

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET



**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL
REGLAMENTO “ROMA I” Y EN LA CONVENCIÓN
INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE,
DE 17 DE MARZO DE 1994 (CIDIP – V). LA SITUACIÓN
EN BRASIL.**

Tesis Doctoral presentada por **D. FRANCISCO JOSÉ DE
VASCONCELOS PENANTE JÚNIOR**

Dirigida por: **Dr. D. JOSE LUIS IGLESIAS BUHIGUES,**
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Valencia, 2013

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por la vida.

A mi familia, por ser la base de mi formación personal y por comprender mi ausencia.

A mis hijos João Henrique y Maria Eduarda, porque aunque sin saberlo, han sido la motivación mayor de mi esfuerzo.

A todas las personas que contribuyeron a mi trayectoria en la vida y que el tiempo me ha regalado en Brasil, España y en otros países, por todo lo que pude compartir con ellas.

A los colegas de la Universitat de València, principalmente a los miembros del Departamento de Derecho Internacional, por todo el apoyo brindado y la convivencia a lo largo de esta investigación.

Mis agradecimientos especiales a la “Associação de Planejamento e Desenvolvimento de Ensino e Cultura”, en la persona de D. Luiz Rodrigues de Sousa, por haberme concedido beca de estudios, hecho fundamental para la realización de mi Tesis Doctoral.

Mi más sincera gratitud a mi estimado Director, el Catedrático Jose Luis Iglesias Buhigues, por confiar en mí y por su incondicional apoyo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN.....	5

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

CAPÍTULO I

PERSPECTIVA GENERAL DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1. Introducción.....	15
2. El principio de la autonomía de la voluntad: aspectos generales.....	19
2.1. Antecedentes históricos de la libre determinación de la ley aplicable.....	19
2.2. Distinción entre autonomía material y autonomía conflictual.....	28

2.3. La imposibilidad de elección de normas no estatales como marco conflictual. La <i>lex mercatoria</i>	36
2.4. La posibilidad de elección de normas no estatales. Los Principios <i>UNIDROIT</i>	38
2.5. La elección de una ley estatal como ejercicio de la autonomía material. Distinción entre las cláusulas de elección del derecho aplicable y las cláusulas de incorporación por referencia.	43
3. Fundamentos de la consideración del principio de la autonomía de la voluntad como punto de conexión: aspectos favorables y desfavorables.....	49
4. Límites a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable.	60
4.1. La ley del foro y la ley del Estado más conectado....	67
4.1.1. Normas materiales imperativas del Tribunal que conoce del caso y el riesgo derivado de la aplicación de la propia <i>lex fori</i>	67
4.1.2. Normas materiales imperativas de un tercer Estado vinculado al caso.....	69
4.2. El juego del orden público internacional.	73
4.3. Aplicación del principio del orden público por el Supremo Tribunal Federal de Brasil	77

4.4. Clasificación de las normas materiales de carácter imperativo: <<normas de protección>> y <<normas de dirección>>.	82
4.5. Aspectos negativos de las normas materiales imperativas.	84
4.6. Los contratos sin ley y el papel del Estado.	88
5. El <i>dépeçage</i> y la tipificación de la autonomía en material o conflictual.	94
6. Conclusión	98

SEGUNDA PARTE

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PRINCIPAL MARCO CONFLICTUAL EUROPEO E INTERAMERICANO

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 593/2008, DE 17 DE JUNIO DE 2008 (ROMA I)

1. Introducción.....	105
----------------------	-----

2. Surgimiento y transitoriedad del Convenio de Roma hasta el Reglamento Roma I.....	114
3. El principio de la autonomía de la voluntad como régimen jurídico del Reglamento Roma I.....	125
3.1. El carácter universal de la autonomía de la voluntad en el Reglamento Roma I.....	126
3.2. Directrices para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en Roma I.	129
3.2.1. La elección expresa y la búsqueda por la voluntad implícita.....	129
3.2.2. Elección de un derecho estatal.....	136
3.2.3. La elección de la ley aplicable como ejercicio de un negocio jurídico.	143
3.3. Amplitud de la libertad conferida a las partes para la elección de la ley aplicable.	144
3.3.1. La posibilidad de fraccionamiento legal del contrato: el <i>dépeçage</i> y sus principales especies ..	145
3.3.2. Posibilidad de ulterior alteración de la ley aplicable.....	150
3.3.3. Las cláusulas flotantes y sus especies.....	155
3.3.4. El respeto a los criterios de conexión como elemento garantizador de la seguridad jurídica. ...	157

3.3.4.1. Elección de ley y contratos internos	158
3.3.4.2. Elección de ley y contratos <i>intra</i> Unión Europea.	161
4. Exclusión del reenvío.	166
5. Existencia y validez del consentimiento de las partes.	167
6. La ley aplicable a falta de elección.	169
7. Conclusión.	178

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, DE 17 DE MARZO DE 1994 (CIDIP – V)

1. Introducción.	183
2. Naturaleza de la Cidip – V y sus antecedentes.	187
3. La Cidip – V en el ámbito del Mercosur.	196
4. Ratificaciones a la Cidip – V.	203
4.1. La situación de Venezuela.	204
4.2. La situación de México.	205
5. El carácter universal de la autonomía de la voluntad en la Cidip – V.	210

6. Determinación del derecho aplicable en la Cidip – V.....	211
6.1. Determinación del derecho aplicable en ausencia de acuerdo expreso.....	213
6.2. La actuación supletoria del criterio de los vínculos más estrechos en los supuestos de defecto de elección..	219
6.3.La posibilidad de determinación de norma no-estatal como rectora del contrato.....	228
7. Amplitud de la autonomía conferida a las partes.	234
7.1.La posibilidad del <i>dépeçage</i>	235
7.2.La posibilidad de ulterior alteración de la norma elegida	237
7.3.La posibilidad de elección de un derecho sin cualquier conexión con el contrato.	239
8. Límites a la aplicación de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional.....	242
8.1. Las disposiciones imperativas del derecho del foro	242
8.2. La excepción de orden público internacional.....	243
8.3. La admisión (o no) de los contratos sin ley.	245
8.4. La obligatoriedad de elección de un derecho vigente.....	249
9. La exclusión del reenvío.....	250
10. Conclusión.....	252

TERCERA PARTE

LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

CAPÍTULO IV

EL ACOGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD POR LOS PAÍSES DEL MERCOSUR.

LA POSICIÓN DE BRASIL

1. Introducción.....	259
2. El Mercosur	270
3. Fuentes de Derecho Internacional Privado en el ámbito del Mercosur.....	277
4.Fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito internacional.....	281
5.Fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito interno.....	293
5.1. De los países miembros del Mercosur	294
5.1.1. La situación de Argentina.....	294
5.1.2. La situación de Paraguay.....	303
5.1.3. La situación de Brasil	308

5.1.4. La situación de Uruguay	310
5.1.5. La situación de Venezuela	316
5.2. De los países asociados al Mercosur	321
5.2.1. La situación de Bolivia	321
5.2.2. La situación de Perú	327
5.2.3. La situación de Chile	329
5.2.4. La situación de Ecuador	334
5.2.5. La situación de Colombia	337
6. La Evolución de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable en el ordenamiento brasileño	339
6.1. El Decreto 737 de 1850	339
6.2. La Ley de Introducción al Código Civil de 1916	342
6.3. El Código Bustamante (1928)	353
6.4. La Ley de Introducción al Código Civil de 1942	359
6.5. El Anteproyecto de Reforma de la Ley de Introducción al Código Civil de 1942	373
6.6. La Cidip – V de 1994	376
6.7. El Proyecto de Ley 4.905 de 1995	377
6.8. La Ley de Arbitraje Brasileña (Ley 9.307 de 1996)	381
6.9. La Ley 10.406/02 – El Nuevo Código Civil Brasileño	385

7. La posición de la jurisprudencia brasileña sobre la recepción del principio de la autonomía para la elección de la ley aplicable.....	386
8. Posibles razones de la no admisión de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado brasileño.....	396
9. VALORACIÓN FINAL.....	401
10. PROPUESTAS.....	417
BIBLIOGRAFÍA.....	427
ANEXOS.....	459

ABREVIATURAS

ABNT.....	Asociación Brasileña de Normas Técnicas
ALADI.....	Asociación Latinoamericana de Integración
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
C.Cass.....	Corte Suprema (Francesa)
CC.....	Código Civil
CE.....	Comunidad Europea
CEE.....	Comunidad Económica Europea
Cidip.....	Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado
CCM.....	Comisión de Comercio del Mercosur
DOCE.....	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea

EE.UU.	Estados Unidos de América
GMC.....	Grupo Mercado Común
JAI.....	Justicia y Asuntos de Interior
LCGC.....	Ley de Condiciones Generales de Contratación
LICC.....	Ley de Introducción al Código Civil
MERCOSUR.....	Mercado Común de los Estados del Sur
OEA.....	Organización de los Estados Americanos
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas
PESC.....	Política Europea de Seguridad Común
REDI.....	Revista Española de Derecho Internacional
STJCE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia
TCEE.....	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPR.....	Tribunal Permanente de Revisión
UE.....	Unión Europea
UNIDROIT.....	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

INTRODUCCIÓN

Cuando en una relación o situación jurídica aparece un elemento de extranjería que la conecta a más de un sistema legal, la llamada norma de conflicto de leyes o norma de Derecho Internacional Privado tiene atribuida la función de seleccionar el Derecho que deberá regularla, presentándose así como una especie de Derecho sobre Derechos.

En este sentido, conscientes de la necesidad de convergencia en materia de ley aplicable, como garantía del permanente desarrollo de las relaciones comerciales, los actores del escenario legislativo internacional buscan, desde hace mucho tiempo, establecer un marco legal capaz de asegurar una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los negocios conectados a ordenamientos jurídicos de diferentes Estados.¹

¹ El acentuado pluralismo jurídico de las relaciones contractuales de hoy provoca el aumento de la incidencia de los conflictos de ley, y por consiguiente, la necesidad de determinación de la ley aplicable a una relación contractual en concreto. La armonización de la norma conflictual en materia de obligaciones contractuales es necesaria para un mejor funcionamiento del mercado interior y además, desde una perspectiva de la técnica normativa, la transformación otorgaría una mayor coherencia a la política legislativa.

En materia de obligaciones contractuales, elevando la norma convencional al *status* de Derecho Europeo “ordinario”, la Comunidad Europea (hoy “Unión Europea” o puramente UE) ha adoptado el Reglamento (CE) N° 593/2008, de 17 de junio de 2008² (en lo sucesivo “Reglamento Roma I” o sencillamente “Roma I”); que encuentra como principales instrumentos paralelos en el ámbito del Mercosur³ – aunque con naturaleza

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; RODRÍGUEZ BENOT, A. *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex, 2006, p. 506.

² DOUE L 177 de 4 julio 2008. Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), sucesor del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la misma materia. El presente Reglamento se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

³ Mercado Común de los Estados del Sur – MERCOSUR, creado a través del Tratado de Asunción, de 26 de marzo de 1991, con el objetivo principal de promover la integración de partes a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, además de la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Tiene como Estados Partes: Argentina; Venezuela;

jurídica distintas – la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 17 de marzo de 1994⁴ (Cidip – V), y el Tratado de Montevideo de 1940.⁵ Estos instrumentos representan el marco legal de sus respectivos colectivos para la determinación de la ley aplicable a estas obligaciones.

En el caso de Roma I y de la Cidip – V, aunque marcados por el principio de la autonomía de la voluntad como regla básica y clave de sus sistemas, existen importantes

Brasil; Uruguay y Paraguay (este último se encuentra suspendido, conforme se mencionará en el capítulo IV del presente trabajo).

⁴ Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscrita en México, D.F., en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip – V). Son signatarios de la Cidip – V: Brasil; México; Bolivia; Uruguay y Venezuela. Países ratificadores de la Cidip – V: México y Venezuela. Según su artículo 28: “(...) *entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.*” Así que, la Cidip – V está en vigor para México y Venezuela.

⁵ Tratado suscrito el 19 de marzo de 1940, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo. Fue generador de diez convenios y un protocolo adicional. Tiene como Estados Partes: Uruguay; Brasil; Colombia; Bolivia; Argentina; Chile; Perú y Paraguay.

distinciones en cuanto a la aplicación al caso concreto de la *lex voluntatis*.⁶ Si bien la Cidip – V ha sido creada a imagen y semejanza del Convenio de Roma de 1980 – antecesor de Roma I –, Roma I y la Cidip – V presentan entre ellos notorias discrepancias,⁷ lo que se hace patente (*strictu sensu*) tanto en la cuestión de la autonomía de las partes – objeto primero de este estudio –, como (*amplo sensu*) en la capacidad de armonización

⁶ La aplicación de la *lex voluntatis* supone la participación de todos en la creación del Derecho. RODRÍGUEZ CARRION A. J.; PEREZ VERA, E. (coord.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Sevilla: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba; Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla; Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, 2005. v. 2. p. 142. La autonomía de la voluntad aquí analizada se refiere a la libertad otorgada por un ordenamiento jurídico, que permite que un individuo satisfaga sus voluntades, estableciendo, modificando o extinguiendo derechos, en una especie de autorregulación de intereses.

⁷ A pesar de que en el ámbito de los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad entendida como facultad de elección de ley por las partes es un criterio de conexión generalmente aceptado en el Derecho comparado, las discrepancias aparecen ante la determinación de los criterios de conexión y ante el alcance que debe atribuirse a la *lex contractus*. MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho Internacional Privado*. 10. ed. Madrid: Ediciones Atlas, 1987. v. 2. p. 338.

de los intereses de sus Estados adoptantes – asunto que no afrontaremos en estas páginas.

A su vez, el Tratado de Montevideo de 1940, fundamentado en un criterio propio, no basa su sistema en la libertad de elección por las partes de la ley aplicable, constituyéndose así en una pieza más en el mosaico del Mercosur.⁸

Particularmente en el caso de Brasil que, pese a su condición de signatario de la Cidip – V, aún no ha ratificado aquel instrumento, ni tampoco demostrado de manera suficientemente clara su posición sobre la cuestión, se nota la necesidad de ampliar el debate sobre la conveniencia de la aceptación de la autonomía privada en la realidad contractual, alejando las incertidumbres derivadas del actual antagonismo

⁸ Los artículos 36 y 37 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, siguiendo lo mismo que enseñaba su antecesor (el Tratado de Montevideo de 1889), aplican a los contratos internacionales la ley del lugar de su cumplimiento. Ha tenido como inspiración la teoría de Savigny, la cual ha logrado larga aceptación entre los países de Latinoamérica, y que privilegiaba el domicilio como elemento de conexión, en detrimento de la nacionalidad.

entre la norma de conflicto interna⁹ y la convencional internacional.¹⁰

En este sentido, la presente investigación está orientada principalmente a contribuir científicamente al impulso de una necesaria elucidación de la cuestión en Brasil, que, en esta materia, adolece de un sistema normativo poco claro y de muy difícil interpretación, contrastando con el creciente volumen de negocios que experimenta con Europa y demás integrantes del Mercosur.¹¹

(...) no campo obrigacional, as transformações do Direito Internacional

⁹ Ley de introducción al Código Civil de 1942 – LICC (Decreto Ley N° 4.657, de 4 de septiembre de 1942). La naturaleza jurídica de la LICC es la de una norma general. Incluso, es conocida en la doctrina como *sobredireito*, pues regula las propias normas jurídicas. MAFRA, T. C. M. et. al. *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33.

¹⁰ La Cidip – V fue firmada por Brasil el 17 de marzo de 1994 y aún no ratificada.

¹¹ Consultar los datos del Ministerio del Desarrollo, Industria y Comercio Exterior de Brasil, sobre la evolución del intercambio comercial brasileño con la Unión Europea (de 1989 hasta marzo/2012) y con el Mercosur (de 1989 hasta marzo/2012). Anexos "a", "b", "c" y "d".

Privado brasileiro produzem efeitos indiretos para a Europa, na medida em que o bloco europeu é o maior parceiro comercial do Brasil, sendo o contrato internacional o instrumento por excelência dessas transações comerciais.¹²

Así, la diversidad de soluciones o carencia de uniformidad en el ámbito del Mercosur constituye el problema jurídico que se pretende evidenciar en este ensayo, asumiéndose desde luego un compromiso con la presentación de las posibles respuestas a la cuestión – exclusivamente en la normativa brasileña (tesis) – a partir del *know-how* europeo (hechos), y más particularmente, del español.

Para alcanzar dicho objetivo, el estudio ha sido estructurado en tres partes. En la primera, se hace una aproximación al principio de la autonomía de la voluntad, trazándose las perspectivas generales del principio de cara a la

¹² ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. *Contratos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 196.

contratación internacional. En la segunda parte, se enfrenta la cuestión de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en el Reglamento Roma I, en el ámbito del Mercosur y en la Cidip – V. Finalmente, en la tercera parte, se trata de la cuestión de la ley aplicable a los supuestos de conflictos de leyes según la normativa brasileña, en particular, en lo que concierne a la recepción del principio de la autonomía de la voluntad por el ordenamiento brasileño.

En la búsqueda de estos objetivos, han sido innumerables los fondos bibliográficos consultados a lo largo de diversas estancias investigadoras, entre las cuales merecen destacar por su importante contribución: la Universidad de Buenos Aires, La Universidad de São Paulo y la Academia de Derecho Internacional de la Haya.

Por fin, cumple aclarar que no hay aquí la pretensión de agotar el tema, pero sí, de provocar un debate a partir de la experiencia europea¹³ y en sede de derecho comparado, enmarcando el estudio por la combinación de los métodos

¹³ No constituye objetivo de la investigación profundizar el estudio del marco legal europeo en materia de obligaciones contractuales. El tratamiento de dicho instrumento se incorpora al trabajo con la finalidad exclusiva de mostrar las bases de un sistema en el que se basó el marco interamericano.

dialéctico y deductivo, y en lo que refiere al formato, siguiendo las orientaciones de la Comisión Académica de Doctorado de la Universidad de Valencia.

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

CAPÍTULO I

PERSPECTIVA GENERAL DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1. Introducción

“Una vez concretada la jurisdicción competente para conocer de un determinado litigio, resulta seguidamente imprescindible especificar cuál será la normativa aplicable al fondo del conflicto por parte del operador jurídico nacional...”¹⁴

Piedra fundamental de las normas de Derecho Internacional Privado de los más desarrollados sistemas

¹⁴ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. *Derecho Internacional Privado*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

jurídicos de la actualidad, el principio de la autonomía de la voluntad sigue fortaleciendo su influencia a nivel mundial. Este principio es ya una realidad en la mayoría de los sectores del derecho privado, considerándose incluso eje central de la contratación internacional.¹⁵

¹⁵ Tratase de un principio de indudable transcendencia económica, que es aceptado por la mayoría de los ordenamientos, al permitir una solución de alcance universal. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. 5. ed. Madrid: Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramon Carande, 1993. p. 203. La mayoría de las legislaciones estatales aceptan la autonomía de la voluntad como criterio preferente en la contratación internacional. SANTOS BELANDRO, R. B. *El derecho aplicable a los contratos internacionales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 55. El principio de la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable ha recibido acogimiento universal en Derecho Internacional Privado. GIALDINO CURTI, A. *La volonté des parties en droit international privé*. Recueil ds Cours, 1972–II. v. 137. p. 312. En el mismo sentido, RÜHL, G. *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*. Max Planck Institute for Comparative and Private International Law. CLPE Research Paper. v. 03, N° 1, pp. 4–8, 2007.; HEISS, H. *Party Autonomy*. In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier – european law publishers, 2009. pp. 1–16.

“La autonomía de la voluntad, [...], se ha convertido en pieza clave de la constitución económica de los Estados o grupos de Estados, sobre todo a partir del momento en que la economía de mercado ha triunfado como modelo único de referencia mundial”.¹⁶

No obstante, la asunción de la autonomía de la voluntad como marco jurídico preferencial, aunque ampliamente aceptado por la doctrina moderna, plantea nuevas situaciones y desdoblamientos, algunos de ellos indeseables.

Si, por un lado, la incorporación del principio se muestra como factor de impulso al desarrollo del comercio internacional, como una especie de “*doctrine of convenience and business*

¹⁶ BOUZA VIDAL, N. *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. In: CURSOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES DE VITORIA–GASTEIZ. País Vasco: 2004. p. 3. Disponible en: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf. Acceso en: 11 nov. 2008.

efficacy”,¹⁷ por otro, plantea problemas por los posibles desequilibrios que puede generar su aplicación irrestricta. Por eso, uno de los grandes debates doctrinales que envuelve el tema reside exactamente en evaluar las consecuencias de su adopción en la realidad de los contratos.

En el plano externo – ámbito examinado en este trabajo – , se busca equilibrar la relación entre la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable y, por otra parte, los imperativos legales de cada Estado, como si se pretendiera conceder una libertad vigilada al principio. A partir de aquí han surgido formas de restringir la libertad de elección de la norma aplicable, con vistas a establecer sus límites frente a dichos imperativos estatales.

De este modo, además que propiciar una perspectiva general del principio en la contratación internacional, el presente capítulo tiene el objetivo de, sin la ambición de innovar,

¹⁷ LORENZ, W. *Vertragsschlu und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, 1957. p. 154, *apud* LEIBLE, S. *La Propuesta de Reglamento “Roma I”*. Algunas observaciones sobre artículos escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Madrid: AEDIPr, t. VI, 2006. p. 545.

presentar un análisis de las consecuencias de su aplicación en la realidad contractual internacional, todo ello con vistas a situar el lector en cuanto a los contornos del problema jurídico enfrentado en el capítulo cuatro de la presente investigación.

2. El principio de la autonomía de la voluntad: aspectos generales

2.1. Antecedentes históricos de la libre determinación de la ley aplicable

La autonomía de la voluntad es un punto de conexión de muy profundas raíces históricas. Su nacimiento y expansión pueden concretarse en el gran estatutario italiano del siglo XV, Rochus Curtius, nacido en Ticino y consejero en el Senado de Milán. Fue él, el primero en indicar que los contratos se rigen por la ley del país de su conclusión porque ésa es la ley que las partes, implícitamente, habían elegido.

Ahora bien, la introducción del principio en el Derecho Internacional Privado (siglo XVI), se atribuye, por parte de la doctrina, a Charles Dumoulin,¹⁸ momento en que emerge la

¹⁸ Jurisconsulto francés. Profesor de derecho en las universidades de Estrasburgo y Tubinga y autor de diversas obras jurídicas. "Dumoulin sostiene que el acto jurídico es obra de las personas, ellas le dan nacimiento y

autonomía privada en el seno de la contratación internacional, en sustitución del régimen de la *lex loci celebrationis*.¹⁹

“El principio de la autonomía de la voluntad encuentra su antecedente más lejano en las posiciones de Ch. Dumoulin quien, en el siglo XVI, criticó la entonces postura mayoritaria en torno a la regla *Lex loci contractus*, manifestándose a favor de la

establecen su contenido disponiendo de antemano sus consecuencias futuras: cuándo ha de cumplirse, cómo ha de cumplirse, qué efectos producirá su incumplimiento, etc.” JAFFÉ, A. (coord.). et. al. *Liber Amicorum*: Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. De Maekelt. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001. p. 219. Para más informaciones sobre Dumoulin, consultar también MAYER, P. *Droit International Privé*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1983. p. 51.

¹⁹ CASANOVAS Y LA ROSA, O. *La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado*. Anuario de Derecho Civil, nº 4, 1976. v. 29. p. 1003. Dicho régimen estaba fundado en la regla de la soberanía estatal, según la cual, los negocios realizados en el territorio de un país, deben quedar sometidos a la ley de ese país. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional*. Revista Anales de Derecho–Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, nº 18, p. 10, 2000.

búsqueda de la <<intención>> de las partes”.²⁰

No obstante, esta atribución a Dumoulin no es una opinión compartida por todos, sosteniendo algunos que el origen del principio no encuentra su nacimiento en su obra.²¹ Para éstos, su surgimiento se debe en verdad a un conjunto de factores descentralizados – entre los cuales se encuentran las aportaciones de Dumoulin –, resultantes del natural proceso evolutivo de las relaciones jurídicas.

“[...], la referencia presente en este autor [Dumoulin] tenía una naturaleza muy limitada; poseía un carácter más localizador que efectivamente elector, y se refería

²⁰ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. *Contratación Internacional: Doctrina, Jurisprudencia, Formulario, Legislación*. 2. ed. València: Tirant lo Blanch, 1999. pp. 55–56.

²¹ CALEB, M. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*. Droit International Privé. Paris: Sirey, 1927. pp. 141–142.

exclusivamente a los aspectos estrictamente
dispositivos, entre otras características”.²²

Aparentemente, lo que pretendía Dumoulin, era indicar que la rigidez de la *lex loci contractus* podía relajarse mediante una mayor toma de consideración de la voluntad autónoma de las partes,²³ lo que ciertamente contribuyó a la percepción de la autonomía de la voluntad como una nueva alternativa a la hora de determinarse la ley aplicable a una relación contractual.

La originalidad de Dumoulin se encuentra en haber admitido que la intención tácita de las partes puede conducir a

²² ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 56.

²³ HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. *Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas*. Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, año 10, n° 12, p. 45, 1995. Importante aún señalar que, el entendimiento de Dumoulin no era compartido por todos. En este sentido, según PILLET, no hay razón para otorgarse dicha libertad a las partes en el comercio internacional, toda vez que ella va en el sentido contrario al objeto del Derecho Internacional Privado. PILLET, A. *Principes de Droit International Privé*. Paris: Pedone, 1903. pp. 436-438.

soluciones distintas de la regulación del contrato por la *lex loci actus*, puesto que el lugar de contratación puede ser fortuito.²⁴

En la práctica, en un primer momento, la posibilidad de elección por las partes de la ley aplicable no condujo a un resultado distinto de lo que suponía la *lex loci celebrationis*.

“Si alguna función se atribuía a la autonomía de la voluntad era precisamente la de confirmar la ley del lugar de celebración del contrato porque debía entenderse que las partes deseaban someterse a dicha ley”.²⁵

²⁴ MIAJA DE LA MUELA, A. op. cit., p. 294.

²⁵ CASANOVAS Y LA ROSA, O. op. cit., p. 1003. En este sentido, ver *American Trading Co. v. Québec Steamship*, en ANCEL, B.; LEQUETTE, Y. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1987. pp. 66–73.

En el mundo anglosajón, por ejemplo – donde, según LANDO, se origina la aplicación del principio²⁶ – aún perduraría la *lex loci contractus* como elemento determinante de la ley aplicable, viviendo el ordenamiento inglés la profusión de un sistema híbrido²⁷ en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, pues, de un lado estaba la *proper law of contracts*²⁸ y de otro la *lex loci contractus*.

[...] la doctrina inglesa de la “*proper law*” puede ser rastreada por lo menos tan lejos como hasta HUBER, quien afirmó que

²⁶ LANDO, O. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tubinga y París: Mohr y Mouton, 1976. v. 3. cap. 24. p. 14. Según JUENGER, los orígenes del principio remontan al siglo XI, refiriéndose al contrato de matrimonio del Cid. JUENGER, F. K. *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*. Amsterdam and New York: P. M. North, 1982. p. 297.

²⁷ “Hasta 1865, la ley más frecuentemente aplicada por los tribunales ingleses fue la ley del lugar de celebración del contrato.” FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991. p. 13.

²⁸ Sistema legal que se infiere del contrato y que deberá regular el negocio jurídico.

la *lex loci contractus* regulaba el contrato a menos que las partes al contratar tuvieran otro lugar en mente.²⁹

Así, pese a que el principio de la autonomía ya formaba parte de la realidad del Derecho Internacional Privado desde el siglo XVI, hasta mediados del siglo XIX aún imperaba de forma absoluta en los Tribunales ingleses la *lex loci contractus*.³⁰ Solamente en la segunda mitad del siglo XIX, impulsada por la filosofía del *laissez-faire*, se consolida la llamada *proper law of contracts*,³¹ la cual apunta al sistema legal pretendido por las partes en el momento de la celebración del contrato.

²⁹ MORRIS. *The Conflict of Laws*. 2. ed. Londres: Stevens and sons, 1980. p. 211, *apud* FRESNEDO DE AGUIRRE, C. op. cit., p. 12.

³⁰ Era así porque, en la práctica, la voluntad de las partes casi nunca o raramente estaba expresada en los contratos en general, habiéndose incorporado la nueva cultura de forma gradual, impulsada por el desarrollo de los ideales del liberalismo económico.

³¹ No obstante las divergencias en cuanto al primero antecedente de la utilización del principio, es pacífico el entendimiento de que su aplicación masiva se remonta al siglo XIX, impulsada por el desarrollo del liberalismo. Concorre también para la sustitución del criterio de localización de la ley aplicable, el hecho de que el lugar de celebración del contrato puede ser

El principio fundamental apuntaba que la ley debería interferir lo menos posible en la actividad de los individuos y, en consecuencia, éstos deberían gozar de la máxima libertad en materia de contratos. Este principio pasó rápidamente del ámbito del Derecho material al campo del Derecho Internacional Privado, traduciéndose en la consagración legislativa o jurisprudencial de la autonomía de la voluntad.³²

casual – lo que haría aplicable una ley estatal imprevisible – y el avance de los medios técnicos, que hacen surgir los contratos *inter ausentes*. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit., p. 10. En el siglo XIX se consolida el sistema de la autonomía de la voluntad. Es en esta época cuando el contrato, anteriormente concebido como mero acuerdo de voluntades que servía para activar la aplicación de la ley general, pasa a ser percibido como máxima expresión del poder normativo de las partes. ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1971. p. 141 *apud* CASADO ABARQUERO, M. *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 213.

³² CASANOVAS Y LA ROSA, O. op. cit., p. 1004.

“Fue en el siglo XIX, cuando el principio de la autonomía de la voluntad se defendió sobremanera. Sus principales manifestaciones en el ámbito del Derecho civil, afectaron igualmente al Derecho Internacional Privado. La evolución de las ideas y las transformaciones de la vida económica hicieron que la autonomía de la voluntad adquiriera un gran auge durante este siglo.”³³

Como se puede notar, la historia y el Derecho comparado parecen apuntar para la necesidad del reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio regulador de las situaciones privadas internacionales que, en materia de contratos, se sustancia mediante un acuerdo de elección del Derecho aplicable a dichos contratos internacionales.³⁴

³³ CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; AREAL LUDEÑA, S. *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*. Madrid: Colex, 2005. p. 433.

³⁴ En este sentido, *ibíd.*, pp. 425–426.

La aplicación de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional sigue siendo una cuestión polémica y actual, toda vez que su adopción como régimen jurídico de los más desarrollados sistemas jurídicos contemporáneos,³⁵ ha constituido la mejor referencia para su importación por otros sistemas – ejemplo palmario, el del Mercosur –, como se verá más adelante.

2.2. Distinción entre autonomía material y autonomía conflictual

El rigor técnico que debe plasmar toda investigación científica, impone una precisión terminológica en el desarrollo del tema. Así, en lo que concierne a la presente investigación, es necesario concretar las distinciones doctrinales en torno de la

³⁵ LANDO, O. op. cit., p. 3. Los contratos internacionales y las obligaciones que ellos engendran, están sometidos, en el conjunto de sistemas contemporáneos, a la ley elegida por las partes. GUZMÁN LATORRE, D. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 518. Actualmente, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos otorga a las partes la libertad para elegir la ley que gobernará la relación contractual. BATIFFOL, H. *Les contrats en droit international privé comparé*. Montreal: McGill University, 1981. p. 26.

autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Como elemento nuclear de cualquier contrato – dado que cada uno de ellos requiere necesariamente una manifestación de la misma –, la voluntad privada se exterioriza en las relaciones contractuales internacionales en al menos dos momentos. El primero, cuando las partes eligen el Derecho al cual desean someter el negocio jurídico; y el segundo, cuando disponen sobre las condiciones concretas del acuerdo. La primera situación, es la llamada por la doctrina <<autonomía de la voluntad conflictual>>, y la segunda, <<autonomía de la voluntad material>>.³⁶

La autonomía de la voluntad conflictual o autonomía de la voluntad propia del Derecho Internacional Privado, se refiere

³⁶ Sobre las diferencias sobre la autonomía conflictual y material, consultar KROPHOLLER, J. *Internationales Einheitsrecht: allgemeine Lehren*. Tubingen: Mohr, 1975. p. 213. En el ámbito latinoamericano, esta teoría ha sido postulada por BOGGIANO, A. y GOLDSMICHDT, W. Sobre la cuestión, consultar también GOLDSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985; BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983.

a la libertad conferida a las partes para elegir la ley que ha de regir el negocio jurídico. Es decir, es la capacidad que tienen las partes para remitirse a un ordenamiento, fijando la normativa que regulará la relación contractual. Así, cuestiones como la validez, el alcance, así como los efectos de todos y cada uno de los pactos suscritos por las partes, estarán subordinados a la ley rectora elegida, o sea, a la *lex contractus*.³⁷

La actuación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de Derecho Internacional Privado tradicional consiste en elegir el Derecho aplicable a sus relaciones contractuales, una vez que están éstas conectadas con varios ordenamientos, siendo denominada <<autonomía conflictual>>. Así, las partes del acuerdo, con su autonomía conflictual, poseen la facultad de designar el ordenamiento que, con carácter general, va a regular determinada relación.³⁸

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*. 4. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007. p. 453.

³⁸ La «autonomía de la voluntad conflictual» es el derecho subjetivo del que disponen los contratantes, consistente en el poder de elegir la Ley que regula sus contratos. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional*. Diario La

Una vez que los particulares hayan elegido el ordenamiento que más se adecue a sus necesidades, dicho ordenamiento va a cumplir tres funciones básicas:

- a) otorgar fuerza vinculante al acuerdo de voluntades entre los signatarios;
- b) limitar la autonomía material; y
- c) colmar las posibles lagunas materiales del contrato e interpretarlo.³⁹

Por su parte, la autonomía de la voluntad material, sustantiva o negocial, es aquellas en virtud de la cual las partes gozan de libertad para redactar los términos del contrato, en base a sus expectativas e intereses, respecto al negocio jurídico acordado. Así, una vez otorgado a los contratantes el poder autorregulador, se materializa una especie de ordenamiento jurídico estricto (*inter partes*), obligando a los contratantes a todo aquello libremente pactado.⁴⁰

Ley, N° 7847, Sección Tribuna, Año XXXIII, Editorial LA LEY, 27 Abr. 2012. p. 2.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 425–426.

⁴⁰ El principio del *pacta sunt servanda* es un principio general del Derecho, de trascendencia universal. A título de ejemplo, véase el artículo 1.091 del Código Civil español, y el 1.134 del Código Civil francés. Sin embargo,

En otras palabras, sencillamente, se habla de autonomía material a efectos de indicar la facultad de los contratantes para establecer en un contrato las disposiciones que han de reflejar las condiciones que consideran favorables y oportunas para la consecución del negocio jurídico.

En resumen, se puede decir que, a la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable a la obligación contractual internacional, se le denomina autonomía de la voluntad conflictual. A su vez, y en un plano distinto, la autonomía de la voluntad material actúa en la disposición del contenido sustantivo del contrato, determinando los contornos del negocio jurídico.

Aparte de esto, pese a que comparten un núcleo duro común, del concepto de autonomía de la voluntad conflictual y material aún se desprenden otras distinciones.

importante destacar que la facultad de elección se encuentra sometida a los límites impuestos por el Derecho interno del ordenamiento elegido, así como a las normas de aplicación necesaria, de los países relacionados con el supuesto. En este sentido, véase STS de 06.04.1992 ("Rescisión de contrato por fraude de acreedores") y STS de 03.03.1997 ("Investigación del Derecho extranjero: papel activo del órgano jurisdiccional").

En cuanto al momento de la presentación en la contratación internacional, hay autores que consideran que “la autonomía conflictual presume y supera a la material”,⁴¹ y lo justifican así:

“quien tiene capacidad para vincular un contrato con un ordenamiento – autonomía conflictual – tiene, con posterioridad, plena capacidad para, dentro de los límites fijados por dicho ordenamiento, configurar el clausulado del mismo – autonomía material –.”⁴²

Además, la eficaz redacción de los términos de un contrato dependerá siempre del previo conocimiento del Derecho aplicable, de manera que sus disposiciones queden en sintonía con dicho sistema legal.

⁴¹ “Sólo cuando se haya precisado qué ordenamiento va a regular el contrato, se procederá a especificar sus exactos términos, respetando los límites establecidos por dicho Derecho elegido.” ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., pp. 57–58.

⁴² *Ibíd.*, p. 57.

Partiendo de una perspectiva temporal, se puede decir que, en contraposición a la autonomía material, que se refiere al grado de libertad que las partes tienen dentro de un ordenamiento ya precisado, la autonomía conflictual se dirige precisamente a determinar cuál es el ordenamiento–marco aplicable.⁴³

Así, por ejemplo, en un contrato entre una sociedad francesa y otra española, si los contratantes eligen el Derecho español como aplicable en función de su autonomía conflictual, serán los arts. 1255 CC y concordantes los que fijen el alcance de su autonomía material.⁴⁴

En cuanto a la posibilidad de elección de una ley no estatal, conviene aclarar que la autonomía conflictual no confiere a las partes la libertad de elección de éstas, facultándoles únicamente la elección de un ordenamiento

⁴³ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., p. 203.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 205–206.

nacional. Se trata, por tanto, de una elección genérica e incondicional de las leyes de un determinado sistema jurídico estatal.⁴⁵

En cambio, a diferencia de la autonomía conflictual, la cual, como se ha visto, está determinada exclusivamente por los sistemas jurídicos estatales; la autonomía de la voluntad material, además de aquellos, podrá conformarse a partir de cualquier otro sistema, o sea, podrá conformarse por un sistema no estatal.

Luego, mediante la autonomía material, los contratantes pueden incorporar reglas de la *lex mercatoria*⁴⁶ al contrato. Pero

⁴⁵ Con eso, evitase las imprecisiones y lagunas características de los sistemas no estatales. Sobre la cuestión, véase a FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 453.

⁴⁶ Reglas uniformes, modelos contractuales, cláusulas generales, términos contractuales elaborados por un número creciente de asociaciones y organizaciones profesionales, y principios generales. Constituyen contenidos no estatales, que están circunscritos al valor que determine el ordenamiento aplicable, teniendo vigencia sólo en la medida en que el Derecho del Estado lo consiente, prosperando así, únicamente, en las áreas de Derecho dispositivo. CASTELLANOS RUIZ, E. *El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales Españoles: balance de 15 años de vigencia*. In: CALVO

eso no significa que dichas reglas sean “el derecho” del contrato.⁴⁷

2.3. La imposibilidad de elección de normas no estatales como marco conflictual. La *lex mercatoria*

Otro punto de debate es la duda en cuanto a la facultad de elección o no de la nueva *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato internacional.

¿Pero que es la *lex mercatoria*? Esta es una pregunta para la cual aún no hay una respuesta unísona en la doctrina, presentando la misma diferentes significados y contenidos para los diversos autores.

Son muchas las posiciones que se mantienen al respecto, aunque, de forma

CARAVACA, A. L.; CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*. Madrid: Colex, 2008. p. 157.

⁴⁷ ALBORNOZ, M. M. *Los contratos en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina*. Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. Culturas e Sistemas Jurídicos Comparados. p. 17. <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20020905/pdf/1-54p.pdf>. Acceso en: 28 jan. 2011.

genérica, cabe hacer referencia a la existencia de tres distintas formas de entenderla: (1) como un auténtico ordenamiento jurídico autónomo, creado de forma espontánea por los participantes en el comercio internacional, independiente de los demás ordenamientos jurídicos nacionales, (2) como un conjunto de normas suficiente para decidir una controversia, y que operan de forma alternativa a una ley nacional que, de otra forma, regularía la misma, y (3) como complementaria al Derecho nacional, entendiéndose como la gradual consolidación de los usos comerciales internacionales.⁴⁸

Pese a la existencia de las tres concepciones supra mencionadas, el carácter aún incipiente de la *lex mercatoria* excluye la posibilidad de su consideración como marco legal conflictual, posición aún reservada, como ya mencionado, a los ordenamientos estatales.

⁴⁸ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 74.

No se entienda que la contratación internacional está compelida a renunciar al producto de la práctica comercial internacional, reflejada por la *lex mercatoria*. No. Únicamente, hoy, su aplicación está circunscrita al plano material, subordinándose así al estatuto conflictual regulador del contrato.⁴⁹

No se puede descartar que, en un futuro, la evolución del comercio internacional lleve a otorgar un mayor efecto al juego de la *lex mercatoria* como norma reguladora de la parte sustantiva del contrato. En este sentido, merece la pena destacar los llamados Principios *UNIDROIT*, como se verá a continuación⁵⁰.

2.4. La posibilidad de elección de normas no estatales. Los Principios *UNIDROIT*

⁴⁹ En este sentido, véase la sentencia de la *C.Cass.* francesa de 21 de junio de 1950 en el asunto *Etat français v. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren (Messageries maritimes)* *apud* *Ibíd.*, p. 79.

⁵⁰ Sobre el tema, véase SYMEONIDES, S.C. *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't*. LIBER AMICORUM KONSTANTINOS D. KERAMEUS. Sakkoulas/Kluwer Press, Athens, Greece, 2006.

