

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y CLÁUSULAS CONEXAS DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL(*) (138)

WERNER GOLDSCHMIDT

SUMARIO

- I. La autonomía de las partes.
 - 1) Concepto de autonomía de voluntad.
 - a) La autonomía de las partes dentro de un Derecho Privado.
 - b) La autonomía de las partes dentro del Derecho Internacional Privado.
 - c) La autonomía universal de las partes.
 - 2) Historia de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado.
 - 3) La vigencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino.

- II. Cláusulas conexas.
 - 1) Cláusulas de estabilidad monetaria.
 - 2) Sumisión a extraña jurisdicción.
 - a) Prohibiciones generales de sumisión a juzgadores extranjeros.
 - b) Prohibiciones especiales intuitu personae.

Quisiéramos en lo que sigue señalar la institución de la autonomía de las partes tal cuál es vigente en el Derecho Internacional Privado. A continuación pergeñaremos algunas cláusulas especiales que las partes con frecuencia desean incluir en sus convenios. De más está decir que los escribanos, como asesores y confidentes de las partes en la elaboración de sus pactos, y asimismo como sus fedatarios, los particulares destacados son de subido interés.

I. LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES(1)(139)

Conviene pasar revista someramente al concepto de la autonomía, al origen histórico que tiene su reconocimiento en el Derecho Internacional Privado, y a la medida en que la autonomía de las partes posee vigencia en el Derecho Internacional Privado en la República Argentina.

1) Concepto de la autonomía de voluntad

La autonomía de la voluntad desempeña un papel dentro de un Derecho Privado determinado. Ella aparece en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Por último, la autonomía puede reclamar importancia de fuente suprema del Derecho.

a) La autonomía de las partes dentro de un Derecho Privado

Todo Derecho Privado (Civil y Comercial) positivo se compone de disposiciones imperativas o coactivas cuyo conjunto suma lo que se llama "el orden público interno", y de disposiciones que no requieren

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eficacia sino si las partes no resuelven sustituirlas por otras formando el llamado "Derecho dispositivo" o "Derecho supletorio". De ahí resulta, pues, que la autonomía de las partes dentro de un Derecho Privado dado consiste en el derecho de las partes a sustituir las disposiciones supletorias por estipulaciones propias. Como se desprende con facilidad de la definición estatuida, esta autonomía - la del Derecho Privado - supone resuelto el problema del Derecho aplicable contra cuyo trasfondo descuella; y no interesa en el Derecho Internacional Privado, en el que por definición el problema del Derecho aplicable se hace temático.

En el Derecho Privado argentino la autonomía ha sido reconocida en el título preliminar de los contratos al admitir el artículo 1143 los contratos innominados; luego se saca la conclusión en el capítulo acerca del efecto de los contratos cuando el artículo 1197 proclama que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". La limitación de la autonomía del Derecho Privado se halla en el título preliminar cuyo artículo 21 dispone que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". En virtud de la autonomía de las partes sería, por ejemplo, lícito que las partes diesen al mutuo el carácter de contrato consensual. El artículo 2240 del Código Civil construye el mutuo como "contrato esencialmente real". El artículo 2244, y con miras al mutuo oneroso, no admite su consensualidad a secas, sino que tolera meramente el pactum de mutuo dando cuyo incumplimiento no faculta al mutuuario a pedir el cumplimiento prometido (interés positivo) sino sólo indemnización por incumplimiento (interés negativo). Sin embargo, nada obsta a que las partes convengan por mero consentimiento, en obligarse una (la mutuante) a desembolsar un capital, y la otra (la mutuaria) a devolverlo con intereses. Lo único que puede dar lugar a dudas es el problema terminológico consistente en saber si tal contrato debe denominarse "mutuo consensual" o si, por declarar el artículo 2240 el préstamo esencialmente real, la correcta denominación sería la de un contrato innominado y atípico de mutuo(2)(140). He traído este ejemplo por su enorme importancia práctica, toda vez que la mayoría de los mutuos que se celebran en la vida comercial son concebidos por las partes como "mutuos" consensuales.

