

AUTONOMÍA DE LAS PARTES

Fabiola Romero

449

ARTÍCULO 29

Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.

SUMARIO

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL. 1. LA IMPORTANCIA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN. 2. LAS DIFICULTADES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN. 3. LOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA DEDUCIR EL CARÁCTER INTERNACIONAL DE UN CONTRATO. 3.1. *Criterio económico*. 3.2. *Criterio jurídico*. 4. LOS CRITERIOS UTILIZADOS EN ALGUNAS CONVENCIONES: 4.1. *Criterios únicos*. 4.2. *Criterios alternativos*. 4.3. *Criterios acumulativos*. 5. LAS REGULACIONES IMPRECISAS. 6. LA POSICIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES PARA LOS CONTRATOS MERCANTILES (UNIDROIT 1996). II. EL RÉGIMEN CONTRACTUAL. LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE POR LAS PARTES CONTRATANTES. 1. LA DISTINCIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 2. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES. 3. LA DOCTRINA SUBJETIVISTA SOBRE LA NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES. 4. LAS CRÍTICAS A LA DOCTRINA SUBJETIVISTA. 5. LAS SOLUCIONES OBJETIVAS SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO. 6. LA DOCTRINA

OBJETIVA SOBRE LA NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. 7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD JUNTO A OTROS ÍNDICES DE LOCALIZACIÓN DEL CONTRATO. 8. LAS CRÍTICAS A LA DOCTRINA OBJETIVA. 9. LA CODIFICACIÓN CONVENCIONAL HASTA LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX. 9.1. *El Tratado de Lima (1878) y los Tratados de Derecho Civil de Montevideo (1889-1940)*. 9.2. *El Código Bustamante (1928)*. 10. LAS CODIFICACIONES NACIONALES DEL SIGLO XX. 13. EL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO (1955). 12. LA ACEPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y EL ABANDONO DE LAS DOCTRINAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS. 12.1. *Las soluciones adoptadas por la codificación convencional*. 12.2. *Las soluciones adoptadas por la codificación nacional*. 13. LAS MODALIDADES DE ELECCIÓN: EXPRESA, TÁCITA Y PRESUNTA. 14. LA VOLUNTAD PRESUNTA O HIPOTÉTICA. 14.1. *El rechazo por parte de la doctrina*. 14.2. *El Código Bustamante (1928)*. 15. LA ELECCIÓN TÁCITA EN LA CODIFICACIÓN. 15.1. *El Código Bustamante (1928)*. 15.2. *Las convenciones adoptadas recientemente*. 15.3. *La codificación nacional*. 16. LA POSIBILIDAD DEL DÉPEÇAGE VOLUNTARIO. 16.1. *La regulación convencional*. 16.2. *La escasa regulación legislativa*. 16.3. *Las posiciones en la doctrina y jurisprudencia venezolanas*. 17. LA POSIBILIDAD QUE TIENEN LAS PARTES DE MODIFICAR EXPRESAMENTE EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO. 17.1. *Su consagración en el derecho positivo*. 17.2. *Aceptación doctrinal y jurisprudencial*.

III. LAS RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES: 1. EN RAZÓN DEL VÍNCULO QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL CONTRATO Y EL DERECHO ESCOGIDO: 1.1. *La consideración de esta restricción en el derecho positivo*. 1.2. *Solución en el Sistema Venezolano*.

2. EL RECHAZO AL "CONTRATO SIN LEY" COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 2.1. *La regulación de esta limitación en el derecho positivo*. 1.2. *Las sugerencias al respecto*. 3. EL DERECHO IMPERATIVO COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES EN MATERIA LABORAL O EN RELACIÓN A LOS CONSUMIDORES: 3.1. *La regulación de esta limitación en el derecho positivo*. 3.2. *La posición jurisprudencial venezolana*. 3.3. *El propósito de estas limitaciones y la función de las normas de aplicación inmediata o necesarias*. 4. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES. IV. LOS EFECTOS DE LA AUTONOMÍA DE LAS PAR-

TES: 1. EXCLUSIÓN O INCLUSIÓN DE UNA CONVENCIÓN DE DERECHO UNIFORME. 2. LA POSICIÓN DEL DERECHO POSITIVO EN CUANTO AL REENVÍO. 3. LA MODIFICACIÓN QUE PUEDE SUFRIR EL DERECHO ELEGIDO. 4. LA "CLÁUSULA DE CONGELACIÓN". JURISPRUDENCIA.

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL

1. La importancia de la conceptualización

Es importante saber lo que distingue a un contrato internacional de un contrato interno. No sólo para determinar si estamos en presencia de un contrato que puede estar sometido parcial o totalmente al derecho de uno o más ordenamientos jurídicos, sino que también pueden plantearse problemas en cuanto a la validez de una cláusula de elección del derecho extranjero aplicable a un contrato que tenga todos sus elementos localizados en un solo país o con respecto a la posibilidad de establecer un compromiso de pago en moneda extranjera o a una cláusula de indexación o a un acuerdo arbitral que contemple la posibilidad de recurrir a un árbitro extranjero, cuando este tipo de asuntos esté reservado solamente a los casos de la contratación internacional; y, además, para determinar cuándo procede la aplicación de una legislación material uniforme referida a los contratos internacionales (Chatillon, 1994: 130-131).

2. Las dificultades para la conceptualización

Sin embargo, una definición única aplicable, por igual, a todos los contratos no puede ser dada, sin incurrir en imprecisión, debido a la variedad y complejidad de los contratos. Ello implicaría el riesgo de omitir algún contrato atípico que presente un carácter internacional.

Las soluciones de derecho positivo varían. Corresponderá al juez que conoce de la controversia calificar si un contrato es internacional conforme a lo dispuesto en una convención que le sirva de referencia —la cual tendrá que ser acatada en todos los Estados en los cuales ella se encuentre vigente— o según la codificación nacional del Estado al cual el juez pertenece, y

en último caso, conforme a los principios de derecho generalmente admitidos en la materia. En otras palabras, corresponderá al juez que conozca de la controversia calificar si un contrato es o no internacional, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en su codificación convencional o nacional, según el orden de prelación de sus fuentes.

3. Los criterios utilizados para deducir el carácter internacional de un contrato

En todo caso, el carácter internacional del contrato ha sido analizado por la doctrina y la jurisprudencia desde dos perspectivas, una jurídica y otra económica.

3.1. Criterio Jurídico

Según el criterio jurídico, la presencia de un elemento extranjero en la relación contractual ha servido de presunción en favor de la calificación del contrato como internacional, pero ello no implica una caracterización definitiva. Hoy día, la opinión mayoritaria considera que no es suficiente que uno de los elementos del contrato escape de la soberanía de un Estado para deducir que el contrato tiene carácter internacional. Es preciso, como lo señala la doctrina española, corroborar la relevancia jurídica del elemento extranjero y verificar si la finalidad social de los hechos reclama o no una reglamentación internacionalizada (Carrillo Salcedo, 1976: 48-49). En otras palabras, un contrato es internacional cuando las necesidades del comercio internacional se imponen (Aguilar Navarro, 1979: Vol. II, 561-562).

En la actualidad, para la mayoría de la doctrina, la diferencia de nacionalidades de las partes o la celebración del contrato en un lugar distinto del lugar de ejecución o la calificación de internacional hecha por las partes, no constituyen, por sí solas, circunstancias a ser tomadas en cuenta para considerar al contrato como internacional (Gourion y Peyrard, 1994: 96).

A título de ejemplo, se ha dicho que: "un contrato es internacional tanto si su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional" (Boggiano, 1988: T.II, 698). También se ha dicho, refiriéndose al Derecho argentino, que "contrato extranacional es aquél destinado a ser cumplido

en un lugar distinto a aquel en que ha sido celebrado" (Kaller de Orchansky, 1978: 350). La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, para calificar de internacional a un contrato se refirió específicamente al hecho de que las partes tienen nacionalidades diferentes, que las negociaciones se realizaron en diferentes países y que el contrato se refiere a la venta de una empresa situada en un país europeo y que sus operaciones comerciales fueron dirigidas en gran parte a los mercados europeos (Secretaría General, OEA/Ser. K/XXI, 5. CIDIP V, doc. 5/93, 1993: 3-4).

3.2. Criterio Económico

De acuerdo con el criterio económico el contrato es considerado internacional cuando entraña "un doble movimiento de flujo y reflujo" de un país a otro o cuando el contrato excede el marco de la economía interna poniendo en juego los intereses del comercio internacional.

Este criterio aparece en Francia en una sentencia dictada por la Corte de Casación, en 1927, con ocasión de definir el pago internacional; y en varias oportunidades los jueces franceses han adoptado el criterio económico para calificar un contrato de venta como internacional, cuando está previsto que la mercadería pase del país del vendedor al del comprador y el pago se efectúe en un itinerario inverso.

También se ha considerado como internacional a un contrato celebrado y ejecutado en Francia entre franceses, domiciliados en Francia, en razón de que interesa al comercio internacional. La Corte de Casación francesa, con ocasión de admitir la cláusula compromisoria que sometía el contrato al árbitro inglés, ha juzgado como internacional a contratos concluidos entre franceses, celebrados y ejecutados en Francia cuyo objeto era la compraventa de trigo proveniente del extranjero, por cuanto los mismos ponen en acción al comercio internacional. Tal criterio ha sido consagrado en el artículo 1.492 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés cuando prevé que "es internacional el arbitraje cuando pone en acción los intereses del comercio internacional" (Chatillon, 1994: 128). Ideas similares ha expresado la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en los casos Zapata y Sherck (Hernández-Breton, 1995: 35) y la Corte Suprema de Justicia venezolana, en fecha 9/10/1997, a fin de determinar el carácter internacional de un acuerdo suscrito, en el Estado de Nueva York de los Estados Unidos de Norte América, entre Embotelladora Caracas, C.A. y

otras, constituidas y domiciliadas en Venezuela y Pepsi Cola Panamericana, S.A., constituida en el Estado de Delaware de los Estados Unidos de Norteamérica y domiciliada en Venezuela.

En este último caso, el criterio económico se fundamentó en la forzosa incidencia en el comercio internacional que tiene el objeto de los contratos y el renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela.

La calificación de internacional del referido acuerdo se planteó con el fin de determinar la procedencia de la aplicación del Art. II, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrito en Nueva York (1958), la cual exige que el acuerdo arbitral sea considerado internacional desde la perspectiva del tribunal nacional ante el cual se hace valer dicha cláusula y, en consecuencia, declarar ajustada a Derecho la decisión del *a quo* de declinar su jurisdicción ante el tribunal arbitral previsto en la cláusula 30 del acuerdo suscrito por las partes. La decisión en cuestión contó con el voto concurrente de una de las Magistradas, que consideró innecesario tener que analizar la naturaleza jurídica del contrato, declarándolo internacional, para determinar la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos, situación que era contrastable de la sola lectura de la cláusula 30, en la cual de manera expresa se estableció que cualquier controversia o reclamación que surgiera o se relacionare en dicho contrato, sería resuelto mediante un arbitraje, por lo que con sólo examinar e interpretar dicha cláusula se podía determinar la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos y, decretada ésta, mal podía la Sala Política Administrativa entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato, declarándolo internacional, cuando carece de la jurisdicción necesaria e imprescindible para realizar dicho análisis según se desprende de la sumisión expresa de las partes.