La referencia en un contrato a concretas disposiciones legales de un país extranjero, convenios internacionales, prácticas y usos comerciales uniformes, principios *UNIDROIT*, u otras más vagas como las llamadas a la *lex mercatoria* o a los usos comerciales internacionales, deben entenderse circunscritas al ejercicio de la autonomía material por las partes y sujetas, por tanto, al control de validez y eficacia de conformidad con la ley rectora del contrato.⁵¹

La inquietud por la armonización y la unificación del Derecho Mercantil Internacional ha sido una constante manifestada también por las organizaciones internacionales especializadas en la materia.⁵²

Entre los trabajos sobre la materia, se destacan los Principios *UNIDROIT*, elaborados en 1994 por el Instituto

⁵¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 453.

⁵² ALVARADO HERRERA, L. et. al. *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*. Navarra: Aranzadi, 1998. p. 31.

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en lo sucesivo <<UNIDROIT>>),⁵³ en su reto de fomentar un derecho privado uniforme entre los Estados.⁵⁴ Ellos forman un conjunto de principios comulgados por Estados de los cinco continentes,

⁵³ Es una organización internacional intergubernamental creada en 1926, a la iniciativa de Benito Mussolini, como órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones, el predecesor de la ONU. BERÁUDO, J. P. *Principios de UNIDROIT (y de la Unión Europea) y su influencia en el derecho internacional*. In: FERRER VANRELL, M. P.; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (Dir.). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 296. Sobre la cuestión consultar también ROMANO, G. P. *Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives*. *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur – J.D.I.* 2007. pp. 473–495.

⁵⁴ A ejemplo de los esfuerzos hacia un derecho contractual europeo. Sobre la cuestión, analizar también el Libro Verde de la Comisión, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. Bruselas 1.7.2010. COM(2010)348 final; PALAO MORENO, G. *Hacia un Derecho contractual europeo: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*. In: *Manual de integração regional* (Coord.: AMIN FERRAZ, D.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 399–432; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Priva Europeo*. Granada: Ed. Comares, 2002. pp. 115–138 y 328–332 y BASEDOW, J. *A common contract law for the common market*. *Common Market Law Review – CML* 33. pp. 1169–1195.

consolidando el entendimiento del derecho contractual pacificado entre sus miembros, a partir de una visión mejor adaptada a las exigencias del comercio de hoy.

Pero la cuestión es: ¿los Principios *UNIDROIT* pueden, o no, ser incorporados al contrato internacional como su ley reguladora?

Es de todo posible, hoy, que las partes incorporen al contrato tales principios, y que se abstengan de establecer el derecho nacional aplicable para cualquier otro extremo, lo que no dispensa al juez de indagar, en ese fraccionamiento, la “otra” *lex contractus* aplicable.⁵⁵

Según FRIEDRICH K. JÜENGER, los Principio *UNIDROIT* forman una codificación supranacional de derecho

⁵⁵ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. *Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005*. Indret – Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2006. p. 10.

convenido,⁵⁶ que por cierto pueden servir de referencia para la legislación a nivel nacional o internacional, como en el caso, a nivel internacional, de la Cidip – V. Ahí, la Organización de los Estados Americanos (en lo sucesivo OEA)⁵⁷ ha logrado avanzar hacia la unificación legislativa en el continente americano, cristalizando la posibilidad de utilización de las nuevas praxis internacionales consolidadas en los Principios *UNIDROIT*, como se verá más adelante.

Por lo tanto, el derecho uniforme del comercio internacional encuentra un sólido pilar en la iniciativa del

⁵⁶ Citado por ROMERO, F. “*EL derecho aplicable al contrato internacional*”. En *Liber Amicorum*. Homenaje a la obra científica y académica de la Profesora Tatiana B. Maekelt, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 172.

⁵⁷ La OEA es compuesta por los siguientes Estados miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (miembros originales); Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth de), Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth de las) (1982), St. Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belize, Guyana (1991) (miembros posteriores).

UNIDROIT, atendiendo mejor a las exigencias del tráfico internacional, sin todavía llevar al abandono del sistema conflictual (tomándose en cuenta que no se encuentra hoy suficientemente desarrollado para sustituirlo).⁵⁸

En resumen se puede decir que, en el ámbito de la comunidad internacional, el tráfico mercantil encuentra en los Principio *UNIDROIT* una apreciable aportación, cuya posibilidad de aplicación puede valorarse únicamente a partir del análisis de las normas de conflicto en concreto, como se verá en el curso de la presente investigación.

2.5. La elección de una ley estatal como ejercicio de la autonomía material. Distinción entre las cláusulas de elección del derecho aplicable y las cláusulas de incorporación por referencia

Ahora bien, pese a la consideración ordinaria de que la elección de un sistema no estatal se entiende como ejercicio de la autonomía material – y no conflictual – llama la atención que, la referencia a un ordenamiento estatal tampoco corresponde,

⁵⁸ Conforme ALVARADO HERRERA, L. et al. op. cit., p. 21.

necesariamente, al ejercicio de la autonomía conflictual,⁵⁹ pudiendo actuar como una simple <<cláusula de incorporación por referencia>>.

En ocasiones, las partes pretenden simplemente incorporar al contrato, como pacto entre ellas (autonomía material), el contenido concreto de una ley estatal concreta, por lo que, en lugar de reproducirla, proceden a <<incorporarla por referencia>>. En tal caso, no están determinando que el contrato se rija por la ley de un Estado específico, sino adoptando como pacto entre ellas el contenido de una ley determinada de un Estado concreto, cuya validez, como la de cualquier pacto, se

⁵⁹ Aquí, la cláusula de incorporación por referencia actuará como complemento de la voluntad material de los contratantes, en una mera recepción contractual de las disposiciones de un ordenamiento extranjero. Dichas cláusulas desempeñan una <<función integrativa>> del contenido sustantivo del contrato, supliendo lo no expresamente previsto en el mismo. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., p. 205.

determinará en conformidad con la ley rectora del contrato.⁶⁰

El hecho de que la incorporación por referencia no esté limitada a los sistemas jurídicos paraestatales, demuestra de manera suficiente la importancia del espíritu autonomista en la realidad contractual internacional, y parece marcar una futura tendencia a aceptar las regulaciones en general – nacionales o no –, como posibles Derechos aplicables.

Adviértase entretanto que la incorporación de una ley estatal por referencia – consecuencia, como ya se ha visto, del ejercicio de la autonomía material – “reduce”, en relación a las partes, la ley incorporada al status de clausulado contractual, recibiendo y cristalizándose en el pacto.⁶¹

⁶⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 454. En la incorporación por referencia, el diploma legal mencionado (ajeno a la ley aplicable) no actúa como estatuto legislativo, sino como un conjunto de disposiciones contractuales recíprocamente pactadas por las partes. DICEY, A. V.; MORRIS, J. H. C. *The conflict of laws*. Londres: Stevens & Sons, 1967. pp. 702–703.

⁶¹ Bajo dichas condiciones, la ley incorporada ya no más acompañaría a los eventuales cambios legislativos, figurando así de forma estática en el cuerpo contractual.

Por tanto, igual que cuando se establecen directamente las disposiciones contractuales concretas, la referencia a una o varias leyes extranjeras puede corresponder únicamente al ejercicio de la autonomía material de las partes, introduciéndose – estático – el contenido de la ley extranjera, complementando la voluntad de los contratantes y confiriéndole a éste el mismo status de las demás cláusulas libremente pactadas.⁶²

A su vez, el ejercicio de la autonomía conflictual por medio del establecimiento de una <<cláusula de elección del Derecho aplicable>>, permitirá que al acuerdo le acompañe la dinámica legislativa de la norma elegida, reflejando siempre y automáticamente, los eventuales cambios que esta tenga que soportar.

⁶² Las cláusulas contractuales por referencia, al asumieren el mismo status de las demás cláusulas dispositivas, igual que estas, también estarán subordinadas a los límites impuestos por los ordenamientos conectados al negocio, en el marco de las normas materiales imperativas. En este sentido, hay que tener en cuenta que los contenidos que se incluyen en un contrato a través de una <<cláusula de incorporación por referencia>> quedan consolidados, porque sólo son manifestación de la autonomía material de los contratantes; de ese modo, un cambio en la legislación incorporada por referencia en un contrato internacional, no va a afectar al contrato.

La distinción entre ley aplicable y ley incorporada por referencia viene para resolver el problema de la *Subsequent Legislation*. Si una vez concluido el contrato, se produce un cambio legislativo en la ley elegida, la nueva legislación, vigente en el momento del litigio, afecta al contrato, siendo aplicable al mismo. Por otro lado, si el cambio legislativo repercute sobre las normas añadidas al contrato en virtud de una incorporación por referencia, dicho cambio no afecta al contrato, pues dichas normas se consideran pactos privados, y no disposiciones legales que se aplican al contrato. En suma, en este caso, las normas materialmente incorporadas continuarían aplicables al contrato, en la medida que la ley del contrato así lo permita.⁶³

⁶³ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 7. ed. Granada: Editorial Comares, 2006. v. 2. pp. 360–361.

Pero las diferencias entre las cláusulas de elección del Derecho aplicable y las cláusulas de incorporación por referencia no acaban aquí.

Inspirada en los principios autonomistas, la doctrina suele apuntar como ventaja de la distinción entre elección del derecho e incorporación por referencia, la solución proporcionada en los supuestos de cláusulas de elección nulas. De hecho, una vez declarada la nulidad de la cláusula de elección, su consideración como referencia del contrato puede ser una solución capaz de aproximar el supuesto de la voluntad de las partes.⁶⁴

De tal manera, según dicho entendimiento, será posible que una remisión hecha a un Derecho extranjero que sea inefectiva como elección, pueda, no obstante, ser efectiva como una incorporación por referencia.⁶⁵ Así, si la consideración literal de la voluntad de las partes es intangible, la calificación del ordenamiento en cuestión como referencia de la relación contractual, será capaz de, al menos en alguna medida,

⁶⁴ En este sentido, véase decisión de la *C.Cass.* francesa (*American Trading*). Sentencia de 5.12.1910.

⁶⁵ Conforme GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., p. 208.

reconocer a la autonomía privada la condición de eje central de la relación contractual.

3. Fundamentos de la consideración del principio de la autonomía de la voluntad como punto de conexión: aspectos favorables y desfavorables

Como ya fue mencionado, la utilización del principio de la autonomía de la voluntad como punto de conexión, justificase por una serie de factores jurídicos y de mercado. Aunque no se pueda dejar de mencionar, no se pretende aquí profundizar los fundamentos de mercado, sino tenerlos en cuenta a la hora del análisis de las principales razones de orden jurídico que avalan su utilización.

Incitada por una serie de motivaciones, la justificación de la facultad de elegir el derecho aplicable fue considerada, desde los inicios de su proclamación, como una prolongación de la libertad contractual en el derecho interno.⁶⁶

⁶⁶ “La elección por las partes del Derecho regulador del contrato genera una serie de beneficios que van, desde la previsibilidad y uniformidad en la respuesta aportada, hasta la consecución de un régimen jurídico estable que, además, toma en consideración las expectativas de las partes.” ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. op. cit., p. 383.

Entre dichas motivaciones, merecen destacarse <<la seguridad jurídica>>, <<la previsibilidad>>, <<la realización de los intereses materiales de las partes>>, <<la celeridad>> y la <<especialización de la norma elegida>>, las cuales se confunden, se mezclan y se complementan entre sí, generando entre las partes un ambiente más propicio a la práctica mercantil.

La <<seguridad jurídica>> se refiere al hecho de que, una vez elegido el ordenamiento aplicable, en el supuesto de un litigio, las partes ya saben lo que esperar de la demanda con anterioridad a la intervención judicial – si no al cien por cien, pero por lo menos conociendo el entendimiento del Tribunal en cuestiones precedentes –, lo que permite una <<previsión>> sobre bases más concretas de los riesgos – y por lo tanto, el precio más adecuado – para la relación comercial entablada.⁶⁷

⁶⁷ En este sentido, véase DELAUME, G. R. *L'autonomie de La volonté em droit international privé*. Rev. Crit. Dr. Int. Priv., 1950. pp. 321–340, donde señala la función preventiva de la autonomía para elección de la ley aplicable. Éste es el sentido del *Predictability Principle*, que repercute en la mayoría de las normas de conflicto vigentes, responsable por la idea de que los contratantes tienen el derecho de saber qué ley les resulta aplicable en sus relaciones contractuales internacionales.

Además, una vez fijada la ley aplicable, evitase ulterior discusión sobre la ley del contrato, la cual, permeada del análisis de unos innumerables factores de conexión y criterios de proximidad, puede comprometer la esperada <<celeridad>> de la demanda, con repercusiones de orden jurídico y económico.

Igualmente importante es la cuestión de <<la especialización de la norma>>. La libertad concedida a las partes permite la elección del ordenamiento con mejor *know-how* para el tipo de negocio jurídico concertado,⁶⁸ evitando entendimientos que se alejen de lo mínimamente razonable.

Ejemplo clásico de la búsqueda de la mencionada especialización, es lo de la legislación reguladora del comercio marítimo en el Derecho inglés. Es bastante usual que, aunque ausente cualquier punto de conexión con el territorio, persona o cosa de aquel país, los signatarios de un contrato marítimo internacional elijan como la ley reguladora del contrato el derecho inglés, hecho justificable por el alto grado de maduración de aquella norma.

⁶⁸ Aunque absolutamente neutral, es decir, sin cualquier conexión con la relación contractual, conforme permitido por los principales marcos conflictuales de hoy.

En lo que concierne a <<la realización de los intereses materiales de las partes>>, imagínese una grande empresa multinacional con suministradores y clientes en todo el mundo. Aunque titular de negocios con múltiples agentes transnacionales, quizá no le convenga gestionar contratos regidos por pluralidad de legislaciones. Por obvio, la centralización de los negocios bajo un único ordenamiento (estandarización) optimizaría sus negocios y reduciría sus costes, sin todavía eliminar la posibilidad de individualización del régimen jurídico por transacción comercial, si acaso le pareciera más adecuado al caso concreto.⁶⁹

De tal manera, la libertad de elección de la ley aplicable actuaría en el sentido de posibilitar la búsqueda de la ley que más se aproxime de <<la realización de los intereses materiales de las partes>>.

⁶⁹ Además, dicha libertad proporciona seguridad jurídica preventiva. Las partes pueden fijar de antemano conforme a qué ordenamiento podrán exigirse sus obligaciones y, en caso de incumplimiento, cuáles son las sanciones a que podrá recurrirse. CASTELLANOS RUIZ, E. *El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales Españoles: balance de 15 años de vigencia*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; CASTELLANOS RUIZ, E. op. cit., pp. 56–57.

Pero una moneda tiene siempre dos caras. Es decir, a pesar de que no se nieguen las virtudes de la libre elección de la ley aplicable en la contratación internacional, igualmente no puede ignorarse el hecho de que su admisión también conlleva riesgos, si carece del establecimiento de límites.

El gran debate doctrinal reside no solo en reconocer los aspectos positivos de su implementación, sino también aquellos desfavorables, estableciendo así los límites de su adopción en la contratación internacional, en una tentativa de explorar todo lo bueno ofrecido y, paralelamente, minorar sus aspectos negativos.⁷⁰

⁷⁰ En este sentido véase la figura de los contratos de adhesión. No hay inconveniente en la búsqueda por las partes del ordenamiento que esté en sintonía con sus aspiraciones, lo que es absolutamente legítimo. El riesgo existe cuando hay imposición de la ley del contrato por una de las partes, debiendo el otro contratante resignarse frente a la desproporción de fuerzas de dichos agentes en el escenario empresarial. Por eso, defiende la doctrina mayoritaria que, en los contratos de adhesión, una vez que no hay el consentimiento democrático de las partes, no se puede hablar en autonomía de los contratantes. ZHANG, M. *Contractual of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*. Akron Law Review, 2009. pp. 139–142.

Desde el ángulo de la equidad, por ejemplo, de la aplicación del principio podría derivarse el riesgo de sumisión de la parte más débil de la relación contractual, contrariando preceptos legales universalmente aceptados. No es posible admitir la aplicación del principio, si éste actuará, en la práctica, como una forma de legalización de la ley del más fuerte.

Pero aparte de tornar vulnerables preceptos universalmente aceptados, como ya apuntado, de la aplicación del principio pueden resultar aún otros riesgos, como el fraude a la ley. Sería el caso, por ejemplo, de la tentativa de caracterizar un determinado supuesto como internacional, con el único propósito de desvíalo de la aplicación del derecho interno, por no corresponder este a las expectativas de la parte.

Si de un lado, el conocimiento de las particularidades del negocio entablado permite a las partes la elección del derecho más favorable a sus aspiraciones, de otro, abre una puerta al fraude, toda vez que puede ocultar una motivación furtiva, hipótesis que deberá prohibir el legislador.

Tampoco se puede olvidar que, al otorgarse a las partes la libertad de elección de la ley aplicable al contrato, de cierta

manera, se permite que leyes imperativas⁷¹ se conviertan en facultativas y además, genera dificultades en la hipótesis del no ejercicio de dicha libertad.

Eso porque la adopción del principio en la contratación internacional, permitirá la derogación de las disposiciones imperativas de ciertas leyes estatales, hecho que no puede

⁷¹ Existen dos tipos de normas imperativas: (a) Las normas no derogables por contrato o simplemente normas imperativas, que protegen intereses privados, y proporcionan la “estructura ósea fundamental” del contrato, el “modelo de contrato” de ese país. Estas normas se aplican solamente si la ley de dicho país rige el contrato, bien porque se trata de contrato interno (sin elementos extranjeros), o bien porque dichos contratos están regidos por dicha ley estatal. (b) Las normas llamadas internacionalmente imperativas, también conocidas como leyes de policía, que protegen y defienden intereses públicos y colectivos, las cuales son aplicables a todo contrato internacional, con independencia de la ley elegida por las partes, en la medida que sea necesaria su aplicación para la salvaguarda de tales intereses públicos o colectivos. En relación con estas normas e intereses, la facultad de la que disponen las partes para elegir la ley del contrato no deroga si se sitúa por encima de estas disposiciones internacionalmente imperativas. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). op. cit., p. 124.

admitirse ya que tales disposiciones imperativas no admiten derogación por los contratantes.⁷²

Por regla general, los límites a la autonomía en los contratos internacionales se fundan en la apremiante necesidad de dotar dichas relaciones de equidad y en la búsqueda de protección de los objetivos estatales. Estas restricciones a la libertad de contratación caen normalmente en dos categorías: aquellas designadas para proteger a la parte más débil, y aquellas que pretenden promover el interés público (desde el punto de vista del gobierno).

Así, la legislación destinada a proteger a los consumidores y a los empleados, cae dentro de la primera categoría; la legislación basada en políticas económicas o

⁷² *Ibíd.*, p. 123.

Más radical es la posición del profesor PONTES DE MIRANDA que, consciente de estos riesgos, acredita que, en realidad, la autonomía de la voluntad no existe en el Derecho Internacional, ni como principio, ni como teoría aceptable, puesto que, al determinar la ley aplicable, podrá conferir a la voluntad el poder de huir de la imperatividad. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Pocesso Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

sociales, o en política exterior – por ejemplo, controles de importación, exportación o cambio – cae dentro de la segunda.⁷³

Por todo ello, al avanzar en el estudio de la autonomía de la voluntad, las corrientes mayoritarias han concluido que es forzosa la constitución de límites a la autonomía,⁷⁴ sobre todo, en una sociedad global⁷⁵ definida por realidades económicas muy distintas. La ausencia de dichos límites culminaría fatalmente en la explotación de los medios y pequeños actores del mercado global.⁷⁶

⁷³ Conforme HARTLEY, “*Contracts Conflicts*”, p.111.

⁷⁴ El propio Dumoulin – para muchos, el principal precursor del principio de la autonomía – creía en la conveniencia de la admisión de la autonomía de las partes en la contratación internacional, pero sin desconsiderar la necesidad de limitarla. Así, admitía como límites necesarios a voluntad de las partes <<el orden público internacional>> y <<la propia capacidad de las partes>>. GRANDINO RODAS, J. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: _____. op. cit., p. 46.

⁷⁵ Caracterizada por la interdependencia de las economías nacionales, resultado del proceso de liberalización de los intercambios internacionales, que han ganado fuerza con el ascenso de las políticas liberales que gobiernan el escenario económico internacional.

⁷⁶ A título de ejemplo, véase el juicio del caso *Industrial Accident Commission of California v. Alasca Packers Association*⁷⁶ (1935): un

extranjero que tenía negocios en California, celebró en San Francisco un contrato de trabajo para trabajar en Alaska a lo largo de la estación de pesca del salmón. El contrato incluía una cláusula de elección de la *Alaska Workmen's Compensation Act*. Al regresar a California desde Alaska, el empleado reclamó – con éxito – que la *California Commission* le concediera una indemnización por las lesiones que había sufrido en la actividad para la cual fue contratado. La *Supreme Court of California* consideró que la cláusula de elección era inválida, afirmando que: “Los mezquinos hechos dejados al descubierto por el recurso muestran la práctica de emplear trabajadores en California para una actividad temporal en Alaska, bajo condiciones tales que hicieran improbable que los empleados heridos durante el transcurso de su trabajo en Alaska pudieran reclamar allí una compensación. Era necesario que volvieran a California para recibir sus jornales completos. Irían acompañados por sus compañeros de trabajo, los que serían normalmente los testigos necesarios para probar el hecho de las heridas y su naturaleza. La posibilidad de que trabajadores heridos, una vez vueltos a California, pudieran desandar sus pasos hasta Alaska, y allí entablar exitosamente sus demandas por compensación, es remota. California, por lo tanto, tenía un interés público legítimo en controlar y regular esta relación empleador – empleado de forma tal que se impusiera al empleador la responsabilidad por las heridas sufridas por el empleado, y de proporcionar un recurso disponible para este último en California”. Fallo citado en LOWENFELD, ob. cit., p.381–2.

En varias ocasiones, el rico instrumental que ofrece un orden jurídico a los particulares para aprovechar en un grado muy variable de su autonomía de voluntad, puede conducir a una falta de seguridad jurídica. Pero por otro lado, no deberá obtenerse la última por el precio de un sistema legal de carácter rígido⁷⁷.

Seguramente, las restricciones al principio de la autonomía de la voluntad son necesarias y universalmente aceptadas. El gran reto es el hallar el justo equilibrio entre la dosis de intervención estatal y el espacio para el ejercicio de la referida libertad. Ante dicho desafío, la doctrina se ha ocupado de analizar, aunque de forma no conclusiva, los límites del principio.

⁷⁷ FRISCH PHILIPP, W.; GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A.; GONZÁLEZ ELIZONDO, J. A. *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 174.

4. Límites a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable

“[...] La función del Derecho no consiste en un mero reconocimiento del poder autorregulador de los particulares. Para que la autonomía de la voluntad goce de protección y tutela por parte del ordenamiento jurídico es necesario que, además, se cumplan una serie de requisitos legales”.⁷⁸

El correcto funcionamiento de la realidad contractual exige la edificación de ciertos límites a la voluntad autónoma de las partes,⁷⁹ frente a los derechos y garantías fundamentales del Estado.

⁷⁸ BOUZA VIDAL, N. op. cit., p. 4.

⁷⁹ Dichos límites se materializan a través de leyes que imponen un determinado comportamiento a los particulares. MIAJA DE LA MUELA, A. op. cit., p. 307. Es lo que se puede llamar de <<reglamentación indirecta>> de la autonomía. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., p. 203.

“Todo sistema jurídico incorpora un conjunto de normas que reflejan unas políticas esenciales del Estado y que requieren una aplicación inmediata. Estas normas de intervención, de difícil definición, incorporan políticas polimorfas y responden a objetivos diferenciados”.⁸⁰

Si, de un lado, los contratantes gozan de libertad para la estipulación de las bases del acuerdo – como para la elección de la ley aplicable – por otro, los Estados, actuando en la medida del interés de la colectividad a que representan, están legitimados para establecer límites al ejercicio de esta libertad.

En este sentido, el desafío consiste exactamente en la búsqueda de la conjugación de estos dos elementos – voluntad privada e interés social –, de manera que, a partir de su correlación, se pueda alcanzar el equilibrio.

Ninguno de estos niveles – autonomía privada y control estatal – prevalece de

⁸⁰ ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.). et. al. *Derecho del Comercio Internacional*. 4. ed. València: Tirant lo Blanch, 2011. p. 171.

forma absoluta; su propia relación estructural varía según la ocasión, pero en todo caso, su coexistencia incide directamente en la capacidad <<normativa>> de las partes.⁸¹

Figurando como una especie de frontera entre la moderna tendencia al libre ejercicio de la voluntad autónoma y el deber estatal de proteger sus valores fundamentales, las normas materiales imperativas – también conocidas como normas de aplicación inmediata o necesaria – actúan como principios superiores, más allá de los intereses particulares o regionales.⁸²

La doctrina y la jurisprudencia siempre han afirmado que existen ciertas normas de Derecho interno, rigurosamente obligatorias, que deben aplicarse también a situaciones privadas

⁸¹ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 90.

⁸² La opinión mayoritaria es que las normas de *ius cogens* son de Derecho Internacional general, protegiendo valores comunes a todas las naciones.

internacionales, sin que pueda aplicarse ninguna norma de conflicto o Derecho extranjero.⁸³

Ejemplificando:

“Una empresa multinacional norteamericana contrata con un pequeño comercio español la venta y promoción de una partida de cerámicas. El contrato se somete al Derecho de Nueva York. Surgidas desavenencias contractuales, la empresa norteamericana reclama la aplicación de sus condiciones generales de contratación al contrato en cuestión. El comerciante español reclama la protección que, frente a tales <<condiciones>>, le brinda la Ley española.

⁸³ Sin embargo, hoy por hoy, las modernas normas de conflicto pueden tener aplicación – aunque limitada por las normas materiales imperativas del derecho interno – como por ejemplo en los supuestos del artículo 3, apartados 3 y 4, del Reglamento Roma I. “No se produce una sustitución total de la voluntad de las partes, sino un solapamiento determinado por la naturaleza y amplitud del objeto de las normas imperativas de ciertos países”. ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 123.

Pero la Ley del contrato es la Ley de Nueva York. Sin embargo, el art. 3 LCGC dispone que la Ley española sobre condiciones generales de contratación se aplicará a los contratos internacionales, aunque estén regidos por una Ley extranjera, siempre que el adherente haya emitido su declaración desde España y que tenga en España su residencia habitual. La Ley española que protege al pequeño comerciante es una norma internacionalmente imperativa: se aplica al caso porque la norma <<rige imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato>>”.⁸⁴

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <<TJUE>>, de 9 de noviembre del 2000.⁸⁵ El asunto versaba sobre un contrato de agencia entre un empresario estadounidense y un agente inglés, con una cláusula que establecía que la ley aplicable al contrato sería la Ley del Estado de California. El TJUE confirmó que, si bien la elección

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 387.

⁸⁵ TJUE as. C-381/98 (Ingmar). Sentencia de 9.11.2000.

de la ley del Estado de California era una elección válida, no se podía privar al agente inglés del derecho a la indemnización que le garantizaba la ley inglesa que transponía la Directiva (CE) N° 86/653, en razón de su carácter imperativo.

No obstante, pese al entendimiento corriente, de que dichas normas aportan un contenido del que los contratantes no pueden prescindir, haciéndose cumplir de manera obligatoria e independientemente de la voluntad de las partes – una vez que respaldan políticas estatales – su concepto estricto no se encuentra concretado en la doctrina.

Se trata de unas normas de muy difícil definición, que reflejan valores de diversa índole. Variando desde la búsqueda de la protección de la parte más débil en determinados contratos – como los consumidores –, hasta el aseguramiento de diversos principios inspiradores de la legislación económica de un concreto país: la libre competencia en la economía, la protección de determinados sectores

considerados estratégicos para la economía nacional, etc.⁸⁶

Así, concebidas para controlar los efectos externos de la relación contractual sobre el tejido social y económico de determinado país,⁸⁷ las normas materiales imperativas del ordenamiento elegido por las partes, las del foro, o aquellas de cuyo país se desprende – en alguna medida – una conexión con un contrato, deberán tener – regla general – aplicación necesaria.⁸⁸

Por obvio, la autónoma y deliberada elección de la ley de un determinado Estado, subordina la relación contractual a las normas materiales imperativas del mismo, no planteando esta cuestión, por tanto, mayores problemas. Sin embargo, la sumisión a las leyes del Tribunal que conoce el caso, así como la

⁸⁶ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 122.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 90.

⁸⁸ Tales normas también pueden tener un origen internacional y estar contenidas, por ejemplo, en un tratado. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.–L. *Derecho Mercantil Internacional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 557.

que resulta de la relación de proximidad con un tercer Estado, suponen otras situaciones que merecen un análisis más profundizado.

4.1. La ley del foro y la ley del Estado más conectado

En la práctica, por regla general, el carácter imperativo de una norma puede materializarse a partir de la aplicación objetiva de la ley del foro, o por la sumisión al ordenamiento del país que en alguna medida esté conectado a la situación en concreto.

En la primera hipótesis, la aplicación necesaria de determinada norma puede justificarse por el principio de la territorialidad, al garantizar la coherencia entre la decisión judicial y las normas de la jurisdicción del Tribunal. Y en la segunda hipótesis, como medio de protección contra el fraude a la ley, al garantizar la aplicación del sistema normativo que mantiene relación de proximidad con el caso concreto.

4.1.1. Normas materiales imperativas del Tribunal que conoce del caso y el riesgo derivado de la aplicación de la propia *lex fori*

La obligación del juez de aplicar, de oficio, la *lex fori*, representa también una limitación a la ley elegida por las partes, no pudiendo la decisión quebrantar sus normas materiales imperativas.

Para FERNÁNDEZ ROZAS, se tratan de normas materiales del foro cuya imperatividad es tal, que en ningún caso pueden venir exceptuadas por un derecho extranjero. Según el autor, dichas normas participan normalmente de la imperatividad más estricta y excepcional que se define en la noción de <<orden público internacional>> frente al <<orden público interno>>, agrupando lo que la jurisprudencia entiende, indistintamente, por <<leyes de policía>> y <<leyes de orden público>>.⁸⁹

⁸⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 119.

De manera que, el juez está obligado a aplicar dichas normas imperativamente, cualquiera que sea la ley elegida para el contrato internacional.

Sin embargo, cuando los jueces pasan a privilegiar sus propios ordenamientos – *lex fori* del Tribunal que conoce del caso –, sin razón justificativa alguna de orden práctico o por su carácter imperativo, en detrimento de la norma más especializada o más conectada al caso, la aplicación de la *lex fori* se convierte en un problema.

Así, el principal reproche que se puede dirigir a la tendencia de los Tribunales nacionales a la aplicación de la *lex fori*, se da por su destacado carácter nacionalista.

4.1.2. Normas materiales imperativas de un tercer Estado vinculado al caso

La sumisión de la voluntad privada a los límites de las normas materiales imperativas no es prerrogativa exclusiva de la <<*lex fori*>> o de la <<*lex voluntatis*>>.

Aunque el método conflictual declare la aplicabilidad de un sistema extranjero,

existen normas de Derecho interno que, por su alcance, se aplican directamente y excluyen, por tanto, la localización del supuesto en otro Estado<<estrictamente en lo referente a la materia de la norma imperativa>>.⁹⁰

“*Caso*. Una empresa con sede social en Madrid vende armas a unos particulares residentes en Turquía. El contrato se somete por las partes al Derecho inglés. Posteriormente, una parte impugna la validez del contrato ante tribunales españoles. ¿Pueden aplicarse al contrato las <<normas materiales imperativas>> del Derecho turco (tercer Estado), que no es el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori* = ley española) ni el Derecho del país que rige el contrato (*Lex Causae* = ley inglesa)?”⁹¹

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 119.

⁹¹ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *op. cit.*, pp. 179–180.

Sí. Actualmente, la moderna norma de conflicto ya es capaz de conciliar la aplicación de la ley designada para el supuesto internacional, con las normas materialmente imperativas de un tercer Estado relacionado con el caso. De tal manera, al mismo tiempo que se confiere legitimidad para la aplicación de una ley libremente elegida por las partes, se fija un estándar mínimo de protección avalado por las normas esenciales de un tercer Estado que eventualmente presenta vínculos con el contrato.⁹²

Los contratos internacionales presentan vínculos con varios países. El hecho de que se aplique una sola ley al contrato no quiere decir que los contactos del contrato internacional con otros países desaparezcan. Por ello, es conveniente aplicar al contrato ciertas normas imperativas de otros países distintos al país cuya ley regula el contrato.

Partiendo de una perspectiva aproximada, al considerar las llamadas <<leyes de policía>> como definición alternativa de las normas materiales imperativas, se puede apoyar en la definición aportada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de

⁹² Las normas de conflicto vigentes a menudo exigen la presencia de <<vínculos de proximidad>> entre el contrato y el Estado cuyas normas materiales imperativas se pretenden aplicar, como respaldo a su aplicación.

la Unión Europea – STJUE,⁹³ que define las leyes de policía como:

“...disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado”.⁹⁴

Por lo tanto, las leyes de policía son disposiciones que garantizan la satisfacción de intereses colectivos, sean económicos, políticos o sociales, en razón de su carácter esencial.

⁹³ *Ibíd.*, p. 177.

⁹⁴ STJUE de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos acumulados C-396/96 y 376/96, *Arblade*.

4.2. El juego del orden público internacional

Los ordenamientos jurídicos normalmente añaden, al juego de las normas imperativas, la excepción del orden público.

En general, consiste en un límite a la aplicación del derecho designado, que puede ser descartado cuando resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De tal manera, el papel del orden público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica intereses y valores substanciales del país donde se la quiere aplicar.⁹⁵

En cuanto a los límites impuestos a la autonomía conflictual, cabe tener en cuenta al conjunto de principios fundamentales que constituyen en orden público internacional. Esto significa que el derecho elegido por las partes no puede lesionar estos principios de

⁹⁵ NIBOYET, J. P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. México: Editora Nacional, 1960. p. 381.

orden público del Derecho Internacional Privado del juez.⁹⁶

Así, se invocan altos intereses sociales, muchas veces imprecisos y de gran subjetividad, para dejar de aplicar la norma jurídica extranjera que, de acuerdo con el Derecho Internacional Privado, es la competente.⁹⁷

Para esquematizar la manera como se produce el orden público, véase el siguiente problema: ¿Puede admitirse que el juez español diga a los cónyuges españoles que no pueden divorciarse, y que, al mismo tiempo, en otro caso, conceda el divorcio a cónyuges belgas? Precisamente para evitar estos casos hay un remedio: la noción del orden público. Luego, en el orden público concurren los siguientes factores:

(1) Existe un conflicto de leyes;

⁹⁶ MONROY CABRA, M. G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 6. ed. Bogotá: Temis, 1999. p. 307.

⁹⁷ Conforme enseña ARELLANO GARCÍA, C. *Derecho Internacional Privado*. 17. ed. México: Editorial Porrúa, 2008. p. 901.

- (2) La norma conflictual determina la competencia de la norma jurídica extranjera;
- (3) Se decide no aplicar la norma jurídica extranjera por oponerse ésta al orden público;
- (4) Por tanto, el orden público es un elemento que impide la aplicación de la norma extranjera cuando contrariar los intereses de una sociedad;
- (5) Se palpa en la noción del orden público una inseguridad, una incertidumbre, una imprecisión, una subjetividad, puesto que se requiere la determinación de esos intereses sociales que exigen la no aplicación de la norma jurídica extranjera competente.⁹⁸

Importante llamar la atención para el hecho de que, la evocación del orden público internacional no depende exclusivamente de la existencia objetiva de un conflicto de leyes, justificándose también cuando se enfrentan los principios

⁹⁸ NIBOYET, J. P. op. cit., *apud*, ARELLANO GARCÍA, C. op. cit., p. 901.

generales del Estado en donde se pretende aplicar la norma elegida.

Aun suponiendo que no exista conflicto en cuanto a la ley designada, ni en cuanto a la calificación, es posible que la ley declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado, puede hallarse en pugna con las ideas y principios morales, jurídicos y políticos esenciales en el territorio donde se la ha de aplicar. Así, por ejemplo, una ley que consagra la esclavitud o la poligamia, no se aplica, en virtud del remedio que se conoce con el nombre del orden público internacional.⁹⁹

Por lo tanto, sencillamente, el orden público actúa como instrumento hábil a priorizar un interés colectivo frente al privado, elidiendo la posible perturbación derivada de la aplicación de la ley estatal convenida.

⁹⁹ MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 241.

4.3 Aplicación del principio del orden público por el Supremo Tribunal Federal de Brasil

La jurisprudencia brasileña posee inúmeros ejemplos de aplicación del principio del orden público como limitador del método conflictual del Derecho Internacional Privado. Su carácter mutable viene a la luz en los casos de concesión de *exequatour* por el Supremo Tribunal Federal (STF) a las cartas rogatorias y en la homologación de sentencias extranjeras ahora de competencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ).¹⁰⁰ Muchos pedidos de homologación de divorcios realizados fuera de Brasil – que eran negados en el pasado, por ser contrarios al

¹⁰⁰ Según el artículo 105, I, i, de la Constitución Federal de Brasil, introducido por la Emenda Constitucional n 45, de 8 de diciembre de 2004, “*competete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatour às cartas rogatórias.*” De acuerdo con el derecho brasileño, la sentencia proferida por el juez o tribunal extranjero solamente tendrá eficacia en el País después de su homologación por el Superior Tribunal de Justicia. Merece destaque el hecho de que hasta la Emenda Constitucional n 45, de 8 de diciembre de 2004, la competencia exclusiva para la homologación de sentencias extranjeras era del Supremo Tribunal Federal (STF), la máxima jurisdicción del país. RECHSTEINER, B. W. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 288 y 289.

orden público brasileña de entonces – pasaron a ser aceptados después de la Ley del Divorcio. En materia de cartas rogatorias ha otro ejemplo: consideraba se contrario al orden público nacional la concesión de *exequatour* en medidas de carácter ejecutorio. En los últimos años pasaron a aceptar su concesión en los casos en que Brasil sea parte de la convención con permiso en este sentido, ablandándose, por lo tanto, la posición del STF, y ahora del STJ.¹⁰¹

La fundamentación de la Corte brasileña se encuentra en el voto del ministro del STF Marcos Aurélio en una carta rogatoria. En el caso, se trataba de un pedido de citación de un ciudadano domiciliado en Brasil en razón de una demanda movida en los Estados Unidos referente a una deuda por juego. Antes de esta demanda, en otras similares, el STF denegó estos pedidos por considerarlos contra el orden público brasileña, una vez que la ley brasileña no permite el cobro de este tipo de deudas. La aplicación de la ley extranjera, teniendo en cuenta el

¹⁰¹ ARAUJO, N. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 129 y 130.

local de la constitución de la obligación (Art. 9 de la LICC), estaba contra el orden público de Brasil.¹⁰²

Pero el Ministro del STF Marcos Aurélio modificó la jurisprudencia predominante y votó por la aceptación del *exequatour* para que la citación fuera realizada. En su comprensión, la denegación del pedido es que sería contra el orden público brasileña, una vez que implicaría en un enriquecimiento indebido y la violación al principio de la buena fe. El voto trata del papel del país delante de los otros Estados soberanos y de la misión del STF, analizando la ley brasileña. Para el Ministro, las razones que en 1916 impedían el recibimiento de deudas del juego no más existen, verificándose hoy la diseminación del juego oficial, que hace parte de la rutina de todos. Preocupase con el respeto a los derechos vigentes en los demás países, en una demostración intuitiva de respeto a los principios básicos del Derecho Internacional Privado: *o comitas gentium*. Hace un análisis detallado del método de conflicto de leyes, que por fuerza del artículo 9 de la LICC indica como aplicable la ley extranjera, no pudiendo está ley ser alejada por

¹⁰² STF – Processo nº CR 5332. AgR - Agravo Regimental na Carta Rogatória – Relator: Ministro Octavio Gallotti - DO de 2/06/1993.

cuenta de la excepción del orden público brasileño. Pone de relieve, por lo tanto, el respeto al derecho extranjero aplicable en especie.¹⁰³

La no aplicabilidad de la norma del Derecho Internacional Privado es que impondría des respeto al orden público, en la medida que el sistema jurídico brasileño, nortado por los principios constitucionalmente establecidos – entre los cuales el da prohibición del enriquecimiento sin causa y el des respeto a la buena fe que debe impide la utilización del argumento del orden público para legitimar situaciones jurídicas de des cumplimiento del Derecho Internacional Privado

¹⁰³ Declara el Ministro em su voto: “A origem do débito mostrou-se como sendo a participação em jogos de azar, mas isso ocorreu nos moldes da legislação regedora da espécie. No país em que mantida a relação jurídica, o jogo afigura-se como diversão pública propalada e legalmente permitida. Ora, norma de direito internacional, situada no mesmo patamar do artigo regedor da eficácia de sentenças estrangeiras, revela que ` para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem´ - cabeça do artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil.” ARAUJO, N. op. cit., pp. 130 y 131.

brasileño y promueve una protección des cabida al malo pagador.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Declara el ministro en su voto: “É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? A resposta é desenganadamente no sentido de ter-se a rejeição da sentença estrangeira como mais comprometedora, emprestando-se ao território nacional a pecha de refúgio daqueles que venham a se tornar detentores de dívidas contraídas legalmente, segundo a legislação do país o qual viajarem”. (...) “Com isso, afasto algo que não se coaduna com a Carta da República, que é o enriquecimento sem causa, mormente quando ligado ao abuso da boa-fé de terceiro, configurando no que o requerido se deslocou do Brasil para a América do Norte, vindo a praticar jogos de azar legitimamente admitidos, e até incentivados como mais uma forma de atrair turistas, contrariando dívida e retornando à origem onde possui bens, quem sabe já tendo vislumbrado, desde o início, que não os teria ameaçados pelo credor. ARAUJO, N. op. cit., pp. 131 y 132.

