siguiente (elementos objetivos y subjetivos). Resaltó el desarrollo importante que dicho concepto ha tenido en la doctrina y jurisprudencia, sobre todo en los países con sistemas jurídicos de base *savignyana*, como Uruguay.

No obstante lo expuesto, la determinación de cuáles son los vínculos más estrechos con cierto Estado quedará a la determinación de cada juez, sin limitarse al lugar donde debe cumplirse

³¹ En México, la delegación de USA, a través del Prof. Juenger, se manifestó absolutamente contraria a la fórmula de la prestación característica (“*characteristic performance*”), a diferencia de lo que había manifestado el Prof. Garro, de la Universidad de Columbia, en Tucson. Uno de los argumentos manejados por Juenger fue que la referida fórmula no sirve para resolver los problemas que plantean algunas transacciones complejas.

la prestación más característica. Pueden serlo también el lugar de negociación del contrato, el lugar de ubicación de la cosa objeto de la prestación fundamental del contrato, el domicilio o residencia de las partes, el lugar de constitución y asiento de los negocios de las sociedades, etc., o varios de esos vínculos conjuntamente. Estos vínculos son los que toma, por ejemplo, la Sección 188 del Restatement (Second) of Conflict of Laws de Estados Unidos³², para determinar el Estado con el que el contrato tiene una relación más significativa.

En México, la delegación de USA, a través del Prof. Juenger, se manifestó absolutamente contraria a la fórmula de la prestación característica (“characteristic performance”), a diferencia de lo que había manifestado el Prof. Garro, de la Universidad de Columbia, en Tucson. Uno de los argumentos manejados por Juenger fue que la referida fórmula no sirve para resolver los problemas que plantean algunas transacciones complejas.

4. Posibilidad de elegir derecho no estatal

El art. 45.2 siguiendo la solución de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015, admite que las partes puedan elegir, para regular su contrato, reglas de *soft law*, de acuerdo a lo establecido en los arts. 13 y 51 de esta ley, y dentro de ciertos límites: que se trate de “normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte”.

El Apéndice del CC no establecía nada al respecto de lo previsto en el inc. 2 del art. 45, sin perjuicio de la norma general del art. 16 CC. Se trata de una novedad trascendente que se suma a la posibilidad de elegir la ley. Las partes no solamente podrán elegir una ley estatal aplicable al contrato, sino que podrían perfectamente desprenderse de todo derecho estatal para referirse a normas que emanen de organismos internacionales en los que Uruguay se parte. El ejemplo típico es el de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Esto tiene mucha más relevancia práctica de lo que podemos suponer, porque muchas veces las partes de un contrato no son conocedoras del derecho de otros Estados, pero sí se sienten seguras

³² “188. LAW GOVERNING IN ABSENCE OF EFFECTIVE CHOICE BY THE PARTIES. (1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s 6. (2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include: (a) the place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue. (3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203”.

de recurrir a normativa emanada de organismos internacionales que recogen principios generales o prácticas generalmente aceptadas.

5. Prohibición del reenvío en materia contractual

El inciso 3º del art. 45 prohíbe el reenvío, en consonancia con el artículo específico sobre la materia. La cuestión no estaba regulada a texto expreso con anterioridad a esta ley, que se basa, respecto de este punto, en la posición clásica de Quintín Alfonsín, contraria al reenvío, así como en algunas soluciones del Derecho Comparado. Esta norma establece una prohibición expresa del reenvío en materia de contratos internacionales, lo cual se desprende no sólo de esta disposición, que por estar ubicada en el art. 45 sólo abarcaría a aquellos contratos internacionales en los que ha existido una elección válida de la ley aplicable, sino también a los contratos a distancia, a aquellos en los que las partes no han elegido la ley aplicable y por tanto quedan sometidos a las disposiciones subsidiarias previstas en el art. 48 y a los contratos previstos en el art. 50. Ello se debe a que el art. 12.3 establece, con alcance general, que “en materia contractual no habrá reenvío”.

6. Condiciones de validez de la elección de la ley por las partes

El inciso 4º del art. 45 tiene su fuente en el art. 7 de la Convención de México. Busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes.

Lo que resulta esencial en el marco de la ley es que debe existir consentimiento de las partes contractuales. Este consentimiento no puede estar viciado ni puede ser presunto o supuesto, como ya se explicó *supra*. En este mismo sentido afirma Santos Balandro³³:

Para la Ley General la elección debe ser expresa o tácita, pero siempre real y cierta, nunca presunta, nunca debe ser presumida. Debe existir de alguna manera en el mundo del Derecho y desprenderse de los hechos de modo que pueda reconstruirse la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato. Se trata de una cuestión de prueba que se resuelve como todo problema probatorio.

En ocasión de la aprobación de la CI Contratos en México, la delegación uruguaya fue muy cuidadosa de reafirmar que la elección es válida cuando hay libre consentimiento de las partes. La libertad de contratación, el libre consentimiento y la prohibición del abuso de derecho son principios fundamentales en los que Uruguay asienta su ordenamiento jurídico. La aplicación concreta de estos principios a nuestra materia, debe ser objeto de desarrollo específico. A los efectos de su

³³ Santos Balandro, *Ley general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 590. En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez Scarlato, Catalina, La autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales. Consagración y límites. Modalidades contractuales con soluciones especiales, en: E. Vescovi (coord.), *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N.º 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 267-292, p. 277: “Se descarta así la posibilidad de invocar una voluntad presunta, debiendo la elección resultar incontestable”.

interpretación, es pertinente traer a colación las manifestaciones de Lorenzo en cuanto a que “en este proyecto no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra”.

7. Aspecto temporal de la elección

El art. 45.5 se basa en lo establecido por el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, aunque con una redacción un poco diferente. La referida norma convencional, que en forma casi idéntica viene del anteproyecto Siqueiros y del proyecto de Tucson, fue tomada del art. 3.2 de la Convención de Roma. Deja a salvo la validez formal del contrato y los derechos de los terceros.

8. Alcance del acuerdo de elección

El art. 46 establece que: “La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable”. Esta norma sigue la solución del art. 7.2 de la Convención de México, aunque de manera preceptiva y no facultativa como esta última. El art. 46 de la LGDIPr utiliza la expresión “no supone”, mientras que el art. 7 de la Convención de México establece que: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. La de México se trató de una solución transaccional, conciliando la opinión de aquellos favorables a limitar el alcance de la elección de ley a ésta, y la de los partidarios de extender dicha elección al foro.

Esta aclaración resulta importante a la luz de lo dispuesto en el art. 45 inciso 4.º en cuanto a que el acuerdo de las partes sobre la elección de ley debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La elección de foro será obviamente una cláusula a tomar en cuenta como sintomática de la voluntad tácita de elegir también dicha ley, pero ello deberá analizarse igualmente en el marco del conjunto de cláusulas contractuales, y viceversa.