4. Criterios utilizados en algunas convenciones

Varias convenciones internacionales, tanto de Derecho Material Uniforme como de Derecho Internacional Privado, bien que tengan por objeto a los contratos en general o relacionadas con cierto tipo de contratos en particular, fijan criterios expresos para justificar la calificación del contrato como internacional. En alguna de ellas se observa un criterio único y en otras más de uno que pueden ser exigidos en forma alternativa o acumulativa (Chatillon, 1994: 128 y Pommier, 1992: 152-153).

4.1. Criterios Únicos

Como criterios únicos para tipificar como internacional a un contrato se han previsto: el hecho de que "el establecimiento del vendedor y del comprador se encuentren en Estados diferentes" (Art. 1º de la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 1980); o que "el lugar de expedición de la mercadería y el lugar de la entrega se encuentren en Estados diferentes" (Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, Montevideo 1989).

El criterio económico ha sido tomado en cuenta en materia de transporte de mercaderías, para dar carácter internacional al respectivo contrato, así por ejemplo, en las convenciones referentes al transporte por vía aérea (Art. 1 de la Convención para la Unificación de Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, Varsovia 1929), al terrestre (Art. 1) y por vía férrea (Art. 1) (Chatillon, 1994: 129; Gouiron y Peyrard, 1994: 96-97).

4.2. Criterios Alternativos

Otras convenciones estipulan criterios alternativos, tales como: "cuando las partes tienen su establecimiento en Estados diferentes o en los casos en que se produzca un conflicto de leyes, con tal que dicho conflicto no dimane exclusivamente de la estipulación de las partes" (Art. 1º de la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, La Haya 1985); o si las partes "tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado-Parte" (Art. 1º Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México 1994)²⁹⁹; o si "el punto de partida y el de destino de la mercadería

²⁹⁹ La Comisión I de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, a la cual le correspondió examinar el proyecto de esta Convención, atendiendo a la solicitud formulada por la delegación de los Estados Unidos de Norte América, entendió, que el término "contratos internacionales" incluye "las declaraciones unilaterales de voluntad", en Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho Aplicable a la Contratación Internacional (OEA/Ser. K/XXI.5 CIDIP-V/DOC. 32/94/ Rev. 2, 18/03/1949). Tal precisión obedeció quizás a la concepción del derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, para el cual el término "contract" comprende no sólo el acuerdo de voluntades conforme al cual una de las partes tiene la obligación de cumplir su prestación tal cual la contrajo y la otra el derecho correlativo a exigirla, sino también el acto unilateral que engendra obligación sin necesidad de aceptación (Melich-Orsini, 1985: 21-22).

están situados en Estados diferentes o en un mismo Estado si una escala está prevista sobre el territorio de un tercer Estado” (Art. 1º de la Convención para la Unificación de Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, Varsovia 1929)³⁰⁰.

4.3. Criterios Acumulativos

Exigen condiciones acumulativas como: “el establecimiento de las partes en dos Estados diferentes y las condiciones particulares de conclusión o ejecución del contrato” (Art. 1º de la Convención que contiene la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, La Haya 1964).

5. Las regulaciones imprecisas

Otras convenciones regulan el problema de la calificación internacional del contrato de manera imprecisa, es decir, establecen ciertas referencias que, por sí solas no bastan para determinar con certeza una definición de contrato internacional, así, el Convenio de La Haya de 1955 establece en su artículo 1º que “la sola declaración de las partes relativa a la aplicación de una ley o a la competencia de un Juez o de un árbitro, no basta para darle al contrato carácter internacional”; y el Convenio de Roma de 1980, en su artículo 1º, se limita a indicar que el mismo rige “las situaciones contractuales que impliquen un conflicto de leyes”. De manera que, para calificar de internacional a un contrato regulado por estas convenciones, los jueces tendrán que atenerse a criterios que no se desprenden de las mismas (comenta esta solución Jacquet, 1992: 7-9).

6. La posición de los principios generales para los contratos mercantiles (UNIDROIT)

Cabe señalar que los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales no establecen criterio alguno para determinar la internacionalidad de los contratos, sin embargo, los “Comentarios” explicativos, preparados por el Grupo de Trabajo del Instituto Internacional para

³⁰⁰ Convenio que ha sido ratificado por Venezuela el 15/12/1954, depositado el 15/06/1955 y publicado en G.O. 24.837, del 01/09/1955.

la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se limitan a indicar que el concepto de “contratos internacionales” debe entenderse en la forma más amplia posible, a fin de excluir solamente aquellos contratos carentes de elementos internacionales, es decir, cuando todos sus elementos de importancia se encuentran conectados con un único Estado (Parra-Aranguren: 1994: 172-173).

II. EL RÉGIMEN CONTRACTUAL. LA ELECCIÓN DEL DERECHO APPLICABLE POR LAS PARTES CONTRATANTES

1. La distinción entre la autonomía de las partes y la autonomía de la voluntad

Conviene precisar que el llamado principio de la autonomía de la voluntad tiene sentidos diferentes en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional Privado. En el primero, constituye el poder que tienen las partes para determinar, por sí mismas, sus relaciones jurídicas mediante el ejercicio de la libertad y dentro de los confines de lo lícito (Melich-Orsini, 1985: 30). En otras palabras, es la libertad reconocida a los particulares, por la ley, para celebrar los contratos que deseen y para reglamentar, por sí mismos, el contenido y modalidad de las obligaciones que se imponen. Las normas así establecidas por los particulares prevalecen sobre las normas dispositivas del orden jurídico, sin más limitaciones que las impuestas por las normas imperativas.

En el Derecho Internacional Privado, la autonomía de la voluntad, permite a los particulares elegir el derecho que estos desean aplicar a sus relaciones contractuales, esto es, la libertad de elegir la *lex contractus*. Por razones de utilidad práctica, se utiliza la expresión *autonomía de las partes* para hacer referencia a esta posibilidad que tienen los contratantes, mientras que, el término *autonomía de la voluntad* se reserva para designar el ejercicio de la libertad contractual en el derecho interno (Hernández-Breton, 1995: 30).

El contrato tiene un derecho propio que le es aplicable, de igual manera como lo tienen las demás relaciones jurídicas internacionalizadas y, en este sentido, el principio de la autonomía de las partes está generalmente aceptado, como conexión principal, para la determinación de la *lex contractus*.

2. El origen del principio de la autonomía de las partes

Se atribuye a Dumoulin el mérito de ser el primero en tomar en cuenta la autonomía de las partes, para decidir sobre el derecho que regirá el contrato. Sin embargo, no se puede afirmar que éste sea un criterio aceptado en forma unánime por la doctrina, pues algunos autores han criticado, en la obra de Dumoulin, que no hay una formulación directa del principio de la autonomía de las partes, que al contrario éste fue utilizado, únicamente, para dar una explicación *a posteriori*, haciendo coincidir la ley elegida por las partes con la regla *lex loci contractus*, sirviéndole así de justificación a esta última (Pommier, 1992: 41). Otros, además, consideran que “el estado actual de las investigaciones no permite determinar con certeza el origen del principio de autonomía de las partes. El análisis de las teorías propuestas parece sugerir que el origen del principio no debe verse como un acontecimiento histórico aislado -y en consecuencia su comienzo no puede ubicarse en un momento histórico determinado- sino que es el resultado de un proceso evolutivo a lo largo de varios siglos que culminan en la primera mitad del presente siglo, en el entendido de que el principio, desde época inmemorial, se encontraba latente en la mente de los juristas” (citando a Gamillscheg, Hernández-Breton, 1995: 45 y 49).

Lo que sí es admitido, por la generalidad de la doctrina, es que la autonomía de la voluntad adquirió su auge durante el siglo XIX, bajo la influencia de la filosofía kantiana, las ideas de Benthan y del liberalismo económico. Como principio fundamental imperaba, en esta época, la idea de que la ley debía interferir lo menos posible en la actividad de los individuos y, en consecuencia, éstos debían gozar de la máxima libertad en materia de contratos. De esta manera, el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Interno influyó en la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado.

3. La doctrina subjetivista sobre la naturaleza del principio de la autonomía de las partes

Entre las diferentes doctrinas elaboradas en torno a la naturaleza de la libertad que tienen las partes contratantes para determinar el derecho aplicable al contrato, se destaca la tesis clásica, conocida como doctrina subjetivista, la cual parte del presupuesto desarrollado por la filosofía kantiana: “la voluntad constituye una ley por sí misma”.

Al mismo tiempo que esta doctrina elevó al contrato al rango de ley, en base a la norma de Derecho Civil que establece que “los contratos tie-

nen fuerza de ley entre las partes”, fundamentó la cláusula que indica cuál es el derecho aplicable a un contrato *-pactum de lege utenda-* en la autonomía de la voluntad (Pommier, 1992: 53; Casanovas y La Rosa, 1976: 1.007, quienes citan como ejemplo a la doctrina de Laurent). Convirtiéndose así, el derecho elegido por las partes, en una estipulación contractual y no en un factor de conexión, como se le tiene hoy día. En Venezuela se fundamentó a la autonomía de las partes en la autonomía de la voluntad, con base en el contenido del actualmente artículo 1.159 del Código Civil venezolano (Herrera Mendoza, 1960: 131-132; Yánez, 1912: 114).

De tal manera, la doctrina subjetivista no estableció diferencia entre el fundamento de la voluntad de las partes y el de la autonomía de la voluntad. La elección del derecho aplicable no fue sino el traslado de la libertad contractual en el Derecho Interno al Derecho Internacional Privado.

Para esta doctrina, la elección del derecho aplicable no era otra cosa que la incorporación del derecho que le convenía a las partes, sin necesidad de transcribir cada una de las normas de ese ordenamiento jurídico. Tal incorporación solamente podía comprender las normas dispositivas o facultativas del derecho escogido, por cuanto el contrato continuaba sometido a las normas imperativas de aquel derecho que sería aplicable en caso de no haber elección. En la doctrina venezolana también se ha partido de tal consideración (Hernández-Breton, 1988: 337).