4.4. Clasificación de las normas materiales de carácter imperativo: <<normas de protección>> y <<normas de dirección>>

Las limitaciones a la libre elección de la ley aplicable están fundadas, por regla general, en la necesidad de salvaguarda de la parte más vulnerable de la relación contractual, así como de los valores fundamentales del Estado.

“Este tipo de norma suele tener dos grandes finalidades, que en ocasiones se entrelazan: una es la de protección a grupos sociales que son merecedores de las mismas – trabajadores, consumidores, menores, etc. – y otra es la dirigida a tutelar los intereses económicos y sociales de la comunidad – control de cambios, libre competencia, etc. –”¹⁰⁵

¹⁰⁵ FARJAT, G. *L'ordre public économique*. Paris, 1963. *apud*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.-L. *op. cit.*, p. 557.

Inspirada por este concepto, parte de la doctrina utiliza la clasificación que divide las llamadas normas materialmente imperativas en dos grupos: las llamadas <<normas de protección>> y las <<normas de dirección>>.

Según esta clasificación, las llamadas <<normas imperativas de protección>> son aquellas que tienen la atribución de resguardar la posición de especial debilidad, característica de determinados colectivos – como por ejemplo, la de los consumidores – buscando así promover el equilibrio de la relación contractual a partir del tratamiento desigual de partes desiguales.

A su vez, las llamadas <<normas imperativas de dirección>> son aquellas responsables de la salvaguardia de los intereses comunes a la colectividad, fundadas en la primacía del interés público sobre el privado.

De tal manera, se puede decir que existen normas que protegen tanto intereses públicos como intereses de sujetos situados en posición de debilidad. En ese sentido, las normas de protección de consumidores y las normas sobre el mercado inmobiliario. Las dos son ejemplos de estas <<normas con doble valencia>>.

4.5. Aspectos negativos de las normas materiales imperativas

Si bien enmarcadas en las principales normas de conflicto de hoy – aunque bajo distinta apariencia¹⁰⁶ – las llamadas normas materiales imperativas no están libres de críticas.

El primer aspecto negativo suscitado por sus detractores denuncia los riesgos que la aplicación de dichas normas supone para la seguridad jurídica.

De hecho, la aplicación de estas normas no elegidas – y que posiblemente no cuentan con la especialización necesaria para el supuesto –, conlleva riesgos para la relación contractual. Por ello, es recomendado a las partes que, una vez que conozcan el foro competente, intenten prever la posible vinculación de su relación contractual con este tipo de normas, en la hipótesis de un litigio.

Sin embargo, aunque así ocurra, delante de la ya comentada falta de concreción conceptual de las normas

¹⁰⁶ En el Reglamento Roma I, por ejemplo, buscando alejarse de la controversia afecta a su conceptualización, el legislador optó por llamarlas <<disposiciones de ley que no pueden excluirse mediante acuerdo>>, a lo que otrora se presentaba sencillamente como <<normas imperativas>>.

materiales imperativas, el Tribunal dispone de amplio margen de interpretación y subjetividad, lo que puede llevar a una extensión de otras disposiciones al *status* de imperativas, alejando igualmente el caso de la esperada previsibilidad legal.

En este sentido, es necesaria la construcción de condicionantes capaces de mitigar los efectos nocivos de la consideración indiscriminada de las normas imperativas.

“...es obvio que la estimación de estas normas imperativas deberá conllevar una previa valoración – en términos restrictivos – de su vocación de aplicabilidad a nivel internacional”.¹⁰⁷

Se pueden considerar como condicionantes de la aplicación de las normas materiales imperativas: a) que se trate de una norma que tenga la consideración de norma imperativa en el ordenamiento de origen; b) no basta con que posea naturaleza imperativa, es necesario que se trate de normas imperativas que

¹⁰⁷ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 128.

reclamen su aplicación, con independencia de cual pueda ser la ley reguladora del contrato; c) han de ser normas imperativas de un país con el que el contrato presente en su conjunto un vínculo estrecho.¹⁰⁸

La aplicación de las normas materiales imperativas está condicionada por el requisito de la vocación imperativa de tales normas, que deberá verificarse, caso por caso, atendiendo a los objetivos de la política legislativa perseguidos por el ordenamiento del país del juez.¹⁰⁹

Además, muchos consideran que su aplicación en el medio internacional supone una digresión a la ley estatal, por considerar que extender la aplicación de una norma concebida para supuestos puramente internos a casos internacionales, vulnera el más rudimentario precepto de seguridad jurídica.

¹⁰⁸ ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.). et al. op. cit., pp. 172–173.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.–L. op. cit., p. 557.

Sin embargo, ha de ponderarse que, aunque concebidos para regular la realidad *intra muros*, la eficacia de los preceptos fundamentales de un Estado muchas veces exige su consideración a partir de una perspectiva global, evitando que, presos por una interpretación restrictiva, se permita el distanciamiento del verdadero propósito de la ley.

También se puede considerar la posibilidad de la determinación de la ley de un tercer Estado como motivo de preocupación, por el hecho de que puede abrir camino al *forum shopping*,¹¹⁰ o permitir, asimismo, una sobrerregulación.

En contra de esta posibilidad <<aplicación de normas imperativas de terceros Estados>> se ha afirmado que la aplicación de estas normas provoca <<sobrerregulación>> e <<inseguridad jurídica>>: un mismo caso puede quedar regulado por multitud de normas imperativas, de multitud de Derechos

¹¹⁰ Es un concepto propio del Derecho Internacional Privado. Consiste en la elección del foro o jurisdicción más favorable, en la búsqueda de un foro de conveniencia.

estatales más o menos conectados con el caso. Los particulares no podrían prever qué normas se aplican a sus relaciones, que, además, deben adecuarse a diferentes Derechos estatales.¹¹¹

Por fin, tampoco se puede ignorar el riesgo de que, en los supuestos de tráfico externo, las normas materiales de un Estado sean debilitadas, dada la aplicación indiscriminada de normas materiales imperativas, que pueden dejar sin efecto muchas de aquéllas normas.

4.6. Los contratos sin ley y el papel del Estado

Como ya se ha visto, el principio de la autonomía de la voluntad, aunque reconocido como elemento esencial de la realidad contractual contemporánea, tiene su ejercicio subordinado a ciertos límites.

¹¹¹ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit., p. 180.

Encontrando su alcance más extremo en los llamados <<contratos sin ley>>,¹¹² el principio de la autonomía de la voluntad abre el paso a interpretaciones que, *incontinenti*, ponen de manifiesto la necesidad de determinación de su alcance frente al papel social del Estado.

Conceptualmente, el contrato sin ley consiste en la posibilidad de autogestión de la relación contractual, únicamente a partir de la voluntad de las partes, la cual rige la plenitud del negocio jurídico, prevaleciendo sobre cualquier otra ley.

En este sentido, objetivamente, la doctrina mayoritaria entiende que:

- (1) la autonomía privada está limitada por una norma conflictual;
- (2) que la norma conflictual es necesariamente un derecho estatal;

¹¹² Según el sector de la doctrina que defiende la existencia de los contratos sin ley, la capacidad de las partes en una relación contractual es absoluta, excediendo la mera elección de una ley para regular el contrato, pudiendo hacer depender el negocio jurídico únicamente de su propia voluntad.

(3) y que es inadmisibile la hipótesis de un contrato autosuficiente, enteramente desnacionalizado.¹¹³

Pretender justificar la autojuridicidad de las partes en una relación contractual, frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, tiene poco sentido, pues, la autonomía conferida a las partes no existe fuera, sino dentro de cada ordenamiento estatal.¹¹⁴

Así, aunque piedra angular de las relaciones contractuales internacionales, la autonomía privada, en cuanto

¹¹³ Tal entendimiento ya había sido impuesto en Alemania por el *Reichsgericht* y en Holanda por el *Hoge Road*, 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. ROMERO, F. *Autonomía de las partes: las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes*. In: DE MAEKELT, T. B.; ESIS VILLARROEL, I.; RESENDE, C. (Coord.). *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. Caracas: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2005. v. 2. p. 770.

¹¹⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., pp. 218–219.

libertad concedida por un sistema legal, está subordinada a los límites de dicho sistema, no pareciendo factible hablarse de una autonomía universal.

La mera voluntad de las partes es insuficiente para crear un negocio jurídico eficaz. Siempre sería necesaria la presencia de un ordenamiento jurídico que les permita rechazar toda referencia a un sistema legal y pactar un contrato sin ley, para que éste fuera posible.¹¹⁵

Que los Estados, por medio de las innúmeras herramientas de composición utilizadas en las relaciones con otros Estados, atribuyan a la autonomía privada un papel destacado en la contratación, no implica renuncia a su condición de responsable por el desarrollo y control de la misma en el espacio jurídico internacional, toda vez que es él, el detentador exclusivo del poder de jurisdicción.

¹¹⁵ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 72.

De tal manera, se puede decir que, la voluntad de las partes no es relevante jurídicamente sino conforme a los límites y condiciones que le establece la norma conflictual. Por tanto, ella necesita ser reconocida por una ley estatal, porque es esta la que le otorga valor jurídico.¹¹⁶

Sin embargo, la misión estatal de compaginar los intereses (público *v.* privado) – que, muchas veces, pueden ser divergentes entre si – no es algo sencillo.

Así, considerando que el interés de las partes es garantizar las condiciones más adecuadas y fructuosas para la consecución del negocio jurídico que las vincula, y que dicho negocio jurídico puede repercutir en la esfera de intereses de la sociedad, no parece razonable cuestionar el alcance de la acción estatal, a partir de la figura del contrato sin ley.

Es decir, aunque se reconozca la conveniencia de conferirse un amplia libertad a los negocios entablados entre particulares, no se puede olvidar el compromiso estatal con la preservación del bien común, lo que, en ocasiones, le obliga a

¹¹⁶ ROMERO, F. *op. cit.*, p. 771.

subordinar dicha conveniencia a todo aquello que considere más provechoso a la colectividad que representa.

En Derecho Internacional Privado, es una norma la que habilita a los contratantes a elegir la ley más conveniente a sus relaciones contractuales, por lo que a pesar de parecer un círculo vicioso, es la ley y no la voluntad de las partes la que otorga el poder a los contratantes de elegir la ley aplicable a su relación contractual. Son los individuos los que están sometidos a la ley, no la ley a los individuos.¹¹⁷

Por lo tanto, hoy no es factible hablar de los <<contratos sin ley>>, es decir, las partes han de elegir siempre algún – o algunos, como se verá adelante – ordenamiento(s) aplicable(s) a su relación contractual.

¹¹⁷ CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; AREAL LUDEÑA, S. op. cit., p. 434.

Al chocar frontalmente con dichas premisas, los contratos sin ley se muestran, hoy por hoy, como una hipótesis intangible desde punto de vista práctico y teórico, estando así, todos y cualquier contrato internacional, sometido a una Ley estatal.¹¹⁸

5. El *dépeçage* y la tipificación de la autonomía en material o conflictual

Etimológicamente, el término *dépeçage* viene del verbo francés *dépecer*, significando desmembrar, dividir.¹¹⁹

En la contratación internacional, el *dépeçage du contrat*¹²⁰ (*splitting of the contract*) consiste en la posibilidad de división del contrato en partes, donde cada una de ellas sería regulada por una ley distinta.

La admisión de esta posibilidad está directamente ligada con el principio de la autonomía de la voluntad, consistiendo en la posibilidad conferida a las partes de proceder a un verdadero

¹¹⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. op. cit., p. 220.

¹¹⁹ Sobre el *dépeçage*, consultar LANDO, O. op. cit., p. 148.

¹²⁰ El término *dépeçage* fue introducido en la contratación internacional por el Barón de Nolde. DE NOLDE, B. *La codification du droit international privé*. RCADI, 1936. v. 55. p. 331.

fraccionamiento legislativo, confiriendo así mayor amplitud al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual.

Las modernas normas de conflicto, al asegurar dicha posibilidad a las partes, permiten que las variaciones en materia de ley aplicable sean tan amplias cuanto lo exija las conveniencias del contrato, pudiendo las partes fraccionar sus acuerdos en varios elementos, los cuales serán sometidos a Leyes diferentes.

Naturalmente que, como ya se ha visto, la moderna tendencia al ejercicio pleno de la autonomía está circunscrita a criterios de coherencia. Con el *dépeçage* no es diferente.

Así, por ejemplo, no debe admitirse en un contrato de compraventa someter las obligaciones del vendedor y comprador a una Ley distinta. De manera que, en el caso de que las leyes designadas no puedan combinarse de forma sensata, el fraccionamiento sea inefectivo.¹²¹

Además, es importante destacar que el fraccionamiento no puede abrir el camino al fraude a la ley, evitando la aplicación de las normas imperativas aplicables al caso, como

¹²¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. et. al. *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 268.

una especie de instrumento para la elisión de una parte del contrato de dichas normas.

En cuanto a la tipificación del principio de la autonomía de la voluntad en material o conflictual frente al instituto del *dépeçage*, la misma no siempre resulta clara de los términos del contrato.

Diferenciar una cláusula de derecho aplicable de una cláusula de incorporación por referencia, en determinados supuestos – como en aquellos en que se está delante de una multiplicidad de ordenamientos reguladores de un contrato – no es nada sencillo.¹²²

La posibilidad de fraccionamiento legal del contrato no implica admitir que los contratantes procedan a una incorporación al contrato de materiales normativos a título de pactos privados en el marco de la autonomía de la voluntad material que les reconoce la

¹²² CASTELLANOS RUIZ, E. *El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales Españoles: balance de 15 años de vigencia*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; CASTELLANOS RUIZ, E. op. cit., p. 159.

ley del contrato, como ha sostenido la doctrina.¹²³

Como consecuencia, en caso de un conflicto, dicha imprecisión puede conllevar problemas, pues, frente a la imposibilidad del Tribunal de demarcar el trazo distintivo entre lo que es el derecho aplicable y lo que es la norma de referencia, la relación contractual queda sujeta a la inseguridad jurídica resultante de la valoración subjetiva del hecho por parte del juzgador.¹²⁴

Dependiendo de si se considera el Derecho elegido como manifestación de la autonomía conflictual o el Derecho incorporado como autonomía material, los límites a los que está sometida la autonomía

¹²³ TOUBIANA, A. *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*. París: Dalloz, 1972. pp. 42–43.

¹²⁴ Sobre la cuestión véase AS 3536, STSJ Madrid, Social, de 14.07.03.

de las partes, en uno u otro caso, no son iguales.¹²⁵

La distinción entre ellas, también se refleja en relación a los límites de la autonomía, pues, en cuanto el Derecho elegido encuentra sus límites en los Derechos y garantías fundamentales del Estado,¹²⁶ el Derecho incorporado, además de por estos, estará también limitado por el propio Derecho aplicable.

6. Conclusión

El principio de la autonomía de la voluntad ha adquirido tal protagonismo en las relaciones contractuales internacionales del mundo contemporáneo, que se le reconoce hoy como elemento común del

¹²⁵ CASTELLANOS RUIZ, E. El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales Españoles: balance de 15 años de vigencia. In: CALVO CARAVACA, A. L.; CASTELLANOS RUIZ, E. op. cit., p. 157.

¹²⁶ Véase la cuestión de las normas materiales de carácter imperativo en el apartado sobre "Límites a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable."

acervo jurídico de las naciones
civilizadas.¹²⁷

Actualmente, la autonomía para la elección de la ley aplicable a una relación contractual, constituye un principio básico del Derecho Privado. Hoy por hoy, los principales ordenamientos jurídicos del mundo confieren a sus individuos el poder para establecer relaciones jurídicas según su libre voluntad – proporcionando mayor previsibilidad y seguridad jurídica a estas –, respetados ciertos límites, una vez que la aplicación del principio no se da de forma irrestricta.

Véase que, el nacimiento de la autonomía privada como sistema de determinación, en un primer momento, poco ha cambiado la práctica de los Tribunales. Su aplicación se dio de forma tímida para los casos del comercio internacional en general, quedando prácticamente circunscrita a las cuestiones referentes al comercio marítimo.

Sin embargo, en la gran importancia acreditada al entonces nuevo criterio del *proper law of contracts*, reside en el hecho de haber abierto el espacio para una nueva concepción en

¹²⁷ LANDO, O. op. cit., p. 3.

lo que toca a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, respondiendo con la elevación del principio de la autonomía de la voluntad a la condición de régimen jurídico ampliamente utilizado en las transacciones contractuales internacionales de hoy.

En definitiva, se puede decir que, en el siglo XX y a inicios del siglo XXI, es incuestionable el triunfo de este punto de conexión en materia de contratos internacionales, siendo esta una realidad que viene unida al neoliberalismo y a la victoria planetaria de la economía libre de mercado y del capitalismo.¹²⁸

Pese a ser, desde antiguo, objeto de intenso debate, cuestiones como la conveniencia y amplitud de la autonomía de la voluntad en la realidad contractual siguen suscitando polémica.

Cuestiones como la distinción entre la autonomía de la voluntad conflictual y la autonomía de la voluntad material, por

¹²⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit., p. 11.

ejemplo, son propuestas por la doctrina para disipar los reflejos indeseables de la aplicación del principio en la contratación internacional.¹²⁹

Como visto, son muchas las implicaciones que resultan de su aplicación. Pero haciendo un balance, se puede concluir que, si, por un lado, la libre elección de la norma aplicable al contrato internacional puede propiciar una mejor adecuación del instrumento normativo en relación a las especificidades del contrato – lo cual es de gran valía en un escenario contractual pluralizado – y la disminución de las dudas en la ocurrencia de un eventual litigio, por otro, suscita riesgos, como la sumisión de la parte más débil de la relación contractual – como una forma de legalización de la ley del más fuerte – o riesgos de fraude a la ley, toda vez que puede permitir la elección de sistemas legales más flexibles, en detrimento de las disposiciones imperativas del Estado más conectado con el caso.

¹²⁹ En este sentido, la referida distinción sirve para resolver problemas como la *subsequent legislation*, pues, en la hipótesis de cambio legislativo, aunque la ley reformada sea aplicable al contrato, no afectará las normas materialmente incorporadas a él, actuando solamente en la determinación de sus contornos.

De ese modo, las soluciones al problema del derecho aplicable a las obligaciones contractuales se inscriben en una tensión constante entre el principio de autonomía de la voluntad que caracteriza a este sector del ordenamiento jurídico y el interés público que justifica un determinado grado de intervención o limitación de la actividad de los particulares en el comercio internacional.

En cuanto a las normas materiales imperativas, lo cierto es que, pese a que ocasionen riesgos a la seguridad jurídica en razón de su carácter eminentemente subjetivo, dichas normas juegan un papel esencial en la contratación internacional, aunque siempre pautadas por la excepcionalidad.

“Cada Estado debe anteponer a la autonomía de la voluntad las normas imperativas que salvaguarden su propio mercado o que tratan de garantizar el equilibrio de las partes contratantes y su buen fin”.¹³⁰

¹³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 452.

Pese a que limitar la autonomía, desde el punto de vista semántico, parezca algo intangible, pues el concepto de autonomía no se aviene con el establecimiento de límites para su ejercicio, desde el punto de vista legal constituye una condición *sine qua non* a la saludable regulación de las normas de conflicto.

Del análisis de los orígenes del principio de la autonomía en la contratación internacional, parece desprenderse que su nacimiento obedeció más al juego de los intereses privados que al interés del Estado. Ello justificaría la búsqueda de unos límites razonables al principio de la autonomía que equilibrasen las exigencias del mercado con los intereses del Estado.

El único interés supuestamente menoscabado por el reconocimiento de la autonomía conflictual de las partes era el de los Estados en la aplicación de las disposiciones que se estimaban imperativas.¹³¹

De hecho, las normas imperativas han cobrado un gran desarrollo e importancia en el comercio global, de tal manera

¹³¹ CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; AREAL LUDEÑA, S. op. cit., p. 453.

que suponen en muchas ocasiones una extensa y profunda limitación del principio de la autonomía de la voluntad.

SEGUNDA PARTE

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PRINCIPAL MARCO CONFLICTUAL EUROPEO E INTERAMERICANO

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 593/2008, DE 17 DE JUNIO DE 2008 (ROMA I)

1. Introducción

El Reglamento Roma I, que con algunas alteraciones importantes incorpora las bases del Convenio de Roma de 1980, es un hito más en el proceso de construcción de un sistema de Derecho Internacional Privado europeo.¹³²

¹³² Así considerado a nivel doctrinal, como etapa de la consolidación de un espacio basado en los ideales de libertad, seguridad y justicia proclamados por el tratado constitutivo de la Unión Europea y en el de la Comunidad Europea (artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y 61 y 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, tras el Tratado de Lisboa, en el artículo 3.2 del TUE y 67 del TFUE).

Sucesor del Convenio de Roma,¹³³ las disposiciones de Roma I se aplican a los contratos celebrados después de 17 de diciembre de 2009.¹³⁴

No se ocupa Roma I únicamente de regular materias específicas, pero sí de sustituir el Convenio de Roma en cuanto régimen orgánico de la materia contractual. FRANZINA, P. *Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*. [S.l.]: Cuadernos de Derecho Transnacional, 2009. p. 98. Sobre la cuestión, consultar CALVO CARAVACA, A.-L. *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*. Texto de la conferencia pronunciada el 29 de enero de 2009, en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 1, nº 2, pp. 53–54; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. *El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales*. Diario La Ley, Nº 7331, Sección Doctrina, 2010. pp. 1–19; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009. pp. 281–283.

¹³³ El artículo 24, apartado I, del Reglamento Roma I, determina que éste sustituirá al Convenio de Roma en los Estados miembros. En este sentido, es importante aclarar que, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca (Protocolo nº 22) anexo al TUE y al TFUE, Dinamarca no ha participado en la adopción del Reglamento. Dicho país, por lo tanto, no está vinculado por el mismo, ni sujeto a su aplicación. Al contrario, Irlanda y Reino Unido – aunque se beneficien igualmente de un

Así, fiel a sus objetivos estratégicos, el legislador de la UE consagra como punto de partida en Roma I el criterio de la libre elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales.¹³⁵ En este sentido, véase su considerando (11):

Protocolo sobre su posición con respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, están vinculados por el Reglamento: Irlanda notificó, ya durante los trabajos preparatorios del Reglamento, su deseo de participar en la adopción y aplicación del nuevo instrumento; por su parte, el Reino Unido, después de haber notificado su decisión de no participar en la adopción del Reglamento “Roma I” (cuadragésimo quinto considerando del Reglamento), finalmente ha comunicado su solicitud de aceptar el Reglamento: Decisión de la Comisión 2009/26/CE de 22 de diciembre de 2008 (DOUE L 10 de 15 enero 2009). FRANZINA, P. op. cit., p. 93. Por lo tanto, en síntesis, se puede decir que Roma I constituye un Reglamento aplicable *erga omnes*, siendo una normativa obligatoria para las autoridades administrativas u órganos judiciales de cualquier Estado de la UE, a excepción de Dinamarca.

¹³⁴ La nueva normativa es aplicable a los contratos internacionales concluidos después de 17.12.2009 (artículos 28 y 29 del Reglamento Roma I). De tal manera, el Convenio de Roma siguió en vigor hasta el 17.12.2009, tal como fue modificado por el Convenio de adhesión de 2005 (DOUE C 169 de 8 julio 2005).

¹³⁵ POILLOT-PERUZZETO, S. *Le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. Répertoire de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité, 2008. pp. 3–11.

”La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflictos de ley en materia de obligaciones contractuales”.

El Convenio de Roma, de naturaleza conflictual, aporta un conjunto de soluciones muy elaboradas en materia conflictual, que se asientan sobre el directo reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio rector de la contratación internacional.¹³⁶

A su vez, materializando dicho consideración, el artículo 3 de Roma I, en su primer apartado, enuncia *in verbis*: “*El contrato se regirá por la ley elegida por las partes*”, no exigiéndose ningún vínculo objetivo entre la ley elegida y el contrato. De manera que se cristaliza en Roma I un régimen jurídico de la *lex voluntatis*, el cual podrá declararse incluso

¹³⁶ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 60.

ulteriormente,¹³⁷ y facultándose el *dépeçage*, como se abordará en el presente capítulo.

No obstante, no siempre resulta sencillo conocer la voluntad de las partes. Si la determinación previa, fruto de disposición expresa en el contrato, permite el inmediato conocimiento de la ley estatal aplicable, su ausencia, en los términos de Roma I, obliga a la búsqueda de indicios capaces de suplir dicha omisión. A partir de aquí, el conocimiento de la norma aplicable pasa a depender también de criterios subjetivos, como se desprende del análisis del apartado primero del artículo 3 de Roma I, al enunciar que la voluntad también podrá “*resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”.¹³⁸

¹³⁷ A salvo los derechos de terceros, en los términos del artículo 3, apartado 2, de Roma I.

¹³⁸ Diferentemente de lo que preveía la Propuesta de Reglamento Roma I (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 15 de diciembre de 2005 [COM (2005) 650 final]), la cual proponía que la cláusula de elección del foro fuera tomada como presunción de una elección de la ley aplicable, el Reglamento Roma I considera la elección del foro solamente un factor más que deberá tenerse presente a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato (en este sentido el considerando 12

Pese a estar fundamentado en el régimen jurídico de la autonomía de la voluntad, Roma I no olvida de fijar sus límites, delimitando sus contornos al disponer el predominio de las normas del Estado con el que se vinculan todos los demás elementos de la relación contractual o, en su caso, las del Derecho comunitario,¹³⁹ que no pueden derogarse mediante acuerdo.¹⁴⁰ Con esto, además de intentar eliminar la posibilidad del “fraude a la ley”, se garantiza la armonización del precepto

de Roma I). La presunción de la elección de la ley a partir de la elección del foro (“legeforismo”) fue fuertemente criticada en las respuestas al Libro Verde <<Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM(2002) 654 final]>>.

¹³⁹ Conforme artículo 3, apartados 3 y 4 de Roma I. Aquí es importante destacar que, desde el Tratado de Lisboa, la referencia correcta no será al Derecho Comunitario, sino al Derecho de la UE, lo que se debe llevar en consideración a lo largo de la lectura.

¹⁴⁰ Delante de las críticas y dificultades de interpretación del término <<normas imperativas>> en el Convenio de Roma, Roma I opta por utilizar la expresión <<normas que no pueden derogarse mediante acuerdo>>, que viene a ser lo mismo que en el artículo 3 del Convenio de Roma, como verá en el estudio.

con lo establecido en el Reglamento Roma II para las obligaciones extracontractuales¹⁴¹.

De un modo distinto al que proponía la Propuesta de Reglamento,¹⁴² Roma I cierra el paso a la *lex mercatoria*, al menos en cuanto a su posible elección como ley aplicable, lo que no impide que se la establezca como referencia del contrato.

¹⁴¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del parlamento europeo y del consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (« en lo sucesivo Roma II»). Enuncia Roma II: Artículo 14, apartado 2: “*Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquél cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo*”. Apartado 3: “*Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*.”

¹⁴² Ella sugería, en el apartado 2 del artículo 3: “*Las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*”.

Así, en síntesis, se puede decir que las obligaciones contractuales, según Roma I, serán regidas por la ley estatal libremente elegida por las partes.

En defecto de elección, y atendiendo a la naturaleza del contrato, Roma I, en su artículo 4 enumera <<*numerus clausus*>>: las conexiones por las que se establece la ley aplicable según la materia objeto del contrato. Así, por ejemplo, en cuanto el contrato de compraventa de mercaderías deberá regirse por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual, el contrato que tenga por objeto la venta de bienes mediante subasta, deberá regirse por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si este lugar puede determinarse.

El Reglamento establece un régimen general (artículos 3 y 4), y luego añade reglas especiales para cuatro categorías de contratos, justificadas —*fundamentalmente*— por la necesidad de protección de una de las partes en el contrato: contratos de transporte (artículo 5), contratos de consumo

(artículo 6), contratos de seguro (artículo 7) y contratos de trabajo (artículo 8).¹⁴³

Sin embargo, si no hubo elección de la ley, ni tampoco el contrato en concreto encaja en dicha relación, deberá aplicarse la ley de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica, a menos que el juzgador considere que el contrato mantiene un vínculo más estrecho con otro país, en cuyo caso deberá aplicarse la ley de este último.

En fin, supletoriamente, frente al fracaso de la aplicación de todos los criterios anteriores, deberá regirse el contrato por la ley del país con el cual mantenga los vínculos más estrechos.

De ese modo, la disciplina para la determinación de la ley aplicable en Roma I obedece a una secuencia sobre la cual se pretende disertar en el presente capítulo, a partir de un enfoque eminentemente descriptivo, que servirá de base para los

¹⁴³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *El Reglamento <<Roma I>> sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?* Diario La Ley N° 6957, año XXIX, 30 de may. 2008. Ref.º D-169, p. 8.

razonamientos sobre la cuestión en la realidad del Mercosur y, en especial, de Brasil, objeto primero de la investigación.

2. Surgimiento y transitoriedad del Convenio de Roma hasta el Reglamento Roma I

Antes de detallar concretamente el sistema utilizado por Roma I para la designación de la ley aplicable, conviene detenerse un breve momento sobre los orígenes de este instrumento legal.

La creciente interacción entre los mercados nacionales, desde hace mucho, ha señalado como única alternativa al mantenimiento del desarrollo de las relaciones comerciales multilaterales, la creación de una jurisdicción cada vez más armonizada.

Las soluciones para los conflictos de leyes proporcionadas por las normas nacionales de Derecho Internacional Privado en Europa, ya no se mostraban compatibles con la realidad regional, hecho que ha impulsado los esfuerzos para el desarrollo del Derecho de la UE.¹⁴⁴

¹⁴⁴ El Parlamento Europeo y el Consejo han tenido como objetivo prioritario ratificado en diversos encuentros entre los Estados miembros, la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia para los países miembros de la

Así que en 1967, Bélgica propuso, en nombre de Benelux, la codificación por la CEE de las normas sobre conflictos de leyes.

Es en éste contexto que surge, en un primer momento, el Convenio de Bruselas de 27.09.1968, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, lo cual consistió en una tentativa de complementación del mercado interior con una quinta libertad: la de circulación de sentencias en materia de derecho privado.¹⁴⁵

Pero quedaba por hacer el marco legal de conflicto sobre las obligaciones contractuales.

Unión Europea. Recomendación del Programa de la Haya, Conclusiones de la Presidencia de 05.11.2004, punto 1.

¹⁴⁵ Conforme enseñan los profesores IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; DESANTES REAL, M. *La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea*. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZALEZ CAMPOS, J.D.; MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado De Derecho comunitario europeo*. Estudio sistemático desde el Derecho español. Madrid: Civitas, 1986. v. 3. p. 711. Las demás libertades mencionados son las de circulación de personas, bienes, servicios y capitales, los cuales se mueven en el mercado único con la misma libertad que en el interior de un país.

La ambición del proyecto original y la incorporación a la CEE de nuevos Estados, con grandes diferencias entre sí, retrasaron la elaboración de un texto definitivo.

El anteproyecto de septiembre de 1972 se refería a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales. Tras la adhesión de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca a la CEE, se decidió restringir la Convención a las obligaciones contractuales, prescindiendo de las obligaciones no contractuales, que serían objeto de una convención distinta.

En mayo de 1979, se presentó a la Comisión de las Comunidades un nuevo texto, para su ratificación por los nueve Estados miembros, siete de los cuales lo firmaron el 19 de junio de 1980 en Roma.¹⁴⁶

Así, es correcto decir que el Convenio de Roma se diseñó desde un principio – los primeros trabajos, como hemos

¹⁴⁶ Dinamarca lo firmó el 10 de marzo de 1981 y Gran Bretaña, el 7 de diciembre de 1981. Posteriormente, mediante Convenio de 10 de abril de 1984, se adhirió Grecia. El 1 de septiembre de 1993 entró en vigor para España en Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992, por el que España y la República Portuguesa se adhirieron al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

visto, se remontan a 1967¹⁴⁷ – como un complemento natural del Convenio de Bruselas de 1968, naciendo como un elemento de equilibrio del espacio judicial europeo al vincularse indirectamente, a través de su conexión con el Convenio de Bruselas, al propio artículo 220 TCEE.

Una vez creadas unas reglas comunes sobre competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales, donde

¹⁴⁷ Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por M. GIULIANO y P. LAGARDE. DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992. pp. 4–7. Sobre los orígenes del Convenio de Roma, ver también PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. *The European contracts convention: the Rome Convention on the choice for the law for contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2001.; ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 61.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., p. 539.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.–L. op. cit., p. 523.; NELIDA ÁLVAREZ VÁSQUEZ, A. et al. *Estudios sobre las aportaciones al Derecho Internacional Privado por la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980)*. México: Revista del centro de investigación de la Universidad La Salle, 2005. p. 48 y PARRA RODRÍGUEZ, C. *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*. Barcelona: J.M. Boscho Editor, 2001. pp. 38–39.

la sumisión expresa y tácita, el domicilio del demandado y el lugar de ejecución de la obligación se retuvieron como criterios atributivos, la disparidad de normas sobre Derecho aplicable dejaba abierta la vía al *fórum shopping*. Para evitarlo se decidió negociar un texto convencional que regulara la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. En suma, el origen del convenio de Roma revela que su adopción se debió más a la necesidad que a la posibilidad y que, funcionalmente, el Convenio de Roma se integra como un texto orientado a la consecución directa de los fines del Mercado Único.¹⁴⁸

Por lo tanto, es en este escenario que surgió el Convenio de Roma de 1980, determinándose así la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. op. cit., pp. 539–540.

Después, con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997,¹⁴⁹ se da un nuevo impulso al Derecho Internacional Privado de la UE, posibilitando la transformación del Convenio de Bruselas¹⁵⁰ en el Reglamento 44/2001¹⁵¹ (en lo sucesivo

¹⁴⁹ El Tratado de Ámsterdam es el resultado de la Conferencia Intergubernamental convocada el 29 de marzo de 1996 en el Consejo Europeo de Turín. Fue adoptado en el Consejo Europeo de Ámsterdam de 16 y 17 de junio de 1997 y firmado el 2 de octubre de 1997 por los Ministros de Asuntos Exteriores de los quince Estados miembros. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999, es decir, el primer día del segundo mes siguiente a su ratificación por el último Estado miembro, tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

En el plano jurídico, el Tratado de Ámsterdam modifica algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y algunos actos conexos, especialmente con la creación de una política europea de empleo, la "comunitarización" de una parte de las materias en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior (JAI), la reforma de la Política Europea de Seguridad Común (PESC), la extensión del voto por mayoría cualificada, el refuerzo de poder del Parlamento Europeo y la posibilidad de establecer cooperaciones más estrechas entre Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam no sustituye a los otros Tratados sino que se suma a ellos. http://europa.eu/scadplus/glossary/amsterdam_treaty_es.htm. En 16.07.2009.

¹⁵⁰ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. op. cit., p.4.

<<Bruselas I>> o <<Reglamento 44/2001>>), y dando mayor impulso a los movimientos para la formación de un sistema común.

Tras casi tres décadas inmerso en la dinámica mercantil, el Convenio de Roma ya daba señales de la necesidad de adaptaciones capaces de acompañar la evolución de las relaciones mercantiles.¹⁵² Así, después de amplias discusiones en las que participaran todos los niveles interesados de la sociedad, surgió la Propuesta de Reglamento Roma I,¹⁵³ que

¹⁵¹ DOUE L 299 de 16 noviembre 2005.

¹⁵² WILDERSPIN, M. *Le Règlement Rome I: la communautarisation et la modernisation de la Convention de Rome*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. *Le nouveau règlement européen <<Rome I>> relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne. Genève: Schulthess, 2008. p. 11.

¹⁵³ Aquí, importante destacar la Declaración de los Estados miembros relativa al momento de la presentación de una propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: “Los Estados miembros solicitan a la Comisión que presente cuanto antes, y a más tardar al final de 2005, una propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. PALAO MORENO, G. (Coords. GOERLICH PESET, J. M.; BLASCO PELLICER, A.) *La “nueva” regulación europea en materia de ley aplicable al contrato individual de trabajo*: El artículo 8 del Reglamento

reconociendo la tendencia autonomista mundial, ratifica el régimen jurídico de la autonomía de la voluntad,¹⁵⁴ aunque aportando ajustes.

Roma I. In: *Trabajo, Contrato y Libertad* – Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol. Universitat de València, 2010. pp. 132.

Quedaba todavía pendiente el establecimiento de reglas en lo que concierne a las obligaciones no–contractuales para la complementación del sistema de derecho internacional privado común. Surge entonces la Propuesta de Reglamento Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones no–contractuales de 22 de julio de 2003, actualizada por la Propuesta modificada de Reglamento Roma II de 21 de febrero de 2006 (en lo sucesivo <<Roma II>> o <<Propuesta modificada de Reglamento Roma II>>). La idea era que, juntos, Bruselas I, Roma I y Roma II, formaran en un futuro cercano un conjunto inseparable de normas de derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales y no–contractuales, de carácter civil o mercantil, en el territorio comunitario.

¹⁵⁴ Fórmula similar se puede encontrar en convenciones afines, como la *European Convention on International Commercial Arbitration* (de 21.04.1961, en su artículo 8), la *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (de 18.03.1965, en su artículo 42) y la *Convention on the Law Applicable to Agency* (de 14.03.1978, en su artículo 5). PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. *The European Private International Law of Obligations*. London: Thomson Reuters, 2009. p. 131.

El instrumento surge para remplazar el Convenio de Roma que, hasta mediados de 2008, consistía en el único instrumento en materia de Derecho internacional privado común que aún revestía la forma de tratado internacional.¹⁵⁵ Tal iniciativa se basaba en la necesidad, ordenada por el Tratado, de transformar el Convenio en instrumento comunitario, un Reglamento, cuyas disposiciones deberían establecer normas uniformes sobre ley aplicable que no requiriesen ninguna medida de transposición en derecho nacional.¹⁵⁶

En efecto, la propuesta no tiene por objeto crear un nuevo cuerpo normativo, sino transformar un convenio existente, en aquel momento, en instrumento comunitario. Por otra parte, las modificaciones introducidas permitieron

¹⁵⁵ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. op. cit., p. 4.

¹⁵⁶ En la búsqueda de la unificación del Derecho europeo en materia de obligaciones contractuales, las instituciones europeas han optado inicialmente por la armonización de las distintas legislaciones estatales a través de diversas Directivas. Sin embargo, la característica de las Directivas de no sustraer la competencia normativa de los Estados – visto que la Directiva sólo vincula a los particulares a partir de su transposición al Derecho interno – indicaba que aquellas ya no atendían plenamente a los ideales de unificación, frente al creciente incremento de las relaciones comerciales multilaterales en Europa.

actualizar algunas disposiciones del Convenio de Roma,¹⁵⁷ así como mejorar la claridad y precisión de su texto, reforzando así la seguridad jurídica e introduciendo nuevos elementos que, como se verá, merecen destacarse.

Así que, tras sucesivos embates doctrinales, consultas populares e innumerables fórums de discusión de la sociedad civil y gobiernos de los Estados miembros en torno de la Propuesta de Reglamento Roma I, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea resuelve adoptar, el 17 de junio de 2008, el Reglamento Roma I.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Lo que contribuye también al ajuste de su ámbito de aplicación con el Reglamento 44/2001. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. *Aspectos internacionales de la contratación electrónica*. El contrato internacional de hosting. Valencia: Artes Gráficas Soler, 2008. p. 288.

¹⁵⁸ En este sentido, véase: (1) La propuesta de la Comisión y (2) El dictamen del Comité Económico y Social Europeo [DO C 318 de 23.12.2006, p. 56] y (3) el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. COM (2002) 654 final; Bruselas, 14.01.2003. Los razonamientos (considerandos) que respaldan las alteraciones consubstanciadas en el Reglamento Roma I pueden ser consultados en el propio Reglamento Roma I.

"El Reglamento Roma I es un texto que comunitariza el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las Obligaciones Internacionales, introduciendo pequeñas variantes e incorporando toda la jurisprudencia que este último había generado".¹⁵⁹

Al final la verdad es que, dicho instrumento legal – elemento substancial del presente estudio –, pese a mantener la base del Convenio de Roma, también ha aportado nuevas concepciones y adaptaciones, con importantes reflejos en su estructura, fundamentalmente en lo que atañe al régimen jurídico de la autonomía de la voluntad.

¹⁵⁹ Conferencia dictada por Alfonso Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III, el 29 de enero de 2009, titulada *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid. Revista *on line* del Colegio Notarial de Madrid, julio–agosto/2009, n. 26.

3. El principio de la autonomía de la voluntad como régimen jurídico del Reglamento Roma I

La libertad de elección por las partes de la ley por la que debe regirse el contrato, constituye un principio rector esencial del Reglamento Roma I¹⁶⁰.

Por lo tanto, el Reglamento Roma I adopta como eje central de su cuerpo normativo la libertad para la elección de la Ley aplicable, lo que se puede fácilmente constatar de la lectura del considerando (11), así como del artículo 3 del propio Reglamento, ya transcritos en la introducción del presente capítulo.

En este sentido, la redacción de Roma I mantiene inalterado el régimen jurídico ya marcado en el Convenio de

¹⁶⁰ Igualando el Reglamento, en este punto, a los dos Convenios de la Haya (1955 y 1986) en cuanto al pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad como primer criterio para la elección de la ley aplicable. GUARDIOLA SACARRERA, E. *La compraventa internacional*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001. p. 43. Sobre la cuestión, consultar también a KUIPERS, J.-J. *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*. *German Law Journal*, v. 10, nº 11, pp. 1505–1523; LEIN, E. *The new Rome I / Rome II / Brussels I synergy*. *Yearbook of Private International Law*, 2008. v. 10. pp. 179–183.