b) La autonomía de las partes dentro del Derecho Internacional Privado

Dentro del Derecho Internacional Privado, la autonomía de las partes consiste en poder elegir el Derecho Privado aplicable a un contrato con contacto extranjero. Sería erróneo objetar a esta autonomía la imposibilidad lógica de que las partes, en lugar del legislador, elijan el Derecho aplicable. En efecto; lo que pasa es que el legislador de Derecho Internacional Privado autoriza a las partes a escoger el Derecho aplicable. En otras palabras, el orden jerárquico consagrado entre legislador y particular no resulta perturbado. Técnicamente la autonomía funciona en la norma legal de colisión como punto de conexión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mayores dificultades lógicas nos lo ofrece otro problema. ¿Qué ocurre si una de las partes desea impugnar la validez de la elección del Derecho aplicable invocando, por ejemplo, algún vicio de voluntad (error, dolo, coacción) ? ¿Será aplicable a la validez o nulidad de la elección el mismo Derecho elegido o el Derecho que habría sido aplicable, si las partes no hubiesen elegido otro? La doctrina dominante⁽³⁾(141) se inclina hacia la primera solución, que, por cierto, también fue aceptada por el Proyecto oficial de un Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina⁽⁴⁾(142). A fin de eliminar escrúpulos lógicos referentes a la sumisión de la validez de la elección del Derecho aplicable por las partes, a este mismo Derecho, urge distinguir entre la norma indirecta que atañe a la validez del contrato de elección y aquella que concierne a la validez (y efectos) del contrato para el que se determina el Derecho aplicable: El punto de conexión de la primera es el acuerdo fáctico de las partes; el punto de conexión de la segunda es el contrato válido de elección.

El contrato de elección del Derecho aplicable al contrato principal es un verdadero contrato y como tal compuesto de diferentes y coincidentes declaraciones de voluntad de las partes electoras⁽⁵⁾(143). Por ello, no se trata del ejercicio de la autonomía de la voluntad, si las partes ejercen influencia sobre la determinación del Derecho aplicable por actos diversos de declaraciones de voluntad encaminadas a este efecto. Si por ejemplo, un Derecho Internacional Privado declara aplicable a un contrato el Derecho del lugar de su celebración (v. art. 1205 Cód. Civil) o el del lugar de la ejecución (arts. 1209 y 1210 del mismo cuerpo legal), las partes, al escoger el lugar de la celebración o el lugar de la ejecución del contrato, determinan indirectamente el Derecho aplicable. Pero esta actividad oblicua de las partes de hacer aplicable un Derecho determinado no encuadra en el concepto de la autonomía de las partes por no constituir un contrato de elección. Por lo demás, la determinación oblicua del Derecho aplicable no se expone normalmente a reparos, a no ser que infrinja alguna obligación, en cuyo caso constituiría un fraude a la ley. Así las partes están obligadas a contraer matrimonio en el domicilio de una de ellas (art. 17 ley 2393). Si, no obstante, celebran el matrimonio en otro lugar, nos encontramos con un fraude a la ley. Sin embargo, el legislador prescinde de sancionarlo a fin de no poner en peligro la validez del matrimonio (llamado favor matrimonii (v. art. 2º ley 2393).

c) La autonomía universal de las partes

En tiempos recientes se llega a vislumbrar un nuevo despliegue de la autonomía, más amplio aún que los dos anteriores. Se sostiene que en convenios internacionales en los cuales interviene un sujeto de Derecho Internacional Público - un Estado, un organismo internacional -, las partes tienen el derecho a declarar que el convenio se rija principalmente por sus propias estipulaciones, con total desconexión de cualquier Derecho nacional o inclusive del Derecho Internacional Público, pudiendo las partes luego precavidamente indicar cualquier Derecho como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subsidiariamente aplicable. He aquí lo que se denomina "la autonomía universal de las partes". La ventaja práctica de esta autonomía está en que esquivaba el tal vez difícil problema de encontrar el Derecho Internacional Privado aplicable y el Derecho Privado aplicable en virtud de aquél. El Banco Internacional de Desarrollo (BID) y el Banco de Reconstrucción y Fomento (llamado Banco Mundial) insisten en que sus convenios de préstamo contengan la cláusula expresiva de la autonomía universal de las partes.