4. Las críticas a la doctrina subjetivista

La crítica a la teoría subjetivista no se dejó esperar: “la voluntad privada no puede prevalecer sobre la ley... No pertenece a las partes la escogencia de la ley que gobierna sus relaciones sino a la ley decidir que relaciones ella gobierna: ello deriva de la simple lógica que da la autoridad de la ley... un contrato no es contractualmente obligatorio sino en virtud de una ley que lo sanciona. Pretender que la ley aplicable resulte del contrato deja abierta la cuestión de saber a cual ley está sometido el acuerdo por el cual las partes han escogido la ley aplicable” (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 231). El inicio de esta discusión se atribuye a Ludwing Von Bar, en 1862.

5. Las soluciones objetivas sobre el derecho aplicable a la existencia y validez del contrato

En todo caso, la validez del contrato no podía depender del derecho escogido por las partes, pues si la validez de la propia cláusula de elección

está en juego no es lógico confiar el examen de la misma al derecho escogido. Otorgar competencia al derecho que debe dar precisamente un efecto jurídico a la escogencia de las partes, para decidir sobre la validez o no del contrato, constituye un "círculo vicioso"; ya que someter la validez del consentimiento de las partes al derecho por ellas elegido, podría implicar el reconocimiento de la validez de un acto posiblemente nulo.

En base a tal razonamiento, en algunos casos se consideró que lo relativo a la existencia y validez del contrato estaba fuera del ámbito de la autonomía de las partes quedando sometidos tales aspectos a la *lex loci celebrationis* (Schnitzer, 1968: 584).

En otras ocasiones, se sostuvo que el contrato era válido por el hecho mismo de su existencia, pues el mismo, no podía ser declarado nulo por estar separado de toda ley; y depender únicamente de la voluntad de las partes, la cual no podía ser contradictoria, al punto de escoger un derecho que declare a su contrato como inválido. En tal sentido se hace referencia a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América: "cuando una de las leyes en conflicto anula el contrato en tanto que la otra lo valida, esta última ley debe ser presumida como la escogida por las partes" (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 267, quien cita a Ehrenzweig). En efecto, se llegó al extremo de descartar a la voluntad de las partes por la *lex validitatis*, esto es, por aquel derecho vinculado al contrato que lo reconoce como válido.

6. La doctrina objetiva sobre la naturaleza del principio de la autonomía de la voluntad de las partes

Como tesis opuesta a la doctrina subjetivista surge la doctrina objetivista, la cual restablece la primacía de la ley sobre la voluntad de las partes. La libertad de designar el derecho aplicable al contrato encuentra su fundamento en la norma que está por encima de la voluntad de los particulares, "el contrato no es, a pesar de las apariencias, un negocio puramente interindividual, él constituye un hecho social que se inserta en la vida de una colectividad" (Pommier, 1992: 28). De esta forma, el principio de la autonomía de las partes dejó de ser fuente autónoma de derecho para convertirse en una noción de hecho, como un índice revelador de la localización del derecho aplicable al contrato (Pommier, 1992: 80). Sin embargo, la doctrina objetiva ha sido percibida como una defensa oportuna a la autonomía de la voluntad, "aunque demasiado tímida" (Casanovas y La Rosa, 1976: 1.007).

En este sentido, "...el juez no está estrictamente atado por la cláusula escogida expresamente como si ella constituyera, según su letra, el principio de la solución de derecho: ella no es más que un elemento -capital- de la localización del contrato, pero no absolutamente obligatorio en derecho porque esta localización queda como una cuestión de hecho" (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 239).

Así, la localización del contrato significa el establecimiento, por las partes, de un vínculo objetivo entre su contrato y un sistema jurídico. Esto es, se hace depender la determinación del derecho aplicable de la localización, ya que se le permite al juez investigar cuál de los elementos, materialmente localizados, tiene una importancia preponderante. En otras palabras, las partes se limitan a localizar el contrato y el juez deduce la ley aplicable.

7. La autonomía de la voluntad junto a otros índices de localización del contrato

Para la teoría objetiva de la localización el principio de la autonomía de la voluntad no es un factor de conexión, sino que constituye un índice general revelador de la conexión, junto con el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución. Además de estos índices generales, se hace referencia a los índices particulares intrínsecos y extrínsecos del contrato. Entre los primeros se señalan aquellos que comprenden: a) la persona de los contratantes: nacionalidad común, domicilio y residencia habitual de las partes; b) el objeto del contrato: lugar de ubicación de los inmuebles y los contratos vinculados a otro contrato; c) los que son propios de la forma del contrato, tales como la lengua empleada; d) los que conciernen al precepto mismo del contrato: cláusulas compromisorias y atributivas de jurisdicción. Entre los índices particulares extrínsecos al contrato se indican los siguientes: a) el tenor de los derechos en conflicto (por ejemplo, principio *validitatis*); b) la actitud de las partes con posterioridad al contrato; y c) la referencia a una ley o a un uso (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 253-271).

Esta teoría tuvo su origen y desarrollo en Francia y, en cierta forma, en Inglaterra, donde históricamente la autonomía de las partes tan sólo fue considerada como un elemento más, entre otros, en la búsqueda de la *proper law of the contract* (Hernández-Breton, 1995: 50).

8. Las críticas a la doctrina objetiva

A esta posición doctrinal se le critica la degradación de la autonomía de las partes a un mero indicio, a través del mecanismo de la localización (Casanovas y La Rosa, 1976: 1.027); y la incertidumbre que crea respecto del derecho aplicable, siendo la función principal de la cláusula *pactum de lege utenda* la de proporcionar seguridad a las partes contratantes. No obstante, los defensores de la doctrina objetiva alegan que ella ha servido para evitar escogencias poco razonable, resaltando como ejemplo un caso en el cual la Corte aplicó la ley de destino, ley francesa, para hacer valer la cláusula de negligencia contenida en un conocimiento de embarque emitido en Nueva York y expresamente sometida a la ley americana que la anulaba. La Corte se basó en la voluntad de las partes, concluyendo que esa voluntad estaba en localizar el contrato en Francia, no obstante la escogencia de la ley americana" (Batiffol y Lagarde, 1976: 239).

9. La codificación convencional hasta la primera mitad del siglo XX

9.1. El Tratado de Lima (1878) y los Tratados de Montevideo (1889-1940)

En cuanto a la admisión del principio de la autonomía de las partes es oportuno referirse, en primer lugar, a la codificación convencional. La primera codificación global de Derecho Internacional Privado, aparece por primera vez en la América: el Tratado sobre Derecho Internacional Privado (Lima 1878); y debe precisarse que tanto éste como los Tratados de Derecho Civil Montevideo (1889-1940) omiten toda referencia al principio de la autonomía de las partes, al regular lo relativo al derecho aplicable a los contratos (Arts. 33 y 37 respectivamente).

Sin embargo, debe destacarse la excepción contenida en el Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1940, el cual rechaza, en forma *sui generis*, a la autonomía de las partes, cuando establece en su artículo 5 que "La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley". Respecto de esta disposición se comenta, por una parte, que la enemistad empecinada de los Tratados de 1940 contra la

autonomía de las partes se basa en el temor de que éstas puedan abusar de la libertad, a fin de establecer conexiones fraudulentas; y por otra, que la excepción establecida en la misma no puede entenderse sino interpretando que este Tratado admite el reenvío, en materia contractual (Goldschmidt, 1977: 105 y 362).

9.2. El Código Bustamante (1928)

Comentario especial merece el Código Bustamante, el cual hace una tímida mención del principio de la autonomía de las partes al regular lo relativo al derecho aplicable a la interpretación de los contratos en el artículo 184, el cual dispone: "La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad"; y al derecho aplicable a los contratos de adhesión en artículo 185, en el cual se establece: "Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consigne para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara". También contempla la posibilidad de elegir el derecho aplicable en los supuestos contemplados en los artículos 190, 264 al 266 y 271.

Tales referencias han sido interpretadas por la mayoría de la doctrina venezolana a favor de la consagración implícita de la autonomía de las partes (López Herrera, 1954: 97; Barrios, 1982: 168). En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana cuando, en sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha 12/03/1970, dictada con ocasión del juicio de quiebra seguido a la C.A. Canal Once de Televisión, siendo el Juez el doctor Gonzalo Parra-Aranguren, se afirma "el Código Bustamante ha consagrado de manera terminante, como solución primaria, la autonomía de la voluntad para regular las obligaciones convencionales en general..." (Sentencia Canal Once de Televisión, 1970: 241).

No han faltado sin embargo opiniones distintas respecto al Código Bustamante. Hay quien afirma que debido a la vinculación que hace Bustamante entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de la autonomía de las partes "una elección de derecho sólo es posible en el

campo del derecho dispositivo" (Samtleben, 1975: 336); y quien asevera que "es difícil admitir la autonomía de las partes como criterio aceptado en el Código Bustamante debido a la ausencia de claridad en la distinción entre autonomía de la voluntad y autonomía de las partes...no se trata pues de autonomía de las partes en sentido moderno de una verdadera elección del derecho aplicable incluyendo sus disposiciones imperativas, sino simplemente de una especie de autonomía privada material" (Hernández-Breton, 1995: 76 y 81).

En realidad, del texto de la normativa del propio Código Bustamante no puede deducirse tales afirmaciones, pero sí de las ideas expuestas por el proyectista del mismo —Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven— quien sustituye la expresión "autonomía de la voluntad" por "autarquía personal" y, al oponerse a las corrientes antiautonomistas de la época, argumenta: "No es concebible que un hombre pueda copiar literalmente con carácter obligatorio, a condición de que no diga de dónde las ha copiado, las disposiciones de cualquier legislación y que en cambio, realice un acto nulo cuando se refiere a esta legislación como si la hubiere reproducido" (Sánchez de Bustamante, 1931: 192).

Ahora bien, la "representación subjetiva" de los órganos que participan en el proceso codificador o de algunos de sus miembros, no puede ser determinante en el significado de una disposición. Los jueces deben respetar la voluntad del creador de la norma cuando ésta, sin duda alguna, pueda deducirse de su propio texto. De lo contrario, la voluntad real del legislador histórico no deja de ser un elemento importante, pero, en todo caso, subsidiario en el esclarecimiento o explicación del sentido de la norma. Por encima de la concepción del creador de la norma se impone el desarrollo que en el tiempo opera en la conciencia jurídica general. Es lo que se ha llamado la función integradora del derecho (Larenz, 1966: 250 ss).

En consecuencia, si la aplicación de las normas del Código Bustamante, en base a ellas mismas, no nos conducen a resultados inequívocos, las mismas deben ser interpretadas de manera que, en lo posible, se cumpla con las exigencias de la vida social y del actual desarrollo del derecho. En tal sentido, deben ser interpretadas las referencias hechas por este Código, en cuanto a la posibilidad que tienen las partes de elegir el derecho de un ordenamiento jurídico para regir su relación contractual, la cual quedará subordinada tanto a las disposiciones imperativas como dispositivas del derecho así escogido.