Roma,¹⁶¹ también consagrando como primera conexión para determinar la *lex contractus*, la autonomía de la voluntad conflictual o autonomía de la voluntad propia del Derecho Internacional Privado.

Naturalmente que, aunque clave del sistema de Roma I, existen supuestos en los que el principio de la autonomía cede terreno a otros criterios, los cuales actúan como límites a la autonomía de las partes.

Concretamente en Roma I, el legislador fija los contornos para el válido ejercicio de la autonomía por las partes, como se pasa a exponer a continuación.

3.1. El carácter universal de la autonomía de la voluntad en el Reglamento Roma I

La libertad otorgada a las partes por Roma I para la elección de la ley aplicable es marcada por un carácter

¹⁶¹ El texto del Reglamento Roma I es "continuista" en cuanto a la facultad de las partes para elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional, ratificando idea ya consagrada por el Convenio de Roma. CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., pp. 52-133.

“universalista”.¹⁶² Es lo que se desprende de la simple lectura de su artículo 2 de aquel instrumento, que establece: “*La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.*”

La regla no presenta novedades en cuanto a lo que ya preceptuaba el Convenio de Roma,¹⁶³ y sigue también, en esta línea, lo preceptuado por Roma II.¹⁶⁴

Esto significa que Roma I, al igual que el Convenio de Roma, determina la ley aplicable tanto *ad intra* como *ad extra*, *i.e.* en relación a contratos que no presentan un vínculo directo e inmediato con la Unión.¹⁶⁵

¹⁶² Sobre la *universal application* del Reglamento Roma I, consultar también a BONOMI, A. *The Rome I regulation on the law applicable to contractual obligations: some general remarks*. Yearbook of Private International Law, 2008. v. 10. pp. 168–169.

¹⁶³ Artículo 2 del Convenio de Roma: “*La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.*”

¹⁶⁴ Artículo 3 del Reglamento Roma II: “*La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.*”

¹⁶⁵ “Es cierto que esto puede plantear un problema sobre la suficiencia de la base jurídica. En efecto, el artículo 65 del TCE exigía que la unificación conflictual fuese necesaria «para el correcto funcionamiento del mercado interior», y podría resultar discutible que la determinación de la ley aplicable

De tal modo, se puede decir que Roma I pretende sustituir, en cada país, las normas de Derecho Internacional Privado existentes, sin que sea necesario distinguir entre casos conectados con la Comunidad y casos conectados con un tercer país.¹⁶⁶

Por lo tanto, Roma I se aplica con independencia de la residencia, domicilio, o nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, o de cualquier otra circunstancia del contrato, no importando igualmente si la ley designada es o no la de un Estado miembro. Como consecuencia de ello, no es

a un contrato celebrado entre dos empresas de terceros Estados, que deba cumplirse también en terceros Estados (y que, por la razón que sea, acaban litigando en un Estado miembro) sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior. No obstante, una vez establecido el carácter universal del Reglamento Roma II, cualquier otra solución hubiese resultado chocante y enormemente compleja.” GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. op. cit., p. 7. Al tratarse de la cuestión, es necesario también considerar lo que dispone Roma I sobre <<las normas que no pueden derogarse mediante acuerdo>>, tema que se abordará a su momento.

¹⁶⁶ FRANZINA, P. op. cit., pp. 99–100.

incorrecto afirmar que Roma I, en cuanto instrumento con carácter universal, carece de ámbito de aplicación personal.¹⁶⁷

3.2. Directrices para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en Roma I

Aunque consagrada como elemento esencial de Roma I, la libertad para la elección del derecho aplicable a la contratación internacional debe respetar algunas prescripciones.

Así, para que se pueda elegir la ley aplicable a un contrato internacional, el Reglamento Roma I exige que se atienda a tres directrices: que la elección sea clara, que sea a favor de una ley estatal y que sea, por obvio, objeto de un negocio jurídico.

3.2.1. La elección expresa y la búsqueda por la voluntad implícita

Como hemos visto, preconiza Roma I que el contrato deberá ser regido por la ley elegida por las partes, aclarando que dicha elección deberá manifestarse expresamente o resultar de

¹⁶⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). op. cit., p. 97.

manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

El Reglamento Roma I, (artículo 3.1.), exige que la elección de derecho realizada por las partes se formule <<expresamente>> o resulte de manera <<inequívoca>> de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Se admite, pues, tanto una elección expresa como tácita de la ley reguladora del contrato.¹⁶⁸

Cuando dicha libertad conferida a las partes es ejercida de manera expresa, se tiene facilitada la labor por parte de los intérpretes de la norma, una vez que la intención de los signatarios del contrato está manifestada de forma flagrante.

Sin embargo, en otras ocasiones, la opción por la ley rectora del contrato se presenta de modo subliminal,¹⁶⁹

¹⁶⁸ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. op. cit., p. 384.

¹⁶⁹ Sobre la cuestión de la elección tácita, consultar LEIBLE, S. *Choice of the Applicable Law*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. op. cit., pp. 61–62.

obligando a los operadores del derecho a un alto tenor de subjetividad – situación que conlleva la vulnerabilidad de la pretendida seguridad jurídica.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la determinación de la ley elegida está fundada en los términos del contrato, pero no de manera explícita.

Aquí, según Roma I, uno de los factores que puede tenerse en cuenta es la existencia, o no, de un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Conforme considerando (12) de Roma I. Aquí hay que razonarse sobre dos cuestiones importantes: 1º) El hecho de que la elección del Tribunal competente pasa a ser uno de los elementos considerados a la hora de determinarse la voluntad implícita de las partes, perdiendo por tanto el carácter determinista que le marcaba en el Convenio de Roma; 2º) Roma I sólo se refiere a las cláusulas de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado miembro. Pero esto no significa que deba ser interpretado a contrario (*i.e.* en el sentido de que una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un tercer Estado carece de toda relevancia a estos efectos); simplemente, el considerando se limita a ese supuesto ya que será cuando normalmente se aplique el Reglamento. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *op. cit.*, p. 9.

Una de las cuestiones recurrentes es saber en qué medida una cláusula de elección de foro o de arbitraje puede constituir una elección implícita en favor de la ley del país cuyo órgano jurisdiccional o tribunal de arbitraje se designa. La cuestión se plantea, en particular, cuando el juez se encuentra enfrentado a una cláusula de este tipo sin ninguna otra evidencia en favor de esta elección.¹⁷¹

De este modo, para algunos, lo que Roma I parece decir es que, si las partes se han ocupado de elegir el Tribunal competente, se presume que también han querido elegirse el derecho aplicable.¹⁷²

¹⁷¹ Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM (2002) 654 final].

¹⁷² Desde luego cumple recordar que, de los términos de Roma I resulta claro tratar-se de una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de jure*. Además, vale recordar lo que preceptúa el considerando (12) de Roma I, ya mencionado.

La búsqueda de una elección tácita de ley aplicable responde al principio primordial de que las partes tienen autonomía para acordar la ley que gobernará su contrato, de modo que si existe un acuerdo válido (aunque sea tácito) el tribunal tiene la obligación de respetarlo y de resolver la disputa al amparo de ese Derecho.¹⁷³

Desde luego, esta no es una posición unánime y, ni siquiera, mayoritaria.

Para muchos doctrinadores, si las partes de verdad quieren someter el contrato a una ley determinada, lo dirán expresamente, de modo que, aplicar automáticamente dicha presunción supone imputarles un acuerdo que no existió.¹⁷⁴

¹⁷³ PENADÉS FONTS, M. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 2012. p. 40.

¹⁷⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. op. cit., p. 9.

En el mismo sentido, partiendo de dicha premisa, la simple referencia en el contrato a artículos del ordenamiento jurídico de un determinado Estado, sin que se haya elegido expresamente el Derecho aplicable, en principio, podría hacer presumir una elección tácita o al menos un elemento a ser considerado.

Pero aún más dificultosa es la determinación de la ley aplicable a partir del análisis de las circunstancias del caso, situación que impone un aún mayor grado de ambigüedad e incertidumbre.

No es fácil deducir la ley a partir de dicho análisis, pues se trata de supuestos en los que cabe inferir no sólo del contrato, sino de algunas de las circunstancias que rodean su celebración y ejecución, que las partes han querido someter su operación a una concreta ley estatal, aunque el contrato no lo declare de manera explícita.

Además, en la medida en que el caso concreto está impregnado por innumerables circunstancias (idioma de redacción del contrato, intervención de un funcionario público, contratos vinculados, etc.), no se sabe cuáles serán consideradas por el juzgador a la hora de evaluar la norma elegida. Tal hecho demuestra que, sí, Roma I reduce el nivel de inseguridad en la

materia, pero sigue presente un considerable margen de discrecionalidad al órgano juzgador.¹⁷⁵

Por lo tanto, si la manifestación expresa, a priori, no plantea ninguna dificultad en cuanto a la autonomía conflictual, por otro lado, la manifestación tácita, al depender del esfuerzo interpretativo por parte del juzgador, supone dificultades y reaviva los debates sobre la seguridad jurídica en la materia.

En definitiva, aunque reconociendo los avances legislativos aportados por Roma I frente al Convenio de Roma¹⁷⁶, al reducir el amplio margen de apreciación que se

¹⁷⁵ Sobre la cuestión consultar CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). op. cit., pp. 67–68.

¹⁷⁶ Sobre todo porque, el apartado 1 del artículo 3 de Roma I excluye la elección puramente hipotética deducida a partir de cláusulas contractuales demasiado ambiguas: nos encontramos entonces con la hipótesis de la falta de elección por las partes, de modo que el juez aplicará las presunciones del artículo 4 (como se verá en apartado propio). Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM(2002) 654 final]. Las modificaciones propuestas en Roma I se destinan a precisar la autonomía de la voluntad tácita, cerrando al paso a la llamada voluntad meramente hipotética. Informe relativo al

había otorgado al juez, igual no se puede negar la permanencia de un considerable grado de incertidumbre a la hora investigar la voluntad tácita, dependiente que es: 1º) de las circunstancias que, en el caso concreto, va a considerar el tribunal; 2º) del valor que les va atribuir a cada una de ellas.¹⁷⁷

3.2.2. Elección de un derecho estatal

A pesar de la tentativa de la Propuesta de Reglamento Roma I, la cual pretendía conceder a las partes en un contrato internacional la libertad para la elección de derecho no estatal, el Reglamento Roma I rechaza la idea, no incorporando a su texto la referida autonomía¹⁷⁸. Esto porque, como es sabido, la

Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por M. GIULIANO y P. LAGARDE. DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992. p. 17.

¹⁷⁷ La utilización en el tenor del precepto de un concepto jurídico indeterminado, plantea el problema cuanto a su exacto significado en la práctica. ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. op. cit., p. 384.

¹⁷⁸ Decía el apartado 2 del artículo 3 de la Propuesta de Reglamento Roma I: " las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o

doctrina tradicional – seguida por la jurisprudencia – ha sido contraria a la aplicación de normas de carácter anacional como ley rectora del contrato¹⁷⁹.

comunitaria.” Según la Comisión, la formulación elegida tenía por objeto autorizar, en particular, la elección de los principios *UNIDROIT* o un posible futuro instrumento comunitario opcional, prohibiendo al mismo tiempo la elección de la *lex mercatoria*, insuficientemente precisa o de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas por la comunidad internacional. Sin embargo, como se pretende demostrar en el presente apartado, la doctrina internacional privatista en general suele restringir la elección de las partes al Derecho de un Estado, razón por la cual el texto supra citado no se ha cristalizado en Roma I. LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M. *Autonomía de la voluntad y nueva lex mercatoria en el futuro derecho conflictual europeo*. In: DI FILIPPO, M.; CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRÍGUEZ BENOT, A. *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*. Sevilla: Secretaria de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008. p. 43. Sobre la cuestión, consultar también BONOMI, A. op. cit., pp. 169–171.

¹⁷⁹ Al menos fuera del ámbito del arbitraje comercial internacional. KLEIN, F. E. *De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux*. C. H. Beck. München: Festschrift Mann, 1977. p. 633. En este sentido véase decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los préstamos brasileños y serbios, la cual sentenció que: “todo contrato no concluido entre Estados dentro de su capacidad de sujetos de Derecho Internacional está basado en la ley nacional de algún Estado. Publicación de

“Hay, al menos, tres razones que explican esta supresión <<**normas anacionales**>>:

- a) Por un lado, la posibilidad de elegir leyes no-estatales, como un sistema jurídico aplicable al contrato (*lex contractus*), introduce gran incertidumbre en cuanto a la concreción del contenido de esas normas y en cuanto a la identificación de cuales han sido <<reconocidos a escala internacional o en el ámbito de la UE>> (¿por qué instituciones? ¿Cuándo? ¿En qué ámbito geográfico?)”.
- b) Por otro lado, de hecho, no es algo que se reclame en la práctica.
- c) Finalmente, las posibles codificaciones oficiosas de la *lex mercatoria* que hoy se han realizado

la Corte Permanente de Justicia Internacional, series A (números 20–1) (Sentencias número 14 y 15), p. 41.

son excesivamente ambiguas, principialistas y generales, es decir, no son sistemas completos.¹⁸⁰

Sí, Roma I consiste en un instrumento basado en la autonomía de la voluntad. Esta afirmación está fundada en la primera parte del artículo 3 de Roma I, al dictar que: *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes*. Hasta aquí ninguna novedad en relación a lo ya expuesto. Sin embargo, cabe indagar cuál es la extensión pretendida por el legislador a la palabra "ley".

Sobre la cuestión, al examinar la autonomía de las partes en el Convenio de Roma – que, al igual que el Reglamento Roma I, estaba fundado en la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable al contrato internacional –, los

¹⁸⁰ Nada impide todavía que, la opción por la *lex mercatoria* sea llevada a la vía arbitral, donde cabe a las partes la opción por una solución de equidad, algo que no pueden hacer por la vía judicial. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. op. cit., pp. 9–10. En el mismo sentido, el comentario de GALANO, F. *Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*. Revista de Derecho Mercantil, nº 247, 2003. p. 17.

profesores ESPLUGUES MOTA y MORENO RODRÍGUEZ, escribieron:

La presencia de la palabra “ley” – en el artículo 3 – es interpretada, en forma prácticamente unánime, como significando que al amparo del Convenio de Roma no sería válido referir el contrato a realidades transnacionales, como pueden ser los usos y prácticas mercantiles o los principios generales del Derecho Internacional Público.¹⁸¹

Lo que implica decir que el Reglamento Roma I, al seguir la sistemática del Convenio de Roma en la materia, recoge una aceptación amplia del principio de la autonomía de la voluntad, facultando a las partes la elección de cualquier Derecho, pero dejando igualmente claro que tal elección está circunscrita a los ordenamientos estatales.

¹⁸¹ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUEZ, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. pp. 320–321.

Sin embargo, si por un lado Roma I, siguiendo el contenido ya acreditado por el Convenio, cierra el paso, por ejemplo, a la *lex mercatoria* como derecho aplicable, por otro, permite su incorporación por referencia al contrato.¹⁸² Es exactamente lo que dispone el considerando (13) de Roma I: “*El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no-estatal o un convenio internacional.*”

Esto porque, tras las discusiones sobre la posibilidad de consideración de la *lex mercatoria* como Derecho aplicable, enmarcadas por la Propuesta de Reglamento Roma I, se descartó la idea aportada por la Propuesta – la cual inicialmente pretendía permitir la elección de normas no estatales – sin todavía alejar por completo el contenido no estatal de la contratación internacional.

Siendo así, frente a la flagrante ambigüedad del contenido propuesto por fuentes de Derecho no estatales como: el Derecho Internacional Público, los principios generales del derecho, los principio comunes a los Derechos de los Estados

¹⁸² LEIBLE, S. *Choice of the Applicable Law*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. op. cit., p. 69. Sobre el tema, consultar PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. op. cit., pp. 135–136.

miembros, los usos del comercio internacional, los principios *UNIDROIT*, la *lex mercatoria*, etc., su culminación como derecho aplicable está restringida por Roma I¹⁸³.

Esto no quiere decir que la elección de dichas normas sea condenada por Roma I porque su texto no hace la referida restricción de forma expresa, sino que simplemente no es elección de ley según el Reglamento.

Así que, el contrato que traiga como derecho aplicable una ley no estatal, deberá regirse por la ley aplicable en defecto de elección,¹⁸⁴ sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 de Roma I.¹⁸⁵

¹⁸³ La justificación para la no admisión sigue siendo la imprecisión de las referidas disposiciones. Además, frente a la admisión, al menos, de su incorporación por referencia, hay quien sostiene que es innecesario su elección como Derecho aplicable. En ese sentido PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. op. cit., p. 137.

¹⁸⁴ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. et al. op. cit., p. 267.

¹⁸⁵ Los artículos en referencia cuidan de establecer la ley aplicable a contratos específicos: contratos de transporte, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo, respectivamente.

3.2.3. La elección de la ley aplicable como ejercicio de un negocio jurídico

La tercera y última directriz a la hora de determinarse la ley aplicable a un contrato internacional, es exactamente la que expresa su carácter negocial.

Así, el acto de elección de ley deberá constituir un negocio jurídico autónomo, cuya existencia es independiente del negocio jurídico que le dio origen. O, sencillamente: una cosa es el contrato internacional concluido por las partes, y otra, el acuerdo mediante el que éstas fijan el derecho aplicable al contrato.¹⁸⁶

Ahora bien, en cuanto a la existencia y validez del consentimiento de las partes, mantiene Roma I la misma solución del Convenio de Roma, al tiempo que, frente a los supuestos de defecto de elección, promueve cambios estructurales, como se verá en el curso de este capítulo.

¹⁸⁶ La nulidad o validez del contrato no supone la nulidad o validez del pacto de elección de ley (principio de autonomía del pacto de elección de ley). CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., pp. 74–75.

3.3. Amplitud de la libertad conferida a las partes para la elección de la ley aplicable

Al tratar de las perspectivas generales del principio de la autonomía de la voluntad en el capítulo I, se ha señalado que, aunque la autonomía conflictual constituya, a día de hoy, la regla general, su aplicación de manera ilimitada e indiscriminada no es factible. Es decir, si por un lado se confiere libertad a las partes para elección de la ley aplicable, por otro, se limita dicha autonomía.¹⁸⁷

Y Roma I, naturalmente, no contraría dicha premisa. En él, queda clara la intención del legislador de la UE en el sentido de conferir la más grande libertad posible a la contratación

¹⁸⁷ Sobre la cuestión, consultar BOSCHIERO, N. *I limiti al principio d'autonomia posti dalle generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla “conflicto involution” europea in materia contrattuale.* In: BOSCHIERO, N. *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I).* Milano: Torino, 2009. pp. 67–147. Los límites a la autonomía de las partes están fijados principalmente a nivel europeo. GRUNDMANN, S. *Information, party autonomy and economic agents in european contract law.* *Common Market Law Review – CML Rev.* 39, 2002. p. 269.

internacional, pero sin comprometer la esperada seguridad que debe pautar cualquier negocio jurídico.¹⁸⁸

3.3.1. La posibilidad de fraccionamiento legal del contrato: el *dépeçage* y sus principales especies

En materia de Derecho Internacional Privado, el concepto de *dépeçage* está vinculado al concepto de conflicto de leyes, consistiendo, como ya se ha visto, en la posibilidad de que un mismo caso particular sea gobernado por leyes de diversos Estados.¹⁸⁹

Se trata, pues, de permitir a los contratantes que elijan distintas leyes estatales como aplicables a distintas partes de un mismo contrato, en una especie de fraccionamiento legal.¹⁹⁰

Específicamente hablando de Roma I, ya en su artículo 3.1., al tratar de la libertad de elección por las partes de la ley

¹⁸⁸ Los límites a la autonomía de las partes están fijados principalmente a nivel europeo. *Ibíd.*, p. 269.

¹⁸⁹ Para otros detalles sobre el *dépeçage*, a partir de enfoque general, recordar punto correspondiente en el capítulo I.

¹⁹⁰ Posibilitando la identificación del sistema legal más apropiado para gobernar cada tema particular del contrato. PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. *op. cit.*, p. 154.

aplicable a los contratos internacionales, abre el paso al llamado *dépeçage*, al expresar: “*Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*”

Antes de nada, el análisis del instituto del *dépeçage* impone aclarar el concepto de <<parte del contrato>>.

Debe entenderse por <<parte del contrato>>, a la fracción del contrato con manifiesta autonomía lógica y jurídica, cuya separación del todo no compromete su comprensión, ni tampoco interfiere en la dinámica económica del resto del contrato.

La importancia en cuanto a la correcta identificación de lo que quiso decir el legislador al referirse a <<parte del contrato>>, es un imperativo categórico en el momento de la aplicación del *dépeçage* en la contratación internacional, pues, el juego del instituto no puede comprometer el conjunto del contrato – hipótesis en la cual deberá ser rechazado.

Ahora bien, del contenido del artículo 3.1. del Reglamento Roma I se extrae fácilmente dos posibilidades en cuanto al instituto del *dépeçage*: 1º) la de un desmembramiento legal capaz de regular la totalidad del contrato, determinando así el ordenamiento propio para todas y cada una de las partes del

contrato; 2º) la posibilidad de fijación de la ley únicamente en razón de una parte del contrato. Es lo que la doctrina suele llamar <<dépeçage total>> o <<dépeçage parcial>>.

Esta posibilidad supone que las partes pueden establecer que diversos aspectos de un mismo contrato se rijan por ordenamientos de diferentes países, de modo que, en el <<dépeçage parcial>>, el ejercicio de la autonomía se opera únicamente en relación a una parte del contrato – subordinándose lo que queda a la ley apuntada a partir de la aplicación de los criterios aplicables en defecto de elección (artículo 4 de Roma I) – y en el <<dépeçage total>>, cuando las partes eligen varias leyes distintas que deberán ser aplicadas a cada una de las partes del contrato internacional.

Ahora bien, la conjugación de normas para regir un determinado contrato puede resultar en realidad tanto del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, como igualmente de una decisión judicial. Esto porque, por ejemplo, nada obsta que el juez, constatando que todos los demás elementos – además de la norma elegida – pertinentes de la situación concreta estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya la ley se elige (como se verá en el presente capítulo), determine la sumisión de la misma a las

disposiciones imperativas de aquél Estado, las cuales deberán ser combinadas con la norma rectora libremente elegida.

Los contratantes pueden elegir varias leyes aplicables a un contrato interno, esto es, a un contrato sin elementos objetivos extranjeros. Sin embargo, en dicho caso, los contratantes están sujetos a los límites que al respecto establece el artículo 3.3. y 3.4. de Roma I (los cuales priman por el respeto a las normas fundamentales de Derecho comunitario – es decir, del Derecho de la UE – o del Estado más conectado). Por lo tanto, serán, en todo caso aplicables las normas simplemente imperativas, no derogables por contrato.¹⁹¹

También es importante señalar que, no se está aquí admitiendo, frente al instituto del *dépeçage*, la posibilidad de aplicación cumulativa y global de dos o más ordenamiento

¹⁹¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). op. cit., p. 156.

estatales distintos a una misma relación contractual. No. Puesto que, considerar tal posibilidad, sería vulnerar lo dispuesto por el artículo 3 de Roma I, cuando dispone que el contrato se regirá por “la ley” elegida por los contratantes.

En ocasiones, ninguno de los contratantes renuncia a la aplicación de su propia ley, de modo que en el contrato se incluye una cláusula que hace aplicable, a la totalidad del contrato, cumulativamente, dos Derechos estatales, pero sin especificar qué “partes del contrato” se rigen por un concreto ordenamiento. Ejemplo: “este contrato se rige por la Ley alemana e por la Ley española”. Pues bien, esta designación de ley aplicable no surte efectos jurídicos.¹⁹²

¹⁹² CARRASCOSA GONZALEZ, J. *Reglamento “Roma I” núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y ley estatal elegida por las partes, 2009.* Disponible en: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014222.aspx>. Acceso en 13 jul. 2010.

Así que, lo que claramente permite Roma I es que, una vez fraccionado el contrato, cada una de las partes pueda ser regida por distintas leyes estatales.

Pero al estudiarse el tema, no se puede ignorar que la tendencia autonomista también aquí merece ponderaciones. Primero porque, desde el punto de vista del mercado, pocas veces su aplicación resulta atractiva, toda vez que la adopción de ordenamientos marcados por un claro antagonismo va en contra de la pretendida celeridad de la actividad mercantil.

Además, desde una perspectiva jurídica, los riesgos de la adopción de legislaciones absolutamente incongruentes podrían conllevar situaciones de difícil armonización, convirtiendo muchas veces la relación contractual en una especie de contrato sin ley.¹⁹³

3.3.2. Posibilidad de ulterior alteración de la ley aplicable

La posibilidad de ulterior alteración de la ley aplicable ha sido acogida por Roma I cuando dispone, *in verbis*: "*Las partes*

¹⁹³ En este sentido, por ejemplo, los riesgos derivados de las discrepancias entre los Estados a la hora de determinar la mayoría de edad.

podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad (...)” (artículo 3.2.).

Lo precepto apuntado en dicho artículo parece de comprensión lógica, toda vez que, como enuncia el adagio jurídico: “quien puede lo más, puede lo menos”. Es decir, si Roma I otorga a las partes amplia libertad para la elección de la ley aplicable, resulta razonable intuir que no habrá restricción a la posibilidad de ulterior alteración de la norma aplicable o, incluso, su anulación.¹⁹⁴

De esta forma, la posible alteración podrá incidir sobre una ley que haya sido objeto del ejercicio de la libertad de elección, en los términos del artículo 3 del Reglamento Roma I, lo mismo que en razón de otras disposiciones de Roma I, por

¹⁹⁴ CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores: CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ). *El Reglamento <<Roma I>> sobre La ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada: Editorial Comares, 2009. p. 110. Sobre el tema de la *variation of the chosen law*, consultar también PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. op. cit., pp. 155–159.

ejemplo el artículo 4 de aquél instrumento, al especificar la ley aplicable a partir de criterios objetivos.¹⁹⁵

Pero, ¿hasta qué momento podrán las partes ejercer dicha libertad y cuáles serán los efectos de tal prerrogativa? Es claro que las partes pueden ejercerla en cuanto a la elección de la ley del contrato en un momento anterior o incluso una vez ya interpuesta la demanda, sin embargo, ¿hay un término final para el ejercicio de ese derecho?

Primeramente, en cuanto a los efectos, es imperativo aclarar el alcance temporal en el caso de una la elección tardía de la ley aplicable, a partir de dos hipótesis: 1º) Cuando las partes anulan la elección de ley realizada con anterioridad, no tienen la obligación de elegir una nueva ley reguladora del contrato. No elegida una nueva *lex contractus*, el contrato quedará regulado por la ley designada en virtud del artículo 4 de Roma I. Ahora bien, si se elige una nueva ley, esta se aplicará retroactivamente.

¹⁹⁵ Tal posibilidad, al tenor del apartado anterior, abre la posibilidad de un *dépeçage sobrevenido*, al momento que los contratantes podrán decidir ulteriormente por el fraccionamiento legal del contrato, o mismo el sometimiento sólo de una parte del contrato a una ley distinta de la ley que regirá la otra parte.

Desde el punto de vista del alcance temporal de la ulterior elección de la ley aplicable, las partes pueden, en principio, establecer que sus efectos sean retroactivos y se retrotraigan hasta el momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*), o que, por el contrario, sólo se produzcan desde el momento de la novación del contrato (*ex nunc*).¹⁹⁶

Exactamente por eso, el artículo 3.2. de Roma I dispone que: *“Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.”*

En cuanto al momento para el ejercicio de la autonomía, es importante aclarar que, una vez elegido el Derecho aplicable, los contratantes estarán voluntariamente subordinándose también al contenido procesal del mismo. De manera que, el marco legal responsable por la fijación de los límites temporales

¹⁹⁶ CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., p. 84.

al ejercicio de la referida autonomía será exactamente el del ordenamiento estatal elegido.

Pero aquí emergen riesgos en cuanto a la posibilidad de disonancia entre el régimen legal de Roma I y las disposiciones del ordenamiento elegido. Es que, aunque no se niegue la amplia recepción del principio de la autonomía como regla predominante en los días de hoy, no se puede descartar la hipótesis de que el ordenamiento elegido inadmita la posibilidad de elección durante el proceso.

Ante tal supuesto, lo que se espera es que el juez avale Roma I, garantizando así la aplicación de lo por él dispuesto, de manera a permitir que las partes elijan la ley reguladora durante el proceso.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Si el Derecho procesal de un Estado miembro niega la posibilidad de elegir la ley reguladora del contrato durante el proceso, el juez deberá, mediante decisión *ad roc*, dar aplicación al artículo 3.2. del Reglamento Roma I y permitir a las partes dicha elección de ley. CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores: CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ). *op. cit.*, p. 108.

3.3.3. Las cláusulas flotantes y sus especies

En el mismo contexto, a tenor de lo dispuesto en Roma I, serán igualmente admitidas las llamadas cláusulas flotantes.

Las cláusulas flotantes constituyen una especie de cláusulas condicionales para la fijación de la ley aplicable en la contratación internacional, siguiendo, en cuanto a su admisión, la misma línea que profesaba el Convenio de Roma.¹⁹⁸

Las cláusulas flotantes de elección de ley son aquellas que no concretan expresamente la ley aplicable en el contrato, sino que su fijación depende del cumplimiento de una serie de condicionantes que se establecen en el propio contrato.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Sobre el tema, consultar SARAVALLE, A. *Clausola com scelta variabile e convenzione di Roma del 1980*. RDIPP, 1995. pp. 17–30.

¹⁹⁹ CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores: CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ). op. cit., p. 96. A título de ejemplo: En un contrato de transporte internacional celebrado entre una empresa italiana y una española, acordaran las partes que, en el supuesto de un litigio, en el caso de que la empresa italiana propusiera la demanda, se aplicaría el Derecho español; pero al revés, si partiera la demanda de la iniciativa de la empresa española, se aplicaría el Derecho italiano.

La doctrina corriente trata de dos especies de cláusulas flotantes: las <<cláusulas de unidad *fórum-ius*>> y las <<cláusulas de elección unilateral>>.

En la primera hipótesis, es decir, en cuanto a las <<cláusulas de unidad *fórum-ius*>>, el contrato debe contener una cláusula de elección del tribunal competente que prevea una multiplicidad de foros – sean estos los de los signatarios, sean estos los de terceros Estados. Así, dependiendo de donde se presentara la demanda, se obtendría la ley aplicable, a partir de lo dispuesto por la ley del país del tribunal que conociera del caso.²⁰⁰

En la segunda hipótesis, es decir, en cuanto a la <<cláusula de elección unilateral>>, presentará el contrato la posibilidad de que uno de los contratantes elija la ley aplicable, sea a partir de una lista de leyes previamente redactada, sea a partir de su libre decisión, siempre que respete los límites generales a la autonomía, como por ejemplo, la imposibilidad de elección de un ordenamiento no estatal.

²⁰⁰ En sentido y a títulos de ejemplo, la STS de 27 de diciembre de 2006, en RJ 2006/9907.

3.3.4. El respeto a los criterios de conexión como elemento garantizador de la seguridad jurídica

Es de general y común entendimiento que, al adoptarse el régimen de la autonomía de la voluntad como marco esencial de la contratación internacional, no pueden ignorarse las consecuencias que se desprenden de la opción por ese modelo.

En ese sentido, el artículo 3 de Roma I, en sus apartados 3 y 4, se ocupa manifiestamente de un reto: garantizar el respeto a las normas de aplicación de las normas fundamentales de los Estados significativamente implicados en el caso concreto.²⁰¹

²⁰¹ Artículo 3.3. de Roma I: “*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*”. Artículo 3.4. de Roma I: “*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*.” Dicha idea ya era parte integrante del Convenio de Roma – pero en él se hacía mención a las <<normas imperativas>>, término que fue sustituido en el Reglamento Roma I por <<normas que no

Si bien la búsqueda del Derecho más favorable, a partir de una visión más estricta, parece algo reprochable, lo cierto es que tal práctica no supone más que el ejercicio de una libertad conferida por la ley. De manera que, la cuestión aquí, una vez más, es: ¿cuál es el grado de libertad que se debe conferir a las partes, sin perjuicio del equilibrio entre dicha autonomía y los demás intereses implicados?

Afrontar el tema, es tratar de seguridad jurídica. Seguridad jurídica de la cual también se ocupó Roma I, una vez que respeta la máxima de la autonomía conflictual, sin olvidarse de la necesidad de salvaguardia de los preceptos esenciales del Estado notoriamente involucrado.

3.3.4.1. Elección de ley y contratos internos

Si de un lado, según Roma I, es legal la aplicación del Derecho de un Estado, aunque la totalidad de los elementos del

pueden derogarse mediante acuerdo>>, en respuesta a las innumerables críticas que sufrió el primero – y fue igualmente incorporada por Roma II. Sobre la cuestión de las normas imperativas en Roma I, consultar BONOMI, A. *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement <<Rome I>> sur la loi applicable aux contrats*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. op. cit., pp. 217–237.

caso concreto estén apuntando para un tercer país, de otro, no se puede desconocer las bases del sistema legal de este país más conectado. De forma que, si la ley del contrato es la ley elegida por las partes, los efectos de dicha elección puede que deban soportar ciertas restricciones.

Es decir, resulta razonable que, estando todos los elementos pertinentes del caso concreto – a excepción de la cláusula de elección – localizados en el momento de la elección en un mismo país, distinto de aquel cuya ley se elige, el negocio quede subordinado a los preceptos fundamentales de dicho país.

La regla no supone que el Derecho elegido no se vaya a aplicar al contrato, sino que simplemente se aplicarán aquellas disposiciones de la ley elegida por las partes que no contraríen las normas imperativas del ordenamiento jurídico donde está localizado "todo" el contrato, salvo el Derecho elegido.²⁰²

²⁰² CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores: CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ). op. cit., p. 100.

Parece ser exactamente lo que preceptúa el artículo 3.3. de Roma I, según el cual, un contrato interno no se torna en internacional por el simple hecho de que las partes han elegido un Derecho extranjero como ley aplicable.²⁰³

Pero aquí emerge otra dificultad, una vez que el artículo 3.3. del Reglamento Roma I exige la localización de <<todos>> los demás elementos en un país distinto de aquél cuya ley se elige, para que el negocio jurídico se vea subordinado a las disposiciones de ley de aquel país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

Eso implica decir que, si el contrato presenta elementos conectados con varios ordenamientos en el momento de la elección, no tendrá aplicación el artículo 3.3. de Roma I, subordinándose el contrato únicamente a la ley del país elegido,

²⁰³ *Ibíd.*, p. 99. Dicha afirmación, sin embargo, no es del todo asumible, una vez que la ley no determina qué elementos serían capaces de convertir una relación contractual en internacional. Es decir, si de un modo general, el trazo diferenciador del contrato internacional es el hecho de estar potencialmente vinculado a más de un ordenamiento jurídico, tampoco se puede ignorar la exigencia por algunos tribunales de la presencia de otros elementos, como en el caso de la jurisprudencia francesa.

descartándose cualquier sumisión al contenido legal imperativo de los Estados relacionados.

De tal modo, parece demasiada la exigencia de la presencia de <<todos>> los elementos del contrato en un único Estado, cuando la simple presencia de la mayoría ya podría justificar la subordinación a las cláusulas imperativas de aquél ordenamiento.

3.3.4.2. Elección de ley y contratos *intra* Unión Europea

A su vez, el apartado 4 del artículo 3 de Roma I, de manera novedosa, hace referencia a la prevalencia de las disposiciones de “Derecho comunitario”, frente a la elección de una ley que no sea la de un Estado miembro.²⁰⁴

Aquí, el texto de Roma I refleja una preocupación que ya venía manifestándose desde la Propuesta de Reglamento Roma I

²⁰⁴ A los efectos del Reglamento Roma I, en los términos de su artículo 1.4., deberá entenderse por «Estado miembro» todos los Estados miembros a los que se aplica Roma I. No obstante, en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 7, el término «Estado miembro» designará a todos los Estados miembros.

y tiene por objeto evitar que, mediante la elección de la ley de un tercer Estado, se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho europeo.²⁰⁵ Es decir, el sentido de este precepto es evitar el “fraude” a las normas imperativas del Derecho de la UE, mediante la elección de la ley de un Estado no miembro.²⁰⁶

Resulta obvio que no habrá sumisión del negocio a todas las disposiciones de naturaleza imperativa de todos los Estados miembros, pero si, a las disposiciones del Estado miembro del foro que no puedan excluirse mediante acuerdo²⁰⁷.

Pero también la introducción de dicha disposición por el artículo 3 de Roma I no pudo evitar las críticas, habiéndose señalado, por ejemplo, los riesgos de *forum shopping*.

²⁰⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. op. cit., p. 11.

²⁰⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. op. cit., p. 11. Sin embargo, como ya dicho, si bien la búsqueda por el Derecho más favorable, a partir de una visión más estricta, parece algo reprochable, tal práctica no parece merecer otro tratamiento, sino del ejercicio legítimo de una libertad legalmente conferida.

²⁰⁷ El artículo 3.4. de Roma I, al exigir, al igual que el artículo 3.3., la presencia de <<todos>> los demás elementos pertinentes de la situación como requisito para la sumisión del contrato a las disposiciones de Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo, merece la misma crítica hecha en el apartado anterior al tratarse de la cuestión.

La extensión de la regla al espacio europeo plantea un problema adicional. Cuando no se establece un régimen común uniforme (vía Reglamento) sino armonizado (vía Directiva), la transposición de la norma europea puede variar de un Estado miembro a otro, con lo que es necesario fijar la ley de qué Estado miembro en concreto se aplica. Así, por ejemplo, si todos los elementos de la situación se localizan entre España, Portugal y Francia, y las partes han escogido el Derecho de Brasil, esta elección no puede derogar las normas imperativas resultado de la armonización europea, pero si estamos ante una Directiva de mínimos y esas normas se han concretado de forma distinta en España, Portugal y Francia es necesario determinar cuál de estas tres leyes de transposición de la Directiva se aplica. Como he señalado, el Reglamento resuelve este problema de la forma más sencilla: designa como aplicable la ley del foro (art.

3.4 *in fine*). Esta solución es la opción más sencilla, pero no deja de ser cuestionable. Por un lado, puede incentivar el *forum shopping*. Por otro lado, conduce al resultado paradójico de que, si las partes no hubiesen elegido la ley de un tercer Estado, se hubiese aplicado la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento, pero al hacerlo, pese a no reconocérsele efecto positivo a dicha elección, sí se cambia la ley aplicable a favor de la *lex fori*.²⁰⁸

Aparte de ello, es también cuestionable establecer la dicotomía entre normas imperativas de la UE e internacionales. “No hay unas normas comunitarias imperativas sólo para los casos puramente intracomunitarios y otras para los internacionales”.²⁰⁹

²⁰⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. op. cit., pp. 11–12.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 1.

A principio, también parece pecar el artículo 3.4. de Roma I de ser redundante con el tenor del artículo 23²¹⁰ del mismo instrumento legal. De hecho, de la confrontación de lo dispuesto por los dos artículos, parece desprenderse cierta incompatibilidad, aunque el artículo 23, al mencionar <<en materias concretas>>, parezca dirigirse a otras disposiciones de Derecho europeo.

Sin embargo, la interpretación más ajustada sobre la cuestión es que, el art. 3.4 se refiere a las normas de Derecho Comunitario armonizadas que no admiten acuerdo en contrario (es decir, las normas materiales imperativas de Derecho Comunitario), mientras que el art. 23 se refiere a las reglas de conflicto que pudieran existir en otros instrumentos del Derecho Comunitario sobre materias particulares. En otras palabras, Roma I es la norma general sobre las reglas de conflicto en materia contractual, que cede cuando otro instrumento de la UE, en una materia concreta del ámbito de las obligaciones

²¹⁰ Artículo 23 de Roma I: “*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.*”

contractuales, establece una regla de conflicto específica para esa materia.

En definitiva, lo que se puede apreciar es que, si bien las aportaciones de Roma I han concurrido para la conformación de un ambiente más seguro en materia de ley aplicable en la contratación internacional, no por ello quedan libres de reparos, sin contar con la duda planteada por un sector doctrinal acerca de la conformidad con la base jurídica del instrumento de algunas de sus disposiciones.

4. Exclusión del reenvío

Sobre la cuestión del reenvío, dispone Roma I, en su artículo 20, *in verbis*: “*Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa.*”

De este modo, tanto si el Derecho regulador del contrato es elegido por las partes (en los términos del artículo 3 de Roma I), como si se determina en ausencia de manifestación de voluntad de las mismas (conforme artículo 4 de Roma I), se entenderá que mediante su elección o determinación, se está

haciendo referencia a las normas jurídicas sustantivas en vigor en un concreto país, con exclusión de sus normas de Derecho Internacional Privado.²¹¹

Por lo tanto, a priori, la aplicación de las normas de conflicto de Roma I quedan blindadas contra los supuestos de reenvío, salvo la hipótesis de que el propio Reglamento Roma I disponga en contrario.