9. Contratos excluidos del régimen autonomista³⁴

El art. 50 de la LGDIPr³⁵ regula taxativamente una serie de contratos a los que, aunque revisten la calidad de internacionales, no se les aplican las normas anteriores del capítulo IX, es decir, básicamente, no se les aplica el régimen autonomista.

³⁴ Basado en: Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto...*, ob. cit., pp. 196-215 y Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit.

³⁵ El art. 50 dispone: “No son aplicables las normas anteriores del presente capítulo a los siguientes contratos aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican:

El literal A) regula por la ley uruguaya a los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en el Uruguay. Se aplica a estos aspectos exclusivamente la ley de la República, siguiendo la tradicional regla *lex rei sitae*. En el régimen anterior a la LGDIPr, la aplicación de esta regla a este tipo de contratos derivaba más bien de la aplicación conjunta de los arts. 2398 *in fine* y 2399 que remitía para interpretar el lugar de cumplimiento de los contratos al TMDCI 1889, arts. 34 a 38 inclusive.

La competencia exclusiva de la ley uruguaya en la materia contractual que refiera a derechos reales, se limita a los inmuebles ubicados en nuestro país, pero no incluye los muebles. Los contratos sobre muebles pueden ser regulados por la ley elegida por las partes y en su defecto por la que corresponda según las disposiciones del art. 48 y 49. Esto, sin perjuicio de que seguirá siendo la ley de ubicación de los bienes, cualquiera sea su naturaleza, la que determine las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (art. 39).

Se otorga también competencia exclusiva a la ley uruguaya en materia arrendaticia sobre inmuebles ubicados en la República, porque se reconoce la trascendencia social que el legislador le ha dado históricamente a esta materia y parece totalmente imprudente permitir que estos contratos puedan quedar eventualmente regidos por una ley extranjera, por medio de la elección de las partes.

En relación a las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones familiares (literal B), como el estado civil, las sucesiones (incluyendo las disposiciones testamentarias), las

A) Se rigen por la ley de la República los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en ella.

B) Las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría.

C) Las obligaciones derivadas de títulos valores, y la capacidad para obligarse por esos títulos, se rigen por la ley del lugar donde son contraídas.

La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, esta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.

D) Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando esta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales.

E) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

1) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.

2) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán por la ley del lugar del domicilio del consumidor.

3) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

F) Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.

G) Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros No. 19.678, de 26 de octubre de 2018.

H) Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo No. 19.246, de 15 de agosto de 2014".

relaciones patrimoniales entre cónyuges o que surgen de relaciones de familia, se prefirió que las mismas quedarán reguladas por las disposiciones relativas a cada una de estas categorías. Será cada una de estas leyes la que determine si es posible celebrar contratos en su materia y, en tal caso, el alcance que pueden tener los mismos.

En materia de títulos valores (literal C), se resolvió plasmar una regulación mínima en línea con las Convenciones Interamericanas en la materia (CI. Títulos Valores; CI. Cheques). Antes de la ley no existían más que unas pocas normas autónomas dispersas y muy limitadas en su alcance como, por ejemplo, el art. 30 de la ley 14.701 que establece los requisitos mínimos para considerar como título valor los creados en el extranjero, y en materia de cheques los arts. 18 (prueba por talonarios), 20 (ley aplicable a los cheques internacionales), 29-31 (plazos de presentación por libramiento en el extranjero) y 54-57 (cheques viajeros). Se carecía, pues de una regulación autónoma en la materia.

La LGDIPr, entonces, adopta las soluciones que Uruguay ya había aceptado en el ámbito internacional, tendientes a favorecer la circulación de los títulos valores al adoptar la *lex loci actus* para la capacidad cambiaria, las formas de contraer obligaciones cambiarias y las obligaciones derivadas de los títulos. Subsidiariamente, para el caso en que el título no estableciere el lugar donde cada obligación se contrajo, las obligaciones se rigen por la ley del lugar donde debe ser pagada, y si tampoco se estableciere este lugar, entonces las obligaciones se regirán por la ley del lugar de emisión del título.

La conveniencia de una solución como la adoptada podría ser objeto de análisis, en tanto las obligaciones que se van contrayendo sucesivamente, si lo fueron en estado diferentes, podrían dar lugar a la aplicación de leyes diferentes que podrían llegar a problemas de armonía entre ellas. Pero se prefirió ajustar las normas de DIPr autónomas con las normas convencionales de las que es parte la República, para obtener así un régimen uniforme con la mayor cantidad de estados posibles. Además, como se dijo, la adopción de la *lex loci actus*, para la forma y para el fondo, favorece la validez de los actos y la circulación de los títulos.

Las disposiciones de esta ley no derogan el art. 30 del Dto. Ley 14.701, puesto que éste establece los requisitos mínimos que debe tener un título creado en el extranjero para ser considerado un título valor. El art. 30 es una norma material que indica un estándar mínimo de requisitos sin los cuales el documento creado en el extranjero no se considerará título valor. Considerando las consecuencias habituales que un título valor conlleva en materia de obligaciones comerciales y en materia de procedimiento para el cobro, el legislador ha querido fijar un límite infranqueable de requisitos de existencia. Bien puede considerarse esta norma como una norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata.

Este literal C) tampoco deroga las disposiciones citadas del Dto. Ley 14.412 porque las mismas son disposiciones especiales sobre una determinada categoría —cheques— y regulan aspectos que no contradicen, o no están contemplados en esta LGDIPr. (art. 62).

Regulándose los títulos valores en el literal C), se entendió necesario establecer disposiciones respecto de aquellos bienes que se comercializan en mercados de valores (literal D), que no pueden asimilarse sin más a los títulos valores de negociación individual. Al respecto se estableció una disposición básica para indicar luego la prevalencia de las normas especiales en la materia.

En efecto, lo primero a destacar es que lo dispuesto en este literal D, es sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales. Así, mantiene toda su vigencia el artículo 121 de la ley 18.627 (ley de mercado de valores) que es la norma especial en la materia³⁶. Este artículo establece que cuando se tratare de una oferta internacional de valores, sea la oferta pública o privada, el emisor podía elegir la ley aplicable y los tribunales internacionalmente competentes, sin perjuicio de que el titular de los valores pueda entablar acciones ante el domicilio del emisor.

Ahora bien, el art. 121 no indica la ley aplicable a las obligaciones provenientes de los valores comercializados en mercados públicos o privados, sino tan sólo la posibilidad de elegir la ley y la jurisdicción en caso de emisión internacional. Si bien se considera que el art. 121 aplica tanto a las emisiones realizadas en la República como en el extranjero (en este caso existiendo colocación de valores en nuestro país, no se estableció ninguna regla general de derecho aplicable, sino sólo la admisión de la autonomía de la voluntad. Por esa razón se estimó necesario establecer como regla general que las obligaciones derivadas de la venta, comercialización y transferencia de bienes en el mercado de valores se rigen por la ley de emisión. El término “bienes” es el mismo utilizado en el art. 13 de la ley 18.627 que define los valores como “los *bienes* o derechos transferibles, incorporados o no a un documento”. Se prefirió la expresión más abarcativa de “bienes” para no limitar el tipo de valores al que la norma refiere.