10. Las codificaciones nacionales del siglo XX

Las codificaciones nacionales de principios de siglo no consagraron el principio de la autonomía de las partes, lo que parece tener su causa en el auge de la tendencia antiautonomistas (Pommier, 1992: 41). Su admisión progresiva en los ordenamientos jurídicos nacionales se debió al cambio de actitud por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

La introducción de este principio en el vocabulario del Derecho Internacional Privado se atribuye a Weiss en su "*Traité Élémentaire de Droit International Privé*", en 1886 (Casanovas y La Rosa, 1976: 1.003; y Pommier, 1992: 41); y en la jurisprudencia se citan como emprendedoras del mismo principio: en Francia, la sentencia de la Corte de Casación, *American Trading Co. v. Quebec Steamship Co.*, en 1910 (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 232); en Alemania, la decisión del Tribunal Superior de Kiel, en 1930; en Inglaterra, la del Privy Council, caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, en 1939 (Hernández-Breton, 1995: 56 y 50); y fue reconocido por la Corte de Justicia Internacional en el caso de los empréstitos serbios y brasileños, en sentencia de 1929 (Boggiano, 1990: 44; Giuliano y Lagarde, 1980: 15).

Entre las pocas legislaciones nacionales que han consagrado la posibilidad de elegir el derecho aplicable en materia de contratación internacional, antes de los años 50, se pueden citar, a título de ejemplo, el artículo 9 del Código Civil Italiano de 1865 y, posteriormente, el artículo 25 del Código de 1942. Disposición que, para el momento en el cual se suscribe el Convenio de Roma de 1980, parece ser la única en el derecho escrito de los países miembros de la Unión Europea (Giuliano y Lagarde, 1980: 8).

En los Estados Unidos de América, el principio de la autonomía de las partes no fue aceptado sino hasta en el segundo *Restatement of Conflict of Laws*, publicado por el Instituto de Derecho Americano, en 1971, bajo la dirección de Willis Reese, pues, el primero, que fuera dirigido por Joseph Beale, publicado por el mismo Instituto en 1934, no lo admitió.

11. El Código de Comercio venezolano (1955)

En cuanto al sistema venezolano, es oportuno hacer referencia a la única disposición consagrada en la codificación nacional, antes de la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en

G.O. N° 36.511, de fecha 6/08/1998 y, en vigencia desde el 6/02/1999. Se trata del artículo 116 del Código de Comercio de 1955, en el cual se alude al acuerdo de las partes, con relación al derecho aplicable a "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela".

La doctrina venezolana había considerado que esta norma unilateral consagraba la autonomía de las partes en materia contractual, sin reflexionar sobre el alcance que la misma tenía respecto de las normas del derecho imperativo escogido (Maekelt, 1978: 513 y Goldschmidt, 1980: 147-148).

De la misma manera, la antes mencionada sentencia de 1970 también se basa en esta disposición del Código de Comercio para sustentar la admisión del principio de la autonomía de las partes en el sistema de Derecho Internacional Privado venezolano, así se declara: "Resulta indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho Internacional Privado en el sistema venezolano, según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la ley aplicable para regir sus convenciones; ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo". Sentencia que fuera confirmada por la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 04/06/1970 y por la CSJ el 27/04/1971 (Ramírez y Garay, Nos. 26 y 30, 1970 y 1971, respectivamente).

Tampoco esta disposición del Código de Comercio se ha una eximido de Interpretación diversa. Se ha afirmado que en el artículo 116 se consagra el principio de la autonomía de la voluntad, pero no el de la autonomía de las partes; por cuanto "...tan solo autoriza a las partes a que en los contratos mercantiles celebrados en el extranjero incluyan como cláusulas contractuales las disposiciones facultativas de una ley Extranjera relativa a los actos de ejecución de esos contratos en tanto sean cumplidos en Venezuela", aseveración esta que se hace teniendo en cuenta los comentarios de don Andrés Bello, quien consideró que tal disposición tiene su fuente de origen en el Código de Comercio Chileno de 1865, el cual debe sus lineamientos básicos a tan ilustre venezolano (Hernández-Breton, 1995: 73-74). Esta última opinión vendría a confirmar una posible influencia de las doctrinas subjetivistas en la fuente legal que inspiró a los redactores del Código de Comercio, pero que no podría alegarse sin el riesgo de hacer retroceder la posición del Derecho Internacional Privado venezolano, vi-

gente antes de 1999 en por lo menos un siglo. Había también que alegar lo que se denomina función integradora del derecho.

12. La aceptación del principio de la autonomía de las partes y el abandono de las doctrinas objetivas y subjetivas

En la actualidad, el principio de la autonomía de las partes parece ser casi universalmente aceptado. Ha sido consagrado por toda la codificación convencional de Derecho Internacional Privado que, en materia de derecho aplicable al contrato internacional, se han suscrito en la segunda mitad del presente siglo. Así, los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de compraventa suscritos en 1955 y 1986 y sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación de 1978; el Convenio de Roma de 1980 y la Convención Interamericana de México de 1994.

Igualmente, este principio ha sido adoptado por la Ley Uniforme de La Haya sobre la Venta Internacional sobre Bienes Muebles (1964) y por la Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 1980).

Se puede afirmar que tanto la doctrina subjetivista como la objetivista, hoy día, han sido abandonadas. Como prueba de esta aseveración, la validez del contrato es regulada, en la más reciente codificación convencional y nacional, conforme al derecho escogido por las partes para regular al contrato en general. Lo que encuentra una explicación lógica en la idea de la autonomía de las partes como factor de conexión de una norma de conflicto, la cual debe ser respetada independientemente que el derecho material elegido considere al contrato válido o inválido.

12.1. Las soluciones adoptadas por la codificación internacional

En tal sentido, el Convenio de La Haya de 1955, de manera muy simple, claramente establece, en el último aparte de su artículo 2, que "Las condiciones relativas al consentimiento de las partes en cuanto a la ley declarada aplicable son determinadas por esta ley". Aunque según el primer anteproyecto de esta Convención la autonomía de las partes podía reglar los conflictos de leyes solamente en las materias dispositivas, pero tal consideración fue abandonada en el segundo proyecto, el cual sirvió de base al texto definitivo (Pommier, 1992: 77).

Las Convenciones de Roma (1980), en el artículo 3(4), en concordancia con el artículo 8; la de La Haya (1985), en el artículo 10 y la Interamericana de México (1994), en el artículo 12, someten la validez sustancial de la elección del derecho aplicable, así como la existencia y validez del contrato mismo o de cualquiera de sus cláusulas al derecho que sería aplicable al fondo del contrato conforme a las propias convenciones, incluido el derecho elegido expresa o tácitamente por las partes. Dejando a salvo la aplicación del derecho de la residencia habitual de cualquiera de las partes que pretenda probar que no ha dado su consentimiento; manera de la cual se aborda lo concerniente a la incertidumbre de saber si la actitud pasiva de una parte (el silencio) constituye aceptación de una cláusula del contrato contentiva de una elección de derecho. Al comentar la disposición pertinente, artículo 8 (2) del Convenio de Roma, se ha afirmado que la misma no se refiere sólo al silencio u omisión, ya que la palabra conducta, que se utiliza en el mismo, debe entenderse que abarca tanto a la omisión como a la acción de una de las partes (Giuliano y Lagarde, 1980: 28).

En todo caso, el juez debe tomar en cuenta todas las circunstancias del caso y no sólo las de la parte que alega que no consintió en la celebración del contrato; y debe, también, dar particular atención a las prácticas seguidas por las partes, así como a los negocios previamente celebrados.

De estos cuatro instrumentos convencionales, el único que se refiere expresamente, no sólo a la validez formal de la elección, sino también a la *lex in favore negotii*, es el Convenio de Roma (1980), el cual, establece, en los artículos 3 (4), 9 y 11, un régimen particular para cada uno de estos aspectos. La exclusión en la Convención de La Haya (1955), de lo relativo a la *lex in favore negotii* es explicable, pues la misma expresa, en el artículo 5 (2), que no es aplicable a la capacidad de las partes ni a la validez formal del contrato, lo que, a su vez, hace pensar que lo dispuesto en el último aparte del artículo 2, está referido solamente a las condiciones sustanciales de validez de la elección. Las demás convenciones, regulan por separado lo relativo a la validez formal del contrato, la cual queda sometida a un régimen distinto al de la validez sustancial, mientras que todo lo concerniente a la capacidad queda fuera del ámbito de las mismas.

12.2. Las soluciones adoptadas por la codificación nacional

Es preciso señalar, que la actitud de la codificación nacional respecto de este punto es menos expresiva. Sin embargo, constituye el ejemplo más evidente, el de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (1986), la

cual contiene una reglamentación acerca de la "existencia y validez del consentimiento de las partes" idéntica a la del Convenio de Roma (Arts. 27 (4) en concordancia con los Arts. 11,12, 29 (3) y 31)³⁰¹.

Vale la pena destacar la solución contenida en el Código Civil Peruano (1984), el cual somete los límites de la autonomía de la voluntad de las partes al derecho competente para regir las obligaciones contractuales, siendo el primer elemento a tomar en cuenta para esta determinación la "ley expresamente elegida por las partes" (Art. 2.096 en concordancia con el Art. 2.095). Al respecto, se observa una posible influencia del artículo 31 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado venezolano redactado por Gonzalo Parra-Aranguren, Joaquín Sánchez-Covisa y Roberto Goldschmidt, en 1963, con reforma en 1965, según el cual los límites de la autonomía de la voluntad también son determinados por el derecho que resulte competente para regular al contrato. Es preciso aclarar que esta disposición desapareció en la redacción definitiva de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana vigente desde 1999. Sin embargo, sostenemos que deberá aplicarse la solución contenida en el artículo 12 de la Convención Interamericana de México, 1994, incluso frente a países no vinculados a la misma, en cuyo caso se tomará en cuenta como principio generalmente admitido.

Por su parte, el segundo *Restatement of Conflict of Laws (1971)*, al igual que el Código Uniforme de Comercio³⁰², en las secciones 1-103 y 1-105, admiten el principio de la autonomía de las partes bajo ciertas condiciones.

13. Las modalidades de elección: expresa, tácita y presunta

La elección del derecho aplicable puede ser expresa o tácita y, tradicionalmente, ha sido también admitida la voluntad presunta o hipotética.

³⁰¹ Ley de Reforma del 25/07/1986, con vigencia desde el 1/09/1987. La cual agregó una subsección "A" a la Sección 5 (obligaciones), que reproduce el texto del Convenio de Roma, salvo dos diferencias significativas una referida a las materias que constituyen el ámbito de aplicación de la Convención, (Art. 1 de la misma y Art. 37 de la Ley); y la otra concerniente a las normas imperativas de un tercer Estado. Esta técnica para la integración de las normas del Convenio de Roma en el Código Civil Alemán ha sido severamente criticada por la doctrina (entre otros, por Sonnenberger, 1987: Vol. I, 32).

