

## LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

*Julietta Gallino\**

Sumario: I. Introducción. II. Autonomía de la voluntad. Concepto. Clases. Límites. III. Recepción del principio de la autonomía de la voluntad: A) En el derecho internacional privado convencional. B) En el derecho internacional privado interno. IV. Elección del principio de la autonomía de la voluntad: A) Modos de elección. 1. Elección mediante manifestación expresa de los contratantes: 1.1. Elección de varias leyes, 1.2. Elección de cualquier ley. 2. Elección mediante una manifestación de la voluntad tácita de los contratantes: 2.1. Concepción restrictiva, 2.2. Concepción amplia o acumulativa, 2.3. Concepción intermedia o de la alternativa, 2.4. Solución acumulativa. 3. Silencio de las partes. B) Momentos de elección. V. Ausencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad. VI. Conclusiones.

### **I. Introducción**

Sabemos que durante décadas se ha manifestado la necesidad de establecer un orden de prioridades entre la persona y el Estado. A lo largo de la historia y a través de los diferentes regímenes

---

\* Adscripta a la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica de Córdoba y de la Universidad Nacional de Córdoba.

de Estado y gobierno se han ido superponiendo una de estas realidades sobre la otra. Así, los regímenes liberales exaltan a la persona, y los regímenes totalitarios hacen del Estado una realidad suprema, ambos persiguiendo el bien común. Hoy se han superado las posiciones extremas y se está frente a la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad individual y los derechos del resto de la comunidad.

En materia contractual nos encontramos con una evolución que comienza con el trueque<sup>no</sup> entre los habitantes de una misma villa, hasta las negociaciones realizadas por los particulares, las empresas y los grupos económicos que exceden el ámbito de lo local. Todos ellos cada vez más interrelacionados, con características muy particulares, no sólo por la interdependencia económica y cultural entre los diferentes Estados, sino también porque las necesidades del hombre en la actualidad sólo pueden ser satisfechas recurriendo a bienes y servicios que se prestan más allá de las jurisdicciones nacionales.

La contratación internacional es cada día más fluida, constante, corriente, y presenta características propias y complejas que han desarrollado la necesidad de buscar normas claras de alto grado de determinación, y que a menudo exceden lo contemplado en el derecho interno, e incluso en el derecho internacional privado de los países involucrados en la transacción. Los intercambios comerciales desbordan la capacidad de respuesta de los estatutos jurídicos de los Estados y son, en definitiva, los propios interesados en la transacción los que mejor conocen el negocio jurídico que quieren realizar, y los que están en condiciones de elegir las soluciones más justas y apropiadas a su operación, y es a través de la autonomía de la voluntad que les surge, a las partes, la posibilidad de hacer dicha elección. Ellos podrán elegir no sólo la norma de derecho internacional privado que indique el derecho más adecuado a sus intereses, sino que podrán incluso crear el derecho que regirá el contrato celebrado.

La autonomía de la voluntad como una herramienta útil y nece-

saría para el comercio internacional, sus clases, límites, modos, formas, etc., es el interrogante que pretendemos abordar a lo largo de este trabajo.

Debemos reflexionar también sobre la necesidad de encontrar un equilibrio entre los deseos particulares y las necesidades generales, puesto que la libertad individual, fundamentada en la propia dignidad del ser humano, existe, pero no es ilimitada.

Pretendemos analizar cómo ha sido receptada la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado convencional y en el derecho internacional privado interno, y determinar también los alcances de las diferentes soluciones dadas en los casos en que las partes no hubieran realizado la elección en forma expresa o tácita, o cuando ésta hubiera sido ineficaz.

Compararemos las diferentes soluciones subsidiarias, y veremos cómo las convenciones internacionales otorgan amplias prerrogativas a los jueces, o bien los limitan a través de índices y parámetros que deberán tener en cuenta, a la hora de determinar el derecho que regirá el contrato, cuando las partes no hubieran realizado la elección expresa o tácita del derecho para regirlo.

Procuraremos dar respuesta a uno de los interrogantes del derecho internacional privado, es decir a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en orden al derecho aplicable a los contratos internacionales, sin desconocer su vasto funcionamiento en materia jurisdiccional, aunque este último punto excede totalmente el objeto del presente.

## **II. Autonomía de la voluntad. Concepto. Clases. Límites**

No debemos confundir la clásica autonomía privada, propia de los derechos de fondo, con la autonomía de la voluntad del derecho internacional privado, ya que ambas regulan casos de distinta naturaleza, internos y multinacionales, respectivamente.

Un contrato es nacional cuando todos sus elementos —reales,

personales o conductistas— se hallan conectados a una sola sociedad o dependen por entero de una sola jurisdicción.

Un contrato es internacional cuando alguno de sus elementos se halla vinculado a una sociedad distinta de la local. Esto es desde un punto de vista teórico, ya que desde un punto de vista positivo hay elementos que son neutros, como lo es en nuestro derecho la nacionalidad, por ejemplo: un contrato celebrado entre un argentino y un extranjero no convierte al contrato en internacional.

“Un contrato es internacional, a la luz del derecho argentino, si su lugar de celebración, o su lugar de cumplimiento, o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración, se halla en el extranjero”<sup>1</sup>.

Frente al contrato internacional debemos véase cuál es el rol que cumple la autonomía de la voluntad.

La voluntad de las partes en materia contractual puede manifestarse de dos maneras diferentes: a) ya sea como determinación del contenido sustancial de la relación contractual, problema que atañe a los derechos materiales de los Estados y que ha sido regulado en el derecho comparado de manera similar a lo preceptuado por el art. 1197 del Código Civil argentino, con su límite en el orden público interno (arts. 21 y 3608, Cód. Civil), y b) ya sea como determinación del derecho aplicable al contrato, es decir como posibilidad de que las propias partes elijan la ley que va a gobernar al contrato, penetrando así en el ámbito propio del derecho internacional privado<sup>2</sup>.

Estas manifestaciones de la voluntad —ya sea la autonomía privada en el orden nacional o la autonomía en el orden internacional— responden a diferentes fundamentos, ya que la primera se vincula fundamentalmente con el respeto a los derechos subjetivos individuales y a la iniciativa privada, mientras que las diferen-

<sup>1</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia*, Bs.As., Depalma, 1985, p. 393.

<sup>2</sup> Véase Najurieta, Susana M., “Apogeo y revisión de la autonomía en los contratos internacionales”, *LL*, 1986-37-1.

tes clases de autonomía propias del derecho internacional privado, sin desconocer lo anterior, encuentran su principal justificación en el marco de la contratación internacional, de las negociaciones internacionales, de la realidad extranacional, y en los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, tan apreciados en el comercio internacional.

La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado tiene dos manifestaciones: autonomía conflictual y autonomía material.

A la autonomía conflictual podemos definirla como "la potestad que tienen las partes de elegir el derecho aplicable al contrato, elaborando la norma de conflicto individual que indicará el derecho sustantivo aplicable"<sup>3</sup>.

