




ANÁLISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

ANALYSIS ON THE PARTIES AUTONOMY IN INTERNATIONAL CONTRACTING BEFORE THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE ARGENTINE NATION

Adriana Margarita Porcelli¹

 <https://orcid.org/0000-0002-5192-5893>

Universidad Nacional de Luján

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el 1° de agosto del 2015, incorporó normas sobre contratos internacionales, en coordinación con los sistemas de otros Estados y de las Convenciones Internacionales en la materia. El objeto del presente trabajo consiste en explicar y analizar la recepción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de negocios internacionales en dicho cuerpo normativo. Para cumplir con dicho objetivo, la metodología adoptada se basó, en primer lugar, en la descripción del marco conceptual y en segundo, en el análisis hermenéutico de los artículos del nuevo Código teniendo en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia actual. Finalmente se concluye que la regulación en materia de contratación internacional es positiva, especialmente en materia de contratos de consumo internacional. No obstante, se formulan sus principales limitaciones y se aportan posibles soluciones.

Palabras Clave: Argentina, Contratación Internacional, Autonomía, Derecho Interno.

Abstract: *The Civil and Commercial Code of the Argentine Nation, in force since August 1, 2015, incorporated rules on international contracts, in coordination with the systems of other States and International Conventions on the subject. The purpose of this paper is to explain and analyze the reception of the principle of autonomy of will in international business matters in said regulatory body. To meet this objective, the methodology adopted was based, first, on the description of the conceptual framework and secondly, on the hermeneutical analysis of the articles of the new Code, considering the development of current jurisprudence. Finally, it is concluded that the regulation regarding international contracting is positive, especially regarding international consumer contracts. However, its main limitations are formulated, and possible solutions are provided.*

Keywords: *Argentina, International Contracting, Autonomy, Internal Law.*

INTRODUCCIÓN

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, incorporó, en el Título IV del Libro Sexto, disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado. Concretamente en materia de contratación internacional, frente a la internacionalización de las relaciones jurídicas, las nuevas tecnologías y el rol de los contratos como instrumentos idóneos en los negocios jurídicos internacionales. Este Código, constituye un cuerpo normativo pluricultural que

recoge la realidad actual argentina. Es decir, un Estado Latinoamericano, abierto a todas las personas del mundo como factor de integración de los microsistemas del derecho privado. Y a la vez, un país inserto en un contexto mundial de integración, globalización y de negocios internacionales entre diferentes países con diversas culturas y modalidades de comercialización, en un mundo hiperconectado, con predominio de las tecnologías de la

¹ Académica, Universidad Nacional de Luján, Luján, Argentina. Magister en Relaciones Internacionales, Universidad Maimónides, Argentina. e-mail: adporcelli@yahoo.com.ar.



información y comunicación, que producen un intercambio frecuente y ubicuo entre las regiones más alejadas del planeta. Realidad actual que, el anterior Código decimonónico, ni siquiera pudo imaginar.

Este nuevo Código unificado contiene una regulación general y autónoma, aunque incompleta del Derecho Internacional Privado Argentino en sus últimos setenta y siete artículos, contenido en el Libro Sexto Disposiciones comunes a los derechos personales y reales, Título IV Disposiciones de derecho internacional privado. Lo trascendental de la reforma es que dicho cuerpo normativo no contiene la totalidad del sistema de Derecho Internacional Privado Argentino por diversas razones. Fernández Arroyo (2014) destaca que, por un lado, la dimensión internacional no puede incluirse dentro de un Código nacional, ya que comprende los Tratados Internacionales. Y por otra parte, no todas las leyes internas de Derecho Internacional Privado Argentino están contenidas en este Código Civil y Comercial porque no sólo las cuestiones civiles y comerciales pueden enmarcarse en el contenido de esta materia sino también otras de tipo laboral, penal, notarial, tributario, procesal, navegación aérea y marítima, propiedad intelectual, entre otras. Por tanto, se hace necesario acudir a las respectivas leyes especiales.

El presente artículo desarrolla la regulación del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino tanto en la jurisdicción competente como en el derecho aplicable. Para abordar el tema, el mismo se divide en tres partes, las dos primeras son descriptivas y la tercera consiste en un análisis hermenéutico. La primera relaciona la temática con la jerarquía de fuentes, la segunda desarrolla la teoría general de la autonomía de la voluntad

y la tercera, explica la recepción en el nuevo Código de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional.

Es de destacar lo trascendental de la reforma, en especial en materia de los negocios internacionales que da respuesta a lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia más moderna vienen pregonando. Y, a tales efectos, otorga mayor certeza y seguridad jurídica para el desarrollo del comercio transfronterizo y externo, así como la realización de los intereses de las partes. Por ejemplo, Dreyzin de Klor & Ellerman (2014) enfatizan la importancia que adquiere para Argentina contar con una regulación acorde a los tiempos, debido a la internacionalización de las relaciones jurídicas, los procesos de integración, el auge de la cooperación judicial internacional y el incremento de intercambios comerciales de envergadura y desarrollos industriales en las más diversas áreas. Y concluyen que no sólo se ha actualizado, sino que además ha mejorado el sistema contractual internacional, teniendo en cuenta la complejidad de los problemas contemporáneos. En coincidencia, Vieira (2017) concluye que la posición favorable al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales responde a las expectativas de los empresarios que, al contratar, quieren tener la seguridad jurídica en cuanto a que su voluntad será respetada por el juez argentino.

Masud (2016) destaca la importancia jurídica que significa que se hayan contemplado por primera vez en el derecho internacional privado de fuente interna los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional. Sin embargo, Gómez Corte (2016) considera que el legislador no logró efectivamente unificar el derecho comercial con el civil en esta materia y que reguló muy tímidamente los usos y costumbres comerciales.



JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El artículo 1 del Código Civil y Comercial (Fuentes y aplicación) se ubica como integrante de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, esto es la Constitución Nacional y los once Tratados sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, expresamente mencionados en la Carta Magna (artículo 75 inc. 22), que se conoce bajo el nombre de “*bloque de la constitucionalidad federal*”. Los demás Tratados sobre Derechos Humanos para gozar de jerarquía constitucional deben obtener el voto afirmativo de la mayoría calificada de ambas cámaras. Además, el mismo inciso establece, como principio general, que todos los tratados internacionales, incluidos los Tratados de Derechos Humanos que no obtuvieron jerarquía constitucional, tienen jerarquía superior a las leyes, es decir, en caso de conflicto entre ambos, el tratado siempre prevalece. En base a lo expuesto *ut supra*² dentro de los Tratados hay que diferenciar los generales – que son los que regulan los derechos humanos y que tienen incidencia en el Derecho Internacional Privado- de los especiales o específicos que tienen jerarquía suprallegal y que reglamentan cuestiones propias de esta materia. No se puede dejar de señalar que la aplicación de estos Tratados Internacionales específicos dependerá de otras circunstancias, a saber: de la cuestión o materia que regula el tratado-ámbito de validez material-, que todos los Estados conectados por esa relación multinacional hayan ratificado dicho instrumento internacional-validez espacial- y que se encuentren en vigor-ámbito de validez el temporal.

