

Vulnerables y autonomía de la voluntad en los contratos internacionales



*Christian Pablo González Johansen**

Vulnerable es quien puede ser herido o recibir lesión, física o moral.¹ Desde una perspectiva jurídica, el adjetivo es aplicable a quien puede sufrir una afectación en el goce de sus derechos subjetivos. ¿Cuál es la función del derecho en relación con los sujetos vulnerables?

En su función paradójica, el derecho tanto puede perpetuar las situaciones de vulnerabilidad como dar lugar a su superación. En palabras de Carlos María Cárcova: “el papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social” (Caputo, 2023: 16).

La consagración de la libertad de contratación como un valor supremo está íntimamente asociada al pleno goce del derecho de propiedad, que “tiene una matriz protectoria muy fuerte en nuestro sistema jurídico” (Caramelo, 2015: 106). Pero ¿qué sucede cuando esa libertad enfrenta los intereses de quienes son vulnerables y los de quienes objetivamente están en una situación privilegiada, con aptitud para vulnerar los derechos de otros?

Para Dworkin, el derecho es un dispositivo cuya finalidad es garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno (Noguera, 2015). La libertad de contratación

* Docente UNPAZ.

¹ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española <https://dle.rae.es/vulnerabilidad?m=form>

aparece entonces como un bien jurídico a tutelar frente a la omnisciente intervención estatal en las relaciones entre particulares. Pero en ocasiones, el pleno ejercicio de esa libertad puede exponer a una de las partes, la vulnerable, a los abusos de la otra.

Las situaciones de vulnerabilidad se agravan cuando las situaciones se internacionalizan. Por ejemplo, que una parte se vea obligada a litigar ante tribunales que no corresponden a los de su domicilio se torna más gravoso cuando ello ocurre en otro país, en otro idioma, bajo otras normas.

En consecuencia, ¿son compatibles la libertad de contratación y la protección de los vulnerables en el derecho internacional privado?

Derecho internacional privado y justicia sustancial

“El Derecho internacional privado es la disciplina que procede al estudio de las situaciones jurídicas de derecho privado, cuando éstas, en virtud de sus sujetos, objeto y forma, toman elementos extranjeros” (Pardo, 1975: 9). Situaciones de derecho privado, como contratos; con elementos extranjeros, por ejemplo, que las partes tengan domicilios en diversos Estados o que las prestaciones se cumplan en distintos países.

La función del derecho internacional privado (DIPr) “consiste en aportar, o en contribuir a aportar, una reglamentación adecuada a las cuestiones suscitadas por las situaciones multinacionales” (Boggiano, 2015). Ello “requiere contemplar tres cuestiones básicas [...], la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y la cooperación jurisdiccional internacional. Hay que tener en cuenta los distintos tipos de normas que utiliza el DIPr y considerar las distintas fuentes donde se encuentran esas normas” (Noodt Taquela, 2015: 1).

La determinación de la jurisdicción internacional supone la búsqueda de los tribunales de un Estado que resuelvan el caso multinacional, a falta de un tribunal supranacional; la determinación del derecho aplicable, la aplicación de un tratado o en su defecto, del derecho de un Estado para regularlo; la cooperación jurídica es la que se prestan organismos de diversos Estados para hacer posible la solución del caso.

La visión clásica del DIPr lo limitaba a una función meramente instrumental: la determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable, desentendiéndose de la solución sustancial del caso, con la única excepción de la afectación del orden público internacional del foro o de normas de policía. Boggiano afirma que en la actualidad la disciplina procura la justicia material en el caso concreto: “Lo decisivo es realizar una justa solución uniforme. Es necesario que reine la justicia en la solución sustancial del caso” (Boggiano, 2015).

La determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable está a cargo del legislador, ya sea convencional (en tratados) o de un Estado (fuente autónoma). Las normas de jurisdicción asignan competencia en la esfera internacional a los tribunales de uno u otro Estado mediante foros o criterios

atributivos. Las de derecho aplicable pueden responder a tres métodos normativos: sustancialista o material, conflictualista o indirecto, exclusivista o de autolimitación (Argerich, 2016).

Libertad de elegir la jurisdicción y el derecho

En algunos casos, las normas pueden dejar la determinación de la jurisdicción y la regulación de las relaciones jurídicas en manos de los particulares, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Así, los particulares pueden elegir los tribunales judiciales de un Estado para resolver su controversia o hasta determinar un método alternativo de solución, como un arbitraje o una mediación internacionales.

También pueden regular materialmente sus relaciones, en ejercicio de la autonomía de la voluntad material; y elegir el derecho de un Estado para regularlas, mediante la autonomía de la voluntad conflictual.

Es en materia contractual donde la autonomía de la voluntad adquiere un rol central. De hecho, la libertad de contratación aparece como el fundamento mismo de la institución: “La fuerza obligatoria del contrato llega como consecuencia de la libertad, y a esa libertad le sigue, digamos que como su antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato” (González, 2004). En términos de Vélez Sarsfield, “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197, Código Civil).