La objeción lógica que se hacía erróneamente a la autonomía en el Derecho Internacional Privado (I, 1, b), a la autonomía universal se puede hacer con apariencia de fundamento. Esta noción parece, en efecto, trastocar el orden jerárquico sagrado entre legislador y particular. El legislador que declara qué Derecho es el aplicable, y que emite este Derecho, ha sido destituido, y ha sido sustituido por los particulares que se crean su propio Derecho que es a la vez el aplicable. No entraremos en el problema iusfilosófico del orden jerárquico entre Estado y particular; basta que recordemos a los "pactistas", desde Protágoras y más allá de Rousseau, para que dejemos de considerar la superioridad del legislador por encima del particular como valor entendido. Desde el ángulo visual práctico, la solución es la siguiente: Mientras las partes eviten acudir a una organización estatal o a la organización internacional, su voluntad triunfa entre ellas y ante un arbitraje o una amigable composición estructurados por las mismas. La situación cambia así que invoquen a jueces nacionales o internacionales. En este supuesto los jueces someterán el convenio de las partes al Derecho objetivo al que ellos están supeditados(6)(144) .

2) Historia de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado

Aunque el origen histórico de la autonomía en el Derecho Internacional Privado no es del todo aclarado, hay que remontarlo a la Escuela Italiana de Mancini (1817 a 1888). La doctrina de Mancini se despliega en las tres dimensiones del mundo jurídico con tanta soltura que cabría radicar una de las raíces del tridimensionalismo en sus concepciones. En efecto, Mancini declara que en la realidad social la fuerza motriz de las sociedades es la nación. Por ello, la justicia reclama que a cada nación corresponda una organización estatal, y que ninguna organización estatal deba contener más que a una nación; la dimensión normológica se encarga de la instrumentación de la ecuación: nación = estado, a través de las normas pertinentes. Al lado de la nacionalidad se hallan otros dos principios básicos del Derecho Internacional Privado. Uno descansa en la soberanía y se traduce por el concepto del orden público. El tercero, por último, es la autonomía de la voluntad que gobierna en materia contractual. Es cierto que en tiempos de Mancini no se distinguía todavía con rigor entre la autonomía del Derecho Privado y la del Derecho Internacional Privado; pero no lo es menos que esta distinción un día adquirió claridad mediante contornos nítidos: hoy en día se suele fechar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

este momento con la publicación de la monografía de Riccardo Rocca, *La teoría dell'autonomia della volontà in diritto internazionale privato*, Turín, 1914(7)(145)

3) La vigencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino

Una vez aclarada la historia de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado, es evidente que sería vano buscar su aceptación o su repudio en el Código Civil argentino, que es de 1869/71, o en los Tratados de Montevideo de 1889. En efecto, los tratados de Montevideo de 1889 no mencionan la autonomía para nada; y el Código Civil trata, como vimos (I, 1, a), de la autonomía en el Derecho Privado, pero pasa en silencio como es natural una institución que en su época era desconocida.

La situación cambia para los Tratados de Montevideo de 1939/40. El Protocolo Adicional estatuye, en su artículo 5º lo que sigue: "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". De entrada hay que admitir una excepción a lo dispuesto con respecto a la jurisdicción, toda vez que el mismo Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 concede en determinados casos la prórroga de jurisdicción (art. 56, párrafos tercero y cuarto). En lo que concierne a la ley aplicable, el Protocolo, al hacer la salvedad de una eventual autorización de la ley aplicable, se refiere a la autonomía que el Derecho Privado declarado aplicable pueda conferir: en otras palabras, la aparente salvedad no es una excepción auténtica, puesto que el repudio de la autonomía en el Derecho Internacional Privado no es contradicho por la concesión de una autonomía en el Derecho Privado. La situación cambiaría si fuese lícito admitir dentro de los Tratados de Montevideo el reenvío al Derecho Internacional Privado de los Derechos de los diversos países. Supóngase, por ejemplo, que las partes de un contrato, celebrado en el Uruguay y a cumplir en la Argentina, declaren aplicable el derecho español. En virtud del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, el Derecho aplicable es el Derecho argentino (art. 37). Si ahora, en lugar de acudir al Derecho Civil y Comercial argentino, haríamos aplicación del Derecho Internacional Privado argentino, y suponiendo (lo que veremos más abajo) que éste autorice la autonomía iusprivatista internacional, el pacto electoral de las partes resultaría válido. Aunque los países deseaban excluir la autonomía del Derecho Internacional Privado, frustrar ésta su voluntad mediante el expediente del reenvío, constituiría un procedimiento que podría justificarse desde el ángulo visual de la justicia.