Entonces, muchas veces el juez argentino, al tener que resolver un caso con elementos

extranjeros y vinculados con dos o más Estados soberanos se encuentra con normas de fuente interna y normas de fuente internacional o convencional que reglamentan la misma situación, pero con soluciones diferentes. Para aliviar estas inconsistencias, Jayme (1995) propuso un método denominado diálogo de las fuentes. En síntesis y partiendo de la base de la pluralidad de fuentes en el Derecho Internacional Privado, el diálogo de fuentes consiste en la aplicación simultánea, coherente, complementaria y coordinada de todas las fuentes legislativas, tanto internacional como interna convergentes. Solamente cuando se verifica que la contradicción entre la norma jurídica federal y alguna norma contenida en un Tratado es insuperable, se elimina la norma incompatible. Esta supuesta incompatibilidad nunca es en abstracto, Iud (2013) enseña que se realiza en cada caso en concreto, por tanto, lo que se comprueba es si la aplicación de ésta al caso concreto es incompatible, salvo las normas que no presentan posibilidad de atenuación.

En consecuencia, el artículo 1 del Código Civil y Comercial establece expresamente la pluralidad de fuentes del Derecho y específicamente, en materia de Derecho Internacional Privado, el artículo 2594: Normas aplicables y el artículo 2601: Fuentes de jurisdicción exteriorizan las fuentes principales de dicha rama del Derecho.

Textualmente el artículo 2594: Normas aplicables reza:

Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales

² *Ut supra* es una expresión latina que significa literalmente “como arriba”. Se emplea en ciertos documentos para referirse a una fecha, cláusula o frase

escrita más arriba y evitar la repetición de lo que se ha dicho anteriormente en un documento.



vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna. (Código Civil y Comercial, 2014, p. 446).

Esta norma da prioridad a los tratados por sobre la ley interna, reafirmando la preeminencia de

TEORÍA GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Delimitación del tema

En primer lugar, es importante caracterizar a los contratos internacionales ya que la libertad de las partes en una contratación internacional es mucho más amplia -aunque no absoluta- que, en los contratos nacionales, que son los que no presentan ningún elemento extranjero, que se encuentran conectados a un solo Estado y, por lo tanto, sujetos a un único ordenamiento jurídico. No obstante, en el ámbito internacional no cualquier elemento extranjero es apto para transformar un contrato en internacional. Para calificarlo, hay que analizar el criterio adoptado por el legislador, que no es el mismo en todas las legislaciones que ese contrato pone en contacto.

El Código Civil y Comercial vigente no define expresamente al contrato internacional. Del juego de sus normas, se puede afirmar que, para el derecho argentino de fuente interna, un contrato es internacional cuando el elemento

las normas de fuente internacional, siguiendo la corriente de las legislaciones más modernas, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, la Constitución Nacional y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

extranjero es el voluntario o conductista, es decir, se celebra en un Estado para ser ejecutado o cumplido en otro, similar a lo establecido por los Tratados de Montevideo de 1889³ y de 1940⁴. Además, en materia de contratos internacionales, Argentina es Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986, esta última no está vigente, que tampoco lo definen, pero en el ámbito de aplicación disponen que será aplicable cuando las partes tienen establecimientos comerciales en diferentes Estados.

En conclusión, para el derecho argentino, tanto de fuente interna como convencional, un contrato es internacional cuando el elemento extranjero es el voluntario o conductista, se celebra en un Estado para ser ejecutado en otro

³ Los Tratados de Montevideo de 1889 son ocho tratados y un Protocolo Adicional. Ellos son: Tratado de Derecho Civil Internacional, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tratado de Derecho Comercial Internacional, Tratado de Derecho Procesal Internacional. Tratado sobre Patentes de Invención, Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica y Tratado sobre Ejercicio de Profesiones Liberales. Todos fueron aprobados por Argentina por Ley 3.192, además de Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Actualmente en vigor.

⁴ Los Tratados de Montevideo de 1940 son ocho Tratados y un Protocolo Adicional fueron aprobados en su totalidad

por Uruguay y Paraguay y actualmente se encuentran en vigor. Ellos son: Tratado de Derecho Civil Internacional, Tratado de Derecho Procesal Internacional. El Tratado de Derecho Penal Internacional fue desdoblado en dos: el de Derecho Penal Internacional y el de Refugio y Asilo Político. De igual manera, el Tratado de Derecho Comercial también fue desdoblado en Comercial Terrestre y Comercial Marítimo, Tratado sobre Propiedad Intelectual y la Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales. Argentina aprobó por Dec. Ley N° 7771/56 y Dec. Ley N° 468/63 casi todos, menos el Tratado de Derecho Penal, el Tratado sobre Refugio y Asilo Político y el Tratado sobre Propiedad Intelectual.



o cuando las partes tienen establecimientos comerciales en diferentes Estados. Así es considerado como un contrato objetivamente internacional, ya que las partes no tienen atribución para transformar un contrato interno en internacional (Feldstein de Cárdenas, 1995).

En segundo lugar, y frente a un contrato internacional que conecta ordenamientos jurídicos vigentes en diferentes Estados, no se le aplica un único derecho sino que se descompone la relación jurídica compleja en sus diferentes elementos y con caracteres propios, siguiendo el método analítico-analógico del jurista alemán Federico Carlos de Savigny, -también denominado Regla de Solución-, y a cada uno le aplica el derecho más conforme a la naturaleza propia y esencial, lo que se obtiene indagando la sede o el asiento de la relación jurídica (Biocca, Feldstein de Cárdenas & Basz, 1990). De la lectura del artículo 2595: Aplicación del Derecho Extranjero, en el inciso c. establece “*si diversos derechos sean aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica...*” se deduce que adopta el método de Savigny, ya que cada elemento se regirá por su propio derecho. En consecuencia, se debe diferenciar:

a) La capacidad de los contratantes que se rige por las reglas generales sobre la capacidad de las personas. En el Código Civil y Comercial, en el artículo 2616 afirma que la capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio. En cuanto a las personas jurídicas, el artículo 147 se refiere expresamente a las personas jurídicas públicas y somete su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, a las leyes de su constitución. Por su parte, en el artículo 150, diferencia las personas jurídicas privadas entre las constituidas en Argentina, que les aplica el derecho argentino, y las constituidas en el extranjero,

que remite a la ley general de sociedades argentina.

b) La validez extrínseca, la forma y que constituye su manifestación exterior, se encuentra regulado en el artículo 2649. Como principio general, dispone que la forma de los actos jurídicos se rige por la regla “*locus regit actum*”, ley del lugar de celebración, salvo que la ley de fondo exija una determinada calidad formal, y

c) La validez intrínseca, que es el fondo del contrato, objeto del presente trabajo, el cual será desarrollado en el próximo apartado.