Su ejercicio sólo es admisible ante la existencia de un contrato internacional, y "las partes, al desplazar el derecho elegido por las normas de conflicto legales, dejan de lado tanto las normas dispositivas como las coactivas del derecho privado excluido, sometiendo el contrato al derecho elegido, con sus normas coactivas"<sup>4</sup>.

Existen límites a la autonomía conflictual que surgen del conjunto de principios fundamentales que constituyen el orden público internacional de la *lex fori*<sup>5</sup>, ya que la solución que el derecho elegido por las partes asigne a la controversia no puede lesionar aquellos principios.

Debemos destacar, además, que frente a las normas de policía la autonomía de la voluntad resulta excluida por todos los aspectos en ellas previstas, ya que son disposiciones imperativas que, según la voluntad del legislador que las ha dictado, son aplicables cualquiera fuese la ley que normativamente rige el caso.

En el ámbito de los casos multinacionales, y junto a la facultad

<sup>3</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 458.

<sup>4</sup> Najurieta, Susana M., "Autonomía de la voluntad en la contratación internacional cuando se utilizan condiciones generales de contratación", *ED*, 1983-104-946.

<sup>5</sup> Gallino, Eduardo, "El principio de la autonomía de la voluntad y la contratación internacional", ponencia presentada al XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, Canadá, 1986, p. 321.

ya mencionada que el orden jurídico reconoce a las partes de elegir la ley que gobierna su contrato, encontramos a la autonomía denominada material, que es expresión de la metodología sustancialista aplicada a la solución de casos vinculados con más de un sistema jurídico.

“La autonomía material consiste en la posibilidad que tienen las partes de configurar, dictar, el contenido normativo del contrato en el ámbito del derecho privado o sustantivo competente”<sup>6</sup>.

Las partes podrán pactar una norma material contractual opuesta a una norma coactiva del derecho elegido. Es una cláusula material especial que deroga la norma imperativa del derecho elegido, pero sólo “las normas coactivas de derecho privado (vgr., arts. 1358 a 1360, Cód. Civil), y no las normas de policía de derecho internacional privado, pueden ser excluidas por el ejercicio de la autonomía material, ya que como vimos éstas son normas que se aplican inflexiblemente y son excluyentes de toda normativa opuesta”<sup>7</sup>. Se inspiran en rigurosas consideraciones de orden público y remiten indefectiblemente al derecho propio.

Así, las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro (autonomía conflictual). Si las partes pueden excluir las normas coactivas del derecho privado, elegido por el legislador “íntegramente”, eligiendo otro derecho privado nacional, pueden también excluirlas “parcialmente” mediante la autonomía material. Si las partes pueden desplazar íntegramente las normas coactivas y dispositivas del derecho designado por el legislador, con mayor razón pueden excluir las normas coactivas del derecho por ellas elegido<sup>8</sup>.

Para que esto ocurra es menester que en el contrato de que se trata se incorporen normas materiales cuyo contenido específico se halle en contraposición frontal con aquéllas. Debe mediar así

<sup>6</sup> Gallino, Eduardo, ob. cit., p. 325

<sup>7</sup> Boggiano, Antonio, ob. cit., p. 696.

<sup>8</sup> Véase Gallino, Eduardo, ob. cit., p. 326.

<sup>9</sup> Sosa, Lucas Gualberto, “La autonomía de la voluntad como punto de conexión”, ponencia presentada en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, agosto de 1985, p. 9.

una exclusión concreta y expresa, no siendo admisible el marginamiento genérico de todas las normas coactivas del derecho privado competente<sup>9</sup>, ya que se dejaría al contrato sin ley. Ahora bien, debemos aclarar que todas las normas coactivas del derecho privado aplicable no excluidas por las partes rigen subsidiariamente.

La autonomía material reconoce límites, tales como los principios de orden público internacional, las normas de policía del derecho internacional privado del juez, y las normas de policía del derecho internacional privado elegido por las partes.

“A través de la autonomía de la voluntad no se trata de propiciar una soberanía absoluta de la voluntad de las partes, sino de una autonomía creadora de los medios normativos adecuados para realizar la justicia en los contratos internacionales”<sup>10</sup>.

### III. Recepción del principio de la autonomía de la voluntad

#### A) En el derecho internacional privado convencional

Comenzaremos a hacer un análisis de la recepción del principio de la autonomía de la voluntad en las normas de derecho internacional privado convencional, ya que siguiendo el orden de aplicación de las fuentes, éstas serán las que consultaremos en primer lugar. Deberá tenerse especial cuidado en las fechas en que estas convenciones han sido ratificadas y la materia que tratan (ya sea contratos en general o algún contrato en particular).

Si nos remontamos a los Tratados de Montevideo de 1889, vemos que si bien nada dicen respecto de la autonomía de la voluntad, tampoco la prohíben; y en los Tratados de Montevideo de 1940, a través del artículo 5° del Protocolo Adicional, es aceptada, en la medida en que sea admitida por el derecho aplicable según las reglas establecidas en el mencionado Tratado<sup>11</sup>.

La Convención de Viena de 1980, de Naciones Unidas, sobre los

<sup>10</sup> Gallino, Eduardo, ob. cit., p. 330.

<sup>11</sup> Los Tratados de Montevideo de 1940 nos vinculan con Uruguay y Paraguay.

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías recepta la autonomía de la voluntad, en forma expresa y de manera amplia, en su artículo 6º, que establece que “*las partes podrán excluir la aplicación de la presente convención, o [...] establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”. En esta Convención se plasma el esfuerzo más amplio de unificación del derecho comercial internacional. Constituye un verdadero código universal para la compraventa internacional, de más de cien artículos, ratificado por países de todo el mundo<sup>12</sup>.

Es el primer tratado internacional destinado a regular el contrato más importante en las relaciones económicas internacionales. Se llegó a través de una auténtica participación internacional, lo que le permitió a la Convención obtener un consenso unificador realmente representativo.

Ésta rige para todas las cuestiones jurídicas que hayan llevado a la formación del contrato, al cumplimiento de sus formalidades y a los derechos y obligaciones que hayan nacido para las partes del contrato. Logra un adecuado equilibrio entre los intereses del vendedor y del comprador, adaptando los principios de culturas jurídicas diferentes e intentando reconciliar, en la medida de lo posible, los intereses políticos y económicos de países capitalistas, socialistas, industrializados y en vías de desarrollo.

Esta Convención ha sido ratificada por Argentina por ley 22.765, del 24 de marzo de 1983, publicada en el Boletín Oficial el 30 de marzo de ese mismo año.

La Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, del 19 de junio de 1980, aprobada por el Consejo de la

---

<sup>12</sup> Alemania Federal, Argentina, Australia, Austria, Bielorusia, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, EE.UU., Finlandia, Francia, Guinea, Hungría, Irak, Italia, Lesotho, México, Noruega, Países Bajos, Siria, Suecia, Suiza, Ucrania, URSS, Yugoslavia y Zambia. Reservas: China, Checoslovaquia, EE.UU. (art. 1.1.b); Argentina, Bielorusia, Chile, China, Hungría, Ucrania y URSS (arts. 11 y 29); Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (Parte 2 de la Convención).