5. Existencia y validez del consentimiento de las partes

En cuanto a la existencia y validez del consentimiento de las partes, se mantiene la misma solución que en el Convenio de Roma. En este terreno, expresa Roma I, en su artículo 3.5.: “*La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.*”

Así, regulará el artículo 10 las cuestiones referentes al consentimiento y validez material; el artículo 11, las cuestiones

²¹¹ ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. op. cit., p. 385.

sobre la validez formal; y finalmente, el artículo 13, la llamada teoría del interés nacional.²¹²

Ante todo, debe recordarse que es importante acordar, desde una perspectiva práctica y teórica, un tratamiento diferenciado al pacto de elección de ley y a la relación contractual que dio lugar a dicho pacto. En efecto, pese a que puedan encontrarse en un único y mismo instrumento, desde una perspectiva jurídica representan acuerdos independientes entre sí, de modo que la nulidad de uno, no conlleva necesariamente la nulidad del otro.

En este sentido, para que la elección de la ley aplicable pueda surtir los efectos esperado por las partes, este pacto deberá atender a las condiciones establecidas por Roma I, es decir: condiciones de fondo, existencia y validez del consentimiento de las partes, así como las condiciones en cuanto a la forma del pacto.

Finalmente, de cara a la posibilidad de elección múltiple de la ley aplicable (*dépeçage*), la existencia y validez del consentimiento relativo a la elección de cada ley se valorará con arreglo a cada una de las leyes elegidas.

²¹² PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. op. cit., p. 166. *Ibíd.*, p. 385.

6. La ley aplicable a falta de elección

En algunas ocasiones, el contrato silencia cualquier referencia, directa o indirecta, a la ley que ha de regularlo.²¹³

En el Convenio de Roma, la solución adoptada para los supuestos de ausencia de elección, se basaba en el acogimiento prioritario del criterio flexible de los vínculos más estrechos. Decía el Convenio de Roma en su artículo 4: *“En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3 (Libertad de elección), el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”*.

Ello permitía, en el sistema del Convenio de Roma, prescindir de la norma de conflicto positiva, cuando ésta traicionaba el objetivo al que debía servir, esto es, cuando la norma traicionaba el <<principio de proximidad>>. Esta visión suponía, con frecuencia colocar al principio “por encima de la norma” y admitir que el

²¹³ ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNÁNDEZ MARTÍ, J. op. cit., p. 141.

legislador, cuando formula soluciones positivas y rígidas de Derecho Internacional Privado, puede equivocarse, por lo que el aplicador del Derecho dispone de un margen para reorientar la solución.²¹⁴

Pero tampoco se puede olvidar que, así como el legislador, el aplicador del Derecho también puede cometer errores, incluso, en algunas ocasiones, intencionales, hecho que sugiere un margen de riesgo aún más grande.

Así que, diferentemente de la estructura del Convenio de Roma, al tratar de las hipótesis sobre la ley aplicable a falta de elección en su artículo 4, Roma I incorpora esta importante alteración,²¹⁵ “abandonando” el acogimiento prioritario del flexible criterio de los vínculos más estrechos.

²¹⁴ CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., p. 54.

²¹⁵ Sobre, específicamente, las diferencias entre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I en materia de defecto de elección, consultar MAGNUS, U. *Article 4 Rome I Regulation: The applicable Law in the Absence of Choice*. In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). op. cit., pp. 31–32; BERMANN, G. A. *Rome I: A comparative View*. In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). op. cit., pp. 349–358; PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. op. cit., pp. 167–203.

De hecho, en lo pertinente a las reglas en defecto de elección, Roma I procedió a este importante cambio con respecto al Convenio de Roma, toda vez que el criterio de proximidad de éste, “pierde espacio” para los criterios objetivos de fijación del Reglamento Roma I (*numerus clausus*), lo que reduce drásticamente el margen de discrecionalidad por parte del juzgador.²¹⁶

²¹⁶ Proclama el artículo 4.1. de Roma I, *in verbis*: “A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes

mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.”

La Propuesta de Reglamento Roma I, al igual que el Convenio de Roma, utiliza la teoría de las vinculaciones como principio subsidiario al de la autonomía de la voluntad. Dicha teoría es responsable por disposiciones que no expresen factores de conexión específicos y rígidos, pero enuncian un principio que queda al arbitrio del juez. Sin embargo, aunque el método sea utilizado por los dos instrumentos legales, Roma I quita en cierta medida el protagonismo que tenía el método en el Convenio de Roma, haciendo prevalecer un sistema de conflicto rígido frente a los criterios de proximidad, que pasan a actuar supletoriamente. Sobre la cuestión de la *applicable law in the absence of choice*, consultar también a BONOMI, A. op. cit., pp. 173–176; LANDO, O.; NIELSEN, P. A. *The Rome I Regulation*. Common Market Law Review – CML Rev. 2008. pp. 1700–1705; TANG, Z. *Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of the Rome I Regulation*. The Modern Law Review: legislation and reports, pp. 785–800, 2008.; UBERTAZZI, B. *Il Regolamento comunitario Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Milano: Giuffrè Editore, 2008. pp. 83–97; ANCEL, B. *La loi applicable à défaut de choix*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. op. cit., pp. 77–119.

La pérdida del artículo 4.1. del Convenio de Roma en el texto del Reglamento Roma I supone un cambio de perspectivas poco saludable, que encierra buena parte de las soluciones jurídicas de Roma I en una serie de “semi-fórmulas matemáticas” (*numerus clausus*), que le aleja del Arte del Derecho como método para orientar el comportamiento humano.²¹⁷

Pero si para algunos, en este caso, Roma I impone un retroceso, para otros, sus cambios representarían un avance, en la medida en que crean un estándar mínimo de seguridad jurídica, sin que por ello se olvide del criterio de proximidad.

Lo cierto es que, lo que busca el legislador de la UE es, claramente, dotar la norma conflictual de mayor seguridad jurídica, a partir de la construcción de un puente entre criterios objetivos y subjetivos.

A ese respecto sustenta ANA QUIÑÓNEZ ESCAMÉZ que:

²¹⁷ CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., pp. 54-55.

“...el principio de proximidad como norma abierta o principio de partida es ahora residual (cuando la prestación característica no puede determinarse, el contrato se regirá por la ley del país con el que (quien *sic*) presente los vínculos más estrechos)”.²¹⁸

Pero tampoco parece razonable tachar al principio de proximidad de <<residual>>, puesto que, en definitiva, este criterio, si se da en un caso concreto, es el que resulta aplicable y no los criterios predeterminados, como se puede concluir de la lectura del artículo 4.3.²¹⁹ Es decir, siempre que del conjunto de circunstancias del caso se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado por los criterios precedentes en defecto de elección (apartados 1 y 2 del artículo 4), se aplicará la ley de

²¹⁸ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. op. cit., p. 12.

²¹⁹ Artículo 4.3. de Roma I: “*Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*”.

este otro país. De este modo, se trata de un criterio que sigue teniendo papel destacado en Roma I.

Ahora bien, aunque haya buscado el legislador de la UE alargar el determinismo en cuanto a la ley aplicable frente a algunos contratos específicos, imposible sería admitir una previsión capaz de contemplar toda la multiplicidad de tipos contractuales de hoy.

Además, no se puede ignorar la posibilidad de que una única relación contractual pueda conjugar elementos caracterizadores de otros tipos de contratos, lo que generaría una dualidad a la hora de determinar la ley aplicable.

Por todo ello, Roma I, en su artículo 4.2., formula una regla supletoria capaz de determinar la ley aplicable en dichas hipótesis, privilegiando la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.²²⁰

²²⁰ Artículo 4.2. de Roma I: “*Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.*”

Aquí, para algunos, hay una identidad de propósitos en cuanto a lo que expresaba el Convenio de Roma, pero camuflada por una nueva transcripción. O sea, lo que el Convenio de Roma llama "vínculos más estrechos", recibe el nombre en Roma I de "país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato", que son exactamente la misma cosa según el Convenio de Roma. De modo que, a menos que haya un nuevo concepto para "vínculos más estrechos", siguen siendo lo mismo.

Otra hipótesis que no se puede ignorar, es la de que la ley aplicable no pueda determinarse a partir de lo establecido por los apartados 1 y 2 (artículo 4 de Roma I).²²¹

No se está aquí hablando de la superposición de los criterios de proximidad frente a la elección con arreglo de los apartados 1 o 2 de Roma I. No.

La cuestión es que, ante el eventual fracaso de los apartados 1 y 2 del artículo 4, la ley del país con el que el

²²¹ Artículo 4.4. de Roma I: "*Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.*"

contrato presente los vínculos más estrechos actuará de forma complementaria a la hora de determinarse la ley aplicable.

De tal suerte, si la redacción en Roma I se confunde, a primera vista, con la falsa idea de que el criterio de proximidad asume un papel secundario, un análisis más detenido mostrará, como se ha dicho, que sigue siendo un criterio importante en Roma I.

Sin embargo, no se niega la meritoria iniciativa del legislador al procurar garantizar un nivel mínimo de protección a las partes que considera más frágiles en la relación. Con tal aserto no se pretende valorar los criterios elegidos para la protección de una u otra parte, sino tan solo exaltar el propósito de equilibrar la relación contractual (objetivo próximo) y realizar la justicia (objetivo remoto).

Pese las debilidades conceptuales, la dinámica social impone la necesidad de formulación de una norma que también esté dotada de preceptos subjetivos, buscando el legislador europeo, con perspicacia y lucidez, equilibrar la norma conflictual a partir de la conjugación de elementos objetivos (como el rol taxativo del apartado 1, del artículo 4) y las teorías de las vinculaciones, en los supuestos de defecto de elección.

De manera que, en definitiva, queda muy claro el embate del legislador europeo en la tentativa de estabilizar el artículo 4 de Roma I. De un lado, dotándolo de mayor seguridad jurídica reduciendo el espacio del arbitrio del juzgador, pero de otro, confiriendo a la ley el más grande espectro de actuación posible.

7. Conclusión

En síntesis, de los términos de Roma I, en lo concerniente al principio de la autonomía de la voluntad, resulta que:

- a. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes;
- b. Los contratantes podrán elegir una ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, así como varias leyes aplicables a distintas partes del contrato (*dépeçage* o fraccionamiento legal);
- c. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta. (posibilidad de ulterior alteración de la ley elegida);
- d. La ley del país que esté más estrechamente vinculado al objeto del contrato deberá respetarse aunque las partes elijan la ley de un país distinto como ley

aplicable (respeto a las disposiciones fundamentales del país más conectado);

- e. En caso de que el objeto del contrato afecte a uno o varios Estados miembros, y se elija la ley de un Estado no miembro, esta no podrá contradecir las disposiciones del Derecho “comunitario” del Estado del foro (respeto a las disposiciones fundamentales de Derecho europeo).²²²

Por lo tanto, como resulta claro de todo lo expuesto, Roma I ofrece a los contratantes posibilidades muy amplias a la hora de elegir la ley que deberá regir su contrato. Las más relevantes son las que siguen: 1º) Elegir varias leyes aplicables a distintas partes del mismo contrato (*dépeçage* total) o elegir una ley sólo a una parte del contrato (*dépeçage* parcial); 2º) Elegir una ley estatal sin vinculación objetiva con el contrato; 3º) Elegir la ley del contrato antes, durante o posteriormente a la conclusión del mismo (respetados los límites oportunamente estudiados), así como variar la elección de ley realizada anteriormente.²²³

²²² UBERTAZZI, B. op. cit., p. 73.

²²³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). op. cit., p. 153.

En términos de resultados, aunque sea todavía pronto para valorar la eficiencia del Reglamento Roma I, en relación con el Convenio de Roma – en lo atinente a la cuestión de la ley aplicable – y teniendo en cuenta sus aportaciones, ya hoy puede hablarse de un paso adelante, en particular, en cuanto a la seguridad jurídica y la previsibilidad.

En este sentido, es absolutamente notoria la preocupación del legislador de la UE con el tema de la seguridad jurídica,²²⁴ cuestión rotundamente reflejada, por ejemplo, en dos momentos: 1º) por el establecimiento de *numerus clausus* como criterio preferente en relación a los de proximidad, en los supuestos de defecto de elección (artículo 4 de Roma I); 2º). Por la clara inadmisión de la *lex mercatoria* como ley aplicable en la contratación internacional (pese a lo dispuesto en la Propuesta de Reglamento) – sin perjuicio de su incorporación por referencia.

²²⁴ Conforme considerando (6) de Roma I: “*El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.*”

Aunque aún esté por ver cómo actuará en la realidad jurídica internacional, el Reglamento Roma I supone importantes avances, como el incremento de la seguridad jurídica a la hora de determinarse la ley aplicable a las obligaciones contractuales internacionales.²²⁵

Una matización que también merece señalarse en Roma I se manifiesta a la hora de determinar si la elección del tribunal competente supone también la elección del Derecho aplicable. Aquí, alejándose de la nominada por la doctrina <<voluntad hipotética>>, Roma I logra diferenciar un importante elemento indicativo en el contrato, de la voluntad real de los contratantes. Es decir, no se niega la importancia otorgada por la elección del tribunal, pero sin conferirle un status fundado en una interpretación demasiado extensiva y vinculante.²²⁶

²²⁵ CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., pp. 132–133.

²²⁶ Conforme a su considerando (6), Roma I cierra el paso al llamado "legeforismo", rompiendo con la Propuesta de Reglamento Roma I de la Comisión, que había sugerido que las partes, mediante un acuerdo de

De tal modo, Roma I cierra el paso a la llamada voluntad hipotética, reconociendo únicamente la voluntad expresa y la tacita, también conocida esta última como implícita.

Por lo demás, parece saludable la disposición del legislador por mantener la estructura fundamental del Convenio de Roma – específicamente hablando de autonomía privada –, instrumento que, con las aportaciones de Roma I y su transformación en instrumento de la UE, parece haber ganado en precisión y seguridad.

elección de foro, elegían también el Derecho del país del tribunal, siempre que éste se hallase en el territorio de un Estado miembro (artículo 3.1. de la Propuesta de Reglamento Roma I). Sobre la cuestión, véase PENADÉS FONS, M. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 2012. pp. 99-212.

CAPÍTULO III
EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE
DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES, DE 17 DE MARZO DE 1994 (CIDIP –
V)

1. Introducción

Los esfuerzos para la armonización de la normativa conflictual en América, se iniciaron hace ya más de un siglo.²²⁷ El antecedente más remoto en este sentido data de 1878, en ocasión de la Convención de Lima – Perú, a partir de la cual se ha recorrido un largo camino hasta la llegada de las Convenciones Interamericanas Especializadas sobre Derecho

²²⁷ Las Convenciones multilaterales (más destacadas) que tratan de la contratación internacional en el medio interamericano son: El Código Bustamante; El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889; El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940; la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y la Cidip – V.

Internacional Privado de la OEA, más conocidas como Cidip`s.²²⁸

Todos los Estados miembros de la OEA (con la conocida excepción de Cuba) son “miembros” natos de la Cidip. Esa aproximación le da a cada uno de los Estados, en un régimen de igualdad, con voz y voto, derecho a participar de la propuesta de temas, de los trabajos preparatorios y de la elaboración concreta de los textos jurídicos en las conferencias diplomáticas. Ahora

²²⁸ Pero en esta trayectoria se han proyectado otras iniciativas, como las Conferencias Panamericanas de Estados Unidos de 1889, de México de 1890, de Rio de Janeiro de 1906, de Chile de 1923 y de La Habana de 1928. Así que, es importante destacar que la codificación interamericana de Derecho Internacional Privado cuenta con una tradición más antigua que las convenciones de La Haya, ya que la primera sesión de estas convenciones se reunió en 1893 y el continente americano para la fecha ya tenía en su haber el Tratado de Lima (1878) y los primeros Tratados de Montevideo (1889) que constituyen, especialmente estos últimos, el ejemplo de una lograda codificación de Derecho Internacional Privado. MAEKELT, T. *El Desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Américas*. Caracas, Venezuela. Marzo del 2001. Disponible en: www.enj.org. Acceso en: 28 jan. 2011.

bien, las dificultades o la falta de interés para ejercer ese derecho es otra cuestión.²²⁹

El último esfuerzo de la OEA en su labor de armonización de la legislación de sus Estados miembros está plasmado en la llamada Cidip –VI, que se realizó en Washington D.C. en 2002, si bien la Asamblea General de la OEA ha

²²⁹ La Cidip fue durante sus cuatro primeras ediciones, por iniciativa, por protagonismo y por resultados, eminentemente latinoamericana. Canadá no devino Estado miembro de la OEA hasta 1990, Estados Unidos sólo se había preocupado algo por la Convención de arbitraje de 1975 y un algo más por el Protocolo adicional de 1979 a la Convención sobre exhortos de 1975 (únicos textos ratificados por este país), y los demás países no latinoamericanos no parecían especialmente atraídos por una agenda demasiado “romanista” (en el sentido de *civil law*). Las cosas comenzarían a ser diferentes a partir de la Cidip – V o, con más precisión, de los trabajos preparatorios de esa edición de la Conferencia, cuando irrumpió en la escena de la codificación interamericana el *National Law Center for the Inter-American Free Trade* (NLCIFT) de Tucson, y empezó a notarse un abierto interés de la delegación norteamericana. FERNANDÉZ ARROYO, D. P. *Razones y condiciones para la continuidad de la Cidip: reflexiones de cara a la Cidip VII*. Revista *Seqüência*, n° 50, pp. 305–306, 2005.

recientemente convocado la Cidip – VII, aunque sin señalar fecha y lugar de celebración por el momento.²³⁰

En cualquier caso, al plantearse la cuestión de la ley aplicable a la contratación, el presente trabajo tiene su atención dirigida exclusivamente a la Cidip – V, manteniendo dentro de dicho instrumento el enfoque en el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto eje central del mismo.

En este sentido, pese a las flagrantes diferencias que enmarcan el escenario europeo e interamericano, la Cidip – V ha seguido el más moderno entendimiento de la cuestión – al igual que el marco europeo –, otorgando también al principio de la autonomía de la voluntad la condición de base de su sistema conflictual.

Pero es importante destacar que, aunque la Cidip – V haya elegido el principio de la autonomía de la voluntad como su eje central – siguiendo así la experiencia europea –, no por eso deja de presentar algunas peculiaridades, las cuales se muestran de manera muy clara especialmente cuando se

²³⁰ La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, por medio de su resolución [AG/RES 1923 (XXXIII-0/03)] y [AG/RES 2033 (XXXIV-O/04)], convocó la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

comparan con el actual marco conflictual europeo, o sea, Roma – I.

2. Naturaleza de la Cidip – V y sus antecedentes

Antes de bucear concretamente en los antecedentes de la 5ª Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, cumple destacar la naturaleza de las Cidip`s.

Las Cidip`s constituyen un órgano de la OEA, en el que la principal finalidad de las reuniones intergubernamentales convocadas, es el desarrollo de los más variados aspectos en materia de cooperación interamericana,²³¹ como la cuestión de la ley aplicable a la contratación internacional.

Los Estados miembros de la OEA han adoptado una postura reclamada otrora con insistencia y que consiste en depurar los catálogos extensos de materias "codificables", centrando la atención sólo en algunas de ellas – como la cuestión de la ley aplicable a la contratación internacional – y

²³¹ En este sentido, véase los artículos 2, f) y 128, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Dado el carácter periódico de sus reuniones, fue creado en la OEA, como organismo permanente, el llamado Comité Jurídico Interamericano, el cual responde de la estrategia para la futura codificación del Derecho Internacional entre los Estados americanos.

desarrollando respecto de las mismas una intensa labor preparatoria.²³²

Actuando como una especie de órgano responsable del proceso de codificación del Derecho Internacional Privado en América, las Cidip`s modifican, obviamente, el sistema interno de cada país, qua la haya ratificado.

Específicamente, en lo que concierne al proceso de formación de la Cidip – V, debe destacarse que, tradicionalmente, en las sesiones de trabajo de las Cidip`s, siempre se esboza una primera aproximación del temario de trabajo para la siguiente reunión de la Conferencia.

Pero el tema de la contratación internacional no se anota en la agenda de las Cidip`s en la primera conferencia (Cidip – I)²³³. Sólo con la Cidip – II²³⁴ es cuando se empieza a considerar

²³² FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la Cidip – V*. R.E.D.I., v. XLVI, p. 929, 1994.

²³³ Celebrada en 1975, en la ciudad de Panamá. Adoptó las siguientes seis convenciones sobre comercio internacional y derecho procesal: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre

la posibilidad de incluir la contratación internacional como objeto de las convenciones.

El tema de la contratación internacional fue objeto de discusión en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip – II), con motivo de la aprobación de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.²³⁵

Sin embargo, fue en la Cidip – III²³⁶ cuando se abordó, aunque de manera parcial, la cuestión de los contratos mercantiles internacionales, acordándose que en la siguiente

Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero.

²³⁴ Celebrada en 1979, en la ciudad de Montevideo (Convención sobre normas generales de Derecho Internacional Privado).

²³⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*. Rivistadi Diritto Internazionale Privato e Processuale, n° 4, p. 764, 1994.

²³⁶ Celebrada en 1984, en la ciudad de La Paz (Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras).

Conferencia sería incluida una más amplia discusión sobre la cuestión.²³⁷

El tema de la contratación volvió a ser discutido en la Cidip – III, durante el debate de la Convención sobre competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, en lo relativo a la prórroga de jurisdicción en los contratos mercantiles internacionales.²³⁸

De esta manera, fue solamente en la Cidip – IV²³⁹ en la que, entre las diferentes resoluciones adoptadas, se incorporó una relativa a la conveniencia de convocar una Reunión de Expertos en materia de contratación internacional.²⁴⁰

²³⁷ Cidip – III, RES. VI (84).

²³⁸ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. op. cit., p. 764.

²³⁹ Celebrada en 1989, en la ciudad de Montevideo. En ella se aprobaron tres Convenciones: la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias y la Convención Interamericana sobre contrato de transporte internacional por carretera.

²⁴⁰ Cidip – IV/RES. 5(89). La Comisión II sobre contratación internacional de la Cidip – IV, aprobó el documento titulado <<Bases propuestas por la Comisión II para trabajos futuros en relación al tema de la ley aplicable en materia de contratación internacional>> (Cidip – IV/Com. II/doc. 7/89) y

En 1986 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en vista del interés sobre el tema de la contratación internacional, resolvió incluirlo como tema a tratar en la Cidip – IV, a celebrarse en Montevideo en 1989.²⁴¹

El interés de los Estados americanos por darse una reglamentación moderna del Derecho Internacional Privado contractual, es de larga data pero cobra especial fuerza a partir de la inclusión de la cuestión en el temario de la Cidip – IV.²⁴²

Sin embargo, en esta Conferencia, tampoco se pudo avanzar de manera suficiente en un texto convencional, toda vez que la temática no estaba suficientemente desarrollada a nivel regional como para ser presentada en forma articulada²⁴³.

decidió someter al plenario un proyecto de resolución recomendando a la Asamblea General de la OEA la convocatoria a una Reunión Expertos (Cidip – IV/doc. 37/89). Así, se constituyó un grupo *ad hoc* que inició su actividad considerando las cuestiones de la ley aplicable, de la autonomía de la voluntad de las partes y la jurisdicción.

²⁴¹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. op. cit., p. 764.

²⁴² FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. op. cit., p. 930.

²⁴³ Cidip – V/4/93, 30 de diciembre de 1993. Temario anotado, p. 5. MIRALLES SANGRO, P. P. *La C.I.D.I.P.–V (México 1994): una nueva contribución al Derecho Internacional Privado*. Boletín de la Facultad de Derecho, nº 5, p. 104, 1993/1994.

Además, entre los Estados miembros de la OEA, aún no se encontraba pacificada la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad como fundamento de la convención.²⁴⁴

En la Cidip – IV, la contratación internacional fue la única de las materias previstas que no llegó a traducirse en convenio, al juzgarse que no estaba <<aun suficientemente decantada a nivel regional>> y constatarse ciertas divergencias sobre la <<predisposición a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley contractual>>.²⁴⁵

En la primera sesión plenaria de la Cidip – IV, celebrada el 9 de julio de 1989, se asignó a la Comisión II el estudio del tema 3 del temario, es decir, la contratación internacional. En el informe del Relator de la Comisión II, igualmente se dijo que: “... no es unánime en la región la predisposición a la aceptación

²⁴⁴ La diversidad de soluciones en materia de ley aplicable en el escenario interamericano consistía y consiste en uno de los principales obstáculos a la armonización del tema.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. op. cit., p. 930.

del principio de la autonomía de las partes para elegir la ley contractual.²⁴⁶

Es en este contexto en el que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos resuelve convocar la Cidip – V, la cual surge con el propósito prioritario de regular el tema de la contratación internacional.

Así, el Consejo Permanente de la OEA, reunido en 24 de julio de 1992, resuelve aprobar un proyecto de temario para la Cidip – V, abarcando una serie de asuntos, entre los cuales se destacaba la cuestión de la ley aplicable a la contratación internacional.

Pero antes de la celebración de la Cidip – V, la Asamblea General de la OEA resolvió convocar una reunión de expertos en materia de contratación internacional (preparatoria de la Conferencia) para afrontar el tema. Celebrada en Tucson, en

²⁴⁶ Informe del Relator de la Comisión II, referente al tema de contratación internacional. Doc: OEA/Ser. K/XXI. 4. Cidip–IV–103. v. I, de 28 de febrero de 1991. Existió además desde un principio otro problema añadido: la falta de acuerdo entre quienes pugnaban por una reglamentación regional propia y quienes dejaban entrever su inclinación a favor de abstenerse de realizar este trabajo propugnando a incorporación lisa y llana a convenio ya elaborados en otros foros de codificación. *Ibíd.*, p. 930.

Arizona – E.U.A., del 11 al 14 de noviembre de 1993, el punto de partida del encuentro fue exactamente el Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley aplicable en materia de contratación internacional.

En este ámbito, tres aspectos de prioritaria consideración se mostraron presentes en los trabajos de elaboración de la Cidip – V: 1) el ámbito de aplicación y materias a excluir; 2) conexiones subsidiarias a la voluntad de las partes en el establecimiento de la Ley aplicable; y 3) el orden público.²⁴⁷

Del análisis del foco de las discusiones se puede constatar que, en esos momentos, ya parecían superadas las divergencias en cuanto a la adopción del principio de autonomía de la voluntad como régimen jurídico, considerando que las incertidumbres en cuanto a los términos de la Convención se mostraban circunscritos a la construcción de límites a dicha autonomía.

El relación con el texto de la Reunión de Expertos de Tucson, la única modificación relevante que se introdujo fue la de que, en caso de ausencia de acuerdo expreso, el derecho aplicable ha de desprenderse «en forma evidente» de la conducta

²⁴⁷ En este sentido, MIRALLES SANGRO, P. P. op. cit., p. 115.

de las partes y de las cláusulas contractuales (art. 7, párrafo 1), flexibilizándose así la solución en el sentido de que no tiene que ser de forma «inequívoca» como figuraba en el Proyecto.²⁴⁸

Como resultado final de la Reunión expertos, se aprobó el Proyecto de Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, el cual, exceptuadas algunas alteraciones puntuales, ya traza las características fundamentales del texto que poco después sería adoptado por la Cidip – V.

Ahora bien, es importante recordar que, a lo largo de todo el proceso de construcción del marco legal interamericano²⁴⁹ en materia de ley aplicable a la contratación internacional, la Cidip – V ha contado con la experiencia de

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 120.

²⁴⁹ En resumen, el proceso del desarrollo y codificación del derecho internacional privado, por medio de la Cidip dio comienzo en Panamá, Panamá (CIDIP–I, 1975) y continuó en Montevideo, Uruguay (CIDIP–II, 1979), La Paz, Bolivia (CIDIP–III, 1984), Montevideo, Uruguay, (CIDIP–IV 1989), México DF, México (CIDIP – V, 1994), y en la Sede de la OEA en Washington DC, Estados Unidos de Norteamérica (CIDIP – VI, 2002). Conviene recordar aún que, actualmente el Consejo Permanente de la OEA, con la asistencia de la Secretaría General, está llevando a cabo labores preliminares para la CIDIP – VII.

numerosos instrumentos convencionales en los ámbitos americano y europeo.²⁵⁰ Entre ellos, destaca el Convenio de Roma de 1980 que, asumiendo la condición de principal fuente de referencia de la Cidip – V, la impulsa a adoptar la libertad de elección de ley aplicable como su eje central.²⁵¹

3. La Cidip – V en el ámbito del Mercosur

La situación en el ámbito del Mercosur es particularmente difícil. Tomando como base, en materia de ley aplicable, la legislación de sus Estados Miembros, se tendrá una idea, como ya mencionado en el capítulo III, de la ausencia de

²⁵⁰ Entre los antecedentes que sirvieron de base para la elaboración de la Cidip – V, merecen destaque: la Convención de la Haya sobre la ley aplicable a las compraventas internacionales de bienes muebles corporales de 1955 y otra sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986; la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980; la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de 1980; los trabajos de *UNIDROIT*; el Segundo Restatement de los Estados Unidos de América al igual que los avances jusprivatistas de la Región.

²⁵¹ El Convenio de Roma de 1980, a su vez, partió de varios de los principios mencionados en la Convención de la Haya de 1955.

unidad sobre el tema y del actual distanciamiento del bloque de los objetivos enmarcados por el Tratado de Asunción.²⁵²

Las normas internas de Derecho Internacional Privado de Brasil, Argentina, Paraguay e Uruguay, “não primam pela facilidade de entendimento, recepcionadas em textos contraditórios e inconclusivos, carecendo de considerável aprimoramento cognitivo por parte dos aplicadores do direito”.²⁵³

Pese a anunciar la búsqueda de la armonización legislativa como una de sus premisas esenciales,²⁵⁴ la realidad

²⁵² Expresa el artículo 1 del Tratado de Asunción, *in verbis*, al enumerar como uno de sus propósitos: “*El compromiso de los Estados Parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.*”

²⁵³ Sobre la cuestión, leyer VITORINO CARDOSO, G.; ASSIS DE PAIVA, H. *O princípio da autonomia da vontade nas convenções internacionais e sua aplicação nos contratos internacionais no âmbito do MERCOSUL*. Disponible en: http://www.propp.ufu.br/revistaeletronica/Edicao%202006_1/F/gustavo_vitorino.pdf. Acceso en: 27 jan. 2010.

²⁵⁴ Conforme la parte final del artículo 1 del Tratado de Asunción (responsable por la creación del Mercado Común del Sur – MERCOSUR): “... *El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en*

práctica en materia de ley aplicable en el ámbito del Mercosur, hace mucho, se muestra bastante distinta.²⁵⁵ Es lo que se puede deducir de la firma de la Cidip – V por parte de Bolivia, Brasil,

las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración."

²⁵⁵ Durante mucho tiempo coexistieron en América Latina dos sistemas de unificación de normas de conflicto: los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y el Código Bustamante de 1928. El Tratado de Montevideo de 1889, celebrado en aquella ciudad entre el 25 de agosto de 1888 y el 18 de febrero de 1889, fue generador de ocho tratados: Derecho Procesal Internacional, Propiedad Literaria y Artística, Patentes de Invención, Marcas de Comercio y de fábrica, Derecho, Derecho Penal Internacional, Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales, Tratado de Derecho Civil Internacional y Tratado de Derecho Comercial Internacional más un Protocolo adicional. El Tratado de Montevideo de 1940, como ya se ha visto, fue generador de diez convenios y un protocolo adicional. Los convenios fueron los mismos que en 1889, con la salvedad de que el Tratado de Derecho Comercial se dividió en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional y el Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, y del Tratado de Derecho Penal Internacional se desprende el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos. El contenido del Código de Bustamante, a su vez, responde a una concepción de Derecho Internacional Privado similar a la esbozada por los Tratados de Montevideo. FERNÁNDEZ Arroyo, D. P. *Derecho Internacional Privado Interamericano*. Evolución y Perspectivas. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2000. pág. 37.

México, Uruguay y Venezuela, dado que entre Brasil, Uruguay y Venezuela – Estados Parte del Mercosur además de Argentina y Paraguay – únicamente Venezuela ha ratificado la Cidip – V.²⁵⁶

Asimismo, en cuanto la Cidip – V consagra como régimen general la *lex voluntatis*, Argentina, Paraguay y Uruguay – los otros Estados Parte del Tratado de Asunción (Mercosur) – en cuanto signatarios del Tratado de Montevideo de 1940, tienen como criterio para la determinación de la ley aplicable, la *lex loci executionis*.²⁵⁷

²⁵⁶ En noviembre de 2007, los Ministros de la Justicia de los países integrantes del Mercosur se han reunido en Montevideo, ocasión en la cual la adopción de la Cidip – V por el bloque fue perentoriamente negada. Sobre la cuestión consultar a SAMTLEBEM, J. *Das internationale Prozess – und Privatrecht des Mercosur*. Rabel Zeitschrift 63, 1999. pp. 59–60.

²⁵⁷ En este contexto, es importante una vez más destacar la ambiente de incertidumbre recubre el tema en el seno interamericano. Aunque no se disponga de la soñada armonización, tampoco existe una negativa perentoria a la consideración de la autonomía. Tómese como ejemplo el caso de Argentina, que ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), así como la Convención de la Haya de 1986, sobre la ley Aplicable a

Así que, mientras el artículo 7 de la Cidip – V, establece, *in verbis*: “*El Contrato se rige por el derecho elegido por las partes*”, el Tratado de Montevideo de 1940 dispone a su vez, en el artículo 37, g), *in verbis*: “*La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea*”.

La posición de Brasil, que pese a haber firmado la Cidip – V, jamás la ha ratificado, no se incluye en ninguna de las anteriores, por lo que resulta que la materia queda regulada, hoy, por la norma interna de Derecho Internacional Privado, es decir, por la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño²⁵⁸ <<o simplemente LICC 1942>>, como veremos con detalle en el capítulo IV.

la Compraventa Internacional de Mercaderías, las cuales, admiten la autonomía de las partes.

²⁵⁸ Ley de Introducción al Código Civil Brasileño de 1942 – LICC (Ley N° 4.657 de 4 de septiembre de 1942).

Se creía que, tras la firma de la Cidip – V por Brasil, Uruguay y Venezuela,²⁵⁹ – que ya habían firmado incluso la Cidip – II²⁶⁰ – la cuestión de la ley aplicable a las obligaciones contractuales caminaba hacia la esperada armonización en el ámbito del Mercosur, lo que, como se ha visto, hasta ahora no ha ocurrido.

De manera que hoy, en resumen, en el ámbito del Derecho Internacional Privado: Argentina, Paraguay y Uruguay siguen regulando la cuestión por el Tratado de Montevideo de 1940, es decir, por el criterio de la *lex loci executionis*; Venezuela por la ley elegida por las partes, en el marco de la Cidip – V; y Brasil, por no haber ratificado la Cidip – V, por su norma de conflicto interna, es decir, por la LICC de 1942, fundada en la *lex loci celebrationis*.

²⁵⁹ Venezuela que, años más tarde, vendría a adherirse al Mercosur a través del Acuerdo Marco para la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela, suscrito el 8 de diciembre de 2005.

²⁶⁰ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado del Uruguay, de 05 de agosto de 1979. Se encuentra actualmente ratificada por todos los Estados Partes del Mercosur.

En los Estados Unidos de América y en el Canadá hace mucho que la jurisprudencia ha conducido la solución de problemas en materia de contratación internacional hacia la escuela de la autonomía de la voluntad. En los países latinoamericanos todavía, la mayoría de las legislaciones aún vacila en cuanto a la aceptación de esa posición.^{261.}

Lo peor (o mejor) es que, si contemplamos el derecho interno material de dichos países, se percibe que la autonomía no es un principio marginalizado, sino un modelo seguido por la mayoría de ellos y los demás países de Latinoamérica.²⁶²

²⁶¹ SILVA ALONSO, R. *La ley aplicable a los contratos internacionales*. In: SAN MARTINO DE DROMI, L. et al. *Economía globalizada y Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 102.

²⁶² El ámbito interno, casi todas las legislaciones nacionales de los Estados de América Latina han reconocido el principio de la autonomía de las partes. MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 647. A título de ejemplo el caso de Argentina. En el derecho argentino se reconoce la autonomía de la voluntad aun cuando no existe una norma legal específica, pues el artículo 1.197 de su

Ahora bien, si el derecho privado interno del Estado se inspira en la autonomía de la voluntad, el Derecho Internacional Privado no puede desconocerla sin incurrir en contradicciones.²⁶³

La posición de Venezuela, el más nuevo integrante del Mercosur, es la que se muestra en mejor sintonía con las aspiraciones del comercio internacional, toda vez que ya ha ratificado la Cidip – V,²⁶⁴ aceptando como elemento de conexión prioritario el principio de la autonomía de la voluntad y aproximándose por consiguiente al más moderno entendimiento sobre la cuestión.

4. Ratificaciones a la Cidip – V

Firmada por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, la Cidip – V ha sido ratificada únicamente por Venezuela y México. Aquí, a ejemplo de lo hecho al abordarse el derecho interno de los países del Mercosur (miembros plenos y asociados) que también han firmado dicho instrumento

Código Civil otorga a las partes la libertad para contratar libremente dentro del marco legal argentino.

²⁶³ GOLDSCHMIDT, W. op. cit., p. 192.

²⁶⁴ Venezuela ratificó la Cidip – V el 22 de septiembre de 1995.

convencional, se pasa a describir la situación del ordenamiento de México en lo que atañe a la autonomía conflictual, recordando también la situación de Venezuela, ya enfrentada en detalle en el capítulo III del presente trabajo.

4.1 La situación de Venezuela

Como ya visto, en lo que refiere a las fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito externo, Venezuela es el único país integrante del Mercosur que ha ratificado la Cidip – V, reconociendo de manera incuestionable la autonomía privada.

En el ámbito interno, la situación parece no cambiar, primando Venezuela por la coherencia de su sistema. Prueba de ello, es lo que exhorta su Código de Comercio (artículo 116); el Código Civil (artículo 1.133; 1.159); el Código de Procedimiento Civil (artículo 12) y la ley de Derecho Internacional Privado venezolana (artículo 29).

Bajo el fundamento legal de los artículos supra mencionados, el legislador reconoce a la voluntad de las personas el poder de autorregular y ajustar libremente, dentro los límites de lo lícito, el contenido de sus relaciones, equiparando la fuerza de tales convenciones a la fuerza jurídica de la Ley. Así, según la doctrina venezolana, el principio de la

autonomía de la voluntad se encuentra materializado en su sistema legal.

La jurisprudencia venezolana, a su vez, de un modo general, acompaña la misma exegesis propuesta por la doctrina. Para los tribunales, el principio de la autonomía de la voluntad constituye en Venezuela un principio general de derecho sobre el cual reposa la teoría general de los contratos.

De ese modo, puede verificarse en Venezuela la plena coherencia entre sus normas de derecho interno y las de fuente internacional en materia conflictual, hecho que otorga a dicho país una posición destacada en la materia.

4.2. La situación de México

En México, los fundamentos legales del comercio internacional se encuentran fundamentalmente en el artículo 73, XXIX de la Constitución, en los siguientes términos:

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad: (...); XXIX. Para establecer contribuciones: 1º Sobre el comercio exterior (...).”

En materia de ley aplicable y en el ámbito de su Código Civil, merece énfasis el siguiente artículo:

“Artículo 13. - *La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:*

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el

derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

Optó o legislador por medio de su estatuto civil por privilegiar el aspecto volitivo, reservando a la *lex loci executionis* la condición de criterio subsidiario, exceptuando hipótesis puntuales que (incisos I a IV), delante de sus características propias, merecerían tratamiento particular.

Pero la previsión del principio de la autonomía de la voluntad por el ordenamiento Mexicano no esta libre de otros criterios limitadores, como se puede notar de los artículos que se pasa a transcribir:

“Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

“Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Así, el derecho interno de México reconoce papel destacado a la autonomía de las partes, sin todavía abrir mano de las reglas generales basadas en el interés público y en las leyes imperativas.

Ahora bien, con el ingreso de México al GATT,²⁶⁵ la economía mexicana pasó a experimentar un proceso gradual de apertura hacia el libre comercio, lo cual se reafirma con la celebración con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994 (TCLAN)²⁶⁶ y por los inúmeros tratados de libre

²⁶⁵ El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) abarca el comercio internacional de mercancías. El funcionamiento del Acuerdo General es responsabilidad del Consejo del Comercio de Mercancías, que está integrado por representantes de todos los países Miembros de la Organización Mundial del Comercio. El Presidente actual es el Excmo. Dr. Anthony Mothae MARUPING (Lesotho). El Consejo del Comercio de Mercancías tiene 10 comités que se ocupan de temas específicos (agricultura, acceso a los mercados, subvenciones, medidas antidumping, etc.).

²⁶⁶ El tratado crea una de las zonas de libre comercio más grandes del mundo, estableciendo la base para un crecimiento económico fuerte y mayor prosperidad para Canadá, Estados Unidos y México.

comercio que ha celebrado en lo sucesivo, incluso, envolviendo países del Mercosur.

Aquí merece destaque la firma y ratificación de la Cidip – V, hecho que ha puesto México en sintonía con el más moderno entendimiento en relación a las tendencias autonomistas, conforme se puede notar de la lectura de la primera parte del artículo 7 de la convención, a saber:

“Artículo 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

La Cidip – V, así como las demás Convenciones y Tratados ratificados por México constituyen, según los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ley suprema, es decir, las convenciones anteriormente referidas

ganan papel destacado, adquiriendo la máxima jerarquía en el derecho interno mexicano y consolidando la posición del país sobre la cuestión. En este sentido, importante también destacar el tenor del artículo 12 del Código Civil Mexicano, según el cual:

“Artículo 12. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte”.