En materia de contratación internacional, el juez local debe aplicar no sólo sus normas de Derecho Internacional Privado, sino el denominado Derecho Contractual Internacional, reconocido a nivel internacional y nacional. Éste último derivado del juego de los siguientes artículos del Código Civil y Comercial: artículo 2651 Autonomía de la voluntad. Reglas, primera parte, artículo 2594: Normas aplicables, ya explicado, artículo 2650: Jurisdicción y del artículo 2652: Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes, en el siguiente orden ya que el efecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad es desplazar la aplicación del derecho normalmente competente:

1) En primer lugar, la legislación y jurisdicción que las partes hayan preseleccionado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad o libertad de contratación en el orden internacional, es decir la construcción material y conflictual de las cláusulas de las partes fruto de las negociaciones. Al utilizar términos usuales en la contratación internacional pueden aplicar los usos y costumbres, la propia práctica empresarial y en especial los



Principios de UNIDROIT⁵ sobre Contratos Comerciales Internacionales, versiones 1994, 2004, 2010 y 2016, con sentido integrador e interpretativo y las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios de UNIDROIT del 2013. Y las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, que no son *hard law*, es decir tratados internacionales obligatorios, sino *soft law*⁶. Es necesario aclarar que esa preselección se debe efectuar dentro de los límites permitidos por la ley, es decir no debe existir algún impedimento serio que torne ineficaz o inválida dicha la elección. De lo contrario

conduciría al “contrato sin ley”, es decir sustraer al contrato de cualquier control de legalidad, así se expresó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 1995, en el caso “*Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres*”

2) En su defecto y, en segundo lugar, por la determinación de la ley aplicable y jurisdicción competente efectuada en la normativa de fuente internacional según el ámbito de validez material.

3) Por último y en caso de ausencia de tratados internacionales por la regla de conflicto de la legislación interna.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASES

El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales es ampliamente aceptado en la mayoría de las legislaciones nacionales, convenciones internacionales, en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional (Masud, 2016). Sin embargo, desde su formulación en forma sistemática por la doctrina internacionalista más autorizada a fines del siglo XIX⁷, sufrió sucesivas etapas hasta su consagración actual, extensa en materia internacional, reconociendo limitaciones.

La autonomía de la voluntad se relaciona con las libertades del hombre y, en términos generales, se la define como fuente creadora de derechos.

Textualmente, Feldstein de Cárdenas (2000) afirma que *es un "órgano creador de derecho"*. (p. 344). Este mismo concepto, según Biocca (2004), se entendió de dos maneras:

a) Concepción subjetiva o amplia: la voluntad es fuente originaria de derechos, independiente de cualquier orden jurídico nacional o internacional. Sus características son que es absoluta e ilimitada, por lo tanto, el contrato es la única ley y no reconoce ningún orden jurídico.

b) Concepción objetiva o estricta: la voluntad es fuente derivada de derechos, dependiente del orden jurídico que la

⁵ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización independiente intergubernamental con sede en Roma, su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado.

⁶ La expresión *soft law*, es decir ley blanda, designa a determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica y a diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional.

⁷ En el siglo XVI encontramos los primeros postulados en defensa de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia de contratos internacionales en la obra de Charles Doumoulin. El primer autor que utiliza la expresión autonomía de la voluntad fue Weiss, en 1886 y durante el imperio del individualismo jurídico dicho principio fue erigido como su principal bastión. Para profundizar en la evolución del concepto véase Ranouil, V. (1980) *L'Autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*. (Trabajo de Investigación) Universidad de Derecho de Economía y de Ciencias Sociales de París, Francia.



habilita y sus características son que el contrato está relacionado con una ley, recibe su potestad de ella y con los límites establecidos por ese ordenamiento.

A su vez, estas dos concepciones llevaron a la formulación de dos criterios de aplicación:

- a) Absoluto, ilimitado: coincidente con la concepción subjetiva, no reconociendo límites ni ningún control jurisdiccional.
- b) Relativo, limitado: si bien las partes pueden elegir la ley reguladora, entre otras cosas, esta regla reconoce excepciones y límites.

En cuanto a la manera de ejercerla en los contratos se puede diferenciar dos clases de autonomía:

- a) Autonomía conflictual: consiste en la facultad de las partes de preseleccionar el derecho aplicable a todo o parte del contrato, desplazando la ley establecida por el legislador.
- b) Autonomía material: consiste en establecer pactos o cláusulas del contrato en aspectos específicos, concretos, crear sus propias normas jurídicas y excluir las normas imperativas que serían aplicables en caso de no ejercerla. También pueden transcribir normas de uno o de varios derechos nacionales o internacionales o ser totalmente innovadores. Dentro de la autonomía de la voluntad material se puede distinguir la:
 - i) Autonomía material de primer grado o absoluta: las partes se someten a las estipulaciones materiales indicando expresamente que no se sujetarán a ningún derecho positivo determinado. A este tipo de contratos se los denomina contratos autorregulados o contratos sin

ley. Las partes pueden establecer cláusulas de internacionalización con la finalidad de sustraerse de los límites de los derechos nacionales, y si van asociadas con prórroga de jurisdicción en cabeza de tribunales arbitrales, podrían sobrevolar los derechos. Pero si el laudo arbitral no es voluntariamente cumplido y se solicita su ejecución forzada o se dicta una medida cautelar, es el juez competente el que debe ordenar la ejecución forzada o trabar los embargos correspondientes, en consecuencia y dependiendo de la amplitud de la *lex fori*, podrá el juez ejercer el control jurisdiccional del laudo arbitral o medida cautelar.

- ii) Autonomía material de segundo grado: las partes formulan estipulaciones materiales sin declarar su independencia de cualquier Derecho positivo.

En consecuencia y en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden:

- a) Elegir el derecho aplicable a todo o parte del contrato, autonomía conflictual.
- b) Construir sus propias normas sustanciales o materiales, autonomía material.
- c) Dentro de ellas adoptar cláusulas usuales del comercio internacional, por ejemplo, los modelos que publica la Cámara de Comercio Internacional.
- d) Adoptar los principios y reglas del ámbito comercial internacional, como los Principios de UNIDROIT.
- e) Combinación de la autonomía conflictual y la autonomía material de segundo grado.
- f) Prorrogar jurisdicción, es decir celebrar un acuerdo de elección del foro, elegir el juez competente o sustraer el caso de la jurisdicción nacional y someterlo a sus propios árbitros y procedimiento arbitral, denominado arbitraje libre o ad hoc u optar



por el arbitraje institucionalizado o administrado, es decir a un Centro de Arbitraje preestablecido.

g) No elegir y sujetarse al derecho y jurisdicción que surja de la aplicación de las normas de derecho internacional privado. No elegir es una forma de elección.

ANÁLISIS DE LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La autonomía de la voluntad con criterio relativo, tanto conflictual como material está expresamente reconocida en el Código Civil y Comercial en materia jurisdiccional y en el derecho aplicable.

Autonomía de la voluntad en la Jurisdicción Competente.