Dentro del marco de los Tratados de Montevideo de 1889 nos encontramos, pues, con una laguna que tenemos que rellenar. La primera posibilidad consiste en aplicar por analogía el Protocolo Adicional de 1940. A primera vista parece objetable aplicar a unos países

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Bolivia, Perú y Colombia) un tratado que al no ratificarlo no han deseado que se les aplique. Pero este argumento pierde su peso si se tiene en consideración que la omisión de ratificar los tratados de 1939/40 puede haber tenido razones totalmente diversas del enjuiciamiento de la autonomía de la voluntad; sólo si los países en las deliberaciones de los tratados de 1939/40 se hubiesen declarado contra el repudio de la autonomía, la aplicación analógica del artículo 5° del Protocolo de 1940 resultaría inadmisibles. En realidad, poco aportan las Actas publicadas del Congreso a este particular(8)(146). Por ello, la aplicación analógica del artículo 5° del Protocolo de 1940 sería admisible, pudiendo hacerse esta aplicación sin o con el empleo del reenvío. La segunda posibilidad estaría en aplicar analógicamente el Derecho Internacional Privado argentino interno. También este recurso sería lícito. Y con ello se nos hace imperativo preguntar qué es lo que nuestro Derecho Internacional Privado interno dispone al efecto.

Ya dijimos que el Código Civil no trata de nuestro tema. Tampoco encontramos disposición pertinente en otro Código o en otra ley. Sin embargo, el Derecho consuetudinario admite constantemente la licitud de contratos de elección de Derecho. Este Derecho consuetudinario se manifiesta sobre todo en la práctica administrativa. Los numerosos convenios de financiación que concluyen la Nación, los bancos oficiales, las entidades autárquicas, las empresas del Estado y las sociedades anónimas con mayoría estatal, con bancos extranjeros y organismos financieros internacionales contienen invariablemente cláusulas referentes al Derecho aplicable. Por lo demás, estos convenios reciben a veces aprobación legal. Pero el Derecho consuetudinario asoma igualmente en la jurisprudencia del país(9)(147). El Derecho consuetudinario mencionado merece cálido aplauso. La Argentina se solidariza con él con la inmensa mayoría de los demás Estados de la comunidad internacional. Nos limitamos con mencionar la reciente legislación española(10)(148). Es cierto que la autonomía de la voluntad es una conquista del liberalismo, y es igualmente cierto que el liberalismo burgués confunde a veces libertad formal con libertad real; pero no lo es menos que este defecto se puede y se debe remediar exigiéndose que las partes estén en pie de igualdad efectiva(11)(149), y también lo es que el peligro de un contrato entre partes de desigual poder no se cierne solo sobre la elección del Derecho aplicable sino sobre cualquier contrato sea cual fuese su contenido.

II. CLÁUSULAS CONEXAS

De entre el sinfín de cláusulas elegidas por las partes destacamos dos: las cláusulas de garantía de la estabilidad de la deuda monetaria y las expresivas de la sumisión a extraña jurisdicción. Ambos tipos de estipulación son prácticamente importantes. Desde el ángulo visual teórico hay que señalar que en los dos supuestos aparece en su enjuiciamiento el Derecho Público interno: una vez el Derecho Monetario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y la otra el Derecho Procesal. No obstante, normalmente cohabitan en el mismo convenio hombro a hombro la elección de un Derecho extranjero, la estipulación de pagar en moneda extranjera y la sumisión a extraña jurisdicción. Este nexo real entre las tres estipulaciones justifica su tratamiento conjunto.

1) Cláusulas de estabilidad monetaria(12)(150)