La opción de adoptar la ley de emisión como la reguladora de las obligaciones derivadas de comercialización en mercados de valores resulta fundamentalmente de dos circunstancias. La primera, que la circulación y negociación internacional de valores hace imposible utilizar otras conexiones, como los lugares donde la transferencia se realiza o se negocia, o donde se contrae la obligación, puesto que la dinámica de transferencia de los valores haría variar la ley aplicable cuantas veces los mismos fueran negociados. De manera que es necesario otorgar certeza al respecto y el lugar de emisión es único. Y la segunda, deriva del hecho de que los Estados acostumbran regular sus mercados de valores mediante normas de derecho público, y muchas veces también mediante

³⁶ Art. 121. (Jurisdicción) “En la emisión de valores en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquéllos cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere. Ello no obstará al derecho de los titulares de los valores a elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor. Practicada la elección de jurisdicción, en uno u otro sentido, a través de la comparecencia ante los tribunales correspondientes, no podrá ser luego modificada”.

normas de policía, dado que estos mercados tienen como una de sus funciones esenciales la captación de ahorro público³⁷. Esto implica que tanto las personas que pueden emitir valores, como el acto mismo de la emisión, son habitualmente controladas por el estado en cuyo territorio dicha emisión se lleva a cabo, con la finalidad de proteger a los adquirentes de dichos valores y a su vez fomentar el ahorro público. Así, pues, lo más prudente era regular estas obligaciones por la ley del lugar de emisión.

Así como el art. 121 de la ley 18.627 permite elegir la ley y la jurisdicción internacionalmente competentes, se establece que dicha elección también es posible cuando la ley del Estado de la emisión lo habilita.

La solución del literal D), viene a seguir parcialmente la disposición del art. 10 del TMDCT 1940 previsto allí sólo para la emisión de acciones y obligaciones de sociedades comerciales³⁸. La LGDIPr es más amplia, pues aplica a todo tipo de valores, pero sin embargo sólo remite al Estado de “emisión”, mientras que el TMDCT también remite a la ley del lugar de “negociación” de acciones o títulos de sociedades comerciales, para regular dichos actos.

No escapó a los redactores de la LGDIPr, que también los actos de negociación de valores son habitualmente objeto de regulación territorial por los Estados, por la misma razón de que dicha negociación capta ahorro de residentes u operadores en el país “anfitrión” (la expresión es de Solari Barrandeguy) y muchas veces esa actividad queda reglamentada por normas de policía de dicho estado. Sin embargo, se entendió que admitir como regla la aplicación de la ley de negociación, no sólo abriría eventualmente un abanico enorme de posibles leyes aplicables, sino que muchas veces resulta imposible determinar esa conexión dada la globalización de los mercados y la existencia de mercados puramente electrónicos³⁹.

Además, en caso de existir normas de policía en el lugar de negociación, éstas serán aplicables si corresponden a la *lex fori*, o pueden aplicarse si fueron promulgadas por otro estado diferente al de la *lex fori* pero el tribunal actuante entiende necesario hacerlo, tal como establece justamente la propia LGDIPr. en el art. 6 (normas imperativas de aplicación necesaria).

En suma, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en el mercado de valores, se regirá por la ley del estado de emisión, a menos que las partes hayan elegido otro derecho, siempre y cuando lo permita aquella ley. Todo, sin perjuicio de las normas imperativas de aplicación necesaria del estado

³⁷ Solari Barrandeguy, Marcelo, Emisión y negociación en Uruguay de obligaciones de una sociedad anónima argentina, en: *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1992, No. 59-60, p. 14-15.

³⁸ Art. 10. “Las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales, se rigen por la ley del Estado en donde esas emisiones o negociaciones se llevan a efecto”.

³⁹ Lafuente Sánchez, Raúl, *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 178.

del foro, y la facultad otorgada al tribunal para aplicar las normas imperativas de otros estados que tengan vínculos relevantes con el caso.

El literal E) regula los contratos internacionales otorgados en relaciones de consumo, los que no contaban con normas específicas con anterioridad a esta ley, y quedaban sometidas, por tanto, al régimen general de los contratos. Lo mismo cabe decir con respecto a los contratos individuales de trabajo (literal F).

Como se manifiesta en la exposición de motivos, en materia de relaciones de consumo se entendió que pese a su especialidad, debía incluirse un estatuto mínimo para determinar la ley aplicable, dada su importancia para el país, en particular en las zonas de turismo.

En cuanto a los literales E) y F), se entendió necesario darle a los contratos internacionales otorgados en relaciones de consumo y a los contratos individuales de trabajo una normativa específica que contemplara sus particularidades.

En cuanto a la ley reguladora de los contratos otorgados en relaciones de consumo, el literal E) prevé 3 hipótesis: la primera constituye la regla general y refiere a la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. Dicha conexión puede coincidir o no con el domicilio del consumidor. Todos estos contratos —internacionales conforme al art. 44.1— se regirán por la ley uruguaya, porque los bienes se adquieren en Uruguay y los servicios se utilizan en Uruguay.

Cuando los bienes se adquieren o los servicios se utilizan en más de un país o no pudiere determinarse, por otras circunstancias, la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan, opera la segunda hipótesis, que establece que la ley aplicable será la del domicilio del consumidor. Desde el punto de vista del DIPr uruguayo (art. 50.E).2) dicho contrato se regiría por la ley uruguaya por tener aquí su domicilio el consumidor turista.

La tercera hipótesis prevista en el literal E) refiere a los contratos otorgados en relaciones de consumo que se celebran a distancia, y a aquellos en que la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor. Esos contratos se rigen por la ley del domicilio del consumidor, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él. Dicho contrato se regirá por la ley del domicilio del consumidor turista⁴⁰.

El literal F) relativo a los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia, resulta una novedad absoluta en el derecho uruguayo, y surgió a partir de las dificultades de aplicación del art. 2399 CC y las disposiciones del TMDCI 1889 a las particularidades de los contratos de trabajo. La doctrina y jurisprudencia ha dado cuenta de estas dificultades. Por un lado, la

⁴⁰ Ver sobre el tema: Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Legal Aspects of Cruises*, en: K. Boele-Woelki, D.P. Fernández Arroyo y A. Senegacnik, (Eds.), *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XXème Congrès général de l’Académie internationale de droit comparé*, Springer, 2021, pp. 409-468, en especial “Chapter IV. Cruise passengers as consumers”.

propensión natural del derecho laboral a aplicar la norma más favorable al trabajador, ha llevado a los tribunales a elegir la ley aplicable según este criterio, interpretando el punto de conexión “lugar de cumplimiento” *ad hoc*. Por otro lado, han existido dificultades en muchos casos para determinar el lugar de cumplimiento de contratos de trabajo, cuando las empresas cumplen actividades en muchos estados y los trabajadores deben trasladarse de tanto en tanto a otros países (típicamente, por ejemplo, empresas constructoras multinacionales o empresas de navegación). Las soluciones *a posteriori* —esto es, una vez que surge el conflicto— deben evitarse dada la trascendencia social de estos contratos, y la necesidad de contar con normas claras para regular una relación esencialmente dinámica.