En cuanto al ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, está receptada en varios artículos del Capítulo 2: Jurisdicción Internacional. El artículo 2601: Fuentes de jurisdicción, establece un orden de prelación en cuanto a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, que no hace más que reiterar la primacía de los tratados internacionales. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos será atribuida, en ausencia de tratados internacionales y en la medida en que las partes no hayan celebrado un acuerdo de prórroga de jurisdicción.

En el artículo 2605: Acuerdo de elección del foro dispone: *“En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.”* (Código Civil y Comercial, 2015, p 448).

Del análisis de este artículo se infiere que el legislador faculta a las partes a prorrogar jurisdicción, denominada acuerdo de elección del foro, en jueces o árbitros fuera de la República, siempre que se den las siguientes condiciones:

a) Que la materia sea patrimonial e internacional: al decir internacional significa que el contrato debe ser objetivamente internacional para el Derecho argentino, lo que representa que la prórroga de la jurisdicción argentina por voluntad de las partes está vedada para las relaciones jurídicas puramente internas. Por patrimonial, se entiende que la norma no se aplica indistintamente a todas las materias, únicamente a las susceptibles de estimación económica, quedando excluidas materias como el estado y la capacidad de las personas, relaciones de familia, bienes fuera del comercio. A diferencia de lo establecido en este artículo, el derecho comparado brinda ejemplos del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materias no patrimoniales, por ejemplo la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado⁸, que asigna competencia a los tribunales venezolanos en los juicios sobre estado de las personas o las relaciones

⁸ Textualmente, el artículo 42 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado dispone: *“Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares: 1. Cuando el Derecho venezolano sea competente, de*

acuerdo con las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio; 2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República.” República de Venezuela. (1998) *Ley de*



familiares o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de dicho país.

La norma no expresa otras limitaciones a su ámbito de aplicación, ni de carácter temporal como tampoco ninguna vinculación entre el caso y el país del foro elegido, reconociendo que el hecho que motiva, en muchos casos, el ejercicio de la autonomía de la voluntad -sobre todo en el arbitraje- es precisamente la búsqueda de una jurisdicción neutral.

b) Que la prórroga no debe estar prohibida por la ley, como por ejemplo en el supuesto especial de los contratos de consumo que, en la última parte del artículo 2654: Jurisdicción, expresamente prohíbe los acuerdos de elección del foro, vale decir prohíbe la prórroga de jurisdicción.

c) Que los jueces argentinos no tengan jurisdicción exclusiva. En el artículo 2609: Jurisdicción exclusiva, enumera las causas en las que los jueces de Argentina son exclusivamente competentes, a saber: derechos reales sobre inmuebles situados en la República; validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino e inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales, siempre que se haya solicitado o efectuado en Argentina.

A su vez, esta norma está dirigida a los jueces argentinos, impidiéndoles ejercer jurisdicción cuando las partes la han excluido voluntariamente y siempre que se cumplan las condiciones impuestas por el Derecho argentino. En ese sentido, ella juega como una norma de jurisdicción negativa, sólo prevé la derogación de la jurisdicción argentina, pero nada dice respecto de la jurisdicción de los tribunales

argentinos cuando las partes se someten a ella. Una interpretación integral permite deducir que la autonomía de la voluntad también juega para designar como competentes a los jueces argentinos, ya que en el primer párrafo del artículo 2650, da por sobrentendida esa facultad de las partes en relación con los contratos. En igual sentido, la prórroga a favor de los tribunales argentinos está regulada en el art. 2607. La competencia de los tribunales argentinos con fundamento en la voluntad de las partes está establecida en el Código sólo de forma implícita. La jurisprudencia argentina consideró que el derecho argentino reconoce la facultad de las partes de acordar la prórroga de jurisdicción en árbitros que actúen en el extranjero, en cuestiones patrimoniales de naturaleza internacional, dentro de los límites fijados por ley (Rubaja, 2015).

En caso que las partes prorroguen jurisdicción, el artículo 2606: Carácter exclusivo de la elección el foro establece que el juez designado tiene competencia exclusiva, es decir crea una jurisdicción excluyente, hay un único juez competente que es el que establecen de común acuerdo las partes, por lo tanto, sólo pueden acudir al tribunal prorrogado. Si bien la norma se refiere exclusivamente al juez designado por las partes, la aplicación del artículo puede ser extensiva al árbitro por el juego de los artículos 2605 y 2607 los que se refieren indistintamente a jueces o árbitros.

No obstante, en caso de interponer una demanda ante otro juez, la demandada puede proponer la declinatoria y éste se debe declarar incompetente salvo que ellas decidan expresamente lo contrario.

En relación con la forma del acuerdo, en el artículo 2607: Prórroga expresa o tácita,

Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial N° 36.511, Caracas, Venezuela, 6 de agosto de 1998



diferencia cuando es expresa: si se establece en un convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden, admitiendo todo medio de comunicación. Y será tácita, para el actor, cuando entabla la demanda y, para el demandado, cuando la contesta sin oponer excepciones, así como cuando deje de hacerlo. La inclusión de tal expresión -"deje de hacerlo"-, obligaría al demandado ante un juez incompetente a presentar la declinatoria para quedar a salvo de lo que podría ser un acto de mala fe o un abuso procesal del demandante.

La incompetencia del juez es el presupuesto esencial para la configuración de la sumisión tácita y lo más lógico, en estos casos, es que el juez la controle de oficio. Cumplido el plazo previsto para la comparecencia del demandado sin que éste haya ejercido ese derecho, el juez debe rechazar la demanda ya que contradice el fundamento mismo de la norma, que es la expresión libre de la voluntad de las partes, situación que se agrava si al demandado le resulta difícil comparecer ante el juez argentino incompetente. Además, aunque el Código no lo mencione expresamente, el mismo fundamento hace que la sumisión tácita opere también cuando existe un acuerdo expreso de elección de foro, es decir la sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa anterior. En consecuencia, Fernández Arroyo (2014) concluye que la obligación de comparecer implícita en la expresión "deje de hacerlo", obligaría al demandado, que había acordado con el actor la sumisión a un tribunal extranjero o al arbitraje, a discutir sobre la competencia ante un juez argentino.

Autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable

La autonomía de la voluntad en cuanto al Derecho aplicable expresamente está reconocida

en la Sección 11° Contratos sin aclarar que sus normas se refieren a los contratos internacionales, ausencia criticada por algunos doctrinarios, tales como Uzal y Noodt Taquela (Rivera & Medina, 2014).

Sin embargo, se deduce que regula la contratación internacional ya que se encuentra ubicada en el Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado, en el artículo 2651: Autonomía de la voluntad. Reglas; el cual reza:

Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. (Código Civil y Comercial, 2015, p. 457).

A continuación, se analizará cada una de las disposiciones del enunciado general:

En primer lugar, reconoce o admite expresamente la autonomía de la voluntad conflictual al afirmar: "*Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes...*". Seguidamente deja en claro que tal posibilidad se limita a la validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones excluye la validez extrínseca o formas.