Organización de la Comunidad Económica Europea, en su artículo 3º, punto 1, establece la facultad de las partes de elegir la ley aplicable al contrato<sup>13</sup>. El ámbito de aplicación de esta Convención está limitado a los territorios europeos de los países que conforman la Comunidad (salvo excepciones expresamente detalladas en el texto de la Convención).

La Convención de la Haya de 1985, sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, en su artículo 7.1 establece que “*el contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las partes [...]*”. Receta de esta manera la autonomía de la voluntad en forma expresa y amplia.

Esta Convención ha sido ratificada por nuestro país por ley 23.916, del 21 de marzo de 1991, y publicada en el Boletín Oficial el 22 de abril del mismo año.

La Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, que celebró su quinta edición (CIDIP V) en México, entre el 14 y 18 de marzo de 1994, aprobó la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que también acoge el principio de la autonomía de la voluntad en su artículo 7º, donde se plasma que “*el contrato se rige por el derecho elegido por las partes [...]*”. La aprobación de esta Convención es un paso muy importante en el proceso de codificación interamericano del derecho internacional privado, que se ha caracterizado por ser gradual y progresivo<sup>14</sup>.

El tema de la contratación internacional ya había sido conside-

<sup>13</sup> Véase Mihali, Gabriel y otro, *Contratación mercantil internacional en el Mercosur*, Bs. As., Julio César Faira, 1993, p. 109.

<sup>14</sup> A partir de 1975, y como consecuencia de la iniciativa de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se han realizado cinco conferencias tendientes a reorganizar, actualizar, armonizar y unificar las normas de derecho internacional privado. Estas conferencias interamericanas de derecho internacional privado se llevaron a cabo en Panamá 1975 (CIDIP I), Montevideo 1979 (CIDIP II), La Paz 1984 (CIDIP III), Montevideo 1989 (CIDIP IV) y México D.F. 1994 (CIDIP V), y se han aprobado veintitrés convenciones. Argentina es parte de doce de éstas.

rado por la CIDIP IV, en Montevideo en 1989, oportunidad en la que no se llegó a concluir una convención, pero se aprobaron las "Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional", cuyo primer punto se pronunciaba claramente por una admisión amplia de la autonomía de la voluntad y participaba en lo esencial de la filosofía del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980. La CIDIP IV también adoptó una resolución recomendando a los Estados miembros de OEA que se incorporasen al Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Venta Internacional de Mercaderías, del 30 de octubre de 1985<sup>15</sup>.

Esta convención ha sido ratificada por México y Venezuela, no habiendo sido aún ratificada por la Argentina.

#### **B) En el derecho internacional privado interno**

En ausencia de aplicación de normas de fuente convencional se aplicarán las contempladas en el orden interno.

Respecto del derecho internacional privado interno, debemos decir que si bien parte de la doctrina hasta hace algunos años rechazaba la recepción de este principio, considerando que la teoría de la autonomía de la voluntad no era sino una creación doctrinaria derivada del derecho positivo y destinada a justificar, en la mayoría de los casos, las soluciones preceptivas de un determinado ordenamiento jurídico<sup>16</sup>, hoy la doctrina es unánime al considerarla receptada en el derecho internacional privado interno.

Así vemos como esto surge en particular del artículo 1212 del Código Civil —tomado de Savigny—, que permite a las partes designar el lugar de cumplimiento, con lo que entran en funciona-

<sup>15</sup> Fernández Arroyo, Diego, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada por la CIDIP V", *JA*, 1995-II-621.

<sup>16</sup> Véase Kaller de Orchansky, Berta, *Manual de derecho internacional privado*, Bs. As., Ultra, 1979, p. 404.

miento las normas de los artículos 1209 y 1210 del Código Civil, que indican como derecho aplicable el derecho de ese lugar.

Antonio Boggiano hace a su vez una distinción respecto de la recepción de la autonomía de la voluntad: a) recepción de alcance restringido (arts. 1209, 1210 y 1212, Cód. Civil), que establecen que el contrato multinacional con contacto argentino se rige por la ley del lugar de su cumplimiento, y como las partes pueden elegir dicho lugar, éstas podrán designar el derecho aplicable al contrato, y b) recepción de alcance amplio (partiendo del artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), en virtud del cual las partes pueden elegir el tribunal competente, y esto implica una elección tácita pero inequívoca del derecho internacional privado del tribunal elegido. Pudiendo ser elegido el derecho internacional privado (que es lo más), se puede elegir el derecho privado aplicable (que es lo menos)<sup>17</sup>.

Nuestra Corte Suprema de la Nación, en el fallo "Gobierno del Perú contra Sifar", en donde se discutía una compraventa internacional entre el Gobierno de Perú y una empresa argentina, dijo que la cláusula FOB era en este caso una cláusula que podría considerarse la regla aplicable al contrato, y que era innecesaria la determinación de si era aplicable el derecho peruano o el derecho argentino.

Vemos que en materia de contratación internacional la autonomía de la voluntad, como punto de conexión en el derecho internacional privado, tiene una aceptación generalizada y es reconocida tanto por las fuentes convencionales como por las internas.

#### **IV. Elección del principio de la autonomía de la voluntad**

##### **A) Modos de elección**

##### *1. Elección mediante manifestación expresa de los contratantes*

Determinada la ley en forma expresa por las partes, dicha decisión deberá ser respetada. Ella constituirá la ley del contrato, co-

<sup>17</sup> Véase Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, p. 586.

rrespondiéndole un ámbito de aplicación lo más amplio posible. La voluntad debe ser consciente y no una simple opinión o deseo. Si se está en presencia de una cláusula de elección de la ley, el juez se limitará simplemente a tomar razón de esta decisión y declarará la norma elegida aplicable, con la única excepción de los límites señalados precedentemente.

### *1.1. Elección de varias leyes*

El término "dépeçage", extraído del idioma francés, hace referencia a la aplicación de reglas de diferentes países a diversos elementos de una misma situación jurídica.

El "dépeçage" en cierto modo siempre ha existido en el derecho internacional privado. Ha sido habitual distinguir en toda relación jurídica privada internacional las cuestiones de capacidad, de fondo o de forma, que permiten someter, eventualmente, cada una de ellas a una ley distinta.

Así, por ejemplo, dentro de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, podrá ocurrir un "dèpeçage" como consecuencia de la admisión de un pluralismo metodológico, en la medida en que ella admite la vigencia de las normas de aplicación inmediata del foro y de los terceros Estados vinculados estrechamente al contrato (arts. 9º y 11).

El "dèpeçage" de la ley parece inevitable debido al reconocimiento de las leyes imperativas.

El "dèpeçage" del contrato consiste en una fragmentación de los elementos agrupados en el interior de la categoría, con la finalidad de someterlos a leyes distintas.