Se habla de cláusulas de estabilidad, si las partes acuerdan el pago, o mediante un medio que según su parecer posee valor estable, o con referencia a tal medio. En el primer caso el deudor queda obligado a pagar con el medio considerado estable (en oro, mediante dólares estadounidenses, etc.). En el segundo supuesto el deudor paga pesos argentinos, pero su monto se determina en el momento del pago con referencia al oro o al dólar. Muchas veces las partes estatuyen una cantidad "indexada": se establece, por ejemplo, una cantidad determinada en pesos argentinos tomando como correctivo el índice de incremento de costo de vida según la Dirección Nacional de Estadística y Censos sumándose los porcentajes correspondientes a los meses transcurridos desde la celebración del contrato. La cotización del oro o del dólar no es sino un caso especial de indexación. Las cláusulas de garantía pueden, por consiguiente, clasificarse en cláusulas de escape, porque sustituyen la moneda inflacionaria por otra de la que creen que no lo es, y cláusulas de reajuste, ya que conservan la moneda inflacionaria pero intentan corregir la pérdida de valor real de la moneda. La validez de estas cláusulas se rige por el Derecho que rige el contrato en el cual se encuentran; este Derecho debe determinar igualmente si la cláusula es propiamente una cláusula de garantía. Supongamos, por ejemplo, sendos contratos de locación de departamentos urbanos en Santiago de Chile y en Nueva York, habiéndose comprometido los arrendatarios respectivos hacer efectivas las mercedes locativas en dólares en las nombradas ciudades. Si estos juicios se incoasen ante juez argentino, lo que sería admisible en virtud del artículo 1216 del Código Civil(13)(151), habría de aplicarse al arrendamiento chileno: Derecho Civil y Derecho Monetario chileno, y al arrendamiento neoyorkino: Derecho Civil y Monetario de Nueva York(14)(152). El arrendamiento chileno contendría una cláusula de garantía; en cambio, carecería de este carácter la estipulación de pagar el alquiler en dólares en el arrendamiento neoyorkino. En ninguno de ambos casos el juez argentino debe aplicar el artículo 6º de la ley 20625 (B.O. del 21/1/74) que declara lo que sigue: "El alquiler pactado en todo contrato de locación de inmuebles deberá ser convenido en moneda oficial de circulación forzosa en la República al momento de celebrarse el mismo. Las cláusulas en las que se convenga el pago en moneda extranjera, oro o su equivalente en moneda argentina, serán nulas, sin perjuicio de la validez de las demás disposiciones contractuales y el precio quedará sujeto a determinación judicial". Esta disposición no se refiere sino a arrendamientos de inmuebles sitios en territorio argentino. Si el Derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Monetario chileno, por ejemplo, declarase que la nulidad de la cláusula de garantía contagiaría todo el contrato, habría de aplicarse esta regla. El Derecho aplicable al contrato determina asimismo el tiempo del pago así como los efectos de la mora, sobre todo si se limitan a la producción de los intereses moratorios o si el acreedor puede pedir el resarcimiento de un daño más cuantioso.

Ahora bien, si el pago debe realizarse en la Argentina, sus modalidades se rigen por el Derecho argentino. Ello puede ser así porque el contrato mismo esté sometido al Derecho argentino (art. 1209, Cód. Civil; Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889: art. 33, y de 1940: art. 37). Pero aunque no lo fuese, porque, por ejemplo, las partes convinieron la aplicación de otro Derecho o porque el pago no es la prestación característica del contrato y ésta se lleva a efecto en el extranjero, el pago realizado en la República está supeditado a su Derecho Monetario. Ello significa que, aunque la jurisprudencia argentina con constancia admite la validez de las cláusulas de garantía(15)(153), por el curso forzoso de la moneda nacional no se tolera la obligación del deudor de pagar exclusivamente en oro(16)(154) o en divisas(17)(155). Pagando el deudor en moneda nacional lo que debe en virtud de una cláusula de garantía, se plantea el problema de la fecha y de la índole de la cotización. En cuanto a la fecha, la cotización debe ser la que el acreedor elija entre la del vencimiento de la deuda y la de su pago efectivo (Código Civil, arts. 617 y 608; Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, art. 30, párrafo 2º; decreto - ley 5965 del 19 de julio de 1963, en B.O. de 25/7/63, art. 44, párrafo 1)(18)(156). Con respecto a la índole de la cotización, se duda si las partes pueden o no convenir la cotización en una bolsa extranjera. Parece que tal cláusula lesionaría la atribución del Congreso de la Nación de fijar el valor de la moneda (art. 67, inc. 10 de la Constitución Nacional)(19)(157). Es preciso acudir a una cotización argentina. La dificultad está en que en la Argentina hay diferentes mercados de cambio. En efecto, a partir del decreto 3952/71 existen dos mercados oficiales de cambio: el "mercado financiero" y el "mercado comercial"(20)(158). La cotización del mercado comercial se aplica exclusivamente a las importaciones y exportaciones con interés social(21)(159). Por lo demás, la cotización correcta es, o mejor dicho: era, la del mercado financiero(22)(160). Pero desde enero de 1976 contamos con un tercer mercado: el mercado turístico, que, si bien no es un mercado libre legal, es el que más se acerca al mercado libre. Nos inclinamos, por consiguiente, que a partir de la indicada fecha las cotizaciones deben inspirarse en las del mercado turístico. Recientemente existe un mercado libre de cambio bancario y otro de las casas de cambio; creemos que los cálculos deben inspirarse en el último.