En cuanto a la forma de ejercerla, la elección debe ser manifiesta, comprendiendo la forma expresa y tácita. Será expresa cuando se evidencia en los términos del contrato, es decir, cuando las partes establecen una cláusula contractual específica eligiendo la ley a la cual lo someten o por medio de un convenio específico y tácita: cuando la selección resulta de las circunstancias del caso, no es presunta o hipotética, sino que se infiere del mismo contrato mediante elementos idóneos que revelen la voluntad cierta de las partes. Como hechos



reveladores pueden considerarse, por ejemplo, la utilización de un determinado idioma, la elección de esa ley en otras relaciones jurídicas entre las partes, el uso de figuras contractuales propias de un determinado ordenamiento jurídico o cuando el actor demanda invocando determinado derecho y el demandado contesta conforme al mismo derecho. En ese caso se considera que existe, en el proceso, un pacto tácito de disponibilidad del derecho aplicable.

En el supuesto que las partes prorroguen jurisdicción, es decir elijan en el contrato un juez competente, no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Así lo dispone, en el inc. “g. la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”, es decir que cuando las partes eligen un juez competente, importa elegir el Derecho Internacional Privado del juez, en definitiva, el Derecho Privado que resulta aplicable conforme a la norma indirecta del juez ante quien se prorroga jurisdicción.

La última frase se refiere a la extensión de la autonomía de la voluntad: “Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.” Esta frase se refiere a la posibilidad de elegir una sola ley para regular todo el contrato o también puede preseleccionar diferentes leyes para cada uno de los aspectos del contrato, opción conocida como *dépeçage*, corte o fraccionamiento del contrato. Las partes pueden elegir diversas leyes aplicables a las partes separables e independientes unas de otras del contrato. Tal facultad regirá solamente sobre las cuestiones enumeradas en la primera frase del artículo -validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones- no abarcando cuestiones tales como la capacidad de las partes o la forma, que están sometidas a reglas específicas. Anteriormente autores, como Lazcano (1965), se opusieron a esta última posibilidad aduciendo que atentaba contra la unidad del contrato, sin embargo, tanto la

doctrina como la jurisprudencia nacional (como por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos” “*Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José M*”, *Raij Kruchik, Abraham c. Banco Hipotecario S.A*” y *Financiera Ludicor S.A. c. Telecom Stet France Telecom S.A*) y extranjera terminaron aceptando tal posibilidad, que se ve reflejada en esta última frase.

Además, cuando las partes eligen una ley aplicable al contrato pero en una cláusula contractual material, desplazan en algunos aspectos la legislación elegida, por tanto, también constituye una forma de efectuar *dépeçage* subjetivo del contrato. Así lo afirmó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, en los autos “*Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro*”.

En consecuencia, las partes pueden, en cuanto a la extensión efectuar una elección total o unidad, que significa una misma ley para todos los aspectos separables de la validez intrínseca del contrato, o elección parcial o fraccionada, vale decir que a cada aspecto del contenido o fondo del contrato se le aplican diferentes leyes nacionales.

El artículo 2651 continúa:

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

a. en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; (Código Civil y Comercial, 2015, p. 457).

Este inciso se refiere al momento de elección de la ley aplicable y puede realizarse de dos



maneras: inicial o simultáneamente, vale decir en el mismo momento de la celebración del contrato ya sea en una cláusula contractual o Anexo, o posteriormente, siempre mediando acuerdo de partes. En este último caso, después de la celebración del contrato se puede elegir la o las leyes aplicables o modificar la ley elegida inicialmente en un convenio aparte, el cual tiene carácter accesorio, pero con dos limitaciones: que tal facultad no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros. Esta solución tiene por finalidad observar el principio de conservación del contrato con respecto a su existencia y prerrogativas de terceros, para quienes el contrato se regulará por la ley anterior, pero hasta el límite de protección de sus derechos adquiridos de conformidad con la anterior ley.

En cuanto a la autonomía material, está expresamente reconocida en los incisos c y e del artículo bajo análisis: *c. las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;*

En un contrato internacional las partes pueden, además de elegir el derecho aplicable, excluir las normas coactivas vigentes del derecho privado elegido, facultad que no pueden ejercer en un contrato interno. Y al decir normas coactivas exige distinguir entre éstas, normas de policía y el orden público internacional del juez. Así lo determinó la jurisprudencia en el caso “*Treviso, Pablo, S.A. y Otros c / Banco Argentino de Comercio*” del 31 de agosto de 1976 y en el caso “*Tactician Int. Corp. y Otros c / Dirección de Fabricaciones Militares*” (CSJN, 1994).

En el inciso *d. los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;*

Este inciso alude al *soft law*, principios que no provienen de ningún orden jurídico nacional ni internacional, que integran el contenido material del contrato si las partes así lo han establecido. Las costumbres o prácticas internacionales ampliamente difundidas y regularmente observadas en el comercio internacional fueron recogidas en los INCOTERM, forma abreviada de *International Commercial Terms*. Las mismas son un conjunto de reglas internacionales, que no tienen el valor jurídico de una ley o de un tratado, sistematizadas y actualizadas aproximadamente cada diez años por la Cámara de Comercio Internacional para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales que determinan, por ejemplo: el alcance del precio, el momento y lugar donde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador, el lugar de entrega de la mercadería, el que paga el transporte y el seguro, los documentos que debe tramitar cada parte y su costo.

También pueden considerarse como reflejo de la costumbre internacional los diversos modelos de contratos o cláusulas contractuales que publica la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, el modelo de cláusula de exoneración de responsabilidad por caso fortuito, el de contrato de agencia, el de contrato de construcción “llave en mano” de una planta industrial, el de contrato de franquicia internacional, entre otros.

Además, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, que proponen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales en todo el mundo, independientemente de las condiciones económicas y políticas de los países, pueden actuar como Principios Generales del Derecho o como *lex mercatoria*, así como servir de modelo para la legislación a nivel nacional o



internacional o para ser utilizados por los particulares en los contratos estrictamente internos o nacionales; excluyendo solamente de su ámbito de aplicación las llamadas operaciones de consumo.

Finalmente, los Principios sobre Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (Principios Europeos).

Sin embargo, tal facultad otorgada a los contratantes no puede llegar al extremo de producir la destrucción del negocio contractual configurando un contrato sin ley. Las partes siempre quedan sometidas, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a los límites establecidos por la legislación, que se desarrollarán en el próximo punto.

Finalmente, conforme la última frase los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados y los principios del derecho comercial internacional se aplicarán sólo cuando las partes los hayan concertado expresamente.

Esta última exigencia ha levantado voces en contra, tales como Amaya-citado por Uzal (2015)- Garro & Zuppi (2015) y Fernández Arroyo (2014) ya que colisionaría lo establecido por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (esta convención, en Argentina, tiene jerarquía suprallegal) en cuanto los usos y costumbres se consideran implícitamente incorporados a dicho contrato. (ONU 1980, artículo 9 (2)).

Uzal (2014) opina que hubiese sido preferible una fórmula más flexible. Consignar, por ejemplo, que se aplicarán los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados y los principios del derecho comercial internacional cuando las partes debieron, razonablemente, entender que se hallaban sujetas a ellas.