El anteproyecto original preveía simplemente la exclusión de los contratos de trabajo de la regulación de la ley. Esto suponía que no se regularan por la autonomía de la voluntad de las partes, ni por las reglas subsidiarias. El texto aprobado permite al trabajador elegir la ley aplicable de entre aquellas que habitualmente han sido tomadas por la jurisprudencia como las relevantes. Una vez determinada esa ley, regirá todos los aspectos de la relación laboral, puesto que el estatuto laboral es un todo orgánico que no puede desmembrarse.

Aunque no se dice expresamente, es evidente que la elección del trabajador debe ser hecha al tiempo de la celebración del contrato, pues de otra manera la certidumbre que se pretende dar —para ambas partes— no existiría mientras se desarrolla la relación laboral. No es posible transcurrir una relación laboral sin normas claras desde el principio. De allí que una vez determinada la ley, regirá todos los aspectos de la relación laboral. No se podría gozar los descansos intermedios, semanales, vacaciones anuales, horarios de trabajo, conforme a una ley, si la misma no es determinada de antemano. Ahora bien, partiendo de la base de una relación de desequilibrio entre las partes, se entendió que la elección del derecho aplicable por parte del trabajador contemplaba las dos preocupaciones esenciales en la materia: la protección del trabajador y la certeza sobre la ley aplicable.

No escapó a la experiencia de los redactores que es muy difícil que se celebren contratos de trabajo si la ley elegida por el trabajador no es admisible para el empleador, y por lo tanto será la jurisprudencia la que deberá analizar en su caso la existencia de verdadero consentimiento del trabajador. Lo que la ley garantiza en definitiva es que la ley elegida debe tener el consentimiento libre del trabajador.

Tampoco escapó a la experiencia que la adopción de puntos de conexión fijos, o variables, pero de determinación *a posteriori* del surgimiento del conflicto laboral individual, no garantizan la aplicación de la ley más favorable al trabajador (si el punto es único, como en el sistema anterior) o suponen una incertidumbre inadmisibles para ambas partes (en el caso de puntos de conexión alternativos y/u optativos tomados a posteriori).

Lamentablemente no se previó expresamente la ley aplicable en ausencia de elección por parte del trabajador. La exclusión de los contratos previstos en el art. 50, de la regulación prevista

en los artículos anteriores del mismo capítulo, parte de la base de que dichos contratos tienen otra solución, que se establece en el mismo art. 50. Ello es así, porque los redactores evitaron expresamente excluir sin más a dichos contratos de las normas anteriores —como se dijo— y definieron establecer la ley aplicable para ellos expresamente. No quisieron dejarlos sin regulación. La exclusión se da en la medida que se establece otra regulación. En ausencia de otra regulación, y en ausencia de libre elección de ley por parte del trabajador, aplican las reglas subsidiarias de los arts. 47, 48 literal C, numerales 2 y 3 y 49 de la LGDIPr que, aunque no exentas de dificultades de aplicación a las relaciones laborales —como ha pasado hasta ahora— no dejan de contener básicamente una solución apriorística.

Debemos recordar que los contratos de trabajo de tripulación marítimos (contratos de ajuste), han sido regulados expresamente por el art. 7 de la ley 19.246, que remite a las normas del TMNCI 1940⁴¹. El art. 20 de dicho tratado establece que “Los contratos de ajuste se rigen por la ley de la nacionalidad del buque en el cual los oficiales y gente del equipaje prestan sus servicios”. Esta ley especial aplica en virtud de lo dispuesto por el art. 62 inc. 2 de la LGDIPr.

Los contratos laborales a distancia quedan excluidos de esta norma establecida en el literal F). La expresión de “trabajo a distancia” no fue del todo feliz, porque no se trata de regular los contratos donde el empleador se domicilia en un Estado y el trabajador en otro, o el trabajo se realiza fuera de los domicilios o residencia habituales de las partes, que también podrían considerarse contratos “a distancia”, sino más bien aquellos casos en que no importa para nada el lugar desde donde se realiza el trabajo o este no puede identificarse de ninguna manera, o los efectos no se producen en un único lugar. Así, por ejemplo, trabajos editoriales, investigaciones científicas globales, el mercadeo global, trabajos de software realizados en la nube de internet, etc. Si bien es cuestionable que no se admita en estos casos la elección de la ley por las partes, debe recurrirse a las conexiones subsidiarias de los arts. 48 y 49, por las mismas razones que mencionamos para los demás casos en que no hay elección de ley por parte del trabajador.

Respecto de los literales G) y H), se entendió que habiéndose aprobado las leyes Nos 19.678 y 19.246 poco tiempo antes de la aprobación de esta ley general, no correspondía regular nuevamente dichos temas en esta última, sino que lo más adecuado era remitir la regulación de esos contratos a dichas leyes especiales. El texto aprobado de los literales G) y H) logró poner fin a largas discusiones entre sectores involucrados en la materia y opiniones contrapuestas aportadas a

⁴¹ Art. 7 (Normas de Derecho Internacional Privado) “Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, estas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, suscrito en la ciudad de Montevideo, el 19 de marzo de 1940.

Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional.

Prórroga post-litem. Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral”.

la discusión parlamentaria por diversas instituciones de las áreas concernidas, tanto privadas como públicas.

El literal G establece: “Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros No. 19.678, de 26 de octubre de 2018”. Esta ley tiene normas específicas sobre ley aplicable y jurisdicción competente para los seguros⁴².

El literal H) establece: “Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo No. 19.246, de 15 de agosto de 2014”⁴³. Y la misma se remite al Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940⁴⁴. Este a su vez regula el contrato de transporte por agua en los arts. 25 a 27 y establece que la ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de transporte por agua es la del Estado del lugar de cumplimiento de la obligación,

⁴² Ley No. 19.678 Art. 117. (Ley aplicable a los contratos de seguros). “Los contratos de seguros se rigen por la ley del Estado del lugar de cumplimiento de la prestación característica. Se entiende por tal el lugar del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza. Esta norma incluye todos los seguros de transporte sea este marítimo, aéreo, terrestre o multimodal y también los contratos de seguro de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares.