De esto modo, al ingresar en el ordenamiento mexicano, la Cidip – V asume papel destacado entre las normas de Derecho Internacional Privado del país.

5. El carácter universal de la autonomía de la voluntad en la Cidip – V

A ejemplo del Convenio de Roma, Roma I y Roma II, la Cidip – V también se recubre de carácter universal, conforme se desprende del artículo 2º de la referida convención.

“Artículo 2. El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.”

De ese modo, la libertad otorgada a las partes por la Cidip – V para la elección de la ley aplicable es también caracterizada por un carácter universalista, hecho que torna posible la elección del derecho de un tercer Estado (Estado no parte), como aplicable.

6. Determinación del derecho aplicable en la Cidip – V

Como se ha visto, la Cidip – V consagró como base del sistema – en su artículo 7 – la libertad de elección por las partes del derecho aplicable al contrato internacional²⁶⁷. Por tanto, las

²⁶⁷ Continuando el entendimiento consagrado por la Convención de la Haya de 1955, la Cidip – V, en su artículo 7, primera parte, determina: *“El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.”* Por tanto, queda claro que, la regla de base de la Cidip – V es la autonomía de la voluntad de los contratantes (artículos 7 y 8), en condiciones bien similares a las

partes pueden, en el ejercicio de la autonomía conflictual (*pactum lege utenda*), elegir el derecho aplicable al contrato.²⁶⁸

De esta manera, conviene señalar cuáles son las formas de manifestación de voluntad aceptadas por dicha Convención, dado que, de los términos del acuerdo, no siempre resulta clara la voluntad de los contratantes.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, como deja claro el legislador en la Cidip – V, el acuerdo de las partes sobre la elección deberá presentarse de forma expresa, de manera a garantizar la materialización de la voluntad de forma inequívoca, salvándola de los riesgos inherentes a la inevitable evaluación subjetiva del juzgador.²⁶⁹

Sin embargo, aunque se reconozca en la Cidip – V la elección expresa como criterio preferente para el ejercicio de la

consagradas por el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I (al menos en cuanto régimen de arranque).

²⁶⁸ BOGGIANO, A. *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 659.

²⁶⁹ Artículo 7 de La Cidip – V: “...*El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso...*”. Según MONROY CABRA, M. G.: “El acuerdo de las partes sobre la ley aplicable al contrato debe ser expreso. Esta es la regla general”. MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 648.

autonomía de la voluntad por las partes, el marco interamericano también deja la “puerta abierta” a la llamada voluntad implícita o tácita.

En este contexto, no obstante la similitud con el marco europeo, la convergencia se desvanece – en parte – en los supuestos en que las partes no eligen el Derecho estatal aplicable, o cuando, habiéndolo hecho, la elección resulta ineficaz.

6.1. Determinación del derecho aplicable en ausencia de acuerdo expreso

Aunque no se aspire aquí a agotar las soluciones de la Cidip – V frente a los supuestos de ausencia de determinación expresa de la voluntad por las partes, parece conveniente enmarcar al menos los contornos inmediatos de la autonomía.

Sobre la cuestión, es decir, al tratar de la elección de la ley aplicable al contrato ante la ausencia de un acuerdo expreso, enuncia la Cidip – V (artículo 7): “...*en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.*”

Por tanto, pese a que la Cidip – V explicita el compromiso del legislador con la seguridad jurídica en materia de elección de ley – al establecer como criterio preferente la elección expresa – la riqueza de la realidad práctica impone límites a su acción, momento en que la norma abstracta gana importancia, actuando a partir de la modelación del juzgador.

La regulación subsidiaria del contrato se caracteriza por la utilización de lo que el Profesor Parra–Aranguren denomina las No Rules. Estas, son disposiciones que no consagran factores de conexión específicos y rígidos como los de las concepciones clásicas, pero simplemente enuncian un principio que queda al arbitrio del juez que examina el caso concreto y determina, caso por caso, la ley aplicable.²⁷⁰

²⁷⁰ PARRA ARANGUREN, G. *Curso General de Derecho Internacional Privado* (Problemas selectos y otros estudios). Caracas: Ed. Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992. p. 262, *apud*, GIRAL PIMENTEL, J. A. *La teoría de las vinculaciones: el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad*. Caracas: Publicaciones jurídicas venezolanas, 2007. p. 2.

Pero, qué es algo <<evidente>>, sino un término lleno de subjetividad? Lo que es evidente para uno, no necesariamente lo es para otro. Tal hecho mina completamente la previsibilidad en cuanto a ley aplicable al contrato, quedando la materia al albedrío exclusivo del juez.²⁷¹

Además, es importante considerar que del contrato (clausulado) pueden desprenderse un buen número de elementos y no sólo uno. Y aunque todas las cláusulas deban ser consideradas en su conjunto, conforme impone el artículo 7, ¿atribuirá el juez, en su análisis subjetivo, la misma importancia a todas ellas?

Para contestar la pregunta, imagínese la entrega de un mismo caso a jueces distintos. En este supuesto, ciertamente

²⁷¹ Para HERBERT, R., la opción por la palabra <<evidente>> y no <<notoria>> o <<inequívoca>> parece deberse a la necesidad de aclarar el carácter realista de la voluntad, además de excluir la facultad de elección por cualquier otra persona que no sea una de las partes. HERBERT, R. *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, año 1, nº 1, p. 53, 1994. Sin embargo, dicha opción terminológica no parece suficiente para el alcance del objetivo supuestamente pretendido.

otorgarían status distintos a idénticas o similares cláusulas contractuales, con lo que solo resta a los destinatarios de la norma, esperar a una relativa homogenización del pronunciamiento jurisdiccional a partir de la conformación jurisprudencial.

Lo cierto es que la elección de un determinado foro, pese a ser un elemento a tener en cuenta, no deberá entrañar necesariamente, según la Cidip – V, la elección del derecho material aplicable.²⁷²

En la Cidip – V, la formula relativa a que la elección del foro por las partes no

²⁷² Conforme a la parte final de su artículo 7: “... *La elección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.*” Para WEINBERG, I. M., la introducción del apartado 2º del art. 7 obedeció a una inquietud de la delegación de México. Dada la proximidad de ese Estado con los Estados Unidos y la fluidez de sus negocios, es habitual en la contratación binacional la inserción de una cláusula de elección del tribunal competente. Para la delegación de México era de suma importancia que no se entendiera – en la aceptación de un tribunal de los Estados Unidos – el sometimiento a legislación de ese país. WEINBERG, I. M. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Bueno Aires: Depalma, 2004. p. 259.

supone elección del derecho aplicable también se flexibilizó, al admitirse ahora tal posibilidad con la fórmula de que la citada elección de foro no implica «necesariamente» la elección del derecho aplicable (art. 7 párrafo 2).²⁷³

Aquí, la Cidip – V demuestra sintonía con el más moderno entendimiento sobre la cuestión, puesto que no desprecia la elección del foro como importante elemento a ser valorado a la hora de determinarse la voluntad tácita, pero tampoco le atribuye fuerza para, por sí sólo, fijar la ley aplicable. De tal modo, al igual que el Reglamento Roma I, la Cidip – V se aleja de la aceptación de la voluntad meramente hipotética, a partir de la negación del “legeforismo” o “*qui eligit iudicem, eligit ius*”.

Positiva es la postura del marco interamericano en este sentido, habida cuenta de que la presunción teñida por el “legeforismo” atiende mucho más al Tribunal competente, que puede aplicar su propio derecho sustantivo, que a la búsqueda de la voluntad real.

²⁷³ MIRALLES SANGRO, P. P. op. cit., p. 120.

Además, el “legeforismo” va en contra también de la esperada seguridad jurídica, toda vez que reduce la previsibilidad en cuanto a la ley aplicable al contrato, puesto que esta puede variar al depender del tribunal que se defina como competente.²⁷⁴

Así, la Cidip – V evita la llamada <<injustificada primacía valorativa a favor de la *lex fori*>>,²⁷⁵ pero sin dejar de atribuir a este elemento su importancia como uno de los factores a ser valorado en la hipótesis de defecto de elección.

Aparte de esto, la fijación de la ley dependerá de la evaluación de los hechos a partir de la óptica del juzgador, es decir, según los <<elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato>>.

Se establece así, la fórmula habitual del principio de proximidad, con la referencia a los llamados en la Cidip – V <<vínculos más estrechos>>.

²⁷⁴ Con el “legeforismo” se pierde previsibilidad en la ley aplicable, pues los protagonistas de la contratación internacional nunca pueden saber, *a priori*, si la ley aplicable al contrato será la designada por la norma de conflicto positiva o la ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del caso. CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., p. 55.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 55.

6.2. La actuación supletoria del criterio de los vínculos más estrechos en los supuestos de defecto de elección

¿Qué hacer cuando las partes no actúan en el sentido de elegir la ley aplicable a la relación contractual, o cuando, aunque eligiendo, no lo hacen de manera válida?

La adopción del principio de la autonomía de la voluntad impone el establecimiento de un sistema dualista, en el sentido de que habrá de prever disposiciones subsidiarias, para el caso de que las partes no hayan ejercido – al menos de forma válida – el derecho subjetivo de elegir el derecho objetivo aplicable al contrato internacional²⁷⁶.

En este sentido, la Cidip – V se ha afiliado a un criterio que busca identificar el país más conectado al supuesto

²⁷⁶ ALBORNOZ, M. M. *Los contratos en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina*. Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. Culturas e Sistemas Jurídicos Comparados. p. 10. <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20020905/pdf/1-54p.pdf>. Acceso en: 28 ene. 2011.

internacional o, en sus términos propios: <<el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos>>.²⁷⁷

La aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, consagrando el <<factor proximidad>> como elemento suplementario en el sistema de determinación de la ley aplicable trazado por la Cidip – V, fue utilizado por primera vez en una convención interamericana.

También conocida como principio de proximidad, la regla de conexión de los vínculos más estrechos es un ejemplo de la circulación más abierta de ideas, dirigida a la aplicación de una ley que indique un resultado más adecuado al caso concreto.²⁷⁸

En la hipótesis de ausencia de elección expresa por las partes, cuando no sea posible la identificación de la voluntad

²⁷⁷ Artículo 9 de la Cidip – V.

²⁷⁸ En ese sentido, MAEKELT, T. *La Flexibilización del Contrato Internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. In: BORBA CASELLA, P. *Dimensão Internacional do Direito*. São Paulo, 2000, *apud*, ARAUJO, N. op. cit., p. 82. La doctrina también suele llamarlo de criterio de *proper law* o *the most significant relationship* o aún de <<criterio de localización objetiva>>.

subjetiva de los contratantes, o el ulterior consenso,²⁷⁹ tendrá actuación supletoria el criterio de los vínculos más estrechos – no existiendo una previa designación cerrada a seguir, como en Roma I²⁸⁰ –, que deberá determinar el derecho del Estado con el cual el contrato mantiene una mayor conexión.

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 tiene en cuenta los vínculos más estrechos con un ordenamiento jurídico determinado para el supuesto de que las partes no hubieran elegido el derecho aplicable.²⁸¹

Así, frente a la imposibilidad de determinación de la ley aplicable a partir de la identificación de la voluntad de las partes, el legislador opta directamente por un criterio de proximidad – diferentemente de Roma I –, que deberá fundarse

²⁷⁹ La autonomía conferida a las partes por la Cidip –V permite también que ellas, por ejemplo, alteren la norma anteriormente elegida, cuestión será desarrollada aún en este capítulo.

²⁸⁰ Artículo 4, apartado 1, de Roma I. Cumple recordar que, como ya visto, aunque existiendo en Roma I una previa designación cerrada, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1, se aplicará la ley de este otro país.

²⁸¹ Sobre la cuestión, leer WEINBERG, I. M. op. cit., p. 257.

en todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, así como en los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

Aquí la Cidip – V, una vez más, abre el paso al arbitrio del juzgador, que será el responsable de atribuir la valoración que convenga entender a cada uno de los elementos del contrato, momento en que, ciertamente, podrá encontrar en un supuesto multiconectado, razonamientos que lo lleven al derecho de más de un Estado.

“En los contratos comerciales multinacionales se advierte una mayor deslocalización del negocio, a causa de que no aparece integrado a la esfera social de un país y porque el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamento, su vinculación más estrecha

con un lugar determinado sino con varios concurrentemente”.²⁸²

Es decir, la Cidip – V reclama la identificación de todos los elementos subjetivos y objetivos que se desprendan del contrato para la identificación del Estado que guarde mayor proximidad con el caso concreto, pero sin indicar cuáles son dichos elementos, tarea que parece haber tocado, en primera mano, a la doctrina.

Para SIQUEIROS, J. L., se entiende por elementos objetivos a aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo, como la nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia habitual o mismo el lugar de celebración del contrato.²⁸³

Los antecedentes más lejanos de esta regulación subsidiaria del contrato se encuentran en los desarrollos

²⁸² BOGGIANO, A. op. cit., p. 720.

²⁸³ Sobre la cuestión, leer SIQUEIROS, J. L. *Ley aplicable en materia de contratación internacional*. Proyecto de Convención Interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional, OEA/Ser. Q.\CJI/RES. II – 6/91\31 de julio 1991. pp. 28–29. Así, el intérprete habrá que ponderar sobre todas las conexiones que el contrato pueda presentar.

jurisprudenciales de los Estados Unidos.²⁸⁴ Sus concepciones influyeron en la legislación y en el proceso de codificación internacional europeo.²⁸⁵

Así que, el criterio de los vínculos más estrechos, no es ciertamente novedoso en el derecho comparado, pero se trata de una flexibilización notable respecto del criterio de localización

²⁸⁴ En *Auten vs. Auten* (1954) los Tribunales de Nueva York aplicaron la Ley de Inglaterra (ley del domicilio conyugal, de la nacionalidad de las partes y del domicilio de los hijos) al cumplimiento de un contrato de separación entre esposos celebrado en Nueva York 14 años antes del juicio, no obstante el hecho de que Nueva York era además el domicilio de una de las partes en el momento del litigio y el lugar del pretendido cumplimiento del contrato. El precedente dio origen a lo que se conoce como la teoría del <<centro de gravedad>> o <<agrupamiento de contactos>> toda vez que, en su decisión, el juez competente expresó que los casos más recientes no atendían únicamente al lugar de celebración o cumplimiento del contrato sino a la ley del lugar en donde reside el centro de gravedad del asunto en disputa o los <<contactos más significativos>> de la misma.

²⁸⁵ Este criterio es lo mismo establecido en el *Restatement of Conflict of Laws Second*, Sección 188, párrafo 187. MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 649.

de la prestación característica privilegiada en el sistema de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.²⁸⁶

Sin embargo, aunque estén basados los dos instrumentos – Roma I (en cuanto sucesor del Convenio de Roma) y la Cidip – V – en el régimen jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no se puede dejar de señalar que, en los supuestos de ausencia de elección, los dos instrumentos presentan diferencias a la hora de aplicar el criterio subsidiario de los vínculos más estrechos.

Así, al contrario que en el Convenio de Roma, en la Cidip –V, en lo referente a la conexión subsidiaria a la elección del derecho aplicable por las partes, se aligeró sustancialmente la redacción del precepto suprimiendo lo relativo a la «prestación característica»,²⁸⁷ al entender plenamente

²⁸⁶ Conforme HERBERT, R.; FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *Flexibilización teleológica Del DIP latinoamericano*. In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max – Planck – Institut. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002. p. 71.

²⁸⁷ La teoría da <<prestación característica>> es atribuible al profesor suizo Schnitzer. De acuerdo con ella, en los contratos sinalagmáticos con lugares

satisfactoria para los objetivos convencionales, las referencias al derecho del Estado con el que se tiene los «vínculos más estrechos».²⁸⁸

Mucho se discutió, primero en la Reunión de Expertos de Tucson, y luego en la Conferencia de México, sobre la metodología conflictualista a ser adoptada por la Cidip – V: la adopción de una pauta

de cumplimiento sometidos a legislaciones diferentes hay que atenerse al lugar de cumplimiento de la <<prestación característica>>. De tal modo, por ejemplo, en un contrato de compraventa de mercadería, la prestación característica es la entrega de la mercadería. Así, el lugar de cumplimiento de la entrega de la prestación característica determina la ley aplicable al contrato. WEINBERG, I. M. op. cit., p. 261. Aún más objetiva fue FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., según la cual la prestación característica se trata, sencillamente, de aquella prestación que distingue a cada contrato de los demás. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Bueno Aires: Editorial Universidad, 2000. p. 357.

²⁸⁸ MIRALLES SANGRO, P. P. op. cit., pp. 120–121. El Convenio de Roma también ha utilizado el criterio de los vínculos más estrechos, aunque su aplicación ahí tuviera un semblante más cerrado se comparado a la Cidip – V, una vez que pretendía indicar la prestación característica de algunos contratos.

más o menos mecánica de localización del contrato, fundada en la prestación característica, o la sustitución de esas por criterios valorativos apreciables por el juez en cada caso concreto. Allí se puso en tela de juicio la posición algo errática del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980, el cual, luego de inclinarse por la primera alternativa estableciendo presunciones objetivas en sus párrafos 2,3 y 4, modifica esa estructura mecánica de localización en el último párrafo (5), al permitir el descarte del sistema de presunciones o en términos exactos: “cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presente lazos más estrechos con los de otro país”. En síntesis, lo que pasa en la práctica es que el principio que aparece como residual (vínculos más estrechos), en realidad, es el eje central del dispositivo toda vez que puede sobreponerse al sistema de presunciones.²⁸⁹

²⁸⁹ HERBERT, R.; FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *Flexibilización*

Ahora bien, el artículo 9 de la Cidip – V menciona también que, en defecto de elección, el tribunal deberá considerar, además de todo, los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

Aquí, en alguna medida, se abre camino hacia otro punto controvertido en el Derecho Internacional Privado: la cuestión de la *lex mercatoria*.

6.3. La posibilidad de determinación de norma no-estatal como rectora del contrato

Al tratar de la posibilidad de elección de un ordenamiento no estatal, también cesa la afinidad entre el Reglamento Roma I y la Cidip – V.

Eso porque, diferentemente de Roma I,²⁹⁰ y no obstante las numerosas críticas a su aceptación, la Cidip – V parece

teleológica Del DIP latinoamericano. In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. op. cit., p. 71.

²⁹⁰ Pese a que la Propuesta de Reglamento Roma I, en su artículo 3.2., previa la posibilidad de que las partes eligieran como ley aplicable principios y

consentir la elección de una norma no-estatal <<*lex mercatoria*>> como ley aplicable a la obligación contractual, a ejemplo de los principios *UNIDROIT*.

Al utilizar la expresión “derecho aplicable” en lugar de hablar de “ley aplicable” ya desvela, según SILVA ALONSO, R., el deseo de englobar las prácticas, los usos comerciales y a los principio generales del derecho mercantil, incluso la *lex mercatoria*.²⁹¹

Es lo que se desprende del tenor de varios fragmentos de la Cidip – V, a saber:

“Artículo 9: (...). El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. (...).”

normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria, Roma I no cristaliza dicha facultad.

²⁹¹ SILVA ALONSO, R. *La ley aplicable a los contratos internacionales*. In: SAN MARTINO DE DROMI, L. et al. op. cit., p. 105.

“Artículo 10: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

La Cidip – V, en sus artículos 9 y 10, admite que, a falta de elección expresa, el tribunal aplique los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, así como las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, como también los usos y prácticas comerciales de general aceptación.²⁹²

Además de los artículos 9 y 10, merece destacarse también el dato aportado por el artículo 3 que, consciente del dinamismo que caracteriza la actividad mercantil, deja la puerta abierta a las nuevas praxis al enunciar que las normas de la

²⁹² Esta incorporación parece una reacción a las críticas al Convenio de Roma de 1980, que excluía la *lex mercatoria*. JUENGER, F. K. *The inter.American Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons*. The American Journal of Comparative Law, 1992. v. XLII. n° 2. p. 383 *apud* WEINBERG, I. M. *op. cit.*, p. 258.

Convención se aplicarán con las adaptaciones necesarias y posibles a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

“Artículo 3: Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.”

Los tres dispositivos (artículos 3, 9 y 10) responden a una misma finalidad, aunque estén destinados a cubrir perspectivas distintas: El artículo 3 se refiere a la interpretación de las normas de la propia Cidip – V; el artículo 9 a la determinación formal del derecho aplicable al contrato y el artículo 10 a la interpretación de las disposiciones de cada contrato en cuestión.²⁹³

Así pues, admite la Cidip – V la aplicación de las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como de los usos y prácticas comerciales de

²⁹³ Consultar HERBERT, R.; FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *Flexibilización teleológica Del DIP latinoamericano*. In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. op. cit., p. 73.

general aceptación, con la finalidad de garantizar para el caso concreto la materialización de los ideales de justicia y equidad.

Resultarán de gran utilidad al tráfico mercantil internacional al que se le aplique la Cidip – V, las remisiones y referencias que se realizan a la *lex mercatoria* y a la práctica mercantil internacional en general. Esas remisiones para la correcta consideración del derecho aplicable, lo son a «los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales» (art. 9, párrafo 2° *in fine*) y a las «normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación» y a la «justicia y a la equidad en la solución del caso concreto» (art. 10).²⁹⁴

²⁹⁴ Conforme enseña MIRALLES SANGRO, P. P. op. cit., p. 121. La admisión de la *lex mercatoria* por la Cidip – V se debió a la proposición que hiciera, en la Conferencia de México, el Delegado venezolano, Dr. Gonzalo Parra–Aranguren, quien fundamentó su recomendación en la imposibilidad de que los tratados, las legislaciones y la jurisprudencia avancen con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos comerciales, así como los principios generales del derecho. Informe del Relator de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional, celebrada en Tucson, Arizona, noviembre de 1993. OEA/Ser K/XXI CIDIP – V/14/93, 30–12–93, pp. 204–205.

Según FRIEDRICH K. JÜENGER, los Principio *UNIDROIT* forman una codificación supranacional de derecho convenido,²⁹⁵ que por cierto pueden servir de referencia para la legislación a nivel nacional o internacional, como en el caso, a nivel internacional, de la Cidip – V. Ahí la Organización de los Estados Americano ha logrado avanzar hacia la unificación legislativa en el continente americano, cristalizando la posibilidad de utilización de las nuevas praxis internacionales consolidadas en los Principios *UNIDROIT*.

El derecho uniforme del comercio internacional encuentra un sólido pilar en la iniciativa del *UNIDROIT*, atendiendo mejor a las exigencias del tráfico internacional, sin todavía llevar al abandono del sistema conflictual (porque no se encuentra hoy suficientemente desarrollado para sustituirlo).²⁹⁶

De tal modo, en definitiva, según los términos de la Cidip – V, el contrato puede no estar enmarcado en un ordenamiento jurídico determinado, sino en la costumbre comercial internacional. Sin embargo, no se puede ignorar que la posible adopción de contenido no estatal dependerá siempre

²⁹⁵ ROMERO, F., op. cit. p.172.

²⁹⁶ ALVARADO HERRERA, L. et. al. op. cit., p. 21.

de la determinación del tribunal, conforme se puede deducir de la lectura de los artículos supra mencionados.

La posibilidad de aplicación de contenido no estatal como ley aplicable debe ser considerada parcial, en la medida que admite la aplicación de los usos y costumbres comerciales únicamente por decisión del tribunal y no por elección de las partes.²⁹⁷

De tal modo, diferentemente de lo que pueda parecer a primera vista, en la Cidip –V, la autonomía para la determinación de una ley no–estatal será exclusivamente del tribunal que conoce del asunto, actuando en defecto de elección.

7. Amplitud de la autonomía conferida a las partes

A la hora de elegir la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Cidip – V, al igual que el Convenio de Roma y su sucesor (Roma I), ofrece a los contratantes múltiples opciones como, como por ejemplo, que la elección sea expresa o tácita.

Pero, como en Roma I, la amplitud de la autonomía conferida por la Cidip – V no acaba ahí. Según la Cidip – V,

²⁹⁷ WEINBERG, I. M. op. cit., p. 258.

será igualmente posible el *dépeçage*, la posterior elección de la ley regente del contrato, o incluso la elección de una ley sin relación alguna con el negocio, como veremos a continuación.

7.1. La posibilidad del *dépeçage*

La previsión de fraccionamiento legal del contrato, muy común en los contratos de desarrollo económico o en el campo de la cooperación industrial – especies contractuales a su vez muy comunes en el ámbito de la contratación internacional – también fue contemplada por la Cidip – V.²⁹⁸

La permisión para el *dépeçage* se puede encontrar en la Cidip – V al menos en tres momentos:

Primero momento: en el artículo 7, al expresar: “*El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. (...) Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.*”

Segundo momento: en el artículo 8: “*En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede*

²⁹⁸ El Convenio de Roma, a través de su artículo 3, ya preveía la posibilidad del *dépeçage*, así como la Convención de la Haya de 1985, por su artículo 7. MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 648.

sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente (...)”.

Tercer momento: en el artículo 9: “(...) *No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.*”

Al facultar a las partes la posibilidad del *dépeçage*, la Cidip – V deja claro su intención de conferir a los Estados Partes un alto grado de autonomía, siguiendo por un lado el entendimiento de su principal precursor en Europa (el Convenio de Roma),²⁹⁹ y por otro, alejándose del contenido de los Tratados de Montevideo, que en ninguna hipótesis admitirían tal prerrogativa.

Importa señalar que, la posibilidad de desmembramiento legal del contrato en la Cidip – V, no está circunscrita al todo o a una sola parte del contrato. No. La amplitud de la previsión del instituto permite que un mismo contrato sea gobernado

²⁹⁹ Roma I, al igual que en Convenio de Roma y la Cidip – V, como ya hemos visto, también confiere a las partes la posibilidad del fraccionamiento legal.

simultáneamente por ordenamientos distintos,³⁰⁰ siempre que no haya superposición de normas a una misma parte del contrato.

7.2. La posibilidad de ulterior alteración de la norma elegida

Denotando una vez más su fidelidad a los principios autonomistas, la Cidip – V autoriza a las partes a renovar la ley rectora del contrato, sea ésta producto de la elección o no.³⁰¹

En este sentido, dice la Cidip – V, en su artículo 8: *“En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes.”*

³⁰⁰ Los contratantes, simplemente, disponen de la facultad de elegir una ley única reguladora del contrato, o de elegir varias leyes aplicables al mismo contrato. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit., p. 14.

³⁰¹ Dicha autonomía también está reflejada en el Convenio de Roma y en Roma I, así como en la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980. Las diferencias textuales en cuanto a la posibilidad de alteración del derecho aplicable entre los instrumentos mencionados, no quitan la identidad de la idea entre ellos, una vez que no afectan al fondo de la cuestión.

El texto legal parece claro al enunciar que la posibilidad de posterior alteración de la ley aplicable no está limitada a los supuestos de elección por las partes. Es decir, aunque la ley rectora haya sido definida a partir de criterios subsidiarios, como por ejemplo, el de los vínculos más estrechos, será válida la sustitución del derecho aplicable por otra ley ulteriormente concertada por las partes.

Ahora bien, no se puede ignorar que la ulterior alteración de la ley elegida puede llevar a consecuencias en lo concerniente a la validez del contrato, así como en relación a lo derecho de terceros.

Ante el riesgo de que la nueva ley aplicable no admita la validez formal del contrato, o afecte negativamente a los terceros de buena fe que nada tienen que ver con la alteración en cuanto a la ley aplicable, la Cidip – V, en la parte final del artículo 8, añade que: *"(...) dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros"*.

Así pues, la Cidip – V admite el ulterior acuerdo de los contratantes en cuanto al ordenamiento que va a juzgar sus pretensiones, aunque sea un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente. Sin embargo, dicha determinación,

totalmente coherente con la adopción del principio de la autonomía, no afecta la validez formal del contrato original, ni los derechos de terceros, los cuales no tienen por qué sufrir las consecuencias de este nuevo acuerdo.

Para MONROY CABRA, M. G., este principio (el que permite la ulterior alteración de la ley aplicable al contrato) es una consecuencia natural de la autonomía de la voluntad.³⁰² No obstante, como el contrato está produciendo efectos jurídicos, se deja a salvo su validez formal y los derechos que, en su virtud, hayan podido adquirir los terceros.

7.3. La posibilidad de elección de un derecho sin cualquier conexión con el contrato

En este contexto, merece señalarse también que, según se desprende de los dispositivos en análisis, en cuanto a la extensión del derecho aplicable, confiere la Cidip – V la

³⁰² MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 648. De este modo, al mismo tiempo que se confiere a las partes el ejercicio pleno de su voluntad, se protege, en paralelo, el ato jurídico perfecto.

posibilidad de elección de una ley neutral, o sea, sin cualquier conexión o proximidad con la relación contractual.³⁰³

De este modo, la Cidip – V privilegia los intereses materiales de las partes, permitiendo que estas busquen el Derecho que mejor les conviene, potenciando así las transacciones internacionales al incrementar el factor previsibilidad.³⁰⁴

“Las partes pueden elegir el Derecho más adecuado para el contrato de que se trate. Este puede ser, ad ex., el Derecho del país con el que, al menos uno de los contratantes, este más familiarizado, el Derecho que rija la mayoría de los contratos concluidos por una empresa (= estandarización que tiene, como finalidad,

³⁰³ En este sentido consultar CASTRO, L. P. *Introducción a La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, ano XXX, n° 4, p. 772, 1994.

³⁰⁴ Sobre la cuestión recordar el punto 3 del capítulo I, que trata de los “Fundamentos de la consideración del principio de la autonomía de la voluntad como punto de conexión: aspectos favorables y desfavorables.”

ahorrar costes de transacción); el Derecho de un país que regule de manera técnicamente más perfecta determinado tipo contractual o incluso un Derecho neutral (neutrales Recht) –es decir, el Derecho de un Estado que no se corresponde con la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de los contratantes o con el que ninguno de ellos tienen relación de ningún tipo–”.³⁰⁵

Así, sería posible, por ejemplo, someter determinado contrato relacionado con la negociación de petróleo, al ordenamiento de Venezuela, suponiendo su mayor especialización en el tema o someter todos los negocios de una determinada empresa brasileña a la legislación argentina, aunque las partes no mantengan ninguna conexión con dicho ordenamiento.

Tal posibilidad, sin embargo, no está libre de críticas. Sus detractores argumentan que, frente a la desproporción de fuerzas entre los protagonistas de una relación contractual, habrá siempre el riesgo de que una de las partes imponga el derecho

³⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.-L. op. cit., p. 60.

que le conviene en detrimento del interés de la contraparte, hecho que causa especial preocupación en el ámbito americano al considerarse las disparidades económicas de los países del continente.³⁰⁶

8. Límites a la aplicación de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional

No obstante el acentuado margen de libertad conferido a las partes por la Cidip – V, al igual que Roma I, también se verifica en ella la presencia de cláusulas limitativas de la autonomía, siendo irrelevante a esos efectos si la voluntad se ha manifestado de manera expresa o tácita.

8.1. Las disposiciones imperativas del derecho del foro

Es lo que ocurre con las llamadas *mandatory rules* o <<disposiciones imperativas del derecho del foro>>.

Aunque clave del sistema normativo de la Cidip – V, al principio de la autonomía de la voluntad se le imponen

³⁰⁶ Sin embargo, tales efectos podrán ser limitados por las normas de orden público.

limitaciones, en una especie de reserva de soberanía del poder de jurisdicción.

En este sentido, el artículo 11 de la Cidip – V establece: “*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.*” Y sigue: “*Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*”

Luego, cualquiera que sea el derecho aplicable al contrato – ya sea por elección de las partes o por remisión de las normas indirectas –, su aplicación queda encuadrada en las normas imperativas del tribunal que entiende del litigio.³⁰⁷

8.2. La excepción de orden público internacional

El artículo 18 de la Cidip – V, dice, *in verbis*: “*El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.*”

³⁰⁷ WEINBERG, I. M. op. cit., p. 266.

La función del orden público es la de un remedio jurídico, que actúa en el sentido de no permitir la aplicación de una ley extranjera, siempre que dicha aplicación tenga por efecto perjudicar los principios fundamentales del ordenamiento del país que en teoría tendría que aplicarla.

Las partes pueden, pues, elegir libremente el derecho que regulará el contrato. Si bien el tribunal debe aplicar su propio orden público internacional. De tal modo, el derecho elegido se encuentra limitado por el orden público internacional en la Cidip – V, tal y como fue aprobado en la Reunión de Expertos de Tucson.³⁰⁸

El tratamiento convencional de las *normas imperativas y del orden público* (art. 11), quedó tal y como fue aprobado en la Reunión de Expertos. Lo mismo ocurrió con la excepción de

³⁰⁸ El delegado de México destacó que las normas imperativas son aquellas que resultan en razón del orden público tradicional interno, y por lo tanto derogatorias, correspondiendo a la autonomía de la voluntad de las partes. Así, las normas imperativas no eliminaban la autonomía, sino la derogaban en algunos aspectos. Sin embargo, el Profesor Jacob Dolinger, uno de los delegados de Brasil en la Convención de Especialistas de Tucson, estuvo en desacuerdo con esta posición, pues, para él, el orden público y las normas imperativas integran la misma categoría.

orden público al aprobarse como art. 18 el mismo ordinal del Proyecto de Tucson.³⁰⁹

Sin embargo, de la redacción del artículo parece desprenderse el riesgo del no cumplimiento de la voluntad real del legislador, pues, al garantizar la exclusión del derecho <<y no sólo del dispositivo contrario al orden público>>, abre la puerta al rechazo de la ley pactada por las partes.

Desde luego no parece ser esta la intención del legislador, porque, si la Cidip – V admite el *dépeçage*, no hay razón para creer que quiso excluir la aplicación del ordenamiento elegido como un todo.

8.3. La admisión (o no) de los contratos sin ley

Como ya comentado, la Cidip – V no se aviene con la posibilidad de elección por las partes de normas no-estatales.³¹⁰ De ese modo, la existencia de un contrato autosuficiente, o sea, de un contrato con contornos exclusivamente privados en lo que

³⁰⁹ MIRALLES SANGRO, P. P. op. cit., p. 121.

³¹⁰ Sobre la cuestión recordar punto 4.3. del presente capítulo.

concierna a la ley aplicable, dependería de la determinación de un tribunal.³¹¹

Eso porque el artículo 9 de la Cidip – V, aparte de otorgar al criterio de los vínculos más estrechos gran protagonismo, también cierra la puerta a los llamados “contratos sin ley” – al menos por opción de las partes – al determinar que frente a la ausencia de elección o cuando esta resulte ineficaz, deberá el contrato ser regido por el derecho “del Estado” con el cual tenga los vínculos más estrechos.³¹²

De modo que, aunque amplia, la libertad conferida por el principio de la autonomía no puede suponer la posibilidad de las

³¹¹ Tales contratos son más conocidos por la doctrina como “contratos sin ley”. Sobre los contratos sin ley consultar BERAUDO, J.-P. *Faut-il avoir peur du contrat sans loi? Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris. Paris : [s.n.], 2005. pp. 93–112 y CARBONE, S.M. *Il ‘contratto senza legge’ e la convenzione di Roma del 1980*. RDIPP, v. XIX, pp. 279–287, 1983.

³¹² Las discusiones doctrinales que antecederan la Cidip – V consideraran que dejar el contrato al albedrío incondicionada de las partes supondría un enorme riesgo para las partes más débiles de la relación contractual, como los empleados en un contrato de trabajo o los consumidores en un contrato de consumo.

partes de optar por un pacto de contornos exclusivamente privados.

No obstante, del análisis de lo dispuesto en el artículo 10 de la Cidip – V, se puede percibir que, al complementar el contenido del artículo 9, el dispositivo deja prevalecer la posibilidad de adopción de la *lex mercatoria*, cuando corresponda.

“Artículo 10: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

Como sabemos, hay autores que niegan la posibilidad de un contrato sin ley, aunque el sistema no-estatal elegido se haya fijado por el tribunal. Para ellos, no se puede admitir la

existencia de un contrato que no se relacione con ningún sistema jurídico estatal en particular.³¹³

“La posible existencia de un contrato internacional que no esté regido, como *lex contractus*, por un ordenamiento jurídico estatal supondría, como ha señalado parte de la doctrina, bien un supuesto de “inmunidad legislativa” de dicho contrato (W. WENGLER) o bien una “neutralización del poder normativo del Estado”.³¹⁴

Para esta doctrina, la posibilidad de un contrato anacional no pasa de mera conjetura, siendo absolutamente inadmisibles la materialización de una transacción comercial internacional completamente desconectada de un ordenamiento

³¹³ Conforme BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit International Privé*. 7. ed. Tomo II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983. pp. 262–263.

³¹⁴ MAYER, P. *La neutralization du pouvoir normative de l'Etat en matiere de contrats d'Etat*. JDI Clunet, 113, pp. 5–78, 1986.; WENGLER, W. *Immunité législative des contrats multinationaux*. RCDIP, 60, pp. 637–661, 1971, *apud*, CALVO CARAVACA, A.–L. *op. cit.*, p. 80.

estatal. No obstante, no se puede desconocer la apertura dada por la Cidip – V para la determinación de la ley aplicable por el tribunal que conoce del caso.

8.4. La obligatoriedad de elección de un derecho vigente

Pacifico también el entendimiento de que no se puede elegir derecho que no esté vigente. De tal modo, cuando la Cidip – V enuncia que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, se debe entender como “derecho” al conjunto de normas jurídicas vigentes en un Estado.

No debe olvidarse que el sistema legal de un Estado es algo dinámico. De suerte que, al elegirse un ordenamiento estatal, se está eligiendo todo el sistema legal del mismo, siendo aplicables al contrato las normas vigentes al momento en que se reclama su aplicación. Es decir, la ley aplicable deberá acompañarse de todos los cambios legislativos posteriores a su elección.

La elección de la ley aplicable está circunscrita a los ordenamientos en vigor, de manera que no se puede pactar por la aplicación del derecho romano, ni tampoco congelar el derecho de un país en el momento de la firma del contrato,

estableciendo así su aplicación en ese Estado sin considerar eventuales modificaciones.³¹⁵

Sin embargo, es importante aclarar que no hay en la Cidip – V restricción alguna a la llamada incorporación por referencia. Luego, si las partes quieren incorporar una norma de un Derecho estatal en su redacción en aquél momento – sin sus futuras modificaciones –, pueden hacerlo incorporando su contenido como una cláusula del contrato. En esta hipótesis, todas las cláusulas del contrato se aplican en los límites permitidos por el derecho aplicable, que entra a jugar de forma subsidiaria en aquellas cuestiones no previstas contractualmente.³¹⁶

9. La exclusión del reenvío

La Cidip – V, en su artículo 17, establece que debe entenderse como derecho elegido por las partes aquel vigente en un Estado, pero con exclusión de sus normas relativas a los

³¹⁵ WEINBERG, I. M. op. cit., p. 257. Lo expuesto se refiere a la autonomía conflictual, pues, en el ejercicio de la autonomía material, cuando se opta por un determinado ordenamiento estatal, deberá este quedarse plasmado de forma estática en el contrato.

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 258. Sobre la cuestión recordar el punto 2.5. del capítulo I.

conflictos de leyes, pues, la consideración de estas podría someter el supuesto a la ley de un tercer Estado, en perjuicio de la voluntad real de las partes.

Así, enuncia el artículo 17 de la Cidip – V: *“Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.”*

Con su redacción, el artículo que comentamos define “derecho” como “el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, indicando de manera clara la opción de la Cidip – V de eliminar cualquier riesgo de reubicación de la ley aplicable por fuerza de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado del sistema estatal elegido.³¹⁷

Todo ello porque, en general, cuando las partes eligen un derecho, lo hacen por entender ser aquel el que más les conviene, consideradas las peculiaridades del caso. Luego, no sería razonable la aplicación las normas conflictuales del

³¹⁷ Sobre la cuestión consultar MONROY CABRA, M. G. op. cit., p. 653. En el mismo sentido, es decir, también habían optado por la exclusión del reenvío, la Convención de Roma (artículo 15) y la Convención de la Haya (artículo 15).

derecho elegido, toda vez que estas podrían llegar a someter el contrato al derecho de un tercero Estado, alejando el supuesto de la pretensión de las partes.

Además, ha de tenerse en cuenta que la esperada rapidez y seguridad de las transacciones comerciales de hoy no se aviene con la admisión del reenvío.³¹⁸

Así pues, de los términos de la Cidip – V se desprende que, cuando pura y simplemente se elige un determinado derecho, se está eligiendo el derecho interno material y no el derecho internacional privado de ese país, evitándose así la manifestación del reenvío.

10. Conclusión

Es un hecho: la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, de 17 de marzo de 1994, apuesta por la instauración del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional interamericana de manera muy amplia.

³¹⁸ SILVA ALONSO, R. *La ley aplicable a los contratos internacionales*. In: SAN MARTINO DE DROMI, L. et al. op. cit., p. 6.

Con la Cidip – V, el legislador confiere a las partes el poder y la responsabilidad de la elección del derecho aplicable a la relación contractual, y asimismo el de no hacerlo. De hacerlo de antemano o de elegirlo una vez suscitada la controversia. De elegir un derecho que nada tuviese que ver con el tema del contrato (neutral) o incluso de optar por un derecho para unas cuestiones y otro derecho para otras.³¹⁹

Ahora bien, si por un lado, la adopción del criterio de la libertad de elección de la ley aplicable por la Cidip – V intenta aproximar los países del medio interamericano al entendimiento mayoritario sobre el tema, por otro, genera la obligación de dotar de efectividad dicho instrumento.