En sentido contrario Feldstein de Cárdenas (1994) al comentar el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993, en el artículo 945 referido a la prórroga de jurisdicción, parece referirse a la *lex mercatoria*. En ese caso alerta sobre su extensión e interpretación ya que su reconocimiento ilimitado podría llevar a la formulación de un tercer derecho anacional, un contrato sin ley, sustraído de todo control por parte de los derechos y de los jueces socavando el régimen contractual internacional.

Es de destacar la diferencia con los contratos internos, ya que, en el artículo 964 inciso c) del mismo cuerpo legal acepta los usos comerciales del lugar de celebración del contrato siempre que sean ampliamente conocidos y observados en dicho lugar y que su aplicación no sea irrazonable. A propósito de este artículo, Masud (2016) deduce que los usos y costumbres se encuentran contemplados en forma indirecta cuando las partes, en el ejercicio de la autonomía conflictual, preseleccionan el derecho argentino ya que el juzgador deberá aplicar el artículo 964 por la cual aquél será alcanzado por los usos comerciales del lugar de celebración aun no mediando cláusula expresa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas *ut supra*. Y va más allá ya que lo hace extensivo a cualquier derecho interno de un Estado que otorgue fuerza vinculante a los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional.

A continuación, se analizarán los límites a la libertad de contratación internacional reconocidos en el Código Civil y Comercial.

Límites a la autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial

En el artículo 2651 incisos b. e. y f. encontramos los límites establecidos en el Código Civil y Comercial Argentino, alguno de los cuales son



límites generales a la aplicación del derecho extranjero, no son exclusivos de los contratos internacionales. Por tanto, la autonomía de la voluntad no puede ser ejercida con alcance universal, ni sustraerse de las restricciones establecidas o someter la validez intrínseca únicamente a los principios del comercio internacional o a los principios generales del derecho.

El inciso e. dispone textualmente:

e. los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso; (Código Civil y Comercial, 2015, p. 457).

En este inciso encontramos subsumidos dos límites diferentes, a saber:

Orden Público Internacional o también denominado cláusula general de reserva: es un límite tanto para la autonomía conflictual, como para la autonomía material cuando violentan, vulneran o conculcan los principios fundamentales de la legislación argentina. En el orden público internacional siempre se protege al Derecho nacional contra disposiciones lesivas del Derecho extranjero o de las cláusulas contractuales y que tiene por efecto desplazar la ley preseleccionada por las partes o anular la cláusula lesiva. Como límite general a la aplicación del Derecho extranjero se encuentra en el Capítulo 1 Disposiciones Generales, artículo 2600: Orden público, adoptando la doctrina germana.

Normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata: también denominadas normas de policía. A diferencia del orden público internacional, en estas disposiciones, el juez argentino no tendrá que recorrer el camino de la norma indirecta y analizar si el Derecho extranjero es lesivo o no al Derecho patrio- *a posteriori*-, sino que ellas resultan aplicables de manera inmediata, necesaria, directa y a priori, excluyendo previamente toda otra norma independientemente de su carácter lesivo o no a los principios básicos de la legislación argentina. Son normas que el legislador por razones de índole político, social y económica autoelige el Derecho argentino y está interesado en resguardar.

Una disposición similar está prevista en el Capítulo 1 Disposiciones Generales, artículo 2599: Normas internacionalmente imperativas. Ambas normas comentadas distinguen las normas de aplicación inmediata argentinas que siempre son aplicadas por voluntad del legislador sin interesar el derecho que rija la cuestión, en forma automática y sin ninguna condición previa, de las internacionalmente imperativas del Derecho extranjero, sometidas a condición de presentar vínculos económicos preponderantes con el caso.

En consecuencia, esta disposición impone únicamente el cumplimiento de las normas de policía extranjeras que pertenezcan a un país con el cual el contrato presenta una conexión económica decisiva, de modo tal que las partes no puedan excluirlas con eficacia en la Argentina. Generalmente se presume que existen vínculos más estrechos con el Estado donde la parte que debe cumplir la prestación que caracteriza al contrato, tiene su domicilio profesional o comercial. Ese Estado es el que tiene vínculos estrechos o interés legítimo en la solución. La finalidad es garantizar a los particulares sus derechos y obtener una sentencia eficaz en otros Estados. Igualmente se destaca



que el término es muy ambiguo, delegando en el juez facultades discrecionales, que podrían ser disminuidas si el legislador le indicara presunciones que lo ayudaran a su determinación.

Fraude a la ley: en el inciso “*f. los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno*” (Código Civil y Comercial, 2015, p. 447) Como el caso anterior, es un límite a la autonomía conflictual y una restricción general a la aplicación del Derecho extranjero. Es una norma moralizadora al afirmar que no se les reconocerá validez jurídica a disposiciones realizadas para violar el Derecho extranjero internacionalmente imperativo, protege y sanciona el fraude a la ley extranjera y no lo somete a condición de reciprocidad.

Los artículos 2598: Fraude a ley y la segunda parte del artículo 12: Orden público. Fraude a la ley contienen una definición general de esta institución. Del juego de ambos artículos se deriva que el fraude a la ley constituye un remedio previsto por el legislador que le permite al juez sancionar determinados actos realizados por las partes en forma maliciosa y fraudulenta con el objeto de eludir la aplicación de una ley imperativa normalmente competente y lograr la competencia de otra más beneficiosa. El fraude puede ser tanto al Derecho argentino como al Derecho extranjero y se considera una noción autónoma y necesaria, dado que el principio de la autonomía de la voluntad no es de carácter absoluto.

Las condiciones para que se configure el fraude son las elaboradas por la doctrina y receptadas en el actual Código, a saber:

En primer lugar, la realización de una serie de actos aisladamente válidos, como por ejemplo alterar el punto de conexión (cambiar el

domicilio, la nacionalidad) pero que en conjunto producen un resultado prohibido por la ley.

En segundo, la intención o voluntad maliciosa, fraudulenta de eludir las disposiciones imperativas o prohibitivas, con el objeto de lograr la competencia de otra legislación más beneficiosa que se prueba con dos indicios objetivos, formulados por Goldschmidt (1990): contracción temporal y expansión espacial, lo cual significa que llevan a cabo demasiados actos en un lapso mucho más corto que el normal. Y que el Derecho evadido sea no disponible, en caso de contratos se trata de eludir las normas de Derecho público, aduaneras, fiscales, de inmigración del Derecho extranjero específicamente.

En síntesis, el Código Civil y Comercial sanciona el fraude a la ley argentina en forma general y el fraude al Derecho extranjero en materia de contratos hechos en la República para violar la ley extranjera.