Reglas especiales se aplican a los contratos de mutuo en moneda extranjera en virtud de la ley 21037 (B.O. del 7/10/75). El artículo 1º de la ley estatuye lo siguiente: "En los contratos de mutuo celebrados en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

territorio argentino, por personas físicas y/o jurídicas nacionales o residentes en él, cuyo cumplimiento se haya pactado en moneda extranjera, el acreedor deberá acreditar que las divisas objeto de la obligación han ingresado al país en cumplimiento de las disposiciones de la ley 20557, como asimismo su titularidad y tenencia real al momento del acto constitutivo". El artículo 2º dispone que "En el caso de incumplimiento por el acreedor a cualesquiera de los requisitos indicados en el artículo anterior, el mutuo se considerará contraído en moneda de la República Argentina, determinándose su monto conforme al cambio oficial vigente a la fecha de surgimiento de la obligación". Por último declara el artículo 3º lo que a continuación transcribimos: "En los supuestos contemplados en el artículo anterior, cuando resultare que el acreedor entregó moneda de curso legal en la República Argentina, serán nulas las cláusulas que obliguen a devolver moneda extranjera o su equivalente, debiendo el deudor cumplir su obligación con el mismo medio de pago que recibió". Esta ley da lugar a numerosas dudas(23)(161) de las que analizaremos sólo algunas. La ley se aplica, desde luego, a mutuos puramente nacionales. Si el mutuante desembolsó el capital en moneda nacional, lo que es lo normal, la obligación del mutuario de devolver el capital en moneda extranjera constituye una cláusula de garantía, y es nula en virtud del artículo 3º de la ley. Si el mutuante hubiese desembolsado el capital en moneda extranjera, la obligación del mutuario de devolverlo igualmente en moneda extranjera no es una cláusula de garantía sino contenido normal del contrato de mutuo. Pero la aplicación de las reglas del mutuo suponen que el acreedor pueda probar que era el dueño legal de estas divisas en el momento de entregarlas al mutuario. Esta legalidad puede basarse en un crédito que dio al mutuante un acreedor domiciliado en el exterior y que haya recibido la aprobación previa del Banco Central de la República Argentina (ley 20557, arts. 1º, inc. b y 24). Pero nada obsta a que el mutuante pruebe su titularidad legal con miras a otros fundamentos legales, por ejemplo que adquirió las divisas cuando en la Argentina no había régimen de divisas. La referencia de la ley 21037 a la ley 20557 no es sino ejemplificativa. Si el acreedor prueba la entrega real de divisas, pero no puede probar la legalidad de su tenencia, el mutuario cumple pagando pesos argentinos según la cotización oficial (art. 2º), sin que la ley aclare lo que significa "cotización oficial". La ley 21037 declara expresamente sus reglas de orden público (art. 4º) con lo cual quiere estatuir que las partes no pueden derogarlas. Si el mutuo es totalmente extranjero, la ley 21037 no resulta aplicable(24)(162). Un mutuo es totalmente extranjero si se celebra y se cumple en el extranjero. Si el Derecho aplicable al mutuo lo considerase contrato real, la entrega del capital y su devolución habría de llevarse a cabo fuera de la Argentina. Si el Derecho aplicable al mutuo lo construyese como contrato consensual, tanto el consentimiento como la entrega y la devolución del capital habrían de efectuarse en el extranjero. El Derecho aplicable puede ser, en su caso, el elegido por las partes. Si el mutuo es mixto, es preciso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinguir. Si el mutuante entrega el capital en el extranjero y el mutuario debe devolverlo en la Argentina, la ley no se aplica, porque supone que el capital se entregue en la República. Habrían de aplicarse las reglas generales sobre deudas en moneda extranjera y cláusulas de garantía. Si, en cambio, el capital se entregase en la Argentina y su devolución se hubiese estipulado en el extranjero, la ley se aplicaría si la controversia fuese planteada ante jueces argentinos, por ejemplo porque el mutuante pide en la República la ejecución de una sentencia extranjera condenatoria del mutuario(25)(163).