Se ha sostenido que el "dépeçage" no debería ser admitido porque la elección de varias leyes complicaría la tarea de los tribunales prolongando los procedimientos, y podría prestarse a maniobras dilatorias. Las objeciones apuntan tanto a la defensa de la unidad como a la de su coherencia.

Sin embargo, vemos que la Convención de Roma, en su artículo 3.1, establece que "*las partes pueden designar la ley aplicable a*

*todo el contrato, o bien solamente a una parte*"; el artículo 7º de la CIDIP V prevé que la *"elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo"*, y la Convención de la Haya de 1985, en su artículo 7.1, establece que *"la elección podrá limitarse a una parte del contrato"*<sup>18</sup>. Todas ellas prevén la posibilidad de un "dépeçage" realizado por las partes.

No obstante, los tribunales también podrán practicar el fraccionamiento o despedazamiento del contrato en la búsqueda de la localización más adecuada para cada elemento contractual, pero en este caso, por ejemplo, el artículo 9º de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 1994, prevé una importante limitación: la parcelación del contrato con la finalidad de que lo gobiernen varias leyes debe ser un recurso excepcional, ya que el artículo dice así: *"no obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato, y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato"*.

### 1.2. Elección de cualquier ley

La exigencia de que debe existir un vínculo objetivo entre la ley y el contrato proviene, naturalmente, de la teoría de la localización.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Ciudad de Corrientes, del 31 de julio al 4 de agosto de 1985, sobre el tema "La autonomía de la voluntad como punto de conexión", existieron dos despachos: una tesis más liberal o amplia, que propiciaba que la elección del derecho aplicable no está condicionada a la existencia de algún contacto entre uno de los elementos esenciales del negocio jurídico y el derecho aplicable, y otra tesis más restringida, que sostuvo que la elección del derecho aplicable está condicionada a la existencia de algún contacto razonable entre los elementos esenciales del negocio jurídico: sujeto, objeto o causa, y el derecho aplicable.

<sup>18</sup> Véase Mihali, Gabriel y otro, ob. cit., p. 107.

Esta última posición, sin embargo, ha sido rechazada, porque se ha dicho que encerrar la elección de las partes dentro de los límites que plantea la existencia de un vínculo objetivo-razonable entre el sistema elegido y el contrato puede ser perjudicial para la voluntad.

Así, podemos observar que tanto en la Convención de Viena de 1980, como en la Convención de Roma de 1980, la Convención de la Haya de 1985 y también en la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, las partes pueden designar cualquier derecho para regir a su contrato. No hay necesidad de buscar un lazo objetivo entre ambos, ni las partes tienen porqué justificar la elección del derecho.

Ernst Rabel afirma que ninguna ley tiene vocación *a priori* para regir un contrato internacional, acto que no se presta a una localización efectiva sino intelectual. Si los contratantes han elegido una ley sin lazo alguno con el contrato, será porque han encontrado algún interés que no tiene porqué ser necesariamente fraudulento; puede suceder que la ley de determinado país regule más adecuadamente cierto tipo de contrato, porque sus disposiciones le adjudiquen las credenciales de ser una ley neutra, o porque la ley que guarda vínculos con el contrato pertenece a un sistema jurídico insuficientemente desarrollado, o es una legislación incierta sobre determinados puntos<sup>19</sup>.

Antonio Boggiano entiende que no sería necesaria una localización objetiva con el Estado cuya ley es elegida por los contratantes, siendo principalmente la intención de las partes la principal fuerza localizadora.

En la elección del derecho aplicable lo que las partes no pueden hacer es una remisión exclusiva a un derecho no estatal, por ejemplo a los principios de Unidroit, como si éstos fuesen un ordenamiento jurídico autónomo, igual que el ordenamiento jurídico de

<sup>19</sup> Véase Santos Belandro, Rubén B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 85.

un Estado. Ésta es la interpretación que se desprende también del artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional: si bien las partes están facultadas allí para establecer que el tribunal deberá aplicar las reglas del derecho que ellas elijan, pudiendo entonces determinar las reglas de los principios de Unidroit, esto no hace regir al contrato exclusivamente por el derecho material de tales principios, porque esto podría conducir a lo que el juez Holtzmann ha llamado aquí un contrato *in vacuum*, es decir, un contrato que carece del trasfondo de un derecho estatal<sup>20</sup>.

## 2. Elección mediante una manifestación de la voluntad tácita de los contratantes

La elección podrá ser expresa o tácita, pero siempre deberá ser real y cierta para que pueda ser retenida.

“Debe existir de alguna manera en el mundo del derecho y desprenderse de los hechos de modo que se pueda reconstruir la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato”<sup>21</sup>.

En consecuencia, debe tratarse de un acuerdo real, pues no es posible que el órgano jurisdiccional atribuya por vía de hipótesis a las partes una declaración de voluntad que no concibieron.

La doctrina y la jurisprudencia argentina han admitido la elección implícita pero inequívoca del derecho aplicable al caso.

No hay uniformidad en las soluciones dadas a nivel convencional; así, por ejemplo, existen diferentes concepciones:

### 2.1. Concepción restrictiva

La fórmula más restrictiva ha sido la de la Convención de La Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, en cuanto establece en su artículo 2.2 que “*esta designación debe ser objeto de una cláusula*”

<sup>20</sup> Véase Boggiano, Antonio, *Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas*, Separata del Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, noviembre de 1996.

<sup>21</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p. 61.

*la expresa o resultar indudablemente de las disposiciones del contrato*". Esta alusión significa consagrar el sistema de la prueba intrínseca: el juez deberá fundar su decisión sobre las cláusulas contractuales, es decir, sobre las mismas declaraciones de las partes con exclusión de toda circunstancia exterior. Así se ha establecido un límite a la investigación del juez.

### 2.2. *Concepción amplia o acumulativa*

La Convención de la Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, dispone en su artículo 5.2 que la elección de "*esta ley debe ser expresa o resultar con una certeza razonable de las disposiciones del contrato y de las circunstancias de la causa*". Si bien se trata de una concepción más amplia, ésta es acumulativa, por cuanto el juez no debe limitarse a examinar únicamente a las disposiciones del contrato celebrado entre las partes, sino que también tendrá en cuenta las circunstancias del caso a fin de decidir lo que ellas han tenido en consideración. Por ejemplo, si se trata de un contrato que es continuación de otro que sí contiene una cláusula expresa<sup>22</sup>.

### 2.3. *Concepción intermedia o de la alternativa*

La Convención de Roma de 1980 se encuentra a medio camino entre las dos convenciones anteriores al disponer en el artículo 3.1 "*que esta elección deberá ser expresa o resultar de una manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias*". Aquí se sustituye la conjunción copulativa "y" por la disyuntiva "o"; vemos que lo que se requiere entonces es que los contratantes hayan efectuado una verdadera elección, aun cuando no estuviese expresamente declarada en el contrato. La voluntad tácita debe ser cierta<sup>23</sup>. Algunos índices a tener en cuenta podrán ser, por ejemplo, la elección de un contrato tipo regido por un sistema jurídico particu-

<sup>22</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob.cit., p.62

<sup>23</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p.63

lar, la elección del foro que induzca la existencia de una voluntad de que el contrato se debe gobernar por la ley de dicho foro. Pero sabemos que estos elementos deberán ser analizados dentro del sistema del contrato.