En su redacción actual (reformado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023), el Código Civil y Comercial precisa: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva” (art. 958, CCCN).

La libertad de contratación solo aparecería limitada por normas expresamente imperativas, interpretadas restrictivamente. Es una norma imperativa la contenida en el artículo 2654 del CCCN, relativa a las relaciones de consumo: “En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”. Sobre la misma materia, en cambio, no existe una prohibición expresa a la elección del derecho aplicable. Si bien el artículo 2651 del CCCN, que consagra la autonomía de la voluntad material y conflictual en materia contractual, expresamente concluye: “Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”, la regulación específica del derecho aplicable a los contratos de consumo (art. 2655, CCCN) nada dice al respecto.

También es una norma imperativa la que en el Código de Navegación limita la facultad de elegir la jurisdicción internacional en contratos de fletamento y utilización de buques: “en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos” (art. 614, Código de Navegación).

La razón por la que en estos contratos el legislador previó normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad obedece a la presunción de la disparidad de las partes: en relación con el proveedor o prestador, el consumidor se encuentra en situación de vulnerabilidad; del mismo modo que el cargador en relación con el transportista. Esto se agrava en los contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas, en las que una de las partes impone las condiciones y la otra parte solo puede aceptar o rechazar celebrar el contrato. Es claro que una de las partes no tiene la libertad de determinar el contenido, en los términos del artículo 958 del CCCN.

Los contratos con consumidores y los de transporte por buque no son los únicos en los que se presenta esta disparidad entre las partes. Ocurre lo mismo en los contratos de trabajo, donde el empleador establece las condiciones y el trabajador no tiene otra posibilidad que aceptar o rechazar, en ocasiones apremiado por necesidades básicas propias y de su grupo familiar. Sin embargo, la fuente interna, es decir la Ley de Contrato de Trabajo, no tiene normas imperativas que prohíban la elección de la jurisdicción internacional o del derecho aplicable.

Lo mismo ocurre con otros contratos típicamente celebrados mediante cláusulas predispuestas, como el contrato de seguro, el contrato de transporte terrestre o aéreo. Incluso y como se ha dicho, en relación con el derecho aplicable a los contratos de consumo tampoco hay una prohibición expresa al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Fuentes convencionales

En el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual permite pactar jurisdicción judicial o arbitral, “siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva” (art. 4). Pero el propio Protocolo excluye de su ámbito de aplicación material contratos en los que suele presentarse disparidad entre las partes, como los contratos de seguridad social, administrativos, laborales, de venta al consumidor, de transporte y de seguros (art. 2).

Fuera de esas modalidades contractuales, se excluiría todo acuerdo de elección de foro que una de las partes le haya impuesto a la otra, que no pudo prestar válidamente su consentimiento.

Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 fueron sumamente restrictivos a la autonomía de la voluntad. Los de Derecho Comercial y de Derecho Civil de 1889, ni siquiera prevén la posibilidad de que las partes elijan la jurisdicción internacional y el derecho aplicable. Se trató de una omisión deliberada, tal como surge del acta de la sesión del 28 de enero de 1889, donde consta el dictamen de mayoría de la Comisión de Derecho Civil: “El Señor Doctor Quintana dijo: que la Comisión abrigó por algún tiempo la idea indicada por el Señor Presidente, pues creía que, en efecto, podía empezarse el título con la declaración de que las partes estaban en libertad de adoptar la ley que hubiera de regir la forma, existencia, etc., del contrato. Pero ella volvió sobre esa idea teniendo presente que tal libertad no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones de orden público

relativas a los contratos y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley. Ahora bien, teniendo que escogerse esa ley, ella no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones. Debo agregar, dijo, que el Señor Doctor Ramírez tuvo la deferencia de aceptar las ideas de la Comisión”.

Cecilia Fresnedo destaca que el propio Gonzalo Ramírez, jurista uruguayo impulsor del congreso en Montevideo y redactor del proyecto debatido, aceptó como un error de su parte proponer la autonomía de la voluntad (Fresnedo, 2004: 329).

El Tratado de Derecho de la Navegación de 1940 prohíbe prorrogar jurisdicción en contratos de fletamento y de transporte por buque (art. 27). El de Derecho Civil del mismo año, solo permite la prórroga de jurisdicción “si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta” (art. 56).

Sobre la posibilidad de pactar jurisdicción en otras materias y de elegir el derecho aplicable, el artículo 5 del Protocolo Adicional expresa: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. Como hemos sostenido, “la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina y de la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en Paraguay, ambas de 2015; y la flamante Ley General de Derecho Internacional Privado en Uruguay, en marzo de 2021, actualizaron al TMD Civ, que ahora recepta plenamente la autonomía de la voluntad conflictual en materia contractual” (González Johansen, 2022b: 80). Claro está, “en la medida que lo autorice dicha ley”.