³⁰² El Uniform Commercial Code fue elaborado por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes y el Instituto de Derecho Americano. Hasta la fecha existen tres versiones de este instrumento (1962, 1972 y 1978), las cuales se aplican en distintos Estados de la Unión, salvo en el de Louisiana. La mayor parte de sus disposiciones son dispositivas, las partes en el ejercicio de la voluntad pueden modificarlas o derogarlas (Siqueiros, 1992: 25-27).

Se manifiesta en forma expresa cuando la elección del derecho aplicable al contrato se determina en una cláusula del mismo o en un contrato accesorio y se considera tácita cuando resulta, de algún modo, implícita en los términos del contrato; y como presunta se tipifica aquélla determinada por el juez, teniendo en cuenta el derecho que las partes hubiesen elegido si se hubiesen planteado esta cuestión.

14. La voluntad presunta o hipotética

14.1. El rechazo por parte de la doctrina

La doctrina ha criticado rigurosamente a la voluntad presunta o hipotética. Se ha dicho que, en el fondo, no es más que una fórmula inventada por los juristas para esconder la ausencia de una respuesta satisfactoria a la cuestión de determinar el derecho aplicable cuando el juez no dispone de alguna prueba del ejercicio de la autonomía de las partes, es una especie de *ultimum remedium judicis*, es decir, un punto de conexión al cual el juez puede referirse en la medida en que la autonomía de las partes no resulte de los términos del contrato (Kahn-Freund, 1973: 608-609). Este punto de conexión puede ser unas veces la ley del lugar de celebración³⁰³ o la del lugar de ejecución, o la del lugar de ubicación del inmueble o la del pabellón del barco. A título de ejemplo, cabe referirse a la afirmación hecha respecto de los Estados Unidos de Norte América, antes de la publicación del *Restatement of the Conflict of Laws* (1934), donde el contrato se regulaba por la ley expresa o tácitamente elegida por las partes; y a falta de voluntad expresa o tácita, unas veces se presumió que las partes eligieron la *lex loci contractus*, y otras, la *lex loci solutionis* (Alfonsín, 1950: 103).

También se le ha reprochado a este método, el hecho de responder a una tendencia doctrinal y jurisprudencial que se rehúsa a aceptar cualquier norma rígida, según la cual se determine el derecho aplicable al contrato, en caso de que las partes no hayan hecho uso de su poder de escogencia.

Las críticas más severas acusan a esta técnica de ser “una cortina de humo para esconder la voluntad del Juez” (Kahn-Freund, 1973: 614); así como de constituir una ficción que “debe ser excluida de un examen sobre la función de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado” (Casanovas y La Rosa, 1976: 1.009-1.010; Schnitzer, 1968: 559; y

³⁰³ Según Schnitzer fue Rochus Curtius (S. XV) el primero en afirmar que la voluntad presunta de las partes debe someterse a la ley del lugar de conclusión del contrato (1968: 548).

Pommier, 1992: 47). En Suiza, la autonomía presunta es rechazada a partir de 1952 con el famoso caso “chevaley”.

14.2. El Código Bustamante (1928)

El Código Bustamante, al disponer en su artículo 185 que, en los contratos de adhesión, “se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara” no se hace referencia a la autonomía presunta de las partes en el sentido tradicional o clásico –presunción *hominis*–, sino a una presunción *iuris* que, evidentemente, limita al juez en su apreciación.

15. La elección tácita en la codificación

15.1. El Código Bustamante

En cuanto a la voluntad tácita, el Código Bustamante contiene una tímida e inexplicable referencia a ésta, cuando establece, en el artículo 184, que la interpretación de los contratos debe efectuarse de acuerdo con la ley que los rija, salvo cuando esa ley se discuta o deba resultar de la voluntad tácita de las partes, caso en el cual se aplicará presuntamente el derecho determinado para los casos en que las partes no hubiesen escogido el derecho aplicable “aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de la voluntad”.

En este supuesto, la voluntad tácita de las partes queda limitada y el ámbito de la *lex contractus* queda fraccionado. De manera que la interpretación del contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Código Bustamante, está sometida a la “ley personal común”; a la “ley del lugar de celebración”; o a la “ley del que los ofrece o prepara”, según el caso. Mientras que, los otros aspectos del contrato se regulan por el derecho que resulte aplicable, según la voluntad tácita de las partes contratantes (Barrios, 1982: 173).

15.2. Las convenciones adoptadas recientemente

La tendencia en las codificaciones recientes es la de excluir a la voluntad presunta y exigir que la voluntad sea expresa o que, en su defecto, ésta se pueda deducir tácitamente de la actitud de las partes.

La ausencia de definiciones claras y precisas que permitan distinguir entre acuerdo tácito y presunto; el hecho de que en muchas oportunidades los jueces han utilizado los mismos índices de localización para ambas; la necesidad de proteger a las partes evitando la incertidumbre, en cuanto al derecho que será aplicable, en caso de controversia relacionada con su contrato, son las razones que han conducido a la codificación convencional a establecer fórmulas, unas veces rigurosas y otras flexibles, para establecer cuándo hay acuerdo tácito.

El Convenio de La Haya (1955) exige, respecto del acuerdo tácito, que la designación debe resultar "indubitablemente de las estipulaciones del contrato". Con tal expresión, contenida en el artículo 2, se quiso trazar un límite a la investigación del Juez, al exigir que los términos del contrato no sean ambiguos ni dejen lugar a dudas con respecto de la escogencia tácita del derecho aplicable. Razón por la cual se sostiene que, debido a lo estricto de esta disposición, Alemania no suscribió este Convenio (Pommier, 1992: 104).

El Convenio de Roma (1980), es más amplio, por cuanto agrega otra circunstancia para que el juez determine el acuerdo tácito, ya que debe "resultar de manera segura de los términos del contrato o de las circunstancias de la causa" (Art. 3(1)). Se ha considerado que esta última expresión es indicativa de la mutabilidad del estatuto contractual, autorizándose una eventual designación tácita, posterior a la conclusión del contrato (Pommier, 1992: 107).

Por otra parte, es conveniente agregar que los comentaristas del proyecto del Convenio de Roma, han enunciado ciertas situaciones como indicativas de la voluntad tácita, así: cuando la elección esté implícita en un contrato tipo o en provecho de un derecho elegido expresamente en otro contrato anterior vinculado con el contrato en el cual no se hizo escogencia expresa; así como, la designación del tribunal competente, mediante una cláusula atributiva de jurisdicción, a condición de que tal designación sea compatible con otra disposición del contrato o con el conjunto de las circunstancias de la causa (Giuliano y Lagarde, 1980: 16).

Las Convenciones de La Haya de 1985 y la Interamericana de México de 1994, ambas en el artículo 7, contienen fórmulas amplias, casi idénticas, que exigen que el acuerdo "quede de manifiesto" o "se desprenda en forma evidente" de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. La Convención Interamericana, en el aparte único del artículo 7, agrega: "La selección de un determinado foro por las

partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable". Según Fernández Arroyo esto motivó que la Delegación Argentina propusiera la eliminación de este aparte, alegando la incompatibilidad con el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, el cual consagra el criterio del paralelismo para atribuir la jurisdicción cuando se trata de acciones personales (Fernández Arroyo, 1995: 181). Sin embargo, consideramos que esta disposición en nada influye para que la escogencia del foro implique tácitamente una selección del derecho aplicable.

Conforme al artículo 3 de la Ley Uniforme de La Haya de 1964 y el artículo 6 de la Convención de Viena de 1980, las partes están autorizadas para excluir íntegramente la aplicación de sus propias disposiciones. Lo que significa que al tratarse de una compraventa sometida por la autonomía de las partes al derecho de un Estado contratante de estas convenciones, sin que se excluya la aplicación de la correspondiente convención, ha de entenderse que la elección de ese derecho lo ha sido en su integridad comprendiendo incluso las normas convencionales. No importando que el Estado al cual pertenezca el juez que conoce de una controversia sobre el contrato en cuestión sea o no contratante. La exclusión expresa no presenta dificultades, se produce, por ejemplo, cuando las partes declaran aplicable el derecho de un Estado no contratante o incorporan al contrato cláusulas materiales de contenido distinto o se limitan a excluirla pura y simplemente. Las dudas se presentan con relación a la exclusión tácita la cual puede constituir un mecanismo de fácil utilización por los jueces cuando quieren abstenerse de aplicar el derecho uniforme bajo el pretexto de respetar la autonomía de las partes (Parra-Aranguren, 1986: 79-81 y Boggiano, 1980: 357; y 1990: 86-87).

15.3. La codificación nacional

La codificación nacional no ha dado un tratamiento uniforme en torno a la manera como se debe manifestar la autonomía de las partes. En algunas disposiciones legislativas, como por ejemplo, en el artículo 25 de la Ley de Derecho Internacional Privado polaca (1965), en el artículo 10(5) del Código Civil español (1974) y en el artículo 2.095 Código Civil peruano (1984) se hace referencia sólo a la elección expresa.

En aquellas codificaciones nacionales en las que se contemplan, explícitamente, tanto la elección expresa como la tácita, la regulación de esta última parece ser menos estricta que en el ámbito convencional, excepto,

por ejemplo, la Ley checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (1963), la cual exige en el artículo 9 que “la manifestación de voluntad expresa o tácita debe ser inequívoca en cuanto a la existencia de la misma” y, la Ley Federal Suiza (1987), cuyo artículo 116, establece “La elección del derecho debe ser expresa o surgir de forma cierta de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa”. En otras legislaciones, que también contemplan ambas formas de elección, la regulación de la forma tácita es menos rigurosa, así, los Códigos Civiles del Estado de Louisiana de 1991 (Art. 3.540), de Quebec de 1991 (Art. 3.111, encab.) y de la República de Yemen de 1992 (Art. 29); y la Ley sobre Derecho Aplicable de Australia de 1992 (Art. 9.5.a).

Es preciso advertir que la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, vigente desde 1999, no regula lo referente a la manera como debe ser manifestada la autonomía de las partes. La misma se limita a establecer en el artículo 29, que “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

16. La posibilidad de *dépeçage* voluntario

Hoy día, la autonomía de las partes se extiende hasta la posibilidad de que las partes puedan elegir varios derechos para regir todo el contrato o diferentes aspectos del mismo —*dépeçage* voluntario—. De manera que, un contrato podría, por ejemplo, contener una cláusula de elección general y otra específica detallando el modo de ejecución del contrato según el derecho vigente en el lugar en el cual cada obligación contractual debe ser cumplida. Esta técnica es útil para conferir la flexibilidad necesaria según los requerimientos especiales de ciertos contratos, así como para algunas transacciones comerciales complejas que incluyen numerosas obligaciones.