#### 2.4. Solución acumulativa

La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales dispone, en su artículo 7º, que *“el acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso, o en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto”*. Ésta es también la solución adoptada por la Convención de la Haya de 1985 sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, ya que en su artículo 7.1 establece que *“el acuerdo de las partes al respecto (a la elección de la ley) deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes contemplada en su conjunto”*.

Así, será necesario tomar en cuenta un conjunto de elementos. El juez se apoyará en la voluntad de las partes en cuanto a los elementos de localización que deducirá de los términos del contrato y del comportamiento de los celebrantes.

También nos encontramos con convenciones que no establecen cómo debe ser hecha dicha elección; así, por ejemplo, la Convención de Viena de 1980, y en tal caso, a nuestro entender, será la *lex fori* la que determinará en última instancia si hubo o no acuerdo entre las partes respecto a la elección del derecho aplicable.

#### 3. Silencio de las partes

Es necesario determinar si el silencio de una de las partes vale como aceptación de la elección del derecho realizada por la otra. Vemos que para algunas legislaciones el silencio de una parte es un modo no formal de expresión de la voluntad. Para otras, el silencio no puede valer como consentimiento.

Así, por ejemplo, la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Con-

tratos Internacionales, en su artículo 12 establece que “*para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte*”. “La razón de apreciar el silencio por el derecho de la residencia habitual o del establecimiento del destinatario de la oferta se hizo para evitar que el receptor se vea sometido, sin que lo hubiere percibido claramente, a un ordenamiento jurídico extraño y desconocido”<sup>24</sup>.

Consideramos que en caso de no existir una norma que indique de manera expresa cómo interpretar el silencio de una de las partes, o cuál es el derecho que nos indicará en definitiva cómo hacer esta interpretación, debemos entender que no hay acuerdo sobre el derecho aplicable al contrato.

### **B) Momentos de elección**

Durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia consideraron como un presupuesto que la ley seleccionada y aplicable tenía que ser la del mismo Estado, desde la celebración del contrato hasta el momento en que éste agotare todos sus efectos.

Sin embargo, vemos que tanto la Convención de la Haya de 1985 como la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en sus artículos 7. 2 y 8 respectivamente, prevén que “*en cualquier momento las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no ésta elegida por las partes*”. Así, se les reconoce una gran libertad a las partes en cuanto al momento en que puede realizarse la elección de la ley, ya que podrá ser hecha en un momento precedente, simultáneamente con la celebración del contrato, o luego de su otorgamiento. Es en definitiva una consecuencia del reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad.

“Si la elección del derecho ha tenido lugar luego de celebrado

<sup>24</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p. 64.

el contrato, creemos que debemos reconocerle a esta elección un efecto retroactivo, salvo que la propia ley no lo permita, para evitar así el riesgo de véase aplicados sucesivamente varios derechos al mismo contrato, con las complicaciones que esto pudiere ocasionar"<sup>25</sup>. Sin embargo, las convenciones establecen dos excepciones a la retroactividad:

1) La exigencia de no afectar derechos de terceros, ya que se trata de una medida de protección hacia estos últimos, que tiene por objetivo evitar la realización de actos fraudulentos en su perjuicio.

2) La obligación de no afectar la validez formal del contrato original, para defender así el equilibrio contractual, evitando una maniobra de uno de los contratantes en perjuicio del otro. También puede ser que se proteja a terceros para el caso de que la nueva ley elegida declare nulo al contrato, esfumando todos los derechos creados en torno a la relación contractual.

## V. Ausencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad

Dentro de la noción de autonomía de la voluntad se distinguían tradicionalmente etapas: a) la elección explícita de las partes; b) la búsqueda de la elección tácita (pero concluyente) de las partes, y c) la búsqueda de la voluntad hipotética; éstas dos últimas derivadas de la actividad jurisdiccional.

Al respecto podemos distinguir dos momentos en la preocupación por el respeto de la voluntad de las partes, cuando no se ha expresado ni explícita ni implícitamente.

① "En un primer momento se procuró desentrañar la intención de los sujetos como hombres concretos, para dar así preferencia a la elección que los contratantes hubieran *debido* efectuar como comerciantes razonables"<sup>26</sup>. Se está a la voluntad presunta o hipotética de las partes.

<sup>25</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p.78

<sup>26</sup> Najurieta, Susana M., "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", ob. cit., p. 2.

Esta concepción subjetivista considera que debe importar el individuo sobre el Estado; él es la única realidad indiscutible y necesaria que posee la anterioridad a toda organización social. El individuo es un fin en sí, mientras que la organización social es un medio al servicio de este fin, por lo que la ley del contrato no valdrá como ley sino que sólo se tendrá en cuenta en la medida en que la voluntad de las partes la haya hecho suya. Es así que la ley extranjera intervendrá únicamente en calidad de derecho material apto, y no a título de derecho internacional. La norma va a adquirir el carácter de una estipulación contractual y podrá ser objeto de modificaciones por las partes.

A través de este procedimiento de incorporación contractual se descarta toda ley que lo pudiera anular en todo o en parte, y no importa que dicha ley sea derogada o suplantada por otra, debido a que se considera que el contrato no está sometido propiamente a ninguna ley estatal. "Los contratantes, según esta concepción, podrán elegir una ley que no tenga lazo alguno con el contrato, ya que se prescinde de la idea de localización"<sup>27</sup>.

Esta idea se mantuvo vigente durante largo tiempo; aparece en el siglo XIX y continúa hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, respondiendo a una concepción y una época determinada.

Con posterioridad, el juez, puesto a resolver sobre la ley que los contratantes hubieran debido escoger, se encuentra con la pérdida de la vigencia de la *lex locicontractus* por el avance, entre otros elementos, de la técnica y de las comunicaciones sociales, quedando de manera predominante "el lugar de cumplimiento" del contrato como concreción del principio que está en la base de todo el sistema de conflicto de leyes: la localización del sistema jurídico con el cual la relación dada presente los vínculos más estrechos.

Así se fue abandonando el criterio subjetivo (voluntad hipotética de las partes) para adoptar un criterio llamado objetivo. Ya no interesa la búsqueda de la voluntad de las partes sino el lazo más

<sup>27</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p. 36

estrecho entre el contrato y un sistema jurídico, lazo que se expresa por el lugar de ejecución, según preconiza Savigny, o por el criterio de la prestación característica de Schnitzer, que desarrollaremos más adelante.

“Es la reformulación actual del principio que sustenta toda norma indirecta: localizar el sistema jurídico resolutorio que guarde el lazo más fuerte, más estrecho, con la relación que debe regular”<sup>28</sup>.