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

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

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

⁴³ Ley No. 19.246. Art. 7. “Normas de Derecho Internacional Privado. 7.1.- Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, éstas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. 7.2.- Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional. 7.3.- (Prórroga post-litem) Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral”.

⁴⁴ Ver con respecto al art. 7 de la Ley No. 19.246: Fresno de Aguirre, Cecilia, Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes No. 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo, en: F. Aguirre Ramírez (coord.), *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, FCU, 2015, p. 127-168. Ver también: Caso buque Barcaza 250-9, publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 29, caso No. 606, pp. 92-101, Juzgado Ldo. De 1.ª Instancia en lo Civil de 10.º Turno, Sentencia No. 6 de 3 de marzo de 2015 (Morales Larrosa) y TAC 6.º, Sentencia CEF 006-00148/2015 de 9 de diciembre de 2015 (Gómez Haedo, Klett, Alves de Simas). Puede verse también el caso del buque Enterprise, Jdo Ldo de 1.ª Instancia Civil de 9.º Turno, Sentencia No. 29 de 10/4/2007 (Recarey), TAC 1.º, sentencia No. 58 de 26/3/2008 (Salvo, Castro, Vázquez) y SCJ, sentencia No. 281 de 26/6/2009 (Ruibal, Rodríguez Caorsi, Gutiérrez, Larrioux y Van Rompaey), publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 23, caso No. 490, pp. 173. Caso de las barcazas LC 24103 y otras, publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 28, caso No. 599, Jdo. Ldo. De 1.ª Instancia Civil de 12.º Turno, sentencia interlocutoria No. 810 de 22/4/2014 (Cabrera) y TAC 1.º, Sentencia SEF 003- 00022/2015 de 11/3/2015 (Vázquez, Salvo, Castro), pp. 171-182, en que se reconoce que en virtud del TDNCIM de 1940 se aplica el derecho de Paraguay, en definitiva la Convención de Hamburgo por haber sido incorporada al orden jurídico de Paraguay. Nota de jurisprudencia de Zorrilla Ferrés, Victoria, pp. 183-187.

entendiéndose por tal “el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”⁴⁵ 46.

Estaba claro desde un comienzo del proceso de elaboración de la LGDIPr que estos contratos no podían quedar sometidos al régimen general de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 45. Así lo manifestaba el Prof. Herbert, en una de sus propuestas a la Comisión Redactora, en los siguientes términos:

El principal problema se plantea, no respecto a los fletamentos en general (ya sea por viaje, por tiempo o a casco desnudo) sino respecto de los transportes de bultos o contenedores que se documentan en conocimientos de embarque. Creo entonces que podemos salvar la omisión si se efectúa la aclaración correspondiente, excluyendo la autonomía de la voluntad conflictual de esta categoría específica⁴⁷.

El transporte por agua abarca el marítimo, el fluvial y el lacustre. Las formas de documentar el transporte de mercaderías por agua son básicamente la póliza de fletamento, para el contrato de fletamento y el conocimiento de embarque para el transporte de línea. El fletamento puede adoptar tres formas básicas: fletamento a casco desnudo, fletamento por tiempo y fletamento por viaje. La definición del lugar de cumplimiento como equivalente al lugar de entrega de la carga en el transporte, puede trasladarse sin mayor esfuerzo al lugar de cumplimiento de un fletamento por viaje (*voyage charter*), en el que hay una obligación de resultado consistente en llevar el buque (y su carga) a un destino final⁴⁸.

Ahora bien, el texto aprobado del art. 50.H) de la LGDIPr refiere exclusivamente a los contratos de transporte por agua. ¿Cómo se regulan entonces los demás “contratos de transporte de mercaderías exclusivamente documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, o documentos análogos...”?

En la versión taquigráfica de la Comisión se discute extensamente el tema de la autonomía de la voluntad en los contratos y de las excepciones del art. 50 con especial referencia a la ley

⁴⁵ Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940: “Art. 25. Los contratos de fletamento y de transporte de mercaderías o de personas que tengan por objeto esos transportes, entre puertos de un mismo Estado, se rigen por sus leyes, cualquiera que sea la nacionalidad del buque. El conocimiento de las acciones que se originen queda sometido a la jurisdicción de los jueces o tribunales del mismo”.

Art. 26. “Cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”.

Art. 27. “En el caso del artículo anterior, serán competentes para conocer de los respectivos juicios, los jueces o tribunales del lugar de la ejecución, o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario”.

⁴⁶ Fresno de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920, en: E. Vescovi (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 245-246.

⁴⁷ Fresno de Aguirre, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego..., ob. cit., pp. 245-246; Fresno de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto...*, ob. cit., p. 207-208

⁴⁸ Fresno de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 415 ss., y Aguirre Ramírez, Fernando y Cecilia Fresno de Aguirre, *Derecho Internacional Marítimo en el MERCOSUR*, T. III, Montevideo, FCU, 2ª ed, 2011, pp. 17-36.

aplicable al transporte por agua. No hay ninguna referencia al transporte terrestre, ni nadie propone la eliminación del inciso 9 de la propuesta del Instituto y la Comisión Redactora. No obstante, éste no aparece en la versión final.

¿Cuál es entonces la solución para otros contratos de transporte no incluidos en los literales G y H del art. 50? Entendemos que el contrato de transporte de pasajeros, es un de contrato celebrado por consumidores de un servicio y por lo tanto los alcanza la norma especial del literal E del art. 50.

Tampoco parece plantear un problema el transporte aéreo internacional de mercaderías ya que el mismo se rige por el sistema de Varsovia y particularmente por la Convención de Montreal de 1999 (Ley No. 19.169) la que regula con normas materiales todo lo referido al transporte de carga o pasajeros y tiene reglas específicas sobre jurisdicción competente⁴⁹, las cuales además son de orden público.

Respecto del transporte terrestre debe señalarse que con Argentina y Paraguay rige el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940. Y el mismo regula la ley aplicable al transporte terrestre y mixto en los arts. 14 a 18⁵⁰.

⁴⁹ Convención de Montreal: Art. 33. "Jurisdicción 1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino. 2. Con respecto al daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, una acción podrá iniciarse ante uno de los tribunales mencionados en el párrafo 1 de este artículo, o en el territorio de un Estado Parte en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial. 3. Para los fines del párrafo 2, a) 'acuerdo comercial' significa un acuerdo, que no es un contrato de agencia, hecho entre transportistas y relativo a la provisión de sus servicios conjuntos de transporte aéreo de pasajeros; b) 'residencia principal y permanente' significa la morada fija y permanente del pasajero en el momento del accidente. La nacionalidad del pasajero no será el factor determinante al respecto. 4. Las cuestiones de procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce el caso".