Por último, recordamos de nuevo el art. 6° de la ley 20625 que declara nulas las cláusulas de garantía en las locaciones de inmuebles (25a).

2) Sumisión a extraña jurisdicción

Las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros o a árbitros en el extranjero pueden chocar contra una prohibición general, o pueden resultar inadmisibles con miras al carácter especial de las partes que se someten.

a) Prohibiciones generales de sumisión a juzgadores extranjeros

El artículo 1° del decreto - ley 17454/67 prohíbe la prórroga a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República. La disposición se aplica a los tribunales nacionales de la Capital Federal y, de acuerdo a la Exposición de Motivos, igualmente a los tribunales federales en ésta y en las provincias. Por otro lado, la prohibición supone que a los tribunales argentinos corresponda la jurisdicción exclusiva; de ser ella solo concurrente, nada obsta a la prórroga a favor de jueces extranjeros o árbitros. Por último, árbitros extranjeros no son ya aquellos que actúan en el extranjero, sino sólo aquellos que actúan en el extran

V. Alvarez Alonso, Salvador, "¿La nueva ley de locaciones urbanas, prohíbe las cláusulas de estabilidad", en El Derecho, t. 55, págs. 823 y ss. jero y aplican Derecho extranjero. Ello significa que no importa someter el juicio a amigables componedores, aunque actúen en el extranjero(26)(164). Las provincias no han adoptado semejante prohibición(27)(165), basada en el Proyecto de Fernández (Buenos Aires, ley 7425; Catamarca, Córdoba, Chaco, Chubut, etc.). En realidad, la prohibición de prorrogar la jurisdicción a favor de jueces extranjeros o árbitros correspondería a la legislación federal de suerte tal que las disposiciones locales no poseen sino carácter subsidiario. El art. 1° del decreto - ley 17454 ha sido entretanto sustituido por la ley 21305 (B.O. del 6/5/1976) que admite la prórroga a favor de jueces o árbitros extranjeros en asuntos patrimoniales(27a)(166).

El decreto - ley 19231/71 (B.O. del 13/9/71), reglamentado por el decreto 6187 del 22/12/71 (B.O. del 5/1/72), crea el Registro Nacional de Contratos de Licencias y Traslados de Tecnología dependiente del Ministerio de Economía. Se autoriza a denegar la inscripción de actos, cuando se prorroguen en favor de tribunales extranjeros el conocimiento y resolución de las causas que puedan originarse por interpretación o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento, las que deberán someterse a los tribunales nacionales que en razón de la materia corresponda (art. 3º, inc. i). Actos no inscritos carecerán de validez legal, y su cumplimiento no podrá ser reclamado por ante los tribunales del país (art. 5º); tampoco autorizará el Banco Central de la República Argentina pagos o giros al exterior con miras a actos no inscritos (art. 12). El dictamen del 21 de noviembre de 1972, de la Procuración del Tesoro de la Nación, llega implícitamente a la conclusión de que el inc. i) del art. 3º del decreto - ley 19231/71 establece la jurisdicción argentina exclusiva con respecto a los actos definidos en su art. 2º. No obstante, concediendo el art. 3º una facultad a la autoridad de aplicación, hay que mantener la doctrina general y sólo admitir que la autoridad de aplicación, cuando deniegue la inscripción en casos de jurisdicción argentina concurrente, la convierte en exclusiva. El decreto - ley 19231/71 ha sido sustituido entretanto por la ley 20794; pero ésta no modifica sustancialmente lo que en este lugar interesa(28)(167). Merece especial mención el artículo 621 del decreto - ley 20094(29)(168) que dispone lo que sigue: "Producido un hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales nacionales, los residentes en el país pueden convenir, con posterioridad al mismo, someterlo a juicio de árbitros o de tribunales extranjeros, si así les resultare conveniente". La ley de navegación admite, pues, el compromiso pero rechaza la cláusula compromisoria.