Es decir que se ha abandonado la voluntad presunta de las partes como regla subsidiaria, por localizaciones que se desprenden de la economía interna del contrato y no de las cualidades personales de los sujetos.

Esta concepción restablece la primacía de la ley sobre la voluntad de las partes contratantes.

El razonamiento aquí es conflictual. Se deberá acudir a un punto de conexión localizador y se hará depender de su localización la determinación de la ley aplicable. Esta localización dependerá de un vínculo objetivo entre el contrato y un determinado sistema jurídico.

Esta tesis de la localización parece haber surgido con Savigny en su búsqueda de la sede de la relación jurídica privada internacional. Aunque es un punto discutido, podemos decir que para Savigny la voluntad, si ésta se manifestaba, tenía una función material y no conflictual. Permanecía con una función directa en la solución de los conflictos de leyes en materia contractual, ya que habiendo una voluntad expresa, ésta primaba por sobre la ley del lugar de ejecución.

Esta corriente objetiva plantea que hay que preferir “la sociedad a los individuos”, por ser estos últimos muy inestables como para constituir el centro de sus preocupaciones jurídicas. El interés del Estado puede ser lo suficientemente fuerte como para descartar toda libertad contractual, con herramientas tales como el orden público internacional y las leyes de policía.

<sup>28</sup> Najurieta, Susana M., “Apogeo y revisión...”, ob. cit., p. 2.

“El contrato es un hecho social que no puede aislarse del medio en que se inserta para hacerlo escapar a toda ley, y sólo puede extraer su fuerza obligatoria de la misma ley. Esta tesis plantea la necesidad de la *búsqueda de un lazo objetivo entre el contrato y la ley aplicable, y así será localizado en el espacio*”<sup>29</sup>.

Todo lo expresado tiene lugar en ausencia de elección explícita de las partes.

Allí donde las partes no se han expresado de común acuerdo en forma clara y explícita, debemos recurrir a normas (previstas por el legislador, elaboradas por los jueces) que fijan el derecho aplicable con un criterio objetivo, desprendido de la funcionalidad de cada género de contratos.

En el derecho internacional privado convencional se establecen conexiones que deberán actuar si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz.

Es así que el juez no deberá buscar una voluntad inexistente, sino que le incumbe la tarea de revelar los índices tangibles de dicha localización. Estos índices nunca faltan, por cuanto todo contrato tiene su lugar de celebración y de ejecución, y las partes tienen una nacionalidad, un domicilio o una residencia habitual, etc. Si alguno de ellos falta, están los demás, por lo cual la teoría de la localización siempre permite determinar el centro de gravedad del contrato.

Generalmente se utilizan dos métodos de localización:

1) Localización mediante conexiones rígidas: se establecen imperativamente la ley aplicable y el centro de gravedad de la relación contractual *a priori*, sin considerar las circunstancias propias del caso; por ejemplo, la Convención de la Haya de 1985, en su artículo 8º, establece que cuando las partes no hubieran hecho elección del derecho, el contrato se regirá por la *lex venditoris*, con algunas excepciones a las que nos remitimos.

2) Localizaciones mediante conexiones flexibles: se remiten a la

<sup>29</sup> Santos Belandro, Rubén B., ob. cit., p. 37

prudencia y responsabilidad de los jueces, abandonando toda directiva coactiva en la búsqueda de una ley que tenga las relaciones más estrechas con la figura contractual. Los angloamericanos han denominado a este procedimiento la búsqueda de la "proper law" del contrato, y los franceses, la determinación del "principio de la proximidad". Véase el art. 8º de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

③ Soluciones intermedias: el legislador indica algunos índices. Éstos se hallan acompañados de presunciones destinadas a servir de guía a los jueces. Ésta es la tendencia asumida por la Convención de Roma, en su artículo 4º, la que establece como principio general la búsqueda de los lazos más estrechos entre la ley y el contrato, y luego presume la existencia de dicho lazo con la ley del lugar del establecimiento de la parte deudora de la prestación característica<sup>30</sup>.

Se entiende que el criterio de la búsqueda de los lazos más estrechos proviene del mismo Savigny cuando afirmó, en 1849, que había que buscar para cada relación jurídica su asiento, su sede, lo que llevó a una tarea de concretización, a un enfoque preciso de cada grupo de relaciones jurídicas con el objetivo de determinar su respectivo centro de gravedad. Esta concepción puso su acento en la elaboración de reglas que deberán ser aplicadas necesariamente por los jueces.

La conexión del contrato con la ley del lugar de ejecución se basa en un análisis abstracto de la sede de la obligación y tuvo un gran valor.

Otros entienden que la vinculación del contrato internacional con el derecho que tiene los lazos más estrechos responde más bien a un enfoque anglosajón, que traduce la voluntad de localizar objetivamente al contrato de la forma más satisfactoria posible.

La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Interna-

<sup>30</sup> Véase Espinar Vicente, José María, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Madrid, España, Ed. Revista de Derecho Privado, 1979, p. 124.

cionales ha optado por esta vía, y en su artículo 9° establece que “*si las partes no hubiesen elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*”. En esta búsqueda el tribunal tendrá guías, ya que, continúa diciendo el artículo antes mencionado, “*el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos*”.

En cuanto a los lazos objetivos, podemos decir que son aquellos que se refieren, por ejemplo, al lugar de ejecución, de celebración del contrato, al establecimiento o la residencia habitual de los contratantes, la localización del bien mueble o inmueble objeto del contrato, etc.

Antonio Boggiano considera que dentro de los elementos que deberá analizar el juez para localizar el contrato podrá tener en consideración y buscar el asiento de la prestación característica.

Los lazos subjetivos se refieren a las legítimas expectativas de las partes, que podrían ser extraídas del contrato en su conjunto, y que presionarían al juez para que sean atendidas, buscando el derecho más adaptado a las mismas.

Es importante destacar lo que a continuación establece la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; en el mismo artículo establece que “*también tomará (el tribunal) en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales*”, es decir que el tribunal deberá siempre, en primer lugar, encontrar la ley de un Estado, y luego habrá que tomar en cuenta los principios del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales.

“Esto significa que tanto para la concreción —digamos interpretación y aplicación— de la *lex fori* como para la concreción de la *lex causae*, eventualmente extranjera, los jueces deben tomar en cuenta los principios del comercio internacional, por ejemplo

los principios de Unidroit, para evitar cualquier interpretación parroquial que conduzca a un resultado disfuncional, a un resultado inocuo, tomando en cuenta las necesidades del tráfico mercantil internacional. No se trata de una sustitución del derecho nacional, sino de una morigeración, de una corrección del derecho nacional para ponerlo a punto de las necesidades del tráfico mercantil internacional”<sup>31</sup>.

Vemos que se ha adoptado así un sistema de conexión flexible (fruto de la influencia de la delegación norteamericana en la Convención) por primera vez en la esfera interamericana.