⁵⁰ Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940: Del transporte terrestre y mixto. Art. 14. "El contrato de transporte de mercaderías que debe ejecutarse en varios Estados, se rige, en cuanto a su forma, a sus efectos y a la naturaleza de las obligaciones de los contratantes, por la ley del lugar de su celebración. Si debe ejecutarse dentro del territorio de un solo Estado, lo será por la ley de este Estado. La ley del Estado en donde se entrega o debió entregarse la carga al consignatario, rige todo lo concerniente al cumplimiento y a la forma de ejecución de las obligaciones relativas a dicha entrega".

Art. 15. "Repútese único el contrato de transporte internacional por servicios acumulativos, cuando se celebra mediante la expedición de carta de porte única y directa, aunque el transporte se realice mediante la intervención de empresas de diferentes Estados. La presente disposición se extiende al transporte mixto, por tierra, agua o aire".

Art. 16. "La acción fundada en el transporte internacional por servicios acumulativos, podrá ser intentada, a elección del actor, contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario. Dicha acción se ejercitará, a opción del demandante, ante los jueces del lugar de la partida, o del destino, o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado. Quedan a salvo las acciones de los diferentes porteadores entre sí".

Art. 17. "El contrato de transporte de personas por los territorios de varios Estados, celebrado por una sola empresa o por servicios acumulativos, se rige por la ley del Estado del destino del pasajero. Serán jueces competentes los de este mismo Estado o los de aquél en el cual se celebra el contrato, a opción del actor".

Art. 18. "Se rige por las reglas sobre transporte de mercaderías el del equipaje que, habiendo sido registrado el documento especial expedido por el porteador o comisionista, no es llevado consigo por el pasajero en el sitio que le fue asignado para el viaje. El equipaje que el pasajero lleva consigo, sin haber sido registrado, se rige por la ley aplicable al transporte de personas".

¿Qué pasa entonces con el transporte terrestre de mercaderías con los países con los que no tenemos tratado?

Vislumbramos en una primera aproximación, algunas interpretaciones teóricamente posibles: la primera, concluir que para los mismos rige la autonomía de la voluntad establecida en el art. 45; la segunda, aplicar un razonamiento análogo al efectuado en materia de contratos individuales de trabajo y recurrir a las normas subsidiarias del art. 48; la tercera sería entender que se trata de contratos con consumidores y por lo tanto se rigen por la regla del literal E del art. 50. El punto merece un estudio especial imposible de abordar en este trabajo, pero esbozamos aquí algunos elementos para la consideración del lector.

a. Primera interpretación posible: aplicación del artículo 45

Hasta las modificaciones de último momento en el Senado, el proyecto preveía, como dijimos, que los contratos de transporte documentados solamente en cartas de porte y demás documentos análogos referidos no quedaban sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes. No se estimaba suficiente que las cláusulas de elección de ley y juez estuvieran documentadas en esos instrumentos. Para admitir esas cláusulas en materia de transporte, debían ser negociadas en documento aparte. Sin embargo, el literal se modificó como dijimos anteriormente, y por lo tanto podría sostenerse que el transporte de mercaderías por carretera queda sujeto a las normas generales sobre contratos, esto es, en primer lugar, se regulan por la ley elegida por las partes y en ausencia de elección por lo dispuesto en el art. 48.

En la Comisión Constitución y Legislación General del Senado, comparecieron oportunamente representantes de la AUDEA (Asociación Uruguaya de Empresas Aseguradoras), del Ministerio de Transporte, y se recibió por escrito la posición del Centro de Navegación. Mientras que la AUDEA⁵¹, sostuvo básicamente la necesidad de que los contratos de transporte se regularan por la ley del lugar de destino de la mercadería, rechazando la autonomía de la voluntad, los representantes del MTOP y el Cennave sostuvieron la conveniencia de adoptar las convenciones internacionales más conocidas en el sector marítimo y admitir la autonomía de la voluntad⁵². Nótese que la opinión de los representantes del MTOP y del CENNAVE referían al transporte marítimo, cuestión que fue regulada en la LGDIPr en el art. 50.H).

Los senadores manifestaron dudas al respecto de cuál sería la mejor solución. Mientras que hubo manifestaciones a favor de la autonomía de la voluntad⁵³, luego se decidió consultar

⁵¹ La posición de la AUDEA expuesta por el Dr. Fernando Aguirre. Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016, Distribuido No. 195, 4 de agosto de 2020.

⁵² La posición del MTOP expuesta por el Subsecretario Sr. Juan José Olaizola y el Dr. Pablo Labandera Ipata. Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016 264/2020, Distribuido No. 232, 18 de agosto de 2020.

⁵³ Ver manifestaciones de los Senadores Carrera, Domenech y Camy, y la Senadora Bianchi en sesión de la Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016, Distribuido No. 195, 4 de agosto de 2020.

nuevamente al Dr. Opertti, a través del Senador Carrera, quien finalmente propuso que el numeral 9 del Art. 50 quedara con el siguiente texto:

Los contratos de transporte de mercaderías documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, como documentos análogos, se rigen por el lugar de la ley del cumplimiento, entendiéndose por tal la ley del Estado donde se pactó la entrega de la mercadería.

El Senador Carrera abogó por tomar esta solución, pero finalmente la misma no se adoptó. La redacción presentada por el Prof. Opertti recogía una solución con arraigo en doctrina y jurisprudencia nacional, pero no se adoptó expresamente.

b. Segunda interpretación posible: aplicación del artículo 48.C).2)

Desde que no fue recogida a texto expreso la autonomía de la voluntad para estos contratos y tampoco se consagró la última fórmula de Opertti, podría también sostenerse que rige la solución del art. 48.C).2): “cuando su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos”, que es la solución tradicional aplicada con anterioridad a la vigencia de la presente ley (art. 2399 y art. 34.b) del TMDCI de 1889 por remisión).

Esta interpretación tendría la ventaja de que nos conduce a una solución que ha sido aplicada por mucho tiempo por la jurisprudencia.

Esta solución coincidiría además con el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Transporte Internacional de carga entre los Estados Partes del Mercosur (MERCOSUR/CMC/DEC. No. 11/02) y su homólogo que incluye al MERCOSUR ampliado (Chile y Bolivia), que no están en vigor pero constituyen un antecedente de peso⁵⁴.

c. Tercera interpretación posible: aplicación del art. 50.E)

La cuestión de la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor (No. 17.189 y luego 17.250) a los contratos de transporte de mercaderías celebrados entre comerciantes, ya ha sido tratada con anterioridad por nuestra parte y existen discrepancias al respecto. Basándose fundamentalmente en la condición de contrato de adhesión, he sostenido la aplicación de la ley de defensa del consumidor a los contratos de transporte de mercaderías⁵⁵, mientras que Lorenzo ha sostenido que el contrato de transporte de mercaderías celebrado entre comerciantes profesionales no

⁵⁴ Ver en <https://bit.ly/4flg01l>. Este acuerdo, cuyo texto fue propuesto por la delegación de Uruguay, aún no entró en vigor.