No aplicación del Reenvío: el artículo 2651 inciso “*b. elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario*” Este inciso significa que elegida una ley nacional para regir el contrato, por ejemplo la ley argentina, se considera elegido el Derecho material argentino con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado argentino que consideran aplicables al contrato otro derecho, a saber la ley del lugar de ejecución o cumplimiento, salvo que las partes expresamente en la cláusula contractual dispongan que el contrato se regirá por el Derecho Internacional Privado argentino. El reenvío es una de las cuestiones específicas del Derecho Internacional Privado, se tratará de explicarlo brevemente para comprender esta excepción. Se relaciona con la cantidad de Derecho extranjero aplicable, es decir cuando la *lex indirecta fori* remite al



Derecho extranjero, la pregunta a responder es ¿qué parte de ese Derecho se considera aplicable? ya que el Derecho extranjero contiene, como el patrio, normas indirectas-que no solucionan el caso sino que me indican el Derecho que en definitiva resolverá el conflicto- y normas directas o materiales-que resuelven el caso. Según cómo la respondemos se aceptará o no el reenvío.

Para la teoría de la Referencia Mínima la regla de conflicto no me remite a todo el Derecho extranjero, sino a una parte de éste, es decir a la norma directa, que es la que soluciona el caso, esta teoría no acepta el reenvío. En el otro extremo doctrinario, la teoría de la Referencia Máxima considera que se aplica todo el Derecho extranjero incluidas las normas indirectas extranjeras y a cualquier otro derecho que ellas nos remitan, en consecuencia, acepta el reenvío.

Desde que se formuló la teoría del reenvío, en Francia, se sucedieron los más intensos debates entre sus detractores y defensores y el Código Civil y Comercial, acepta el reenvío en la primera parte del artículo 2596: Reenvío y en la segunda se refiere a la excepción a la aplicación del reenvío en los contratos internacionales, similar al inciso b del artículo 2561.

Exclusión de los contratos de consumo: dicha exclusión de la autonomía de la voluntad para todos los contratos de este tipo está establecida en la última parte del artículo 2651, como cierre del mismo “*Este artículo no se aplica a los contratos de consumo*” y en la sección 12° Contratos de Consumo la excluye expresamente tanto en la prórroga de jurisdicción como en la preselección del derecho. Consiste en un punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico y por ello merece una regulación diferenciada, al igual que no está permitida la prórroga de jurisdicción. También

está contemplada en los Principios de UNIDROIT y en la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 pero como una protección más amplia, no sólo al consumidor sino también al trabajador ya que en los contratos internacionales las partes pueden tener distinto nivel en el poder de negociación.

Ante la superioridad socioeconómica de una de ellas, se les reconoce a ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles, tales como los consumidores, los trabajadores, los asegurados, entre otros, determinados derechos que les permita argüir el desplazamiento de la ley elegida por normas protectoras inderogables.

En el Código Civil y Comercial sólo se contempló al consumidor y con respecto al trabajador se rige por el artículo 3 de la Ley del Contrato de Trabajo, el cual dispone que dicha ley es la aplicable al contrato de trabajo sin importar el lugar de celebración, siempre que se ejecute en Argentina. Al guardar silencio sobre la facultad de las partes de elegir libremente la ley aplicable a dicho contrato, nada obsta a que las partes puedan elegirla. Aunque parecería que el límite sigue siendo el principio *in dubio pro operario* que sería una manifestación del orden público internacional argentino. No obstante, el principio de la autonomía de la voluntad fue aplicado por la jurisprudencia argentina en los casos “*Eiras Pérez, L., c. Techint Engmeennng Company S.A.*” y “*Díaz, Miguel O. v. Altamiranda Nelson y Asociados S.A. y otros*”

Abuso de la Posición dominante en el mercado: no está contemplada en las Disposiciones de Derecho Internacional Privado, pero en el Título Preliminar, artículo 11 establece el abuso de posición dominante que es el que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un



sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica, pudiendo darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio, pero también cuando se genera un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien recibe las prestaciones. Se pueden ubicar dentro de las normas de policía y muchas de estas relaciones son de consumo.

Internacionalidad objetiva: se refiere a que todas las disposiciones se aplican a los contratos internacionales ya que la autonomía de la voluntad no es tan amplia como para transformar un contrato interno en internacional, es decir, las partes no se puede transformar subjetivamente lo que objetivamente no posee elementos de internacionalidad.

En materia de elección del derecho aplicable no está reconocida expresamente, pero se puede interpretar que indirectamente alude a los contratos internacionales porque si el carácter de internacional es una exigencia para prorrogar jurisdicción, expresamente reconocida en el artículo 2605, anteriormente analizado, también lo es para la elección de la legislación aplicable

Finalmente, y con respecto a la elección de leyes con vinculación con el contrato, o la teoría de la

CONCLUSIÓN

Si bien, se puede afirmar que el balance del Código Civil y Comercial en materia de contratación internacional es positivo, no lo excluye de determinadas observaciones a analizar.

Por tanto, como aspectos positivos se pueden destacar los siguientes:

1) En materia de contratación internacional la nueva normativa viene a cubrir una imperiosa necesidad: el reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad tanto desde el campo

conexión real, *theory of the real connection*, del Derecho anglosajón, también denominada razonabilidad de la elección, tradicionalmente se exigió que la elección de las partes recayera en una ley estatal que tuviera una conexión o vinculación real y objetiva con algún elemento del contrato, en otras palabras, las partes no podían elegir una ley que no tuviera conexión con la disputa.

Hoy en día está virtualmente abandonado, al menos en el ámbito del arbitraje, siendo reconocida en la jurisprudencia arbitral la atribución de las partes de elegir un derecho neutral, esto es que no tenga un especial vínculo material, espacial o un interés especial de las partes con el derecho escogido, pudiendo y debiendo decidir sin intromisión estatal, concediéndoles la posibilidad de elegir un derecho neutral. Tal elección puede deberse a muy diversas causas, pero generalmente se vincula a la posibilidad que la ley elegida sea un punto de equilibrio entre contratantes de muy diversas culturas jurídicas (Leible, 2011). El Código Civil y Comercial no contiene ningún artículo que exija esa vinculación real y objetiva y, como por manda constitucional, todo lo que no está prohibido está permitido, ha dejado de ser un límite

del Derecho aplicable como de la jurisdicción competente se compatibiliza con toda la legislación actual de los demás Estados, la de los espacios integrados y con las tendencias internacionales.

2) En igual sentido, recepta, aunque tímidamente, las modernas formas de contratación, diversos supuestos de comercialización a distancia ampliando la expresión “por escrito” a las nuevas tecnologías, a los instrumentos generados por medios electrónicos, en cualquier soporte electrónico u



otra tecnología similar, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, tan utilizado en los negocios internacionales.

3) Además, es de destacar la jerarquía supralegal de los Tratados Internacionales como parte de un único orden jurídico que debe respetar principios y derechos, entre ellos la libertad, contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, esto es la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en especial, sobre Derechos Humanos que tiene jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, explicada en el apartado 1 del presente artículo.

4) Particularmente, en materia de contratos de consumo internacional es atinada su normativa tuitiva excluyendo de este tipo de negocios toda forma de ejercicio de autonomía de la voluntad por ser el contratante débil.