Libertad y verdadero consentimiento

De lo dicho hasta aquí, puede advertirse que en buena parte de los contratos en los que se presume que una de las partes se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto de la otra, tanto las fuentes convencionales como la interna guardan silencio sobre la posibilidad de elegir la jurisdicción internacional y el derecho aplicable, lo que generalmente ha sido interpretado como una prohibición. Ello, en la suposición de que la jurisdicción y el derecho indicados por las normas, generalmente el local, redundará en una mayor protección de los intereses del vulnerable, lo que no siempre se corresponde con la realidad.

Sin embargo, en no pocas ocasiones el interés de la parte vulnerable puede resultar favorecido en una jurisdicción distinta a la local y por la aplicación de un derecho extranjero. Por cierto que la administración de justicia argentina no necesariamente será la más eficiente y expeditiva, ni que las normas locales presenten los más altos estándares de protección a los consumidores, razón por la cual puede que un consumidor domiciliado en Argentina prefiera que su controversia con un proveedor extranjero la resuelva un tribunal extranjero, aplicando un derecho extranjero. Simplemente porque son las condiciones que más le favorecen, aunque su elección haya sido impuesta por el proveedor.

Ejemplo de ello lo vemos en la Unión Europea. El Reglamento N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil enumera entre sus propósitos la protección de la parte más débil “mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales” (cons. 18) y una autonomía de la voluntad limitada en favor del trabajador (cons. 19). Por su parte, el Reglamento N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) pretende garantizar la aplicación de las normas imperativas del país de la residencia del trabajador (cons. 34) y el ejercicio de la autonomía de la voluntad solo en beneficio del trabajador (cons. 35).

En nuestra fuente interna, el criterio favorable a la parte débil de la relación lo receptaba el artículo 17 de la Ley N° 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, mediante una norma de conflicto o indirecta (Argerich, 2016: 52), con una orientación material: “Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja”.

Lamentablemente, tal orientación material fue eliminada por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, sobre cuya dudosa constitucionalidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha expedido. Subsiste en relación con los contratos de trabajo en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo (20744) y en relación con los contratos de consumo (art. 1094, CCCN).

La aplicación de la norma más favorable a la parte débil de la relación, entre la norma autónoma creada por las partes y la norma general creada por el legislador, parece como una sabia orientación para juzgar la validez o invalidez de la elección de la jurisdicción y del derecho aplicable en un contrato con una parte vulnerable: según conduzca a la solución sustancial más favorable a la parte débil de la relación.

Tal principio puede extenderse incluso a los contratos en los que no se presume tal disparidad entre las partes, pero que en el caso concreto puede acreditarse que no ha habido verdadera negociación del pacto de jurisdicción o de la elección del derecho aplicable, o en el que se han impuesto regulaciones materiales que afectan irrazonablemente el equilibrio de las prestaciones en perjuicio de una parte vulnerable. Lo que en términos del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual implicaría un acuerdo obtenido de manera abusiva (art. 4).

Ello exige de los tribunales una función que no es la mera aplicación mecánica de las normas, típica del “juez burócrata e indolente” (Caramelo, 2015: 101); sino asumir “un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables”. Esto es, el cumplimiento de un “activismo”, de un despliegue de creatividad y actividad para “la satisfacción de las normas constitucionales y convencionales” y los derechos que consagran a los más vulnerables. Un juez “convencional” (Caramelo, 2015: 111).

Referencias bibliográficas

- Albornoz, M. (2009). El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, 42(125).
- Argerich, C (2016). El método del derecho internacional privado: visión en el siglo XXI. En A. Amaral Junior y L. Vieira, *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad* (pp. 57-81). Bogotá: Ibáñez.
- Boggiano, A. (2015). *Derecho internacional privado y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Caputo, J. (2023). Presupuestos epistemológicos de las corrientes críticas del derecho. *Revista de Abogacía*, (12).
- Caramelo Díaz, G. (2015). Activismo judicial y derechos sociales. *Pensar en Derecho*, (6).
- Fresnedo, C. (2004). *Curso de derecho internacional privado* Fundación de cultura universitaria.
- González, J. y Tinti, G. (2004). *Teoría general de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Abaco.
- González Pereira, O. (2018). El contrato de trabajo internacional: el impacto del Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica Argentina La Ley*.
- González Johansen, C. (2022). La autonomía de la voluntad en el art. v del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo. La fórmula de la eterna juventud del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 en materia contractual. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (16), 66-81. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com>
- Noguera, G. (2015). Una aproximación al concepto de derecho, SAIJ. Recuperado en <https://www.saij.gob.ar/german-luis-noguera-una-aproximacion-al-concepto-derecho-dacf150110-2015-02-11/123456789-0abc-defg0110-51fcanirtcod>
- Noodt Taquela, M. (2003). Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. En D. Fenández Arroyo (coord), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía.
- Noodt Taquela, M. (2015). *Herramientas básicas del derecho internacional privado*.
- Noodt Taquela, M. (2017). Contratos comerciales internacionales: cuestiones que plantean. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 461-494.
- Pardo, A. (1975). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ed. Abaco.