Esto requiere, para los países latinoamericanos, un cambio de mentalidad importante, y aunque los resultados a que se lleguen, en la práctica no han de ser necesariamente diferentes, se modifica la perspectiva general: se parte de un principio de flexibilidad que parece en un primer momento demasiado indeterminado y se permite una gran libertad al juez<sup>32</sup>.

La Convención de Roma de 1980 apoya su principio en los “lazos más estrechos”, en su artículo 4º, pero debido a que fue juzgada dicha expresión excesivamente general, se consideró necesario recurrir a una presunción que fuera susceptible de indicar con más exactitud el país donde se sitúa el centro de gravedad del lazo contractual. Esta presunción se expresa a través de la prestación característica, que estará encargada de concretizar y objetivar la noción de los lazos más estrechos.

En la Convención de Roma el juez adquiere un papel predominante, ya que determina qué elementos de la situación expresan mejor la localización del contrato.

Pero como se ha pensado que no se lo puede dejar como dueño total de la situación o de la decisión, debido a que no se creyó posible imponerle una solución, se consideró que era factible formularle directivas y soluciones para los casos tipos, mediante la

<sup>31</sup> Boggiano, Antonio, *Los principios de Unidroit...*, ob. cit., p. 3.

<sup>32</sup> Véase Noodt Taquela, María Blanca, “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Rev. Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1996, p. 405.

redacción de una lista de índices de localización de los contratos y una ponderación de los mismos para todos o para cada tipo contractual.

Así se buscó adjudicarle importancia a una de las dos obligaciones existentes en los contratos sinalagmáticos: a aquella que pone en relieve la especificidad del lazo contractual.

Los puntos de conexión tradicionales, como el lugar de celebración y el de ejecución, ya no son tan importantes, porque tienen el inconveniente de ser de naturaleza exterior al contrato, y por lo tanto, sin relación alguna con su esencia.

La noción de la prestación característica nació en Suiza y fue consolidada por Adolf Schnitzer. "Se trata, a través de ella, de identificar la prestación que permitiera darle al contrato su nombre, su carácter, su identidad, con el fin de distinguirlo de otros. Por ejemplo, en una venta la prestación caracterizante es la del vendedor, ya que la obligación de pagar el precio no es relevante en cuanto existe en todos los contratos onerosos. De ahí que Schnitzer afirmara que en un contrato bilateral la prestación característica será la no monetaria"<sup>33</sup>.

La ventaja que se le adjudica al criterio es que permite concretar la conexión del contrato en su interior, y no desde su exterior, sobre la base de elementos de conexión que no están relacionados con la esencia de la obligación.

Una vez determinada la prestación característica debemos localizarla y elegir un elemento del contrato.

"La Convención de Roma localiza la prestación en el país donde desarrolla su actividad comercial o profesional, o tiene la administración central aquel que la suministra"<sup>34</sup>, es decir, el deudor de la misma.

Así, en la Convención de Roma hay tres escalones que se pueden recorrer para la determinación de la ley aplicable:

<sup>33</sup> Boggiano, Antonio, *Los principios de Unidroit...*, ob. cit., p. 603.

<sup>34</sup> Mihali, Gabriel y otro, ob. cit., p. 112.

1) El primero, el de la elección efectuada por las partes de un modo expreso o tácito.

2) El segundo alude al concepto de los lazos más estrechos, interpretando como aquel que constituye la prestación característica del contrato.

3) El último se aplicará sin más al concepto de los lazos más estrechos, sin basarse en ninguna presunción específica.

El artículo 4º expresa: [...] "1. [...] el contrato será regulado por la ley del país con el que presenta un vínculo más estrechos [...]"

2. [...] se presume que el contrato presenta el vínculo más estrechos con el país en el que la parte que debe ejecutar la prestación característica tiene, al momento del perfeccionamiento, su residencia habitual, o si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central [...]"

5. [...] No se aplicará el párrafo 2 cuando la prestación característica no pueda ser determinada. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 no rigen cuando del conjunto de las circunstancias resulta que el contrato presenta un vínculo más estrechos con otro país".

Si bien esta noción de la prestación más característica ha sido adoptada por la Convención de Roma, actualmente ha sido puesta en tela de juicio por algunos inconvenientes que plantea. Así, por ejemplo, en el caso de dos prestaciones simultáneas y de la misma naturaleza, como la permuta, no podría ser hallada la prestación característica, aunque se ha propuesto acudir al derecho de la parte que incurra en una mayor responsabilidad o que soporte el mayor riesgo.

Incluso en la actualidad existe un gran número de contratos innominados cuya complejidad hace difícil determinar la prestación característica. También se ha dicho que siendo el deudor de la prestación característica típicamente el comerciante, la ley aplicable supuestamente será la de la parte fuerte del contrato.

Sin embargo, en la compraventa internacional de cosas muebles hay razones importantes para aplicar el derecho del domicilio

del vendedor. El exportador contrata ventas con compradores domiciliados en cualquier punto del mercado internacional. Para el exportador es un acto de empresa típicamente frecuente. Para el comprador suele ser un acto aislado. "El exportador debe poder fijar condiciones de venta uniformes para la organización de su exportación, sobre la base de un derecho cierto ('quien exporta las mercaderías exporta el derecho aplicable a la compraventa de las mercaderías')"<sup>35</sup>.

Vemos así que la regla base es la autonomía de la voluntad, tanto para la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales como para la Convención de Roma, pero en los supuestos en los cuales las partes no eligen un derecho determinado, o cuando habiendo hecho la elección, ésta resultara ineficaz, ambos convenios adoptan soluciones similares, ya que ambos establecen el principio de la proximidad, con la referencia a los vínculos más estrechos.

La CIDIP V, referida anteriormente, no hace mención de la prestación característica como criterio rector para la autoridad judicial interviniente, sin embargo, el juez podrá tenerla en cuenta dentro de los elementos que le corresponden analizar.

La Convención de Roma, a su vez, establece dicha presunción, pero luego retoma el "principio de la proximidad", diciendo que se seguirá este principio siempre y cuando no sea manifiestamente más próximo el contrato con otro derecho.

Por lo tanto, vemos que se trata de matices que vienen definidos por la mayor o menor intensidad de la manifestación del principio de proximidad, lo que nos permite minimizar la diferencia<sup>36</sup>.

## VI. Conclusiones

1) Debemos admitir que la independencia natural y espontánea del hombre no puede ser absoluta e ilimitada.

<sup>35</sup> Najurieta, Susana M., "Autonomía de la voluntad...", ob. cit., p. 948.

<sup>36</sup> Véase Boggiano, Antonio, *Los principios de Unidroit...*, ob. cit., p. 170.

La iniciativa individual está al servicio de la satisfacción de las necesidades particulares y del bien común, en un equilibrio dinámico que en el orden del derecho pretende ser justo. El contrato es el instrumento por excelencia en esa realización, debiendo estar al servicio del derecho objetivo que subordina el principio de libertad contractual al interés general.