5) Y la relevancia jurídica y la actualidad al incorporar por primera vez en el derecho internacional privado de fuente interna los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, aunque se exija que sea ex profeso⁹ por las partes en el caso de la autonomía material. Y de forma indirecta, si las partes, en el ejercicio de la autonomía conflictual, preseleccionan el derecho interno de un Estado que otorgue fuerza vinculante a dicho usos y prácticas comerciales.

En cuanto a las limitaciones:

1) La Sección 11° se titula Contratos sin especificar que se refiere exclusivamente a los contratos internacionales y no califica cuando un contrato es internacional.

Referencias:

⁹ Ex profeso (en latín: *ex professo*) es una locución adverbial de origen latino que se emplea en español con el

2) En esa misma sección, exclusivamente menciona al consumidor como el débil jurídico, ignorando a los demás.

3) Al establecer como límite a la autonomía de la voluntad, entre otras, a las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten “vínculos económicos preponderantes” con el caso, le atribuye al juez un amplio margen de maniobra.

En consecuencia, en este trabajo, como aporte, se sugiere:

1) Se debería calificar la internacionalidad objetiva ya que como expresamente admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, tanto en la elección del foro como del Derecho competente, no debe dejar lugar a dudas que la voluntad de las partes no puede ser tan amplia como para transformar un contrato que nació nacional en internacional.

2) La inclusión de una protección para todas las personas consideradas más débiles jurídicamente, trabajador, asegurado, prever el abuso de la posición dominante en el mercado, aplicando *el favor debilis*, principio general del Derecho Internacional Privado como límite a la autonomía de la voluntad.

3) Precisar la expresión “vínculos económicos preponderantes” indicando algunas presunciones. Se podría tomar como base el artículo 4° del Reglamento de Roma (Roma I).

4) En sintonía con Uzal, sería más conveniente, en el tema de las prácticas comerciales generalmente aceptadas y los principios del derecho comercial internacional, disponer que se aplicarán cuando las partes, razonablemente, debieron entender que se hallaban sujetas a ellas.

significado de a propósito, con intención, deliberadamente.



- Biocca, S.M. (2004) *Derecho Internacional Privado Un Nuevo Enfoque. Parte Especial (Cont.)* 1° Buenos Aires, Argentina: Lajouane
- Biocca, S.M., Feldstein de Cárdenas, S.& Basz, V. (1990) *Lecciones de Derecho Internacional Privado Parte General.* 2° Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Dreyzin de Klor, A.& Ellerman, I. (2015) La Contratación Internacional a la Luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *El Dial.* elDial DC1EEB
- Feldstein de Cárdenas, S (2000) *Derecho Internacional Privado. Parte Especial.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad
- Feldstein de Cárdenas, S. (1995) *Contratos Internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Lex mercatoria,* Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot
- Feldstein de Cárdenas, S (1994) *Reformas al Código Civil Derecho Internacional Privado* Vol.18. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot
- Fernández Arroyo, D. (2014) “Argentina: Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina” *Cartas Blogatorias.* Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/>
- Garro, A. & Zuppi, A. (2015) “*El Nuevo Código Civil y Comercial y La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional. Oferta y Contraoferta- Plazo para Revocar la Oferta en los Contratos entre Ausentes – Distinción entre Compraventa y Locación de Obra – Responsabilidad del Vendedor por la Falta de Conformidad de las Mercaderías: Aciertos y Desaciertos*” Buenos Aires. Disponible en: http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/CCyCo_CISG_AGAZ.pdf
- Goldschmidt, W. (1990) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico.* 7° Edición. Buenos Aires, Argentina: Depalma
- Gómez Corte, C. (2016) “Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino”. *Jurisprudencia Argentina.* AP/DOC/375/2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2814315
- Iud, C. (2013) Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* año V (8), pp. 43-51
- Jayme, E (1995) Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé *Recueil des cours.* (251) pp.9-268
- Lazcano, C.A. (1965) *Derecho Internacional Privado,* La Plata, Argentina: Editorial Platense
- Leible, S (2011) “La Importancia de la Autonomía Conflictual para el futuro del Derecho de los Contratos Internacionales” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* Universidad Carlos III de Madrid Área de Derecho Internacional Privado, 3 (1), pp. 214-233.
- Masud, P. (2016) La aplicación de los usos comerciales en los contratos internacionales (a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación) en M. E. Uzal y M. S. Najurieta (Coords.) *Derecho Internacional Privado* (pp. 113-134). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot Pp.113-134
- Ranouil, V. (1980) *L’Autonomie de la volonté. Naissance et évolution d’un concept.* (Trabajo de Investigación)



Universidad de Derecho de Economía y de Ciencias Sociales de París, Francia.

- República Argentina (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación* 1° ed. Buenos Aires: Infojus
- República Argentina. Cámara Nacional Comercial Sala A, “*Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José M*”, 1 de noviembre de 2007 Disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2009/12/caterpillar-financial-services.html>
- República Argentina. Cámara Nacional Comercial, sala A, “*Raij Kruchik, Abraham c. Banco Hipotecario S.A*”. 20 de marzo de 2007 Disponible en: http://fallos.diprargentina.com/2010/09/raij-kruchik-abraham-c-banco_08.html
- República Argentina. Cámara Nacional Comercial, sala B, “*Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro.*” 7 de agosto de 2007 Disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/12/standard-bank-london-ltd-c-ancap-cncom.html>
- República Argentina. Cámara Nacional Comercial, sala D, “*Financiera Ludicor S.A. c. Telecom Stet France Telecom S.A*”. 11 de marzo de 2004 JA 2004-III, 715.
- República Argentina. Cámara Nacional de Trabajo, Sala 10ª, “*Díaz, Miguel O. v. Altamiranda Nelson y Asociados S.A. y otros*”, 29 de junio de 2001, RDCO 2002-571
- República Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres*”. 26 de diciembre de 1995 LL 1996-C, 499-507
- República Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Tactician Int. Corp. y Otros c / Dirección de Fabricaciones Militares*” 15 de marzo de 1994 LL 1995-C, 128
- República Argentina. Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 13. “*Treviso, Pablo, S.A. y Otros c / Banco Argentino de Comercio*” 31 de agosto de 1976 E.D., T 77, 428- 441
- República Argentina. Tribunal de Trabajo de Zarate. “*Eiras Pérez, L., c. Techint Engmeenng Company S.A.*” 9 de diciembre de 1970, L.L., 142-176
- República de Venezuela. (1998) *Ley de Derecho Internacional Privado*. Gaceta Oficial N° 36.511, Caracas, Venezuela, 6 de agosto de 1998.
- Rivera, J.C.& Medina, G. (Dir) Esper, M. (Coor) (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley
- Uzal, M.E. (2014) “Lineamientos de la reforma de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *La Ley AR/DOC/3843/2014*
- Uzal, M.E. (2015) “Actualización Código Civil y Comercial Clase 20 Módulo IV”. 30-06-2015 *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* [Archivo de video]. Disponible en: <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=3185&sec=118>
- Vieira, L. (2017) “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales: breves comentarios sobre el derecho argentino y brasileño” *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, 1, (2), pp.54-74
- Weinberg de Roca, I (1997) *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.