De convenios internacionales traemos a colación el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que admite la prórroga en materia de acciones personales y patrimoniales, y la Convención de Bruselas de 1952 sobre unificación de ciertas normas relativas a la competencia civil en materia de abordaje (ley 15787) cuyo artículo 2º prevé la sumisión al arbitraje.

b) prohibiciones especiales "intuitu personae"

La Nación y las entidades autárquicas deben litigar ante los tribunales nacionales. Las disposiciones pertinentes, por ejemplo el artículo 100 de la Constitución Nacional, emiten este principio para excluir la competencia de los tribunales provinciales. Al contrario, en lo que atañe al deslinde entre tribunales argentinos y extranjeros rigen en principio las reglas generales(30)(169). Sin embargo, hay que tener en consideración que en la medida en que la Nación y sus entidades autárquicas disfrutan del privilegio de la inmunidad jurisdiccional ante tribunales extranjeros, es preciso averiguar si la sumisión a tribunales extranjeros implica una renuncia a la inmunidad y cuál será la forma necesaria para que esta renuncia se haga de manera válida(31)(170).

Nos limitaremos a consignar las disposiciones más importantes. La Nación ha sido autorizada a someterse a jueces y árbitros imparciales extranjeros por el artículo 7º de la ley 20548 (B.O. del 9/11/73). Esta facultad es independiente de los requisitos del artículo 48 de la ley 16432. Por ello, la facultad existe también si la otra parte fuere una persona (física o jurídica) particular(32)(171) . El Banco de la Nación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disfruta de análoga facultad (decreto - ley 20461, en B.O. del 14/6/73); y otro tanto se aplica al Banco Nacional de Desarrollo (ley 20758, art. 47, párrafo 2º)(33)(172)

LA PRÓRROGA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES(*) (173)

HÉCTOR CÁMARA

SUMARIO

1. El principio de conservación de la empresa. - 2. Algunas reflexiones sobre disolución de las sociedades en la ley 19550. - 3. La disolución social por vencimiento del término. 3.1. El tema en el Código de Comercio argentino de 1889. 3.2. La prórroga de la sociedad mercantil en la ley vigente: introducción. 3.3. La cláusula de renovación automática del plazo. 3.4. La prórroga tácita o presunta. 3.5. La prórroga expresa. 3.5.1. Anterior al vencimiento del plazo contractual. 3.5.2. Después de la expiración del término. 4. Conclusiones.

1. - La subsistencia de las sociedades mercantiles - vocation a l'eternité - tiene una gran trascendencia en la economía contemporánea: el hombre, al constituir estos entes nuevos, satisface su deseo secreto de inmortalidad, dice Ripert(1)(174).

El principio de conservación de la empresa constituye un dogma para el legislador, a pesar que algún distinguido civilista entiende es un simple slogan(2)(175). En su defensa se dejan de lado preceptos seculares(3)(176): son tan dignos de protección los organismos donde se agrupan capitales y esfuerzos para la explotación de la actividad mercantil, como las instituciones que reglamentan la transmisión de los derechos a los herederos, decidió la Cámara Nacional Comercial(4)(177).

En el país las leyes o decretos - leyes 14394 - arts. 51/3(5)(178) -, 17711(6)(179), 18832(7)(180), 19550(8)(181), 19551(9)(182), son buena muestra de este aserto. Malagarriga y Aztiria, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Sociedades lo pregonaron hace varios lustros: Con ese principio rector no sólo no son menoscabados los derechos individuales y la autonomía de la voluntad, sino que se afirma y afianza en el sentido propio de la voluntad exteriorizada en la creación del sujeto empresario que constituye la sociedad, cuya vida económica resulta de ese modo protegida. Y el nuevo ente sólo tendrá un fin anticipado a lo que se previó al crearlo cuando así resulte de la auténtica voluntad de sus componentes, o de aquellas circunstancias que por su naturaleza y consecuencias lo justifiquen, de acuerdo a las previsiones de la ley y a la resolución de los jueces competentes(10)(183).

La empresa, cuyos contornos aún no se perfilan nítidamente(11)(184), ha cambiado de fisonomía en los últimos tiempos por influencia del derecho social y fiscal, tanto en los sistemas llamados capitalistas como socialistas, tendiendo a humanizarse: su fin ya no es la recherche du