Hoy por hoy, la realidad interamericana en la materia es de absoluta incertidumbre, hecho que no se corresponde con los compromisos elocuentemente asumidos por muchos países de aquel continente, cuyos representantes no pueden, o al menos no deberían, hacer discursos que luego no se siguen de la práctica.

³¹⁹ SILVA ALONSO, R. *La contratación internacional en América*. In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max – Planck – Institut. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002. p. 30.

De eso depende el paulatino incremento de las transacciones comerciales en América.³²⁰

Pese a las diferencias entre los escenarios europeo y americano, la decisión de adoptar el marco conflictual europeo como referente de la Cidip – V pareció acertada, principalmente por convertir sus signatarios en *partners* “más atractivos” en un ambiente de creciente competitividad. Y aquí el principio de la autonomía juega un papel de gran relevancia.

No ha porque promover la discusión de nuevos diplomas legales para que se

³²⁰ Mientras no haya firma y ratificación del instrumento al menos por la mayoría de los Estados americanos – incluidas las economías más pujantes de esta región – la pretendida armonización resultará inviable.

Los países latinoamericanos, mayoría en la OEA, deben aprovechar este foro, que ha servido para modernizar sus sistemas de DIPr, para buscar denominadores comunes en cada uno de los sectores del DIPr. El día que la integración latinoamericana llegue, deberá encontrar los mecanismos jurídicos ya preparados. Deben también establecer mecanismos prácticos a fin de fijar posiciones comunes hacia dentro y hacia fuera de la Organización y trabajar para que los resultados de las conferencias se concreten en cada Estado mediante la ratificación de las convenciones. FERNANDÉZ ARROYO, D. P. op. cit., p. 323.

llegue al resultado que la Convención ya ha alcanzado, lo cual, incluso, está consagrado por la doctrina especializada. Está claro que la adopción de la Cidip – V representa la posibilidad de una solución rápida para un problema creciente en las relaciones entre los agentes económicos y su aplicación facilitará las trocas comerciales internacionales.³²¹

Y aun así, en los casos en los que la Cidip – V se distancia del marco europeo, lo hace a partir de una perspectiva más actual del tema, como cuando reconoce la posibilidad de determinación de una norma no-estatal como rectora del contrato.³²²

Aparte de eso, con la adopción del criterio de los vínculos más estrechos, la Cidip – V se inclina por un modelo para la determinación de la ley aplicable más flexible, hecho que

³²¹ ARAUJO, N. op. cit., p. 84.

³²² Aunque no por elección de las partes y si por determinación del tribunal que conoció del caso.

ha supuesto una novedad para el sistema conflictual latinoamericano.

Con la llegada de la Cidip – V, el sistema de Derecho Internacional Privado latinoamericano pasa a conferir al juez una responsabilidad mucho más grande de la que hasta entonces se le había otorgado, hecho que, por un lado, puede aproximar la determinación de la ley aplicable a padrones mínimos de coherencia (por privilegiar el criterio de proximidad), pero que también abre la puerta a los riesgos sobrevenidos de inseguridad jurídica, en razón de la imposibilidad de prever la conducta humana y sus consecuencias.

Ahora bien, aunque el principal desafío del momento sea la firma y ratificación de la Cidip – V por los países americanos, tampoco se puede ignorar el hecho de que se trata de un instrumento mejorable. En este sentido, dos puntos merecen destacarse especialmente:

- El carácter cerrado de la Cidip – V: de la manera que fue concebida, la Cidip – V reviste un carácter “cerrado”, pues su observancia se dirige sólo a los

Estados ratificantes, razón por la cual su ámbito de aplicación en la práctica es evidentemente reducido³²³.

- La posibilidad de incremento de la seguridad jurídica: en este sentido, el establecimiento de criterios objetivos a la hora de identificarse los vínculos más estrechos otorgaría mayor grado de previsibilidad a las transacciones. No se trata de eliminar la discrecionalidad del tribunal, sino de reducirla. Además, la solución aportada por Roma I para los supuestos de defecto de elección (específicamente en el apartado 1 del artículo 4), a partir del previo establecimiento de *numerus clausus* para algunas situaciones específicas, también parece mejor sintonizada con el principio de seguridad que debe presidir las relaciones jurídicas.

³²³ MORENO RODRIGUEZ, J. A. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*. Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006. p.119, *apud*, PISANO, B. *La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo*. p. 8. <http://cedep.files.wordpress.com/2009/02/autonomia-de-la-voluntad-en-el-dipr-paraguay.pdf> Acceso en: 29 ene. 2011.

Sin embargo y en definitiva, la realidad parece una sola: no existe unanimidad acerca del alcance que se debe otorgar a la autonomía en materia de ley aplicable a la contratación internacional. No obstante, pese a los “entretantos” que, en honor de la verdad, forman parte de cualquier labor legislativa, la valoración de la Cidip – V es sobradamente positiva; cumple ahora dotarla de efectividad en el espacio interamericano.

TERCERA PARTE

LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

CAPÍTULO IV

EL ACOGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD POR LOS PAÍSES DEL MERCOSUR. LA POSICIÓN DE BRASIL

1. Introducción

No se puede negar el importante papel de Latinoamérica en la construcción del derecho internacional privado. Sin embargo, aunque los tratados de derecho internacional privado en Latinoamérica datan del siglo XIX, es innegable la condición de fuente primaria, en el ámbito conflictualista, de las doctrinas de origen Europeo.³²⁴

³²⁴ A título de ejemplo se puede mencionar el Código Civil de Chile (1855), que tuvo como principal fuente de inspiración el Código Civil Napoleónico en materia de obligaciones y contratos.

No obstante el principio de la autonomía de la voluntad goza de aceptación generalizada en el mundo de hoy – y de manera más pronunciada en la realidad europea – algunos de los países integrantes del Mercosur se muestran reticentes ante esa facultad de elección de la ley aplicable a los supuestos de la contratación internacional,³²⁵ aparentemente ignorando, en lo que a esto respeta, la necesidad de colmar la materia.

Creado en 26 de marzo de 1991 por el Tratado de Asunción, el Mercosur, - como es conocido el Mercado Común del Sur -, marcó inicialmente la unión aduanera de cuatro países de América del Sur. En su formación original el bloque estaba compuesto por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Sin embargo, con la reciente suspensión de la República del Paraguay, en razón de la remoción del Presidente

Si bien Latinoamérica lleva la delantera en la elaboración de tratados de derecho internacional privado, su inspiración y contenido se deben a doctrinas en boga en la Europa de entonces, como las del alemán F. Savigny. ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. p. 285.

³²⁵ Es lo que pasa, por ejemplo, con Brasil y Uruguay.

Fernando Lugo del poder, la República Bolivariana de Venezuela pasó a la condición de miembro pleno a partir de 31 de julio de 2012, lo que ganó contornos de una aparente tentativa de sustitución a la República del Paraguay.

Es exactamente ahí, en el marco del Mercosur, que se analizará el principio de la autonomía de la voluntad, a partir del derecho interno de sus Estados miembros y asociados,³²⁶ pues, si la integración regional,³²⁷ como la del Mercosur, tiene como uno de sus pilares de sustentación la búsqueda por el incremento del

³²⁶ Además de los Estados miembros, el Mercosur cuenta con varios Estados asociados: la República de Chile (en 1996) y la República de Bolivia (en 1997). En la época más reciente se han asociado también la República de Perú (en 2003) y las repúblicas de Colombia y de Ecuador (2004).

³²⁷ LINDBERG, L. N. así ha definido la integración política: "(1) the process whereby nations forgo the desire and ability to conduct foreign and key domestic policies independently of each other, seeking instead to make joint decisions or to delegate the decision-making process to new central organs; and (2) the process whereby political actors in several distinct settings are persuaded to shift their expectations and political activities to a new center". LINDBERG, L. N. *The Political Dynamics of European Economic Integration*. Standford, Standford University Press, 1963, p. 6.

intercambio de bienes y servicios entre sus componentes,³²⁸ ¿cómo justificar el actual ambiente de incertidumbre que recubre la materia?

Las respuestas en cuanto a la aceptación o no aceptación del principio son susceptibles de variar según el contexto jurisdiccional en el que nos situemos; por eso, se pretende con este capítulo analizar el estado actual de la cuestión en todos los países del Mercosur, profundizando la problemática en el ordenamiento brasileño.

Particularmente en el caso de Brasil, desde hace mucho y casi que a una sola voz, defiende la doctrina brasileña la conveniencia de la adopción de la autonomía de la voluntad por la norma de conflicto brasileña.³²⁹

³²⁸ El artículo 1 del Tratado de Asunción prevé como uno de los objetivos del Mercosur "la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países".

³²⁹ Uno de los mayores entusiastas de la aplicación del principio por el sistema de Derecho Internacional Privado brasileño fue TEIXEIRA DE FREITAS. A. SCHIPANI, S. (editor). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Pádua: CEDAM, 1988. pp. 193–199. Sobre la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico brasileño, consultar también PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Internacional Privado e aplicação de*

Pero, pese a los sucesivos esfuerzos para su clara y completa admisión, la ley interna brasileña en vigor, a diferencia del marco europeo e interamericano, consagra en la LICC el criterio de la *lex loci contractus*.³³⁰

Sobre la LICC es importante destacar que no se trata de una parte integrante del Código Civil brasileño. Es una Ley autónoma e independiente, teniendo en cuenta que sus artículos tienen numeración propia. No es una Ley de introducción al Código Civil brasileño. Pues se así fuera, contendría únicamente normas de derecho privado común y, además, cualquier alteración en el Código Civil influiría directamente sobre ella. En verdad es una Ley de introducción a las leyes, por contener principios generales sobre las normas sin discriminación alguna.³³¹

seus principios com referencia ás leis particulares do Brazil. Rio de Janeiro: Typographia, 1863; BEVILAQUA, C. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. [1906], edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, [1978?].

³³⁰ La *lex loci contractus* es también conocida como *lex loci celebrationis*, tratándose de contrato entre presentes.

³³¹ Atribuyese a la LICC un campo de actuación mucho más amplio que del Código Civil, por abarcar principios determinativos de la aplicabilidad de las

La LICC es una *lex legum*, o sea, un conjunto de normas sobre normas, constituyendo un derecho sobre derecho. No regla las relaciones de la vida, pero sí las normas, toda vez que indica como interpretarlas o aplicarlas, determinándoles su vigencia y eficacia, sus dimensiones en el espacio y en el tiempo, señalando sus proyecciones en las situaciones conflictivas de ordenamientos jurídicos nacionales y extranjeros, evidenciando los respectivos elementos de conexión. La LICC es el Estatuto del Derecho Internacional Privado.³³²

Así expresa el *caput* del artículo 9 de la LICC de 1942, *in verbis*: “*Para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*” El párrafo 2º del mismo artículo aclara: *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*³³³

normas, cuestiones de hermenéutica jurídica relativas al derecho privado y al derecho público y por contener normas de Derecho Internacional Privado. DINIZ, M. H. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

³³² *Ibid*, p. 22.

³³³ El párrafo 2º del artículo 9 de la LICC de 1942 debe ser relacionado con el artículo 435 del Nuevo Código Civil Brasileño (Ley nº 10.406, de 10 de enero de 2002), que expresa: “*Reputa-se celebrado o contrato no lugar em*

En relación a la *lex loci contractus* es importante poner de relieve que existe una presunción *juris tantum* de validez y legalidad del acto practicado en el exterior por estar revestido de todas las formalidades legales. Luego, quien impugne, deberá probar la irregularidad alegada. Bajo la amenaza de tornar imposible la producción de efectos del acto realizado en un Estado en otro, paralizando las relaciones internacionales, será imprescindible aceptar la *locus regit actum*, reconociendo la validez, desde una perspectiva de la forma extrínseca, del acto que observó los requisitos formales previstos en la ley del país donde fue ultimado. Consecuentemente, todo el acto constituido, cuanto a su forma extrínseca, en los términos de la ley local, será validado en cualquier país.³³⁴

A su vez, la norma de conflicto anterior a la actual³³⁵ tenía una construcción distinta, puesto que permitía – supuestamente –, aunque de forma indirecta, la elección por las

que foi proposto.” Este dispositivo del Nuevo Código Civil Brasileño tratase de regla supletoria y no cogente.

³³⁴ DINIZ, M. H. op. cit., p. 323.

³³⁵ Ley de Introducción al Código Civil Brasileño de 1916, o simplemente LICC de 1916 (Ley nº 3.071, de 01 de enero de 1916, aprobada conjuntamente con el Código Civil).

partes de la ley aplicable a los contratos internacionales, salvo algunas situaciones. En este sentido, el artículo 13 de la referida norma, *in verbis*: “Regulará, salvo estipulações em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.”

*A antiga Lei de introdução ao Código Civil, no seu art. 13, permitia a escolha por parte dos interessados da lei que iria reger os contratos por eles firmados. No entanto, a lei proibiu que, em negócios realizados no Brasil, pudessem as partes contratantes escolher a norma que lhes aproovesse.*³³⁶

Así, del análisis del marco normativo brasileño en materia de Derecho Internacional Privado, llegamos al hecho de que el legislador – deliberadamente o no – ha optado por la *lex loci celebrationis* como criterio de conexión, en detrimento del ya corriente entendimiento internacional que apuntaba a la libre

³³⁶ AMORIM, E. C. *Direito Internacional Privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 39.

elección de la ley aplicable como criterio preferente en las transacciones del comercio internacional.³³⁷

Las vacilaciones del legislador brasileño se manifiestan de manera flagrante, con la firma en 1994 (pero no ratificación), de la Cidip – V y la publicación de la ley de arbitraje brasileña en 1996,³³⁸ instrumentos cuya piedra angular se funda en la libertad de elección por las partes de la ley aplicable al caso concreto.³³⁹

*No que concerne à liberdade de
escolha pelas partes da lei aplicável aos*

³³⁷ Según AMORIM, E. C., la doctrina y la jurisprudencia brasileñas tienen admitido que, tratándose de acto pactado en el exterior con la indicación de la ley brasileña, la libre elección por las partes de la ley aplicable no solo es admitida, sino también plenamente aceptable, como se verá en detalle. *Ibíd.*, p. 39.

³³⁸ Ley 9.307, de 23 de septiembre de 1996.

³³⁹ Tanto el artículo 7 de la Cidip – V (anteriormente tratado), como el artículo 2.2. de la ley arbitraje brasileña, admiten la autonomía de la voluntad. En ese sentido, enuncia el artículo 2, párrafo 2, de la ley de arbitraje, *in verbis*: “*Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.*”

contratos, existiam dois sistemas concomitantes em matéria de contratação internacional. Ainda que inexistia justificativa lógica para tanto, de um lado, nos contratos cujos litígios fossem solucionados por meio de arbitragem, as partes poderiam escolher livremente o direito aplicável, enquanto em relação aos contratos sujeitos a jurisdição estatal, havia certa dúvida no que se refere à liberdade de eleição.³⁴⁰

Como resultado de la incertidumbre que cubre la cuestión,³⁴¹ se puede citar el fallo del Supremo Tribunal Federal brasileño, en el Recurso Extraordinario N° 93.131-7/MG –

³⁴⁰ RODRIGUES DO AMARAL, A. C. (Coord.); MANSUR HADDAD, M. *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais dos contratos no comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 227.

³⁴¹ A complexidade com a qual se apresenta o Direito Internacional Privado brasileiro em matéria obrigacional é por todos admitida. GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 61.

Minas Gerais, de 17 de diciembre de 1981,³⁴² que pese a ser la jurisprudencia más elocuente sobre la cuestión, no ha enfrentado de manera suficiente la polémica, que persiste en el ámbito doctrinal. Anterior a la firma de la Cidip – V (1994) y de la publicación de la ley de arbitraje (1996), el fallo deja claro el no reconocimiento por aquel Tribunal del principio de la autonomía de la voluntad como determinante del derecho material aplicable, dado que el principio no encuentra amparo en la norma de conflicto brasileña.

En el campo doctrinal, aunque ya revocada la LICC de 1916, persistía la controversia en cuanto a su aceptación de la autonomía de la voluntad.

Si una parte de la doctrina defendía la aceptación del principio, sosteniendo su tesis en el margen de interpretación dejado por la frase: “...*salvo estipulação em contrário...*” (LICC de 1916) – la cual, según ellos, permitía la aceptación del principio, aunque de forma indirecta –, ahora, con la supresión de dicha frase por la LICC de 1942, esta apertura interpretativa

³⁴² Relator: Ministro José Carlos Moreira Alves. Recurrentes: Banco do Brasil S/A. y otros. Recurrido: Antonio Champalimaud.

fue cerrada, alejando aún más a Brasil de la moderna tendencia autonomista.

2. El Mercosur

El mercado Común del Sur – MERCOSUR, es la respuesta de algunos países latinoamericanos al necesario proceso de integración económica y política, como instrumento necesario al mantenimiento de la competitividad en un mundo cada vez más conectado.

Es en ese escenario que, el 12 de agosto de 1980, mediante la suscripción del Tratado de Montevideo,³⁴³ surge la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)³⁴⁴ que, asentada en principios como el de la libre circulación de bienes,

³⁴³ El Tratado de Montevideo 1980 es el marco jurídico global constitutivo y regulador de ALADI. Establece los siguientes principios generales: pluralismo en materia política y económica; convergencia progresiva de acciones parciales hacia la formación de un mercado común latinoamericano; flexibilidad; tratamientos diferenciales en base al nivel de desarrollo de los países miembros; y multiplicidad en las formas de concertación de instrumentos comerciales.

³⁴⁴ Es el mayor grupo latinoamericano de integración. Sus trece países miembros comprenden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

servicios y factores productivos, proclama como objetivo primordial la formación de un mercado común entre los países de Latinoamérica.³⁴⁵

Tras innúmeras negociaciones, se firma en la ciudad de Asunción, el 26 de marzo de 1991,³⁴⁶ el tratado que prevé la constitución de un mercado común, tratado que estableció: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de

³⁴⁵ La ALADI propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano, mediante tres mecanismos: una preferencia arancelaria regional que se aplica a productos originarios de los países miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países; acuerdos de alcance regional (comunes a la totalidad de los países miembros) y acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área.

³⁴⁶ Si bien el tratado de creación fue firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991, hay quienes sostienen que la creación efectiva ya se había producido el 30 de noviembre de 1985, fecha de la Declaración de Foz de Iguazú, que selló un acuerdo de integración bilateral entre Argentina y Brasil. Sin embargo, su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el Protocolo de Ouro Preto, firmado el 16 de diciembre de 1994, que entró en vigor el 15 de diciembre de 1995.

políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes y la armonización de las legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.” Así, en Mercosur apuntó desde el principio a constituirse en una “Zona de Libre Comercio”, caracterizada por la paulatina eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias.³⁴⁷

Por lo tanto, el Mercosur tratase de un bloque subregional, hoy integrado por Argentina, Venezuela, Brasil, Paraguay (actualmente suspendido por la violación de la Cláusula Democrática del Protocolo de Ushuaia)³⁴⁸ y Uruguay,

³⁴⁷ La caracterización del Mercosur como “Zona de Libre Comercio” no ha quedado libre de críticas, por resultar imperfecta, flexible o incompleta. En efecto, han quedado pendientes a partir de su implementación diversos puntos relevantes para la libre circulación de bienes dentro del bloque y para una definición de la política comercial común externa. PALAO MORENO, G.; MORENO RODRÍGUES, J. A. *Régimen jurídico del comercio exterior*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. p. 86.

³⁴⁸ El 28 de junio de 2012 se decretó la suspensión de Paraguay en la injerencia de las decisiones del Mercosur, como sanción por la supuesta violación al acuerdo democrático suscrito por todos sus miembros, tras las acciones del congreso de ese país que culminaran en la destitución del hasta entonces Presidente Fernando Lugo, hasta que sean efectuadas elecciones

así como con Bolivia, Chile, Colombia, Perú, y Ecuador, estos últimos, en la condición de países asociados.

Actualmente, el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos.³⁴⁹ Antes de dicho instrumento, se aplicaba el Anexo III del Tratado de Asunción y, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Olivos, el Protocolo de Brasilia. En el marco de este último, y de su Reglamento,³⁵⁰ se dictaron diez laudos arbitrales.

Por otro lado, existen etapas anteriores y paralelas al sistema: los procedimientos de Consultas y de Reclamaciones, regulados por la Directiva CCM N° 17/99, y por el Anexo del Protocolo de Ouro Preto y la Decisión CMC N° 18/02, respectivamente. Tales mecanismos son gestionados por la

democráticas, las cuales están programadas para el 2013. Por lo que en la reunión efectuada en la ciudad de Mendoza, Argentina, los países plenos del Mercosur determinaron dar el visto bueno a la final incorporación de Venezuela como miembro pleno, a partir del 31 de julio de 2012. Con la entrada de Venezuela, el Mercosur se ha convertido en la quinta economía mundial.

³⁴⁹ Firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004.

³⁵⁰ Aprobado por Decisión CMC N° 17/98.

Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) y el Grupo Mercado Común (GMC).

Entre las disposiciones más importantes relativas al sistema, en adición al Protocolo de Olivos, se destacan las siguientes:

- Decisión CMC N° 37/03, que aprueba el Reglamento del PO para la Solución de Controversias en el MERCOSUR;
- Decisión CMC N° 23/04, que aprueba el Procedimiento para Atender Casos Excepcionales de Urgencia ante el Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 17/04, que aprueba el Fondo Especial para Controversias;
- Decisión CMC N° 26/04, que designa los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 30/04, que aprueba las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Ad Hoc del MERCOSUR;

- Decisión CMC N° 30/05, que aprueba las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 18/06, que renueva el mandato de los Miembros Titulares del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 02/07, que reglamenta el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del Mercosur;
- Decisión CMC N° 38/07, que prorroga el mandato del quinto árbitro del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 36/08, que designa los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 16/11 que designa los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión;
- Decisión CMC N° 29/11 que renueva el mandato del quinto árbitro del Tribunal Permanente de Revisión.

Una de las principales innovaciones del Protocolo de Olivos fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), órgano principal del sistema, en virtud de su competencia para conocer y resolver los recursos de revisión contra los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc.

El TPR se puso en funcionamiento el 13 de agosto de 2004 y tiene su sede en la ciudad de Asunción. Está formado por cinco Árbitros, que permanecen en el cargo, según el caso, dos o tres años. Es el órgano constituido como instancia jurisdiccional para conocer y resolver en materia de:

- Opiniones consultivas: podrán ser solicitadas por todos los Estados Partes actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes y el Parlamento del Mercosur.
- Revisión contra el laudo del TAH planteado por cualquiera de las partes;
- Actuación en única instancia en caso de controversias;

- Casos en que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las medidas excepcionales de urgencia.

Los laudos que emita TPR serán obligatorios para los Estados Partes en la controversia una vez que hayan quedado firmes y tendrán carácter de cosa juzgada, al tiempo que las opiniones consultivas no serán obligatorias ni vinculantes.

En esto contexto, conviene destacar lo que enuncia el artículo 53 del Protocolo de Olivos, a saber:

“Artículo 53. Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción.”

Son las líneas centrales del Mercosur y su sistema de solución de controversias.

3. Fuentes de Derecho Internacional Privado en el ámbito del Mercosur

En el derecho internacional privado del Mercosur hay tres tratados que se refieren a temas contractuales internacionales: el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual del 5 de agosto de 1994,³⁵¹ el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo del 17 de diciembre de 1996,³⁵² y los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del 23 de julio de 1998.³⁵³ Aunque dichos instrumentos se

³⁵¹ Sobre dicho protocolo, véase Perugini, Alicia M. *Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual*. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, núm. 6052, 1997, pp. 58-63.

³⁵² Pese no haber entrado en vigor, el Protocolo de Santa María fue utilizado en dos sentencias por el mismo tribunal brasileño para definir los términos "consumidor", "proveedor" y "relación de consumo". TJSC, 3a. Câmara de Direito Comercial, AC 2002.022015-4/So, 26 de junio de 2003; AC 2003.001897-2/BI, 11 de septiembre de 2003. Sobre el protocolo, véase NOODT TAQUELA, M. B. *Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur*. El derecho procesal en el Mercosur. Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997, pp. 327-337.

³⁵³ Sobre estos acuerdos, véase ALBORNOZ, J. R. *El arbitraje en el derecho internacional privado y en el Mercosur (con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje del 23 de julio de 1998)*. Anuario Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, 1999, pp. 51-91.

refieren a aspectos procesales y no específicamente de derecho aplicable, valorando de manera integrada sus aportaciones se puede ratificar una vez más que la autonomía de las partes se ha convertido en piedra angular del actual sistema de la contratación internacional.

De los términos del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, se desprende la posibilidad de que las partes elijan entre los tribunales nacionales de los Estados parte del Mercosur, aquél a cuya jurisdicción pueden someter sus controversias.

Los contratos de venta al consumidor, a su vez, quedaran fuera del ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires. Así, restó exactamente al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, regular el tema, llenando dicho vacío.

Como cumplirá a cada juez analizar los términos del contrato internacional, determinando la ley que deberá serle aplicada a partir del sistema de derecho internacional privado de su propio país, es posible que el derecho aplicable al fondo determinado por el órgano jurisdiccional de un Estado, choque con el derecho determinado por el tribunal de otro Estado, por lo que el hecho de permitir que las partes escojan el tribunal

implica, indirectamente, en concederles la facultad de elegir el derecho aplicable al caso.

En cuanto al ámbito arbitral, los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur facultan a las partes el sometimiento de sus casos a una jurisdicción privada, diferente de los aparatos de jurisdicción estatal. En este sentido, el artículo 10 del Acuerdo sobre Arbitraje que, al tratar sobre el derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral, expresa: "Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes."

De ese modo, se puede percibir que el sistema normativo del Mercosur acoge la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el mismo carece de una norma de conflicto aplicable a todos los contratos internacionales, independientemente de que el órgano llamado a resolver la controversia sea un tribunal estatal o un tribunal arbitral. Frente a tal carencia será no solamente útil sino también necesario recurrir a las normas de derecho internacional privado de los países integrantes del referido bloque.

4. Fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito internacional

Desde el primer momento, se nota que la principal característica del sistema de derecho internacional privado de los Estados miembros del Mercosur es la ausencia de uniformidad. De hecho, actualmente no hay ningún tratado que trate de la cuestión de la ley aplicable que contemple a todos los Estados que componen el bloque.

Para empezar, el Tratado de Montevideo de 1889, que trata del Derecho Civil Internacional, obliga únicamente a dos de los actuales Estados miembros del Mercosur, a saber: Argentina y Uruguay.³⁵⁴ Dicho tratado guarda silencio con respecto a la autonomía de la voluntad, lo que ha dado a la

³⁵⁴ Paraguay también está obligado al referido tratado, sin embargo, en razón su reciente suspensión del Mercosur, no se hizo referencia al mismo.

Aquí es importante señalar que los Estados signatarios del tratado de Montevideo de 1889 no están obligados entre ellos, pero sí en relación a Bolivia, Colombia y Perú, que, como ya visto, son Estados asociados al Mercosur, y también signatarios del referido tratado.

doctrina la posibilidad de interpretar ese silencio de manera diversa.³⁵⁵

El Tratado de Montevideo de 1889 guarda silencio al respecto, lo cual ha sido tradicionalmente interpretado como rechazo a la autonomía de la voluntad para escoger la ley aplicable a los contratos internacionales – esta fue la opinión de la mayoría de los delegados nacionales que se ocuparon de discutir la redacción de los instrumentos convencionales.³⁵⁶

³⁵⁵ El proyecto original del Tratado de Montevideo de 1889 reconocía expresamente el principio de la autonomía de la voluntad, pero el texto correspondiente fue suprimido. Ello, en atención al espíritu general de lo defendido por la delegación uruguaya, de que el derecho internacional privado tenía por función resolver conflictos de soberanías. . ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. La contratación internacional: Régimn general. In: Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea. Madrid: Reus, 2005. p. 288.

³⁵⁶ HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf. Acceso en: 07 ago. 2012.

Parte de la doctrina argentina ha considerado que, en la órbita del Tratado de Montevideo de 1889, es factible la elección del Derecho aplicable al contrato en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional, por cuanto al no haber norma expresa en el tratado que impida la elección de la ley aplicable al contrato, las partes quedan facultadas para el ejercicio de su autonomía, claro está, dentro del límite del orden público, la moral pública y el derecho de los terceros, ajenos al acuerdo, de no resultar dañados o perjudicados por el mismo.³⁵⁷

A su vez, el Tratado de Montevideo de 1940, sucesor del Tratado del Tratado de Montevideo de 1889 y que también obliga a Argentina y Uruguay, aunque igualmente contenga normas de derecho internacional privado, al igual que aquel

³⁵⁷ RODRÍGUEZ, M. S. *El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur*. Revista científica Uces. Vol. XV. N° 1. 2011. p. 134.

instrumento, tampoco trató de la cuestión de la autonomía de las partes para la elección del derecho aplicable,³⁵⁸ aunque en las deliberaciones precedentes al Tratado de Montevideo se haya manifestado Argentina, propugnando la admisión expresa del principio de la autonomía de la voluntad. Así, prevaleció la posición de Uruguay que, diferentemente de Argentina, buscó la negativa al acogimiento del principio, como bien destacó el Profesor MORENO RODRÍGUEZ, J. A.:

El delegado uruguayo A. Vargas Guillemette, en la misma línea adoptada por su país en las negociaciones del anterior tratado, sostenía que se estaba ante una cuestión de “conflicto de soberanías”, y que

³⁵⁸ El Tratado de Montevideo de 1889 omite toda referencia a la autonomía de la voluntad, estableciendo en sus artículos 32 y 33 que el contrato se rige por la ley del lugar del cumplimiento. El Tratado de Montevideo de 1940, por medio de su artículo 37, mantiene en la cuestión la misma línea de su antecesor. Sin embargo, la solución que pretende localizar el contrato internacional en lugar de cumplimiento no parece la más adecuada, pues, es muy común que las obligaciones previstas en un contrato internacional tengan más de un lugar de cumplimiento, lo que ciertamente generará problemas para la determinación de la ley aplicable.

“la voluntad de las partes no puede ni debe moverse, sino dentro de los límites que le fija la regla del derecho competente en la esfera internacional”. Incluso, llegó a afirmar que “es inadmisibles que los interesados señalen a su arbitrio la ley aplicable o el juez competente. Si tal ocurriera, los Tratados estarían de más y desaparecería la razón de ser del derecho internacional privado. Sobrevendría la anarquía”.³⁵⁹

No obstante a ello, merece señalarse la referencia hecha a la autonomía por el artículo 5 del Protocolo adicional a los tratados de 1940, el cual permite a las partes designar una ley diferente de la *lex contractus* determinada, siguiendo las directrices del Tratado de Derecho Civil Internacional. Sin embargo, es importante destacar que dicha facultad de elegir

³⁵⁹ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, J. A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. p. 289.

otra ley es bastante limitada, una vez que sólo puede ser ejercida en la medida en que así lo autorice la *lex contractus*.

Se arribó finalmente, en el texto de 1940, a una solución transaccional. Se bien se evitó consagrar la autonomía de la voluntad, el artículo 5 del Protocolo Adicional finalmente quedó redactado de la siguiente manera: “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que la autorice dicha ley”.³⁶⁰

“A la hora de redactarse los Tratados de Montevideo de 1940, se consideró nuevamente el punto, manteniéndose la postura negativa de la mayoría de los delegados. Sin embargo, como solución transaccional se dispuso en el Art. 5 del

³⁶⁰ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. p. 289.

Protocolo Adicional, que “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificados por la voluntad de las partes, salvo en la medida que lo autorice la ley”. De esta manera, la admisibilidad de los pactos de *lege utenda* termina siendo resuelta por el ordenamiento jurídico interno del país cuya ley sería aplicable si no mediara pacto alguno.”³⁶¹

De tal modo, corresponderá a cada Estado soberano determinar el derecho aplicable al contrato internacional, admitiéndose la libertad para la elección de la ley aplicable cuando el Estado cuyo derecho resulta aplicable reconoce, dicha autonomía.

Indispensable también la referencia al Código Bustamante de 20 de febrero de 1928,³⁶² que cuenta, entre los

³⁶¹ HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf. Acceso en: 07 ago. 2012.

³⁶² Sobre el Código Bustamante véase también el capítulo V.

Estados parte del Mercosur, con la participación de Brasil y Venezuela.³⁶³

De la lectura del Código Bustamante se puede constatar que, si por un lado, dicho instrumento no hace referencia a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, por otro, tampoco le rechaza. De ese modo, el análisis en cuanto a la admisión o no de la autonomía por sus suscritores dependerá del estudio conjunto de sus normas de derecho internacional privado de ámbito interno.

En cuanto a las fuentes de derecho internacional privado de fuente internacional, ha de destacarse también la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 14 de marzo de 1978, adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Dicha Convención, adoptada por la República Argentina, además de Francia, Holanda y Portugal, acoge la autonomía de las partes para la elección de derecho

³⁶³ Entre los Estados miembros del Código Bustamante encontramos también algunos países asociados al Mercosur, a saber: Bolivia, Chile, Ecuador y Perú. Sobre los demás países que firmaron y ratificaron el Código Bustamante, consultar el capítulo V.

aplicable, conforme se puede comprobar del tenor de su artículo 5 al establecer:

“Artículo 5. La legislación interna elegida por las partes, regirá la relación de la representación entre el representado y el intermediario.

La elección de esta legislación deberá ser expresa, o surgir con razonable certeza de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso.”

Además, ha de mencionarse la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 22 de diciembre de 1986, que cuenta con Argentina, República Checa, Holanda, Eslovaquia y Moldavia como Estados firmantes y que igualmente consagra la autonomía conflictual, conforme se puede notar del texto de su capítulo 2, al tratar de la cuestión de la ley aplicable en el artículo 7, a saber:

“7.1 El contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las partes. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de

las partes en su conjunto. La elección podrá limitarse a una parte del contrato.

2. En cualquier momento las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no esta elegida por las partes. El cambio de la ley aplicable que acuerden las partes una vez concertado el contrato no obstara a la validez formal de este ni a los derechos de terceros."

De ese modo, Argentina es el único Estado miembro del Mercosur que se ha adherido a la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986 y, aunque el mismo no esté en vigor,³⁶⁴ su tenor deberá ser tomado en consideración a la hora de interpretarse en derecho interno de aquel país, haya vista que la Convención hace parte de la legislación interna del mismo.³⁶⁵

³⁶⁴ Dicho instrumento normativo no está en vigor todavía. Su vigencia requiere al menos cinco instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión, pero sólo Argentina le ha ratificado.

³⁶⁵ En Argentina, los tratados multilaterales se integran el derecho nacional, una vez completadas las formalidades de su proceso de celebración.

En Argentina, doctrina y jurisprudencia son constantes en admitir la validez de los pactos de elección de ley aplicable, sosteniéndose que el Código Civil no se pronuncia sobre el tema, y que ese vacío legal debe colmarse con los principios de las leyes análogas, que en la especie serían las Convenciones de Viena (1980) y La Haya (1986) sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.³⁶⁶

Llegando a la Cidip-V, se vuelve a tratar de un panorama ya enfrentado, y sobre el cual se tratará con aún mayor profundidad en el capítulo IV. Pero, desde luego merece recordarse que la mencionada convención - que entre los países miembros del Mercosur fue ratificada únicamente por Venezuela - admite de manera clara el principio de la autonomía de la voluntad, al establecer que:

³⁶⁶ HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: [http://www.dhargain.com.uy/Derecho del Comercio Internacional/Contratacion Internacional en Mercosur.pdf](http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf). Acceso en: 07 ago. 2012.

“Artículo 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes.”

Finalmente, merece señalarse la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980, la cual ha sido ratificada por tres de los Estados miembros del Mercosur —Argentina, Paraguay y Uruguay, así como ha sido firmada pero no ratificada por Venezuela. Ahí se ha dejado el libre paso a la autonomía, conforme se desprende de los términos de su artículo 6, abajo transcrito:

“Artículo 6. Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”

“En materia de compraventa internacional de mercaderías, sin embargo, las Convenciones de Viena de 1980 – ratificada por Argentina, Chile y Uruguay–,

y La Haya de 1986 –ratificada por Argentina y Chile- reconocen expresamente la autonomía de la voluntad de los contratantes, para elegir la ley aplicable al acuerdo de voluntades.³⁶⁷

Luego, como ya dicho, la Convención de Viena de 1980 igualmente abre el paso al principio de la autonomía.

5. Fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito interno

Aquí se pretende analizar la recepción del principio de la autonomía de la voluntad tanto por los miembros plenos del Mercosur, así como por sus países asociados, lo que permitirá comprender el contexto en que está ubicado Brasil, que es el objeto de la presente tesis.

³⁶⁷ HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: [http://www.dhargain.com.uy/Derecho del Comercio Internacional/Contratacion Internacional en Mercosur.pdf](http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf). Acceso en: 07 ago. 2012.

5.1. De los países miembros del Mercosur

5.1.1. La situación de Argentina

Al explorarse la existencia o no del acogimiento del principio de la autonomía de la voluntad por el derecho interno de los Estados miembros del Mercosur, encontrarse toda la suerte de situaciones.

El sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, pese a la ausencia de una disposición que expresamente consagre la libertad de elección del Derecho aplicable a los contratos internacionales, ha dado origen a diversas líneas de pensamiento de la doctrina, así como de la jurisprudencia argentina.

Como ya visto al analizarse las fuentes internacionales del Derecho Internacional Privado en el ámbito de Mercosur, Argentina ha ratificado la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 14 de marzo de 1978, así como la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 22 de diciembre de 1986, ambos instrumentos que han acogido el principio de la autonomía de las partes, hecho que es utilizado

como punto de sustentación del acogimiento del principio también en el ámbito interno.³⁶⁸

Particularmente en el ámbito del derecho interno argentino, la admisión de la autonomía conflictual se pone de manifiesto con relativa claridad, aunque restringida a los derechos de los lugares de cumplimiento real del contrato y exceptuadas situaciones puntuales.³⁶⁹

³⁶⁸ Aquí cabe invocarse el artículo 16 del Código Civil, a saber: Artículo 16. "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". De tal manera, el artículo mencionado autoriza la aplicación de principios de leyes análogas en los supuestos de dudas interpretativas, lo que torna posible la aplicación del principio de la autonomía privada a partir del acogimiento del mismo por las convenciones ratificadas.

³⁶⁹ La autonomía de la voluntad fue expresamente rechazada por la Ley 20.094, conforme a los artículos 614 y 621. Artículo 614. "Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques, cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en la República, salvo la opción que tiene el demandante por los tribunales del domicilio del demandado." Artículo 621. "Producido un hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales nacionales, los residentes en el país pueden convenir, con

El análisis de la cuestión no puede prescindir del conocimiento de tres dispositivos de su Código Civil,³⁷⁰ a saber:

“Artículo 1.205. Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados.”

“Artículo 1.209. Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.”

“Artículo. 1.210. Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones,

posterioridad al mismo, someterlo a juicio de árbitros o de tribunales extranjeros, si así les resultare conveniente.”

³⁷⁰ Ley 340 de 25 de septiembre de 1869.

por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.”

Así que, pese a su materialización en el derecho interno de Argentina, el principio de la autonomía no se afirma con amplitud en su derecho positivo, estando limitada a los derechos de los lugares de cumplimiento del contrato. De ese modo, el acogimiento del principio por Argentina se debe mucho más a la obra de sus tribunales y partir de una exegesis transversal, que de la interpretación literal de su ordenamiento jurídico.

En la defensa de la aplicación de la autonomía privada, es común invocarse también al artículo 1.197 del Código Civil, a saber:

“Art. 1.197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”

La idea es que, aunque el artículo no haga mención clara a la posibilidad de elegir la ley aplicable al contrato en el ámbito internacional, nada obstaría a que las partes decidieran incorporar de común acuerdo en el texto del contrato las normas

de un Derecho elegido, una ley determinada, a la cual se estarían sometiendo libremente.

Pese a la falta de claridad del Código Civil, como visto, el principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido por la Corte Suprema de Argentina, siguiendo el entendimiento de la abrumadora mayoría del sector doctrinal.

El caso más emblemático ha sido el de “Gobierno del Perú c. Sifar Soc. Ind. Financ. Argentina”,³⁷¹ en el cual el máximo tribunal dio virtualidad a lo convenido por las partes, despreocupándose del derecho que hubiera resultado aplicable de no reconocerse la autonomía. Numerosos fallos judiciales en distintas instancias también han venido acogiendo el principio, sea expresa, sea implícitamente.³⁷²

Entre los argumentos a favor del acogimiento de la autonomía privada por el ordenamiento argentino, se ha llegado a invocar incluso los artículos 14 y 19 de su Constitución, los cuales cuidan de amparar las acciones humanas, a saber:

³⁷¹ En el año de 1956.

³⁷² ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. pp. 297-298.

“Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

“Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

En la búsqueda por justificar la aplicación del principio de la autonomía privada en Argentina, también ya se ha exhortado el artículo 1.212 del Código Civil, que propugna:

“Artículo. 1.212. El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare

la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere."

La idea extraída del cuerpo del artículo 1.212 del Código Civil es que, dicho dispositivo permite a las partes designar el lugar de cumplimiento de la obligación. Luego, basta que éstas así lo hagan de manera razonable, como por ejemplo, ante cualquier idea oportuna de conveniencia del negocio. Así, el derecho conforme al cual deberá juzgarse la razonabilidad de lo contratado será el elegido por los contratantes.