Cuando las partes eligen el derecho aplicable, explícita o tácitamente, se advierte una suerte de control —legislativo, judicial— de razonabilidad de lo elegido, que tiene por fin evitar la imposición del derecho por la parte poderosa a la más débil económica, cultural o socialmente considerada.

Éstas limitaciones se fundamentan jurídicamente en herramientas propias del derecho internacional privado (vgr., normas de policía, principios de orden público internacional, etc.).

2) Podemos afirmar que la autonomía de la voluntad, en sus dos manifestaciones —autonomía conflictual y material—, es admitida ampliamente en el derecho internacional privado convencional e interno, y su consagración es coherente con el mundo en que vivimos.

3) La elección del principio de la autonomía de la voluntad podrá ser expresa o tácita, pero en este último caso deberá ser real, cierta e inequívoca.

4) Las partes están facultadas para elegir que todo el contrato se rija por un determinado derecho, o bien podrán someter los diferentes elementos —partes— del contrato a distintas leyes.

5) La elección realizada por las partes no estará, en principio, condicionada a la existencia de algún contacto entre uno de los elementos esenciales del contrato y el derecho aplicable.

6) La elección del derecho aplicable podrá ser efectuada por los contratantes en un momento precedente, simultáneamente, o con posterioridad a la celebración del contrato.

7) Cuando las partes no han elegido el derecho aplicable de forma clara, ya sea explícita o tácitamente, se deberá acudir a un punto de conexión localizador, el cual nos indicará el derecho apli-

cable. Esta localización dependerá de un vínculo objetivo entre el contrato y un determinado sistema jurídico.

8) Sabemos que en el orden de aplicación de las fuentes se encuentran primero las convencionales, institucionales, o transnacionales, según el caso, y luego las normas internas de derecho internacional privado. Siguiendo este razonamiento, vemos que nuestro país, con respecto a los contratos internacionales, ha ratificado la Convención de Naciones Unidas de 1980 y la Convención de la Haya de 1985, que nos vinculan con países de todo el mundo.

Argentina no ha ratificado aún la CIDP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, cuya ratificación recomendamos, porque en ella se plasman todos los aspectos relacionados anteriormente y, además, por los siguientes motivos que exponemos:

1) La recepción amplia por parte de la Convención aludida del principio de la autonomía de la voluntad es de fundamental importancia, ya que varios países de la OEA no lo aceptan en su derecho internacional privado de fuente interna, como es el caso de Brasil y Uruguay, y varios otros carecen de una norma clara y expresa al respecto, aunque la doctrina y la jurisprudencia sean favorables, como es el caso de Argentina.

2) Incluye una norma expresa que impide que el pacto de jurisdicción, por sí solo, sea considerado como una forma de elección de la ley aplicable. Éste podrá ser un elemento más que permita establecer la verdadera voluntad de las partes.

3) Se ha establecido el sistema de conexión flexible por primera vez en la esfera interamericana, como principio general subsidiario, en ausencia de elección de las partes. Si bien otorga gran libertad al juez para determinar el derecho aplicable, pensamos que con la búsqueda de conexiones flexibles como ésta, y con las guías establecidas para el tribunal en dicha Convención, el que deberá tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y los principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por los organismos internacionales, buscando la justicia y la equidad en el caso concreto, obtendremos

una solución razonable que satisficará los intereses de las partes contratantes.

Si bien esta convención se aparta del principio de la prestación característica, establecido por la Convención de Roma (que le sirvió de antecedente), que sirve como punto intermedio entre las soluciones rígidas y las flexibles al darle pautas concretas a los jueces, vemos que del análisis realizado surge que tal distanciamiento no es tal, ya que dentro de los elementos objetivos que analizará el juez podrá tener en cuenta este principio.

4) Además de ocuparse de la autonomía de la voluntad y del derecho aplicable, hace expresa referencia a otras fuentes normativas que rigen los contratos internacionales, menciona a las normas materiales uniformes contenidas en los tratados internacionales, y recepta la *lex mercatoria*, al referirse a los usos y prácticas del comercio internacional. Establece así un pluralismo metodológico que responde a las necesidades del comercio internacional.

5) Contempla las normas de policía del foro, que deben ser aplicadas obligatoriamente por el juez. Las normas de policía extranjeras, pertenecientes a otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, son de aplicación facultativa por el juez.

6) El derecho aplicable, según lo prescripto por la Convención, podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

7) Descarta al reenvío, posición que nos parece acertada, ya que cuando varios países se ponen de acuerdo respecto del derecho aplicable a determinada situación jurídica y unifican normas indirectas, el derecho sustantivo del ordenamiento indicado es el aplicable.

8) Ha sido ratificada por Venezuela y México. Los parlamentos de Estados Unidos de América y de Brasil están estudiando la posibilidad de ratificarla, y siendo así sería muy importante contar con normas comunes que rijan la contratación internacional con estos Estados.

9) El Mercosur no ha abordado aún los aspectos de derecho privado ni de derecho internacional privado de la contratación in-

ternacional, con excepción de las regulaciones sobre jurisdicción internacional en materia contractual, aprobadas por decisión del C.M.C. 1/94, en Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994, llamado "Protocolo de Buenos Aires", y en materia de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, aprobadas por decisión del C.M.C. 5/92, en Las Leñas, el 27 de junio de 1992, llamado "Protocolo de Las Leñas". Es así que consideramos que la ratificación de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales por nuestro país y sus socios del Mercosur, daría las bases necesarias para la armonización y unificación del derecho comercial en este ámbito.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la CIDIP V en materia de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales es una convención moderna que se adapta a las necesidades de nuestros tiempos, y cuya ratificación sería muy beneficiosa para los intereses de nuestro país.

### **Bibliografía**

- BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, Bs. As., Depalma, 1978.
- *Curso de derecho internacional privado*, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1993.
- *Los principios de Unidroit: ¿un derecho común a los contratos para las Américas?*, separata del Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, noviembre de 1996.
- ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1979.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO, "La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V", *JA*, 1995-II.
- GALLINO, EDUARDO, "El principio de la autonomía de la voluntad y la

- contratación internacional”, ponencia presentada al XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, Canadá, 1986.
- GOLDSCMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia*, Bs. As., Depalma, 1985.
- KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, *Manual de derecho internacional privado*, Bs. As., Ultra, 1979.
- MIHALI, GABRIEL, Y OTRO, *Contratación mercantil internacional en el Mercosur*, Bs. As., Julio César Faire, 1993.
- NAJURIETA, SUSANA M., “Apogeo y revisión de la autonomía en los contratos internacionales”, *LL*, 1986-37.
- “Autonomía de la voluntad en la contratación internacional cuando se utilizan condiciones generales de contratación”, *ED*, 1983-104.
- NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1996.
- SANTOS BELANDRO, RUBÉN B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1996.
- SOSA, LUCAS GUALBERTO, “La autonomía de la voluntad como punto de conexión”, ponencia de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, agosto de 1985.