El uso del *dépeçage* voluntario no es muy común y es posible solamente cuando el contrato presenta aspectos distintos o independientes desde el punto de vista legal y económico (Giuliano y Lagarde, 1980: 17). Si los diferentes derechos elegidos no fuesen compatibles, desde un punto de vista lógico, podría entenderse que la elección es ineficaz, en cuyo caso, debe aplicarse el derecho que rige el contrato a falta de elección, así, por ejemplo, la elección de varios derechos para regir simultáneamente a un contrato sin indicar que parte de éste se somete a cada derecho.

16.1. La regulación convencional

La posibilidad del *dépeçage* voluntario, es dada por el Convenio de Roma de 1980, cuando prevé, en el aparte único del artículo 3, que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”; por la Convención de La Haya de 1985 cuando dispone, en el encabezamiento del artículo 7, “La elección podrá limitarse a una parte del contrato”; y por la Convención Interamericana de México de 1994, al establecer, en el artículo 7 “Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

16.2. La escasa regulación legislativa

De la codificación nacional examinada, solamente el Código Civil de la Provincia de Quebec (1991) contempla, en el aparte segundo del artículo 3.111, la posibilidad de “designar expresamente la ley aplicable a la totalidad o a una parte solamente de un acto jurídico”.

La Ley Federal suiza (1987) no contiene disposición al respecto, a pesar de que el proyecto original si lo regulaba, lo que según la doctrina no puede ser considerado como prohibición tácita de una escogencia parcial (Stojanovic, 1988: 273-274).

16.3. Las posiciones en la doctrina y jurisprudencia venezolanas

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, vigente desde 1999, tampoco contiene disposición expresa que regule esta cuestión, sin embargo, la doctrina ha mantenido una posición divergente.

La ausencia de disposición expresa en el Proyecto de Ley de Normas (1963-65), el cual sirvió de base para la Ley, ha sido interpretada en sentido positivo, al entender que se puede elegir un derecho para cada obligación, siempre que exista vinculación entre cada derecho y la respectiva obligación (Hernández-Breton, 1995: 86); mientras que para otros la autonomía de las partes “está limitada a escoger una sola legislación”, en honor a la celeridad deseada por las partes (Guerra Iñiguez, 1988: 339).

Sin embargo, en la decisión tomada con ocasión del juicio de quiebra seguido a la C. A. Canal Once de Televisión, se aceptó el *dépeçage* voluntario al quedar regido el contrato de venta como tal por el derecho del Estado de Nueva York, mientras que lo relativo a la reserva de dominio se sometió al derecho venezolano.

En la actualidad, ante la ausencia de regulación de este asunto en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, se impone como solución recurrir al principio admitido por Venezuela al ratificar la Convención Interamericana de México de 1994 (Art. 7), en aquellos casos que el contrato no esté vinculado a un país contratante de esta Convención.

17. La posibilidad que tienen las partes de modificar expresamente el derecho aplicable al contrato

17.1. Consagración en el derecho positivo

Igualmente, la autonomía de las partes otorga la posibilidad de elegir el derecho aplicable antes de celebrar el contrato, al momento de celebrarlo, o en cualquier otro momento. Lo que implica que las partes pueden modificar el derecho aplicable, haya sido o no éste elegido por ellas, siempre y cuando no se afecte la validez formal del contrato original, ni los derechos de terceros. La duda surge cuando la elección es hecha o modificada en el curso de un procedimiento, en cuyo caso, se ha considerado que ello debe ser resuelto según el derecho del foro (Giuliano y Lagarde, 1980: 17).

La posibilidad de escoger el derecho aplicable en cualquier momento, sin que ello afecte la validez formal del contrato ni los derechos de terceros, está expresamente consagrada en el artículo 7(2) del Convenio de Roma (1980), en el artículo 3(2) del Convenio de La Haya (1985); y en el artículo 8 de la Convención Interamericana de México (1994).

En el ámbito nacional está consagrada, de igual manera, en el artículo 11(3) de la Ley de Austria (1978).

17.2. Aceptación doctrinal y jurisprudencial

En otros ordenamientos jurídicos ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia aceptar o negar la posibilidad de la elección posterior del derecho aplicable al contrato. Mientras se admite en Suiza, Alemania y Polonia, ha sido rechazada en Checoslovaquia.

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, no prevé la elección posterior del derecho aplicable, pero se ha sostenido que en el sistema venezolano “tampoco parece haber mayores obstáculos para admitir la elección *a posteriori* e inclusive para la modificación de la elección anterior quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros” (Hernández-Breton,

1995: 86). Sobre todo si se toma en consideración que ello ha sido admitido por el artículo 11(3) de la Convención Interamericana, la cual es la llamada a cubrir las lagunas de esta Ley sobre la materia.

Contra esta libertad que tienen las partes, en relación con el momento de la elección del derecho aplicable o su posterior modificación, se ha opuesto como argumento, que la facultad de designar el ordenamiento jurídico competente deriva de una norma de Derecho Internacional Privado, la cual posee una función y alcance distintos a los de las normas de Derecho Interno, es decir, establecer un criterio de conexión. Con base a tal razonamiento el Tribunal de Casación italiano, en fecha 28/07/1966, rechazó la elección posterior, en el caso Assael Nissim v. Crespi (Casanovas y La Rosa, 1976: 1.011; Giuliano y Lagarde, 1986: 18). En la actualidad no procedería una decisión en tales términos, por cuanto la Ley que reforma el sistema italiano de Derecho Internacional Privado promulgada en 1995 recepta, en el artículo 57, del Convenio de Roma (1980) y, como ya se ha dicho, ella contempla la posibilidad de que las partes escojan el derecho aplicable al contrato en cualquier momento.

La crítica a esta negativa es obvia. Debe entenderse que la libertad de elección no cambia la naturaleza de la misma y que sigue siendo un factor de conexión, pero de tipo variable, como consecuencia de la aceptación de la mutabilidad del derecho aplicable al contrato.

Otras soluciones que se han puesto en práctica consisten en aplicar el derecho del foro, al ser considerado éste como una escogencia posterior tácita, por el hecho de que no se haya presentado en el proceso la prueba en contrario que desvirtúe la presunción de identidad de la ley extranjera con la ley del foro—países del *Common Law*—o por la no invocación, durante el proceso, del derecho escogido en el contrato—Francia—. En contra de tal posibilidad se manifiesta la Ley Austriaca (1978), la cual dispone al respecto, en su artículo 11(2), “No se observa la elección del derecho aplicable hecha de manera implícita en una instancia pendiente”.

III. LAS RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES

1. En razón del vínculo que debe existir entre el contrato y el derecho escogido

La autonomía de las partes puede tener un alcance restringido o amplio, según que esté o no limitada a la única escogencia de un derecho

relacionado con el contrato. Este tipo de limitación a la libertad que tienen las partes ha sido introducida por la doctrina y la jurisprudencia. Así, los tribunales americanos han decidido que la elección debe ser hecha de buena fe, que ella no debe ser ficticia y debe tener una relación normal con el contrato; en Alemania, el *Reichsgericht* ha exigido de manera general un vínculo serio entre la ley escogida y el contrato; el Tribunal Federal suizo ha exigido un interés razonable; y en Inglaterra que la escogencia tenga una real conexión con el contrato (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 243, nota 28).

Como argumento para introducir esta limitación a la autonomía de las partes, se esgrimió la prevención del fraude a la ley, que se pudiera cometer con el propósito de eludir las normas imperativas del derecho normalmente aplicable. Tal argumento, sin embargo, no encuentra justificación si se tiene en cuenta que el fraude a la ley en materia de escogencia del derecho aplicable es bastante raro, ya que ello supone un acuerdo entre dos partes que tienen un interés divergente y, además, el legislador dispone de mecanismos para aplicar las normas imperativas del foro o del ordenamiento jurídico con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, sin recurrir a la institución del fraude a la ley.

En todo caso, debe tomarse en consideración que las partes al escoger el derecho aplicable al contrato obedecen a múltiples razones como pueden ser: la normativa misma del derecho que se trate, el conocimiento que las partes tengan del derecho elegido, el carácter neutro de ese derecho frente a los intereses particulares de cada una de las partes, o también para facilitar la ejecución del contrato respecto de terceros, por ejemplo, del banco intermediario en el cumplimiento o garante del mismo. De manera, que es usual en el comercio internacional escoger, por ejemplo, al derecho inglés para regir los contratos de comercialización del trigo, así como también para los contratos de transporte marítimo (Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 243 y Gouiron y Peyrard, 1994: 100).

1.1. La consideración de esta restricción en el derecho positivo

Ninguna convención relativa a la materia de contratos internacionales exige vínculo alguno entre el derecho escogido y el contrato. Cabe destacar que, en la Conferencia Diplomática, en la cual se aprobó el Convenio de La Haya de 1985, la delegación de los Estados Unidos, Willis Reese, propuso una enmienda al artículo 7, según la cual si la ley elegida no se

conecta razonablemente al contrato, el juez debía aplicar aquellas normas que no pueden ser derogadas por las partes. Esta propuesta fue objetada por la mayoría, en razón de estar muy vinculada con otra sobre las normas de aplicación necesaria (Boggiano, 1990: 72-73).

En la codificación nacional, en cambio, esta limitación se ha concretado exigiendo que el derecho elegido tenga una "conexión" con el negocio de que se trate —Ley polaca de 1965 (Art. 4)³⁰⁴ y Código Civil español de 1999 (Art. 10(5))— o que corresponda "a un interés serio de los declarantes o esté en conexión con alguno de los elementos del negocio jurídico tomados en consideración por el derecho internacional privado" —Código Civil portugués de 1967 (Art. 41(2))— o que exista "una relación sustancial con las partes o la transacción" o "haya otra base razonable que justifique la elección de las partes", Sección 187(2) (a) del *Restatement Second* y Sección 1-105(1) del Código de Comercio Uniforme. Este último, en su más reciente modificación adopta criterios que permiten a las partes elegir, sin limitación alguna el derecho aplicable en relación a la transferencia de fondos. Lo que ha sido considerado como una tendencia a permitir una total autonomía de las partes (ver Respuestas de los Gobiernos de los Estados Miembros al Cuestionario sobre Contratación Internacional, Estados Unidos, OEA/Ser. G, CP/CAJP-822/91, Add. 10, 24-09-92: 199).

1.2. Solución en el Sistema Venezolano

El Proyecto de Ley de Normas venezolanas (1963-1965), exigía que entre el derecho elegido por las partes y la obligación exista "una vinculación internacionalmente admisible" (Art. 29); y a favor de este requerimiento se había pronunciado también un sector de la doctrina (Goldschmidt, 1980: 148; Maekelt, 1978: 515).

En cambio, la jurisprudencia, representada por la decisión tomada en el caso del juicio de quiebra seguido a la C.A. Canal Once de Televisión estableció, en base al artículo 116 del Código de Comercio, que no había lugar a exigir vinculación alguna, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario.