⁵⁵ Aguirre, Fernando y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho de los transportes. Transporte Marítimo*, Volumen III, Montevideo, FCU, 2ª ed., 2011, p. 263. Comparte la posición con Szafir, Dora, *El Consumidor – Análisis Exegético de la Ley No. 17.189*, Montevideo, FCU, 2000, pp. 24-25 en cuanto a que puede haber relación de consumo entre comerciantes y personas jurídicas.

constituye una relación de consumo⁵⁶. Para el fundamento de cada posición nos remitimos a los trabajos respectivos.

d. Cuarta interpretación posible: vacío legal

Finalmente podría sostenerse que existe un vacío legal en la materia específica del transporte internacional terrestre de mercaderías y que dicho vacío no se llena con las normas generales para los contratos previstos en esta ley (arts. 45 y 48 en su caso) sino que debe recurrirse a los fundamentos de las leyes análogas (art. 16 CC). En tal caso podemos referirnos a las normas previstas expresamente para el transporte terrestre del TMDCT 1940 (arts. 14 a 18) o a las normas de la ley general marítima 19.246.

10. La aplicación de usos y principios

El art. 51 establece:

(Usos y principios). Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley.

La costumbre, conforme al art. 9 de nuestro Código Civil, “no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Esta norma, ubicada en el Título Preliminar del referido cuerpo de leyes, ha sido aplicable a todas las ramas del derecho, incluido por supuesto el DIPr. Resultaba igualmente aplicable a la costumbre nacional y a la internacional referida a cuestiones de tráfico jurídico externo. A partir del art. 51 de la LGDIPr., existe una norma especial para los contratos internacionales.

Asimismo, el art. 296.6 del Código de Comercio establece que servirán como bases de interpretación de las cláusulas contractuales: “el uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato (...)”.

Y el art. 297 agrega:

Si se omitiese en la redacción de un contrato, alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes, en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes, en el lugar de la ejecución del contrato.

⁵⁶ Lorenzo Idiarte, Gonzalo A., *Transporte por contenedores en el Derecho Uruguayo y otras cuestiones actuales*, Montevideo, FCU, 2000, p. 97. Su posición es compartida por Ronald Herbert (en Prólogo a la referida obra de Lorenzo). Coincide Olivera García (El Concepto de Consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo, en: *Tribuna del Abogado*, 2000, No. 119, p. 11).

Por lo tanto, en el Derecho uruguayo la *lex mercatoria* ya adquiriría —antes de la LGDIPr— relevancia (no sólo material, que siempre la tiene, sino también formal⁵⁷) cuando los convenios internacionales se refieren a ella, como ocurre por ejemplo, en el art. 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, que hace referencia a las “prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

El art. 10 de la Convención de México se refiere a la costumbre internacional, elevándola a la categoría de fuente de derecho (formal), desde que establece que

se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Esta fórmula de la Convención de México se basó en una propuesta del Prof. Gonzalo Parra Aranguren, en Tucson. En la Reunión de Expertos allí celebrada se señaló que la aclaración de la parte final del artículo (“con la finalidad de realizar las exigencias...”) “podía servir para que el juez arribara a un resultado justo, a pesar de la existencia de normas jurídicas cuya obsolescencia le marcara otro rumbo”. Herbert sostuvo siempre en relación a la Convención de México que el art. 10 refiere exclusivamente a la interpretación del contrato, (y no a la interpretación de la Convención, a la cual refiere el art. 4). Considera que constituye una innovación absoluta, que servirá como medio para mantener al día la Convención⁵⁸.

El Dr. Operti por su parte consideró que era mejor la redacción propuesta por Parra Aranguren, que decía: “No obstante lo dispuesto por los artículos anteriores...”. La expresión “Además” con que comienza la norma, le da carácter acumulativo. Por tanto, parecería que se trata de un caso de aplicación del derecho, más que de interpretación. Afirmó Operti que esta norma le fijó un límite importante a la *lex mercatoria*, dándole empleo pero no rango igual al de ley del Estado⁵⁹.

La LGDIPr en sus arts. 13, 45.2 y 51 da un paso más en cuanto a la aplicación directa de los usos y principios, dentro del marco que establece la propia ley en los artículos referidos. La solución plasmada en esta norma es “de amplio recibo, en especial en materia comercial y permite incorporar prácticas y principios que no son contenido de reglas normativas, así como soluciones generadas en organismos especializados, tales como el UNIDROIT, del que Uruguay forma parte”, como se expresa en la Exposición de Motivos de esta ley.

⁵⁷ Ello en virtud del art. 9 CC.

⁵⁸ Herbert, Ronald, La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: *Revista Uruguaya de DIPr*, 1994, No. 1, pp. 45-62, p. 59.

⁵⁹ Operti Badán, Didier, La CIDIP V: una visión en perspectiva, *Revista Uruguaya de DIPr*, 1994, No. 1, pp. 13-43, p. 35.

II. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil

A. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos comerciales Internacionales

Los arts. 2.1.19 a 2.1.22 refieren a “la situación especial donde una o ambas partes utilizan cláusulas estándar”⁶⁰.

El art. 2.1.19 establece:

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

El art. 2.1.20 establece:

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

El art. 2.1.21 establece: “En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”.

El art. 2.1.22 establece:

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

Sin desconocer el valor y utilidad de dichas disposiciones, consideramos que las mismas no son suficientes para evitar imposiciones unilaterales abusivas incluidas en condiciones generales de contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas modalidades, donde una de las partes carece de poder de negociación respecto de las mismas.

B. La Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas

La referida Guía, elaborada por el Comité Jurídico Interamericano bajo la relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez u aprobada por unanimidad en 2019, contiene algunas referencias al tema de la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil⁶¹, pero sin profundizar o desarrollar el tema, que no constituye el objeto de la Guía. Es por eso que la suscrita, como miembro del CJI, planteó el análisis de la cuestión en un

⁶⁰ Comentario 1 al art. 2.1.19.

⁶¹ Por ejemplo, párrafos 280 y 288.

instrumento separado, que se analiza a continuación. Dicho tema fue aprobado por unanimidad e incluido en la agenda de trabajo del Comité en 2021.

C. El Informe y recomendaciones de buenas prácticas del Comité Jurídico Interamericano

En diciembre de 2023, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA adoptó por unanimidad un informe sobre “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”, en ocasión de la IV Sesión Extraordinaria del Comité celebrada de manera virtual⁶².

Dicho informe se centra en los contratos de adhesión en sus diversas modalidades, celebrados entre comerciantes a nivel internacional en un contexto en que una de las partes carece de poder de negociación, respecto de la elección de ley o de juez. Se da a conocer la normativa pertinente, la práctica y la jurisprudencia nacional e internacional, junto con observar las similitudes y diferencias entre los Estados miembros de la OEA. Se deja constancia de la ausencia de desarrollos y pronunciamientos sobre la temática de la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos, considerando que la normativa responde ante contratos en que todas las partes disponen de un poder de negociación equivalente⁶³.

1. Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual

Hace muchos años que la doctrina y los foros de codificación, en la elaboración de instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, se ocupan de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales, focalizándose en aquellos en que ambas partes negocian las cláusulas del contrato (*free discussion contracts*), incluyendo la cláusula de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral.

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos (que son lo opuesto a los contratos “de libre discusión” o “*free discussion contracts*”, es decir, son aquellos en

⁶² La relatora fue la suscrita, Cecilia Fresnedo de Aguirre, y el documento completo se encuentra publicado en <https://bit.ly/4eF6ykP>

⁶³ <https://bit.ly/4d0i7Ak>

los cuales las partes no tienen igual o equivalente poder de negociación), B2b *contracts* y demás denominaciones.

Se ha sostenido que esta forma de contratar es indispensable para que funcione el comercio internacional, dado que sería imposible y muy costoso negociar individualmente cada contrato, especialmente cuando la oferta es masiva. La veracidad de dicha afirmación no se discute, pero ello no puede legitimar la eventual inclusión de cláusulas abusivas en ese tipo de contratos. Precisamente este Informe y sus Recomendaciones apunta a brindar a los jueces y demás operadores jurídicos herramientas que les permitan evitar abusos de Derecho, derivados del superior poder de negociación de una de las partes y materializado en la inclusión de cláusulas abusivas en materia de elección de juez y/o ley —entre otras— insertas en contratos de adhesión, formulario y demás variantes.

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes tiene un poder contractual mucho mayor, desde que puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje). La otra parte, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Una de las partes del contrato sólo lo toma o lo deja. Un ejemplo típico son los contratos de transporte marítimo documentados en conocimientos de embarque.

La situación descrita en el párrafo anterior se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen, lo que deriva del control dominante del mercado por parte de algunos sectores⁶⁴. En esos casos, el comerciante al que se le presentan esas condiciones sólo puede tomarlas, o no contratar, lo que implica no comerciar, porque no tiene condiciones generales alternativas para elegir, ni posibilidad alguna de negociar y discutir las cláusulas unilaterales.

Todas las circunstancias descritas *supra* constituyen indicadores de debilidad contractual de la parte que adhiere a los contratos con cláusulas estándar, aunque se trate de un comerciante informado y debidamente asesorado.

En opinión de la suscrita relatora, coincidiendo con la Dra. Madrid Martínez, en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, que tienen la

⁶⁴ Afirma la ABA-SIL en la página 7 de sus Comentarios al segundo informe de avance de esta relatora: “*When the stronger bargaining party enjoys dominant market control, that can have monopolistic consequences. However, there is an argument that market dominance is the issue in that case, rather than the contract of adhesion. Focusing on the unequal bargaining party runs the risk of shifting focus from the anticompetitive nature of market dominance*”.

posibilidad de negociar las cláusulas del contrato, y no para los contratos asimétricos, de adhesión, o equivalentes, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente⁶⁵.

2. En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal

Es evidente que en los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal, porque no existe un acuerdo entre dos o más voluntades respecto de la elección del foro y/o la ley aplicable. En estos casos, como bien afirma la Dra. Madrid Martínez, “la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios”, pero por sobre todo, es injusta, porque permite que la parte contractualmente más fuerte —la que tiene el poder de establecer las condiciones del contrato, incluyendo ley aplicable y juez competente— elija unilateralmente el foro y la ley más conveniente a sus intereses. Esto ocurre en los contratos entre comerciantes, y no sólo en los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados⁶⁶.

Amparar estas situaciones no parece estar en la base de la autonomía de la voluntad conflictual ni en la opinión de sus defensores. Por el contrario, desnaturaliza el concepto mismo de autonomía de la voluntad conflictual, que es la facultad que el legislador —nacional o internacional— otorga a las partes de un contrato internacional de elegir la ley que regulará su contrato y/o el juez (o árbitro) competente para entender en cualquier diferendo que surja respecto de dicho contrato. Se trata, en esencia, de un acuerdo entre dos partes, no de una decisión unilateral⁶⁷.

3. La realidad práctica

Lo que se observa en la realidad práctica es que la parte que emite unilateralmente las condiciones generales en los contratos de adhesión elige la ley y el juez más conveniente para sus intereses, que suelen ser inconvenientes para la otra parte. Por ejemplo, a quien ofrece el bien o servicio, le será más conveniente la ley con límites de responsabilidad más bajos, con plazos de prescripción más breves para entablar reclamos, mientras que para el comerciante que adquiere el bien o servicio en modalidad de contrato de adhesión le convendrá exactamente lo contrario, es decir, una ley que no establezca límites de responsabilidad, o los fije en montos altos, y que establezca plazos de prescripción extensos⁶⁸.

⁶⁵ <https://bit.ly/49315QY>, p. 44.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

En cuanto a la jurisdicción, a quien ofrece el servicio o el bien le convendrá elegir un foro cercano a su domicilio o establecimiento, y a la vez lo más lejano posible del domicilio o establecimiento de su contraparte, para desalentar posibles reclamos. Nótese que si bien en los contratos internacionales donde se manejan cifras enormes esto puede resultar irrelevante, en un gran número de contratos internacionales los reclamos por incumplimiento —total o parcial— del contrato son por montos que no ameritan litigar en foros lejanos, lo que genera para el comerciante que compró el bien o servicio una denegación de justicia lisa y llana, por resultarle imposible en la práctica acceder a su “*day in court*”⁶⁹.

4. Recomendaciones y posibles buenas prácticas

Luego del extenso Informe reseñado *supra*, el documento del CJI ofrece “Recomendaciones y posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con una parte contractualmente débil”⁷⁰, a las que nos remitimos. 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.

Conclusiones

Si bien es indiscutible que la admisión de la autonomía de la voluntad en materia conflictual en los arts. 45 y 60 de la LGDIPr como regla general para la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente, respectivamente, constituye una novedad importante con respecto al sistema anterior (arts. 2399, 2401 y 2403 CC), surge del análisis anterior que esto no constituye una novedad absoluta.

El art. 2403 in fine del CC admitía, y el art. 5 inc. 2º del Protocolo Adicional a los tratados de Montevideo de 1940 admite, que las partes puedan elegir la ley aplicable y la jurisdicción competente cuando la ley remitida por la norma de conflicto o una norma especial del orden jurídico del juez lo permitan.

El Protocolo de Buenos Aires de 1994 admite la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de la jurisdicción.

Además de las referidas disposiciones, en los hechos, cuando ambas partes concurren al juez elegido por ellas en el contrato, el juez asumirá competencia y aplicará el derecho elegido siempre que las cláusulas respectivas sean válidas de conformidad con su sistema de DIPr.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 81-86.