La Ley de Derecho Internacional Privado vigente acabó con toda discusión al establecer en el artículo 29: "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes".

³⁰⁴ La derogada Ley polaca sobre el derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales de 1926 limitaba la elección a los derechos nacionales, domiciliarios, al lugar de celebración, al lugar de ejecución y al derecho de la situación de la cosa (Goldschmidt, 1970: 70).

2. El rechazo al "contrato sin ley" como límite a la autonomía de la voluntad

Las partes quedan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Igualmente, pueden acordar la no aplicación de ciertos usos sobre los que tengan o hayan debido tener conocimiento por ser ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil que se trate. En este sentido se ha afirmado "que los usos cumplen una función integradora de la autonomía de las partes" (Boggiano, 1990: 88). Lo que constituye un principio en materia de contratación internacional, consagrado expresamente por el artículo 9 del Convenio de Derecho Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (La Haya 1964) y el artículo 9 de la Convención de Derecho Uniforme sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980). (Comenta estas convenciones Parra-Aranguren, 1986: 81-82).

Podría pensarse que en virtud de la libertad que tienen las partes, éstas podrían someter su contrato, exclusivamente, a las estipulaciones establecidas en el mismo "contrato sin ley" o a los usos o principios generales que conforman el derecho espontáneo o *lex mercatoria* "contrato llamado sin ley", sin sujeción a un derecho estatal determinado (sobre esta distinción Pommier, 1992: 75). Tal supuesto nos conduce, necesariamente, a plantear la interrogante de si un contrato internacional puede quedar excluido de toda regulación estatal. Esta posibilidad ha sido denominada "autonomía universal" afirmándose, además que "Las grandes instituciones crediticias como el Banco Internacional de Reconstrucción (Banco Mundial) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) recurren a la autonomía universal". Lo que ha sido admitido por la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, en dictamen de fecha 03/08/1978 (Goldschmidt, 1970: 71).

La admisión de la autonomía de las partes, por lo general, está restringida a la selección del derecho de un Estado. Este principio ya había sido impuesto en Alemania por el *Reichsgericht* y en Holanda por el *Hoge Raad*, en 1936; por las Cortes Supremas de Austria en 1935, de Suecia en 1936 y de Noruega en 1937; y por la jurisprudencia francesa en el caso *Messageries Maritimes*, en 1950, la cual se manifestó contraria al "contrato sin ley", por cuanto contradice el principio por ella establecido desde 1950: "todo contrato internacional está necesariamente conectado al derecho de un Estado". Igualmente, la Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a los empréstitos serbios y brasileños, en 1929, se expresó en igual sentido

(Batiffol y Lagarde, 1976: T. II, 234; Pommier, 1992: 72 y 74; Schnitzer, 1968: 590; Chatillon, 1994: 197 y Gourion y Peyard, 1994: 101).

La doctrina ha ratificado esta posición de la jurisprudencia al aseverar que tanto el "contrato sin ley" como el "contrato llamado sin ley" es inaceptable, porque la voluntad de las partes no es relevante jurídicamente sino conforme a los límites y condiciones que le establece la ley. En otras palabras, la voluntad de las partes necesita ser reconocida por la ley, porque es ella la que la crea y le otorga valor jurídico; "Las partes no pueden ejercer sino los derechos que les han sido conferidos por la ley y en ese sentido es inexacto hablar de la autonomía de las partes como fuente del derecho" (Maekelt, 1980: 445 y Schnitzer, 1968: 584).

2.1. La regulación de esta limitación en el derecho positivo

Ni la codificación convencional ni la nacional se pronuncian expresamente por la admisión o el rechazo del "contrato sin ley" o del "contrato llamado sin ley". Sin embargo, la existencia misma de las normas de Derecho Internacional Privado en materia de determinación del derecho aplicable al contrato presuponen que el mismo debe estar conectado al derecho de más de un Estado, de lo contrario ningún conflicto de leyes se plantearía. La esencia misma de las normas sobre el derecho aplicable limitan la posibilidad de concebir un contrato que no esté sujeto a un ordenamiento jurídico estatal.

Se ha querido interpretar que la Convención Interamericana, México 1994, incluye a la *lex mercatoria* en el catálogo de reglas que las partes pueden escoger, cuando en el aparte primero del artículo 9, dispone: "... *El Tribunal... También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*"³⁰⁵. Tal interpretación va más allá del propio texto de la Convención, la cual, expresamente, somete el contrato, en el artículo 7, "al derecho elegido por las partes", a la vez que dispone, en el artículo 17, que "*se entenderá por derecho el vigente en un Estado*". Lo que tampoco implica que las partes estén impedidas de someter algunos aspectos del contrato a la *lex mercatoria*,

³⁰⁵ Jünger, Friedrich K., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, afirma, en relación con la Convención Interamericana, que "el artículo 9(2), segunda frase, clarifica que las partes son libres de acordar a los principios generales del derecho comercial internacional"; y además, califica la opción seguida por la Convención de Roma como un "positivismo de carácter extraño" el cual "se convertirá en un anacronismo" (Citado por Fernández Arroyo, 1995: 182).

o referirse a ella como fuente subsidiaria del derecho del Estado al cual queda sometido el contrato.

2.2. Las sugerencias al respecto

Se ha sugerido que para evitar las dudas es preferible, en caso de elección del derecho espontáneo, designar subsidiariamente un derecho estatal, de manera que en caso de litigio el derecho así escogido evite la aplicación de un derecho no querido por las partes (Gourion y Peyard, 1994: 101). En este sentido se recomienda declarar aplicable, además del derecho estatal, al “derecho comunitario, o derecho internacional público o principios generales del derecho, o la equidad o la justicia”; y se califica de factor relevante en las relaciones comerciales del mundo actual “la posibilidad de crear una nueva *lex mercatoria* que cumpla con la finalidad de ofrecer a las partes una norma adecuada y cónsona con la finalidad de contratación internacional” (Maekelt, 1980: 515).

Por cuanto la admisibilidad del principio de la autonomía de las partes y las condiciones bajo las cuales es permitida tal estipulación, es regulada por el Derecho Internacional Privado del foro, se ha recomendado combinar la referencia a la *lex mercatoria* con una cláusula de arbitramento, pues, los árbitros no se encuentran, necesariamente, sujetos a una determinada legislación nacional³⁰⁶. Sin embargo, puede advertirse que en caso de incumplimiento del fallo, por parte del condenado en una controversia arbitral, podría ser rechazada la elección de la *lex mercatoria* por la jurisdicción estatal, ante la cual se solicite la homologación del fallo, como consecuencia de la no consideración de un derecho estatal en la decisión arbitral (Goldschmidt, 1970: 71).

3. El derecho imperativo como límite de la autonomía de las partes en materia laboral o con relación a los consumidores

Si bien, la razón esencial del principio de la autonomía de las partes reside esencialmente en la satisfacción del interés de las partes y se co-

³⁰⁶ En igual sentido los “Comentarios” explicativos de los “Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales”. En apoyo a tal recomendación se cita, a título de ejemplo, el artículo 28 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1985, por la CNUDMI y el primer párrafo del artículo 42 de la Convención para la Solución de las Controversias sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobada en Washington, 1965; y publicada en G.O. 35.685 del 03/04/1995 (Parra-Aranguren, 1994: 174).

rresponde con las necesidades del comercio internacional, con tales motivos concurre también el fin del Estado, en su condición de guardián de los intereses generales del grupo social, y en todo caso, la autonomía de las partes tendrá como presupuesto indispensable la ausencia de un interés superior por parte del Estado (Pommier, 1992: 27 ss).

De tal manera, que el Estado asegura la satisfacción de intereses generales que pueden consistir en preservar los fundamentos políticos, económicos y sociales de un grupo social, así como ciertas políticas legislativas y económicas determinadas; y en virtud de ello asegurar la igualdad de tratamiento entre las partes contratantes, evitando que la determinación de la ley aplicable se efectúe en función de los intereses de la parte más fuerte en el contrato, de manera que la autonomía de las partes presenta también limitaciones en relación a los contratos concluidos por los consumidores y los contratos individuales de trabajo.

3.1. La regulación de esta limitación en el derecho positivo

En tal sentido, el Convenio de Roma de 1980 dispone, en los artículos 5(2) y 6(2), que la elección por las partes no podrá producir el resultado de privar, ni a los consumidores ni a los trabajadores, de la protección que les aseguran las disposiciones imperativas del derecho que hubiese sido aplicable al contrato en defecto de elección (sobre esta protección ver Jayme y Kohler, 1995: 19-29 y 32-35).

En igual forma, la Ley suiza de 1987 también establece, en los artículos 120 y 121, limitaciones a la autonomía de las partes, ya que la excluye en el caso de los contratos celebrados con los consumidores; y en relación a los contratos de trabajo la restringe a algunas vinculaciones alternativas: lugar donde el trabajador tiene su residencia habitual o donde el empleador tiene su establecimiento, su domicilio o su residencia habitual³⁰⁷.

Por su parte el *Restatement Second* establece que la aplicación “del derecho elegido” no debe ser contraria a una *policy* fundamental de un Estado que tenga un interés respecto a “la cuestión específica” y que también sea fuente del “derecho aplicable en defecto de una elección efectiva por las partes”.

³⁰⁷ Esta solución ha sido criticada por Overbeck, quien supone un caso en el cual el empleado reside en Suiza, trabaja en Austria y Alemania, para un patrono de Arabia Saudita y se pregunta ¿por qué las partes no pueden escoger el derecho austriaco o alemán? (Overbeck, 1982: 274).

3.2. La posición jurisprudencial venezolana

En Venezuela, la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso de un contrato de trabajo celebrado en Estados Unidos y sometido al derecho de la ciudad de Nueva York, dispuso que las leyes del trabajo, por ser de orden público son de naturaleza territorial, aunque aceptándose, conforme a la doctrina generalmente admitida, que ello no excluye la aplicación objetiva de un precepto de ley extranjera, si éste otorga al trabajador una protección mayor o mejor que la existente en el país (Al respecto ver Sentencia de la Sala de Casación Civil del 26/07/1965, en: GF, 1965: 2a. Etapa, N° 49: 355-360; Guzmán e Iturraspe, 1982: 57-58; Rouvier, 1982: 47).

3.3. El propósito de estas limitaciones y la función de las normas de aplicación inmediata o necesarias

En todo caso, es conveniente tener presente que siendo el propósito de estas limitaciones el de proteger a la parte más débil de la relación jurídica, evitando que se le perjudique en cuanto a los privilegios que le otorguen las disposiciones imperativas de un derecho con el cual el contrato tiene vínculos estrechos, el establecimiento de tales restricciones a la autonomía de las partes se hace innecesario, a la luz de la posibilidad que tiene el juez de suplantar el derecho elegido por las normas imperativas del derecho del foro o de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

La tendencia, hoy día, se manifiesta en el aumento de estas reglas, mejor llamadas normas de aplicación inmediata o necesaria, o de policía contractual, las cuales tienen como uno de sus efectos el contrarrestar la amplitud dada a la autonomía de las partes. A tal fin, corresponde al derecho del foro determinar la posibilidad de tomar o no en cuenta las normas imperativas de un tercer Estado.

4. El orden público como límite a la autonomía de las partes

Como última limitación a la autonomía contractual de las partes es preciso referirse al orden público en el Derecho Internacional Privado en su sentido más moderno, esto es, como una barrera al derecho escogido por las partes cuando ese derecho contrarie manifiestamente los principios fundamentales del foro.

IV. LOS EFECTOS DE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES

1. Exclusión o inclusión de una convención de derecho uniforme

Interesa ahora, analizar lo referente a los efectos de la autonomía de las partes, la cual, como se ha visto puede conducir a la aplicación de un determinado uso, principios generales de contratación o convención de derecho uniforme, siempre que se indique, además, el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en cuyo caso este derecho regirá los efectos de tal elección. Pero también, como hemos visto, la autonomía de las partes puede estar dirigida a excluir la aplicación de una convención de derecho material uniforme, en cuyo caso, el alcance y los efectos de tal exclusión se regirán tanto por el respectivo instrumento de derecho uniforme -ley o convención- como por el derecho del Estado del cual la ley o la convención forma parte y al cual, en definitiva, según el orden de prelación de las fuentes en ese ordenamiento jurídico, estaría sometido el contrato.

2. La posición del derecho positivo en cuanto al reenvío

Pertenece al campo de los efectos de la autonomía de las partes el asunto de saber si la elección de un determinado derecho estatal alcanza a sus normas de conflicto o si está referida solamente a las normas sustantivas o materiales, esto es lo relativo a la aceptación o no del reenvío.

Se puede constatar que, en general, el reenvío ha sido excluido en materia de obligaciones contractuales. Lo excluyen expresamente todas las convenciones relativas a la determinación del derecho aplicable a los contratos en general, así como las referentes al derecho aplicable a los contratos de compraventa (La Haya 1955 y 1985) y a los contratos de intermediarios y de representación (La Haya 1978)³⁰⁸. Mientras que el Protocolo Adicional del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, en su artículo 5, en cierta forma lo admite.

La exclusión del reenvío en las convenciones ha sido justificada por la función localizadora que permite determinar con cual ordenamiento jurídico estatal se encuentra más vinculado el contrato, la cual quedaría afectada si se acepta el reenvío (Giuliano y Lagarde, 1980: 37). Tal razonamiento es

³⁰⁸ Convenciones de La Haya de 1955 (Art. 3), de Roma de 1980 (Art. 15), de La Haya de 1985 (Art. 15), de La Haya de 1978 (Art. 5) e Interamericana de México de 1994 (Art. 17).

aceptable cuando las partes no escogen el derecho aplicable a su contrato, pero no lo es en caso de elección por las partes, ya que si ellas "se encuentran facultadas para escoger el derecho material, no hay justificación alguna para privarlas de la facultad de seleccionar las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a su contrato" (Así opinó Parra-Aranguren, OEA/Ser. K/ XXI.5, CIDIP-V/14/93, 30/12/1993: 10).

Interesa destacar, en relación con la Convención de Viena de 1980, que la misma no excluye expresamente al reenvío, cuando establece como una de las condiciones para su aplicación, que "las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante". Para algunos la referencia se entiende hecha a la ley interna declarada competente por las normas de conflicto (Parra-Aranguren, 1986: 85, quien cita a Pelichet). Para otros es sostenible la posición contraria (Parra-Aranguren, 1986: 85).

También ha sido expresamente regulado el reenvío, con relación a las obligaciones contractuales, en algunas codificaciones nacionales, como por ejemplo: la Ley checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (1963), la cual después de negar la posibilidad del reenvío al establecer, en el artículo 9(2), que "Las normas indirectas de la legislación elegida por las partes no serían tomadas en consideración", lo acepta cuando dispone "salvo que ello también hubiere sido previsto por las partes". Aludiendo a esta disposición, se ha afirmado que en ella la función de reglamentación es tan absoluta, que es la declaración de la voluntad de las partes la que decide sobre la admisión del reenvío. Así, se ha sostenido que el principio de la autonomía de las partes no constituye solamente un factor de conexión, sino que también atribuye a las personas un poder de reglamentación concreto al igual que en la autonomía de la voluntad. Ambas manifestaciones de la autonomía no se excluyen (Casanovas y La Rosa, 1976: 1014, 1015 y 1018).

Por el contrario, el Código Civil portugués (1967), en su artículo 19(2), niega la posibilidad de reenvío en los casos en que la elección del derecho extranjero hubiese sido hecha por los interesados cuando tal designación es permitida; y la Ley Federal austriaca sobre Derecho Internacional Privado (1978), precisa que "La elección del derecho aplicable por las partes, en caso de dudas, no se refiere a las normas de conexión del orden jurídico elegido" (Art. 11(1)), regulaciones éstas que crean incertidumbre, sobre la admisión o no del reenvío en aquellos casos en los cuales las partes no eligen el derecho aplicable al contrato.

En cambio, tanto el Código Civil alemán (1986), en su artículo 35, como la Ley de Derecho Internacional Privado italiana (1996), en su artículo

13(2)(a), son más claros al rechazar el reenvío, en todas sus formas, en materia de obligaciones contractuales. El primero de estos códigos establece tal rechazo al aceptar el Convenio de Roma de 1980.

En relación a otros ordenamientos jurídicos estatales la negativa es clara, por cuanto hay un rechazo expreso al reenvío en cualquiera de sus formas. De las legislaciones examinadas, se observa tal posición en los Códigos Civiles de Perú de 1984 (Art. 2.048), de Quebec de 1991 (Art. 3.517)³⁰⁹, de Louisiana de 1991 (Art. 3.080); y en la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado suiza de 1987 (Art. 14(1))³¹⁰.

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en su artículo 4, acepta el reenvío de primer y segundo grado, sin contemplar excepciones expresas a tal regla, lo que podría conducir al rechazo del reenvío en materia de contratos internacionales, teniendo en cuenta que tal rechazo constituye un principio generalmente admitido en esta materia.

3. La modificación que puede sufrir el derecho elegido

Finalmente, otro aspecto relacionado con los efectos de la autonomía de las partes se refiere a la modificación que eventualmente pueda sufrir el derecho elegido. Corresponde en este punto dar respuesta a la interrogante sobre ¿cuál es el derecho que se aplica? ¿será el derecho vigente para la fecha en que ha sido escogido o el vigente para el momento en que deba ser aplicado por los tribunales competentes? Pareciera que la respuesta adecuada a esta pregunta debería tomar en cuenta el interés de las partes, y si ellas lo eligieron fue porque lo consideraron el más conveniente a sus intereses, y una modificación del mismo podría hacer variar tal consideración (Barrios, 1982: 165).

Ni la codificación convencional, ni la nacional contienen normativa que regule esta cuestión, no obstante, la jurisprudencia y la doctrina sostienen que si la partes de un contrato eligen un determinado derecho para que lo rija, deberán ser aplicadas a dicho contrato las nuevas normas que surjan en ese derecho como consecuencia de un cambio de legislación. El principio de la aplicabilidad de las nuevas disposiciones ha sido reconocido unánimemente, con ocasión de la prohibición de las "cláusulas oro" por la

³⁰⁹ Rechaza el reenvío salvo lo dispuesto en contrario por la misma ley.

³¹⁰ También rechaza el reenvío salvo lo dispuesto en contrario por la misma ley.

Joint-Resolution Americana de 1933 y de la *Gold Clause Act* canadiense de 1937, en relación a contratos celebrados antes de la promulgación de dichos instrumentos, por la Corte de Casación francesa en 1950; por la Corte de Casación Belga en 1938, por el *Reichsgericht* alemán en 1936; y por el *Hoge Raad* holandés en 1936.

4. La "cláusula de congelación"

El anterior planteamiento amerita una segunda interrogante ¿podrán las partes acordar, expresamente, que el derecho por ellos escogido se aplique tal y como es en un momento determinado diferente del de la aplicación? La respuesta es positiva. Se trata de las llamadas "cláusulas de congelación" o "*freezing provisions*".

Se considera que si el juez venezolano admitiere la "cláusula de congelación", aplicaría la *lex causae* en el estado que indiquen las partes, bajo reserva del orden público internacional venezolano o del lugar donde debe cumplirse la prestación y salvo disposiciones de aplicación inmediata o necesaria vigentes en uno y otro estado (Hernández-Breton, 1995: 86, nota 220). Pero el efecto que se deriva de las mismas es el de la incorporación de las normas dispositivas del derecho extranjero, como contenido de la relación contractual y, en consecuencia, de la función de reglamentación que ejerce *la autonomía de la voluntad*, pero no de la función de localización que desempeña *la autonomía de las partes*.

JURISPRUDENCIA

Contratos internacionales: calificación

Los contratos se ubican en el campo del Derecho Internacional Privado cuando las partes que se obliguen tengan distintos domicilios en diferentes Estados; se celebren en un Estado y los efectos deban cumplirse en otro o, cuando las partes son de un mismo Estado y celebran el contrato en otro país, lo que conlleva a realizar un estudio para determinar el Derecho aplicable en caso que surgiera un conflicto.

Montoya, Kociecki & Asociados, Sociedad Civil Vs. Alfred Missri. Sentencia No. 01892, 10/10/2000. Exp. No. 11258. Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco.

SOLUCIÓN SUBSIDIARIA

Fabiola Romero

804

ARTÍCULO 30

A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

SUMARIO

I. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN. 1. LOS DOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN QUE SE IMPO-
NEN EN EL DERECHO COMPARADO (MÉTODO TRADICIONAL Y
PRINCIPIO DE PROXIMIDAD). 2. EL MÉTODO TRADICIONAL: 2.1.
Los factores de conexión utilizados. 2.2. *La codificación convencional.*
2.3. *La codificación nacional.* 3. EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD. 3.1.
Evolución en la doctrina y la jurisprudencia suizas. 3.2. *Adopción por la*
codificación convencional. 3.3. *Soluciones en la codificación nacional.*
3.4. *Juicio crítico.* 3.5. *Comentario especial sobre la solución contenida*
en el Código Civil de Louisiana. 4. CARACTERÍSTICAS COMUNES
DE LA CODIFICACIÓN MÁS MODERNA. 5. SOLUCIÓN DE LA CON-
VENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A
LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (MÉXICO 1994) Y DE LA
LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA.
6. EL DÉPEÇAGE JUDICIAL. II. ÁMBITO DE LA *LEX CONTRACTUS*.