A lo largo de los últimos años ha habido en Argentina diversos intentos en el sentido de adoptarse un Código de Derecho Internacional Privado. Entre ellos, merece destaque el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado³⁷³ que, en

³⁷³ Elaborado por la Comisión de Estudios y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, designada por la Resolución 191 de 05 de abril de 2002, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y por la Resolución 144 de 05 de octubre de 2002, del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado ha sido presentado ante el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.

sus capítulo V,³⁷⁴ se dedica a determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. Entre sus dispositivos, debe destacarse:

“Artículo 69. Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso.

Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes.

La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso.

La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia.”

En una región, el sur del continente americano, donde aún predominan las leyes

³⁷⁴ Artículos 68 a 80.

que rechazan la autonomía de la voluntad o prescindan de ella, la jurisprudencia argentina ha sido pionera al permitir que las partes de un contrato internacional designen el derecho al que lo someterán. Como las normas del Código Civil que regulan la materia (especialmente los artículos 1.205, 1.209 y 1.210) nada disponen en cuanto la autonomía, la norma proyectada en materia de elección del derecho del contrato es en sí misma una novedad.³⁷⁵

De pronto se puede notar la proximidad del texto del Proyecto con los principios rectores de la Cidip – V, a partir del amplio reconocimiento otorgado a la autonomía privada en

³⁷⁵ ALBORNOZ, M. M. *Los contratos en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina*. Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. Culturas e Sistemas Jurídicos Comparados. Disponible en: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20020905/pdf/1-54p.pdf>. Acceso en: 09.08.2012.

materia contractual,³⁷⁶ hecho que demuestra la búsqueda por la pacificación de la materia por Argentina a partir del acogimiento del principio de la autonomía de la voluntad.

5.1.2. La situación de Paraguay

Aunque Paraguay haya sido recién suspendido en su condición de miembro del Mercosur, ante la posible transitoriedad de esta medida, conviene igualmente explorar su posición. Del análisis de la doctrina paraguaya, se puede constatar la ausencia de una solución única. En este sentido, hay autores que la consideran posible, mientras otros la entienden negada por el derecho positivo paraguayo.³⁷⁷ Para tomar posición sobre la controversia, examinemos la legislación de dicho país, empezando por su Código Civil. Aquí, es

³⁷⁶ Una de las fuentes de inspiración de los redactores del Proyecto ha sido, sin duda, la Cidip – V.

³⁷⁷ Entre los autores que entienden como aplicable la autonomía de la voluntad por el ordenamiento paraguayo se encuentra MORENO RODRIGUEZ, J. A. Para mayores detalles sobre su posicionamiento, véase: MORENO RODRIGUEZ, J. A. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*. Asunción: Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006.

indispensable el análisis de los artículos 297, 669 y 715 del Código Civil paraguayo, a saber:

“Artículo 297. Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento.”

Según el texto del artículo 297 del Código Civil de Paraguay, salvo en lo relativo a la capacidad y las formas, todo lo demás se halla regido por la ley del lugar de ejecución, lo que equivale a decir que será regido por la ley del lugar de cumplimiento del contrato. De ese modo, el derecho interno de Paraguay, a partir de lo que dispone el mencionado artículo, parece no admitir la autonomía privada, determinando que todos los casos en que el lugar de cumplimiento resulte Paraguay, será la ley paraguaya la que regirá la relación contractual.

No obstante, los artículos 669 y 715 del Código Civil parecen apuntar en otra dirección.

“Artículo 669. Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos.”

“Artículo 715. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.”

Pese a que los mencionados dispositivos no hagan referencia expresa a la palabra “autonomía”, de sus términos se puede inferir claramente su aceptación, lo que se pone de manifiesto en la práctica mercantil de Paraguay.³⁷⁸

³⁷⁸ Uno de los miembros de la Comisión de Codificación que ha trabajado activamente en la elaboración de las normas pertinentes del Código Civil paraguayo, el señor R. Silva Alonso, sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge del artículo 715 del Código Civil. Según él: “Si las partes pueden optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a

En virtud de dichos artículos, se puede afirmar que Paraguay admite la autonomía de la voluntad - pese existan argumentos en contra³⁷⁹ -. Su fundamento consiste en afirmar que sería absurdo que la ley paraguaya obstaculice la elección

cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte ni el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país?". ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. P. 303.

³⁷⁹ Los detractores de la recepción de la autonomía privada por el ordenamiento paraguayo sostienen que los artículos 669 y 715 del Código Civil, regulan únicamente contratos internos, no siendo aplicables a las transacciones internacionales.

“Los juristas propulsores del principio de la autonomía de la voluntad demuestran una notable intención de encontrar justificativos para la admisión del mismo a través de una interpretación

de las normas del Dipr paraguayo. Sin embargo, y a pesar de haber analizado todos los instrumentos integrantes del sistema de Dipr, dicha solución, en mi opinión no se condice con el orden jurídico del Paraguay.” PISANO, B. *La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo*. p. 8. Disponible en: <http://cedep.files.wordpress.com/2009/02/autonomia-de-la-voluntad-en-el-dipr-paraguayo.pdf> Acceso en: 29 ene. 2011.

del derecho aplicable cuando éste no afecta el orden público, ni las buenas costumbres en Paraguay.³⁸⁰

Pero aquí, al igual de lo que pasa con otros países de Latinoamérica, no hay jurisprudencia disponible sobre la cuestión, lo que obliga a tratar el tema únicamente a partir del enfoque doctrinal.

Igualmente no se pueden ignorar las señales dadas por Paraguay al ratificar diversos instrumentos internacionales que admiten la autonomía de la voluntad, entre los cuales presentase como instrumento más elocuente la Cidip – V.

Otra prueba contundente de que la autonomía conflictual se ha instalado de manera inequívoca en Paraguay, está en su ley de arbitraje.³⁸¹ En este sentido, la primera parte de su artículo 32, según el cual:

“Artículo 32. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al

³⁸⁰ SILVA ALONSO, R. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Derecho Civil Internacional. Derecho Comercial Internacional. Asunción: Editorial Intercontinental, Edición 1995, p. 136.

³⁸¹ Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación.

fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes.”

Por fin, ratificando la proximidad del ordenamiento paraguayo a la autonomía conflictual – mucho más por una perspectiva práctica que de derecho positivo – , debe señalarse también que dicho país ha confirmado los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, así como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, hechos que han contribuido para su percepción por la doctrina como uno de los países de Latinoamérica conectados a la moderna tendencia autonomista, pese a las controversias que aún circundan el tema.

5.1.3. La situación de Brasil

La posición de Brasil en torno a la cuestión de la autonomía conflictual representa el eje central del presente trabajo, tema que será abordado con profundidad en este capítulo. No obstante ello, conviene desde aquí hacer algunas observaciones:

1º El derecho interno de Brasil no acoge el principio de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable – pese a la existencia de argumentos en contra –, no haciendo la norma cualquier referencia a la autonomía de las partes, conforme se comprueba de la lectura del artículo 9 de la LICC 1942, a saber:

“Artículo 9. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

2º Con la publicación de la Ley Brasileña de Arbitraje,³⁸² gana fuerza la corriente autonomista de aquel país, sujeta sobretodo por el tenor de su artículo 2º, a saber:

“Artículo 2. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

³⁸² Ley 9.307/96.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio."

3º Al igual de lo que hizo Paraguay, Brasil también ha ratificado los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, así como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, hechos que lo han aproximado un poco más a la moderna tendencia autonomista.

5.1.4. La situación de Uruguay

En Uruguay, las reglas generales del derecho civil internacional están en el Apéndice de su Código Civil, que incorporó la Ley 10.084 de 1941 a partir de sus artículos 2.393 a 2.405.

El derecho interno de Uruguay no parece reconocer la autonomía de las partes en materia de ley aplicable. Es lo que se constata de la lectura de los artículos 2.399 y 2.403 de su Código Civil, a saber:

“Artículo 2.399. Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.”

“Artículo 2.403. Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente.”

En el estudio del tema conviene también el análisis de los artículos 1.291 y 1.294 del Código Civil que, al tratar de los efectos jurídicos de los contratos, enuncian:

“Artículo 1.291. Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.”

Artículo. 1.294. *Las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento, revocar los contratos por las causas que la ley autoriza."*

Así que, examinado el derecho interno de Uruguay, el entendimiento corriente de la doctrina, así como de los tribunales de Uruguay apunta a la no admisión de la autonomía de las partes.

En Uruguay, si bien no hay unanimidad y modernamente se está desarrollando una cierta tendencia en favor del reconocimiento de los pactos de *lege utenda*, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia son todavía contrarias a su aceptación. Se argumenta que la normativa de Derecho Internacional Privado de fuente interna - reunida fundamentalmente en el Apéndice del Código Civil uruguayo -, es prácticamente una copia de las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y

1940. Por lo tanto, si estos instrumentos son interpretados en el sentido de rechazar los pactos de *lege utenda*, lo mismo cabe hacer respecto de la normativa de fuente interna.³⁸³

Pero ello no impide que las partes elijan la ley aplicable siempre que así lo permita la ley del lugar de la ejecución del contrato.

Pero se el régimen general del Código Civil uruguayo no admite, al menos por vía directa, la aplicación de la autonomía privada, la Ley sobre Mercado de Valores de Uruguay,³⁸⁴ sigue camino diverso, al expresar:

“Artículo 46. *En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquellos,*

³⁸³ HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf. Acceso en: 07 ago. 2012.

³⁸⁴ Ley 16.749 de 01.03.1996.

cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere."

De ese modo, no se puede decir que la existencia de dicha regla, aislada en la Ley sobre Mercado de Valores y en flagrante desacuerdo a la regla general, por si sola, apunta en la dirección del futuro acogimiento del principio de la autonomía, pero una vez considerado también que Uruguay ratificó el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, así como la tendencia en los países de Latinoamérica, la autonomía parece cada vez más cercana.

No se puede despreciar las consecuencias que tiene, en el análisis jurídico de la cuestión, la incorporación al ordenamiento jurídico uruguayo de las Convenciones sobre la compraventa internacional de mercaderías, que admiten expresamente la autonomía de la voluntad. Coadyuvan en la aplicación analógica de estas soluciones a los demás contratos internacionales, el innegable peso de la

compraventa en el comercio internacional; la necesidad de cometer a todas las compraventas internacionales de mercaderías a un régimen unitario que no discrimine; e incluso, la clásica técnica legislativa – recogida en el Código Civil y en el comercio uruguayos, inspirados en la experiencia francesa –, de regular en sede de compraventa institutos comunes a otros tipos contractuales.³⁸⁵

Reforzando dicho entendimiento, el Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 que, en su artículo 28, enuncia:

“Artículo 28. El tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.”

³⁸⁵ G. MIHALI, *apud* ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. P. 307.

Así, a ejemplo de lo que pasa en otros países de Latinoamérica, el arbitraje puede convertirse en el principal elemento propulsor a la clara aceptación de la autonomía privada por el ordenamiento de Uruguay.³⁸⁶

5.1.5. La situación de Venezuela

Como ya visto, en lo que refiere a las fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito externo, Venezuela es el único país integrante del Mercosur que ha ratificado la Cidip – V, reconociendo de manera incuestionable la autonomía privada.

³⁸⁶ Uruguay aun no cuenta con una ley especial que regule el arbitraje comercial internacional. Si bien en el año de 2004 la Cámara de diputados dio su aprobación a un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo, esa iniciativa perdió luego estado parlamentario tras un cambio de legislatura. No obstante ello, tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen que el sistema recogido en el derecho uruguayo es el dualista, esto es el que considera y regula de modo diferente el arbitraje comercial internacional y el arbitraje doméstico. ARRIGHI, P. F. *El Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Uruguayo*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2843/25.pdf>. Acceso en: 02 ago. 2012.

Incluso se puede decir que, entre los países de Latinoamérica, Venezuela es aquel que se muestra más cercano al principio de la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable.

En el ámbito interno, la situación parece no cambiar, primando Venezuela por la coherencia de su sistema. Prueba de ello, es lo que establece su Código de Comercio al regir las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio:

“Artículo 116. Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a menos que las partes hubieren acordado otra cosa.”

Sobre el acogimiento de la autonomía de las partes por el derecho interno venezolano, importante también señalar lo que expresa su Código Civil, a saber:

“Artículo 1.133. *El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.”*

“Artículo 1.159. *Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.”*

Como se pudo notar, el artículo 1.133 del Código Civil define el contrato como aquella convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico. Luego, la voluntad se encuentra en la base del instrumento contractual del cual derivan múltiples efectos.

Corroborando la adopción de la autonomía privada por el ordenamiento de Venezuela, también el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil,³⁸⁷ a saber:

“Artículo 12. *Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio.*

³⁸⁷ Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria 18 de septiembre de 1990.

En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe."

Bajo el fundamento legal de los artículos supra mencionados, el legislador reconoce a la voluntad de las personas el poder de autorregular y ajustar libremente, dentro de los límites de lo lícito, el contenido de sus relaciones, equiparando la fuerza de tales convenciones a la fuerza jurídica de la Ley. Así, según la doctrina venezolana, el principio de la

autonomía de la voluntad se encuentra materializado en el artículo 1.159 de su Código Civil.³⁸⁸

Según la doctrina venezolana, debe tenerse la autonomía privada en materia contractual como un principio general, actuando la mayor parte de las normas legales de manera supletoria a la voluntad de las partes (respetadas, por lo tanto, las normas de carácter imperativo), las cuales sólo están dirigidas a llenar el eventual silencio o la imprevisión de las parte.

La jurisprudencia venezolana, a su vez, de un modo general, acompaña la misma exegesis propuesta por la doctrina. Para los tribunales, el principio de la autonomía de la voluntad constituye en Venezuela un principio general de derecho sobre el cual reposa la teoría general de los contratos.

De forma aún más directa, apunta la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela.³⁸⁹

³⁸⁸ Si bien el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado en forma positiva en el Código Civil venezolano, el mismo se encuentra limitado por su artículo 6, el cual dispone que: Artículo 6. "No podrán renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

“Artículo 29. Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.”

De ese modo, puede verificarse en Venezuela la plena coherencia entre sus normas de derecho interno y las de fuente internacional en materia conflictual, hecho que otorga a dicho país una posición destacada en materia de aproximación al más moderno entendimiento sobre el tema.

5.2. De los países asociados al Mercosur

5.2.1. La situación de Bolivia

Pese al nacionalismo exacerbado que caracteriza las instituciones bolivianas, dicho país no ha quedado al margen del proceso de modernización legislativa – aunque impulsada por

³⁸⁹ Publicada el 6 de agosto de 1998, indicando ya desde su artículo primero: Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

los intereses económicos externos –, lo que se puede aducir, por ejemplo, de la incorporación de su ley de arbitraje.

A pesar de ello, Bolivia, a ejemplo de la mayoría de los países sudamericanos, aún adolece de un sistema de Derecho Internacional Privado que no atiende a las aspiraciones del actual escenario mundial.³⁹⁰

En Bolivia es preciso definir las contradicciones que se presentan por la confusión originada por la suscripción tanto de los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, la no ratificación de los Tratados de Montevideo de 1940 y la ausencia de ratificación de 18 convenciones interamericanas sobre innúmeros tópicos del Derecho Internacional Privado.³⁹¹

³⁹⁰ De más de una veintena de convenciones de Derecho Internacional Privado suscritas por Bolivia, solo se han ratificado siete.

³⁹¹ Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano, – que sigue los lineamientos de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 – preparado por el Dr. Fernando Salazar Paredes, con la colaboración de la Dra. Nahid Cuomo. Exposición de motivos, p. 15. Disponible en:

A ejemplo de Brasil, Bolivia es uno de los Estados que han firmado la Cidip – V, pero que no la ha ratificado.³⁹² Diferentemente de otros Estados de Latinoamérica, el derecho interno boliviano no cuenta con ninguna norma de carácter general que reconozca el principio de autonomía de la partes para la elección del derecho aplicable a la contratación internacional, aunque su Código Civil consigne que el contrato hace ley entre las partes.

“Artículo 519. El contrato tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la Ley.”

<http://www.docstoc.com/docs/52698514/LEY-DE-DERECHO-INTERNACIONAL-PRIVADO-BOLIVIANO>. Acceso en : 09.08.2012.

³⁹² “Bolivia tiene participación y presencia en las conferencias interamericanas de Derecho Internacional Privado; es signataria de todas las convenciones interamericanas especializadas de Derecho Internacional Privado, aunque falta, sin embargo, la ratificación de la mayoría de ellas.” PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P.; COPETTI, M. Brasil. In: ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dir.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Buenos Aires: Euros Editores, 2008. p. 105.

“Artículo 510. I. *En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.*

II. *En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato.”*

“Artículo 520. *El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la Ley, o a falta de ésta según los usos y la equidad.”*

Congruente con el tenor del Código Civil, expresa el Código de Comercio boliviano:

“Artículo 803. *En todo contrato se presume la buena fe y, en consecuencia, obliga no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad.”*

Pese a todo ello, la Ley de Arbitraje y Conciliación Boliviana³⁹³, por medio de su artículo 54, I, expresa:

“Artículo 54, I. El Tribunal Arbitral decidirá en el fondo de la controversia con arreglo a las estipulaciones del contrato principal. Tratándose de un asunto de naturaleza comercial, tendrá además en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

Es cierto que dicho dispositivo, en su primera parte, no representa - como ya apuntado los párrafos anteriores - la apertura al principio de la autonomía conflictual; sin embargo, es posible decir que con él se ofrece una opción a la autonomía en el sistema boliviano, cuando las partes hayan estipulado una cláusula de elección del derecho aplicable en el contrato principal, y tratándose de supuesto que deba ser solucionado por la vía arbitral.

Sin embargo, hay quien defienda el reconocimiento de la autonomía conflictual en el ordenamiento boliviano.

³⁹³ Ley de Arbitraje y Conciliación núm. 1770, del 10 de marzo de 1997.

“Siendo la autonomía de la voluntad de las partes el principio rector del contrato, que se encuentra plenamente reconocido en el ordenamiento jurídico boliviano, en materia de contratación internacional es absolutamente legal y válido, en función de las normas jurídicas estatales vigentes, poder establecer las relaciones jurídicas de con quién, cómo y establecer a qué leyes someterán su relación contractual, siempre dentro de los límites impuestos de legalidad y licitud.”³⁹⁴

Como más una pieza de este mosaico, importante señalar el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano, lo cual presenta como uno de sus ejes centrales la incorporación de los preceptos más relevantes de la Cidip – V, como es el caso de la autonomía de la voluntad de las partes para la

³⁹⁴ PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P.; COPETTI, M. Brasil. In: ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dir.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Buenos Aires: Euros Editores, 2008. p. 104.

determinación de la ley aplicable al contrato internacional.
Expresa el proyecto:

“Artículo 63° (ELECCIÓN DEL DERECHO). La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso.

Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes.

La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso.

La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.”

Como se puede notar, al igual de lo que pasa con otros países de Latinoamérica, el tema en Bolivia parece igualmente carecer de mayor claridad, lo que viene justificando los esfuerzos para la pacificación de la materia en el ámbito del ordenamiento boliviano.

5.2.2. La situación de Perú

La autonomía de la voluntad se encuentra expresamente admitida por el estatuto civil peruano, conforme dispone su artículo 2.095, a saber:

“Artículo 2.095. Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.”

En el mismo sentido, la Ley de Arbitraje peruana³⁹⁵ que, en su artículo 57, al tratar de las normas aplicables al fondo de la controversia, apunta:

³⁹⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008 (FE DE ERRATAS de fecha 10 de julio del 2008).

“Artículo 57. - Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.”

Por lo tanto, el ordenamiento interno de Perú reconoce de manera inequívoca la autonomía privada para la elección del derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

5.2.3. La situación de Chile

A ejemplo de Perú, el derecho interno de Chile igualmente ha acogido la autonomía privada para la elección de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Es lo que se

puede concluir de la lectura del artículo 1º del Decreto Ley N° 2.349 de 1978, que establece normas sobre los contratos internacionales para el sector público, a saber:

“Artículo 1º. Decláranse válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas.

Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato, como también las estipulaciones por las que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato.

Lo dispuesto en los incisos anteriores igualmente es aplicable a los actos y contratos por los cuales el Estado de

Chile o sus organismos, instituciones y empresas, hayan otorgado u otorguen, en cualquier forma, su garantía a terceros en los contratos a que se refiere el inciso primero.

En virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario.”

El hecho de que el decreto supra mencionado diríjase al sector público, no es motivo para su desconsideración en el ámbito iusprivatista, pues, el propio decreto, en su considerando 2º, exhorta:

Considerando 2º. Que, dentro del sistema jurídico chileno, tales estipulaciones son lícitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares, siendo de advertir, además, que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana, el que rige en nuestro país desde 1934.

Luego, si la regla es aplicable el sector público, se puede también deducir que será igualmente aplicable al sector privado.

Asimismo, para los contratos celebrados en el exterior y que producen efectos en Chile, el artículo 113 del Código de Comercio chileno de 1865 también autoriza las partes a elegir la ley aplicable.

“Artículo 113. Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil.”

Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.

Conforme se desprende del propio texto del artículo 113 del referido decreto, la autonomía privada es refrendada también por el artículo 16 del Código Civil chileno, a saber:

“Artículo 16. *Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.*

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.”

Coronando el espíritu autonomista que, como visto, caracteriza el ordenamiento chileno, la Ley de Arbitraje³⁹⁶, en su artículo 28, al tratar de las normas aplicables al fondo del litigio, expresa:

“Artículo 28. *Normas aplicables al fondo del litigio.*

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se

entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se

³⁹⁶ Ley núm. 19.971, del 29 de septiembre de 2004.

exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

De ese modo, el ordenamiento interno de Chile parece adherir de manera inequívoca y a partir de diversos instrumentos legales, la autonomía privada para la elección del derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

5.2.4. La situación de Ecuador

Si el artículo 113 del Código de Comercio chileno inclinase delante del principio de la autonomía de la voluntad, autorizando su aplicación, lo mismo pasa con el ordenamiento ecuatoriano que, por medio de su Código de Comercio (artículo

154), expresa el mismo tenor de la norma chilena, conforme consignado abajo:

“Artículo 154. Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas.

Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las Leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

Así, según los términos del artículo supra citado, los contratantes pueden elegir una ley diferente de la *lex loci executionis* ecuatoriana.

El acogimiento de la línea autonomista por el ordenamiento ecuatoriano es seguido también por la Ley de

Arbitraje y Mediación³⁹⁷ del país que, por su artículo 42, consigna:

“Artículo 42. El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la

³⁹⁷ ey No. 000. RO/ 145 de 4 de Septiembre de 1997.

institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.”

Así, tras el análisis del derecho interno de Ecuador, se puede concluir que dicho país ha consagrado el principio de la autonomía de la voluntad.

5.2.5. La situación de Colombia

A diferencia de lo que vimos en relación a países como Ecuador, Chile y Venezuela, por ejemplo, el derecho internacional privado de fuente interna de Colombia no acoge, al menos de manera general, al principio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones contractuales.

Sin embargo, al analizarse su Ley de Arbitraje Internacional,³⁹⁸ no se puede ignorar lo que dispone el artículo 2, a saber:

“Artículo 2. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.”

³⁹⁸ Ley N° 315 de 1996 (Diario Oficial N°. 42.878, de 16 de septiembre de 1996).

Aunque el otorgamiento de la libertad de elección, en los términos del artículo 2 supra citado, esté limitada a los procesos arbitrales, no se puede desconsiderar que, a ejemplo de lo que pasa con otros países de Latinoamérica, su adopción debe ser interpretada como un paso en la dirección del acogimiento del más moderno entendimiento sobre la cuestión.

6. La Evolución de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable en el ordenamiento brasileño

6.1. El Decreto 737 de 1850

Antes de la independencia, estaban en vigor en Brasil las leyes portuguesas, en todos los campos del derecho. Las *Ordenações Afonsinas*, *Manuelinas* e, por periodo más largo, las *Filipinas*, eran las legislaciones que regulaban la vida jurídica en el país. Estas normas estaban impregnadas, en lo que se refiere al campo del Derecho Internacional Privado, de las inspiraciones estatutarias oriundas de Europa, teniendo como base el principio del *locus regit actum* para los contratos y la necesidad de prueba del derecho extranjero.³⁹⁹

³⁹⁹ DEL`OLMO, F. S. *Curso de Direito Internacional Privado*, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

Las discusiones sobre la cuestión de la ley aplicable en Brasil empiezan aún en el Imperio,⁴⁰⁰ con la entrada en vigor del Decreto 737, de 25 de noviembre de 1850 – en lo sucesivo Decreto 737⁴⁰¹ –, que consagra como ley aplicable a la contratación internacional el criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato o <<*lex loci executionis*>>.⁴⁰²

Además, el artículo 406 de la *Consolidação das Leis Civis*, Teixeira de Freitas, de 1857, establecía que: “as leis e usos de países estrangeiros regem a forma dos atos neles ajustado”.⁴⁰³ Por este artículo, Teixeira de Freitas adoptó el domicilio como principal elemento de conexión. De esta forma la capacidad o incapacidad de las personas no domiciliadas en el

⁴⁰⁰ Período del imperio (1822 – 1889). Período de la Republica (1889 – hasta hoy).

⁴⁰¹ Decreto responsable por la determinación del orden del juicio en el proceso comercial, vinculado al Código Comercial Brasileño del mismo año. Hasta su entrada en vigor, Brasil seguía las normas de Derecho Internacional Privado de Portugal. El Decreto 737 fue revocado en 1939, por el Código de Proceso Civil brasileño (Ley no 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

⁴⁰² Conforme se puede aducir de lo dispuesto por su artículo 4: “*Os contractos commerciaes, ajustados em Paiz estrangeiro mas exequivéis no Imperio, serão regulados e julgados pela Legislação Commercial do Brasil.*”

⁴⁰³ TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Consolidação das Leis Civis*, vol I, p. 278.

Imperio deben ser juzgadas por las leyes de los países de sus respectivos domicilios.⁴⁰⁴

El Decreto 737 de 1850 es formado por 747 artículos, reglamentado temas como: el proceso empresarial y civil con su legislación; la ejecución de sentencia; los recursos entre otros temas. Un progreso jurídico para la época.

Así que, aunque el contrato haya sido celebrado en un tercer país, si su ejecución hubiera pasado en Brasil, sería la ley nacional de este país la responsable de la regulación del contrato.

⁴⁰⁴ En esta obra, Augusto Teixeira de Freitas, ordenó, clasificó y actualizó el derecho legislado, confuso e impreciso, que estaba en vigor en Brasil en aquellos momentos. Tratabase de leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y otros preceptos jurídicos, desde las ordenaciones portuguesas. Para algunos autores como, Haroldo Valladao, la obra de Teixeira de Freitas era como una Carta magna de la independencia jurídica brasileña. Tres años después Freitas publica el *Esboço do Código Civil do Império*. El jurista brasileño también influyó en la codificación del Derecho Civil suramericano, principalmente el Código Civil de Argentina y del Paraguay. DEL`OLMO, F. S., op. cit., pp. 14 y 15.

6.2. La Ley de Introducción al Código Civil de 1916

La promulgación de la LICC, de 1 de enero de 1916, que entró en vigor en 1917, trajo el primer sistema legislativo de derecho internacional privado brasileño, como resultado del proyecto presentado por Clovis Beviláqua. Originalmente, los artículos 15 al 42 de la Introducción destinaban se a la solución de conflictos de leyes en el espacio en un modelo nítidamente inspirado en la tradición europea continental, sobretodo aquel presentado por la sistemática de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán de 1896, bajo inspiración de Savigny.⁴⁰⁵

La LICC no es parte integrante del Código Civil, es autónoma, constituyendo tan solamente una ley anexa para tornar posible una más fácil aplicación de las leyes. Su alcance avanza mucho más que lo dispuesto en el Código Civil, por abarcar principios determinativos de aplicabilidad de las normas, cuestiones de hermenéutica jurídica relativa al derecho privado y al derecho público y por contener normas de derecho internacional privado.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ BASSO, M. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

⁴⁰⁶ DINIZ, M. H., op. cit., p. 21.

La LICC es un código de normas, una vez que tiene por contenido la disciplina: del inicio de la obligatoriedad de la ley (art. 1); del tiempo de obligatoriedad de la ley (art. 2); de la garantía de la eficacia global del orden jurídico, no admitiendo la ignorancia de la ley vigente, que la comprometería (art. 3); de los mecanismos de integración de las normas, cuando haya lagunas (art. 4); los criterios de hermenéutica jurídica (art. 5); el derecho en el espacio, para asegurar la certeza, seguridad y estabilidad del ordenamiento jurídico-positivo (art.6); del derecho internacional privado (arts. 7 al 17); y los actos civiles practicados, en el extranjero, por las autoridades consulares brasileñas (arts. 18 y 19).⁴⁰⁷

Con la entrada en vigor de la LICC de 1916 y más específicamente por fuerza del contenido del *caput* de su artículo 13, *a priori* parece haber un cambio en el criterio de localización de la ley rectora del contrato, pasándose de la <<ley del lugar de ejecución del contrato>> o <<*lex loci executionis*>>

⁴⁰⁷ Ibid., pp. 23 y 24.

– prevista por el Decreto 737 –, a la <<ley del lugar de celebración del contrato>> o <<"*lex loci contractus*">>. ⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Para mejor comprensión, merece la pena recordar el *caput* del artículo 13 de la LICC de 1916: "*Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto a substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.*" Entre los factores que influyeron en el cambio, se puede destacar el Código Civil alemán de 1896 – que como Brasil, también presentaba una ley de introducción con carácter general, repercutiendo en todo el orden jurídico nacional –, aunque algunos autores, como BEVILAQUA, C., aseguraban que el artículo 13 de la LICC de 1916 se basaba en verdad en el Código Comercial Portugués.

Importante también señalar que, conforme enseña la Profesora ARAUJO, N., antes de la entrada en vigor de la LICC de 1916, fue presentado ante la Comisión Internacional de Jurisconsultos, en Rio de Janeiro, en el año 1912, un Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, compuesto de 120 artículos, elaborado por el señor Lafayette Rodrigues Pereira. Del cuerpo del proyecto merece destacarse en este estudio lo dispuesto en el artículo 60, lo cual consagraba la autonomía de las partes como criterio general en materia de ley aplicable. Artículo 60: "*A doutrina exposta nos dois precedentes artigos [Aplicação da lei do lugar da celebração quanto à forma, substância, validade e efeitos (artigo 58) e aplicação da lei do lugar da execução em tudo quanto diz respeito à execução do contrato, "como formalidades do pagamento, a moeda em que deve ser feito, a tradição das coisas alienadas, a quitação e as indenizações consequentes" (artigo 59)] pode ser alterada ou derogada pela vontade das partes [autonomia]; porquanto lhes e licito*

Sin embargo, para algunos, la *lex loci contractus* prevista en la LICC de 1916, en verdad, actuaría apenas de forma subsidiaria, pues, al insertar el artículo 13 la expresión <<...salvo estipulação em contrário...>>, como ya comentado, quiso el legislador otorgar a las partes primacía a la hora de determinarse la ley aplicable, las cuales podrían así ejercer la libre elección. Luego, la aplicación de la *lex loci contractus* sólo tendría ocasión siempre y cuando no hubiera disposición de las partes en sentido distinto, dándose su aplicación de forma complementaria.

Desde luego no parece ser esta una línea interpretativa desprovista de fundamento, puesto que, el simple hecho de que no se hubiera consignado en el texto legal la expresión

estipular nos seus contratos que sejam eles regidos em tudo e por tudo pelo direito de um pais determinado./A vontade das partes, quando não e expressa, pode ser deduzida do contexto das clausulas, da nacionalidade das pessoas e das diferentes circunstancias atinentes ao assunto.” En su proyecto, tamaña fue la amplitud conferida a la autonomía, que ni siquiera estaría limitada por las normas imperativas de los Estados. ARAUJO, N. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000. pp. 87–88; 238.

<<autonomía de la voluntad>>, no implicaba necesariamente su negación por parte de la LICC brasileña de 1916.

En oposición a dicha interpretación, sostenían otros autores que, en realidad, en materia de ley aplicable, el principio general de la LICC de 1916 era el de la *lex loci contractus*, careciendo de precisión jurídica los argumentos que apuntaban a la *lex voluntatis* como fundamento de arranque del marco conflictual brasileño, pues, la verdadera pretensión del legislador con la utilización de la expresión <<...*salvo estipulação em contrário...*>> era determinar la designación expresa de la ley competente para regular el contrato.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Pero mismo esta línea de interpretación, aunque atribuyendo a la *lex loci contractus* el status de criterio general, no impediría la elección por las partes de la ley contractual, siempre que la ley del lugar de la ejecución del contrato otorgara a ellas dicha libertad. Pese a que, si consideramos que el Derecho Internacional Privado brasileño, en este aspecto, armonizándose con la doctrina mundial dominante, no admite el reenvío, quedará fulminada dicha teoría. Sin embargo, dicha regla admite una excepción, pues, tanto la convención destinada a regular ciertos conflictos de ley en materia de letras de cambio y notas promisorias, firmada en Ginebra el 07 de junio de 1930 (Dec. 57.663/66), como la convención destinada a regular ciertos conflictos de ley en materia de cheques, firmada en Ginebra el 19 de marzo de 1931 (Dec. 57.595/66), admiten el reenvío.

A expressão <<salvo estipulação em contrário>> consignada no artigo 13 da revogada lei de introdução ao Código Civil (1916), por ser expressão ambígua, prestou-se a controvérsia. Para alguns significava a designação expressa da lei competente para reger os contratos, enquanto outros acreditavam ter sido facultado às partes a eleição da lei reitora do contrato.⁴¹⁰

No obstante, importantes autores brasileños estimaban que la utilización de la referida expresión tenía otro significado.⁴¹¹ Segundo ellos, de los términos del artículo 13 de la LICC de 1916 se desprendía que, aunque las partes tuvieran libertad para la elección de la ley aplicable, dicha libertad quedaría circunscrita por las normas imperativas del lugar de

⁴¹⁰ TENÓRIO, O. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 2. p. 176 *apud* GRANDINO RODAS, J. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: _____. *op. cit.*, p. 54.

⁴¹¹ A ejemplo de Pontes de Miranda. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Internacional Privado*. tomo I — Fundamentos — Parte Geral. Rio de Janeiro: Livraria Jose Olympio Editora, 1935.

celebración del contrato, considerando ser esa la ley competente.⁴¹² Así, los interesados podrían, en principio, elegir la ley reguladora del contrato, aplicándose en todo caso, en defecto de elección, la *lex loci contractus*. Sin embargo, dicha libertad de elección de ley quedará sometida a las disposiciones imperativas de la *lex loci contractus*.⁴¹³

De modo que, pese parezca claro – a partir de una interpretación estricta –, que Brasil no ha acogido el principio de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable al contrato internacional, la exégesis del artículo 13 emprendida por la doctrina deja claro que tampoco se ha cerrado el paso a la misma, especialmente si se considera la diversidad de soluciones presentadas.

La idea de que el artículo 13 de la LICC de 1916, aún sin establecer expresamente el principio de la autonomía, lo admitía en el ámbito del Derecho Internacional Privado – incluso en

⁴¹² De tal modo, la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable tendría que ser ejercida dentro del conjunto de normas con carácter supletivo, las cuales quedarían limitadas por las normas imperativas del lugar de celebración del contrato.

⁴¹³ MACHADO VILLELA, A. C. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. p. 383.

relación a las obligaciones contraídas en Brasil – culminó en innumerables críticas por parte de los detractores de la legislación brasileña.

En una de estas críticas se destacó la incoherencia entre el precepto de la autonomía de la voluntad, en cuanto principio del Derecho Internacional Privado⁴¹⁴ y la negación del mismo en el ámbito del Derecho interno.⁴¹⁵

Lo cierto es que, a diferencia de lo dispuesto en la Cidip – V y en el Reglamento Roma I, la LICC brasileña de 1916 no ha consagrado, por lo menos de manera inequívoca en cuanto a su técnica legislativa, la libertad de elección de la ley aplicable por las partes en la contratación internacional.

Aparte de ello y pese a lo dispuesto en su *caput*, el artículo 13 de la LICC de 1916, por medio de su único párrafo, refuerza que se regirán por la ley brasileña: los contratos que se hayan celebrado en países extranjeros, siempre que el lugar de su cumplimiento sea Brasil; las obligaciones contraídas entre brasileños en país extranjero; los actos relativos a inmuebles

⁴¹⁴ Toda vez que Brasil ha publicado su ley de arbitraje, así como firmado la Cidip – V, instrumento que conceden a las partes, de manera clara, la autonomía en materia de ley aplicable, diferentemente de la LICC de 1916.

⁴¹⁵ TENÓRIO, O. op. cit., p. 177.

ubicados en Brasil y los actos relativos al régimen hipotecario brasileño.⁴¹⁶

Así que, si por un lado, la LICC de 1916 adopta el criterio de la *lex loci contractus* para regular las cuestiones de substancia y efectos de las obligaciones, por otro, crea una <<válvula de escape>> a favor de la *lex loci executionis* y de otras circunstancias puntuales.

A propósito de la cuestión, el Profesor BEVILAQUA, C. considera que el artículo 13 de la LICC de 1916 consagra dos sistemas: el general, de la ley del lugar de celebración, combinado con el principio de autonomía, y el de excepción, que aplica la ley brasileña a los actos que se celebren en Brasil, a las obligaciones contraídas entre brasileños en el extranjero y a los actos sobre inmuebles sitos en Brasil.

⁴¹⁶ Párrafo único del artículo 13 de la LICC de 1916: "*Mas sempre se regerão pela lei brasileira:*
I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil.
II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro.
III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil.
IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro."

"um sistema–regra para a generalidade dos casos, que é o sistema da competência da lei do lugar da celebração, combinada com o princípio da autonomia da vontade; e um sistema–exceção, que é o sistema da competência da lei brasileira, para os atos jurídicos executáveis no Brasil, para as obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro, e para os atos relativos a imóveis sitos no Brasil".⁴¹⁷

Con la referida <<válvula de escape>> o <<sistema de excepción>>, además de privilegiar la ley del foro, quiso el legislador jerarquizar algunos factores de conexión, atribuyéndoles mayor rango. En este sentido, se inclina por la prevalencia:

- de la *lex loci executionis* frente a otros factores de proximidad;

⁴¹⁷ MACHADO VILLELA, A. C. *Tratado elementar teórico e prático de Direito Internacional Privado*. Princípios gerais. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. pp. 379–383.

- del factor nacionalidad frente al criterio de la *lex loci celebrationis*; y
- del lugar del inmueble y de las cuestiones referentes al régimen hipotecario frente a los demás elementos de conexión.

No obstante, pese a desprenderse del tenor de la ley una aparente prevalencia de tales vínculos sobre la autonomía de la voluntad – para aquellos que la vislumbran en la ley –, hay autores que sostiene que, en verdad, tal prevalencia no es absoluta.⁴¹⁸ En ese sentido, afirman que la asignación, en esos supuestos, de la ley brasileña como ley aplicable, ocurrirá apenas en el campo de las disposiciones imperativas del Estado, prevaleciendo por tanto la autonomía de las partes en el campo de las disposiciones no imperativas.

En definitiva, el cuadro es que, la LICC de 1916 adoptó como criterio general la *lex loci contractus* – pese a las críticas que sufrió en razón de su carácter demasiado fortuito –, pero sin quitar el protagonismo a algunos puntos de conexión – por

⁴¹⁸ A ejemplo de Eduardo Espínola. ESPÍNOLA, E. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925. p. 79.

ejemplo, la *lex loci executionis*, toda vez que, en los supuestos en que el contrato tuviera en Brasil su lugar de ejecución, sería aplicable el Derecho brasileño. Además, no cierra la puerta a la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable, aceptándola siempre que la ley del lugar de celebración del contrato lo previera.

6.3. El Código Bustamante (1928)

La cuestión de la armonización del Derecho Internacional Privado en América era y es un reto a ser perseguido.⁴¹⁹

El Código de Bustamante, promovido por el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, en la 6ª Conferencia Internacional Americana celebrada en Cuba,⁴²⁰ es un tratado de

⁴¹⁹ La creciente preocupación de la comunidad internacional con la armonización y uniformización de la materia conflictual en la contratación internacional justificase por ser este un campo del derecho de vital importancia para el incremento de las transacciones comerciales. ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 197.

⁴²⁰ Específicamente en el documento final (el Tratado de La Habana), el 20 de febrero de 1928.

Derecho Internacional Privado que pretendió establecer una normativa común para las Américas.⁴²¹

Por su amplitud,⁴²² fue el tratado de Derecho Internacional Privado más importante firmado por Brasil,⁴²³

⁴²¹ Consiste en un conjunto de normas que pretenden regular las relaciones jurídicas de tráfico externo entre los países partes del tratado. Estuvieron representados en la conferencia los siguientes países: Repúblicas de Perú, de Uruguay, de Panamá, de Ecuador, de México, de El Salvador, de Guatemala, de Nicaragua, de Bolivia, de Venezuela, de Colombia, de Honduras, de Costa Rica, de Chile, de Brasil, de Argentina, de Paraguay, de Haití, de República Dominicana, de Estados Unidos de América y de Cuba. El presidente de la República de Brasil, por medio del Decreto 5.647 de 8 de enero de 1929, sancionó la resolución del Congreso Nacional brasileño que aprobó la Convención de Derecho Internacional privado, adoptada por la 6ª Conferencia Internacional Americana. El Código fue ratificado por Brasil por el Decreto 18.871 de 13 de agosto de 1929.

⁴²² Está compuesto por 437 artículos, que tratan de casi todas las cuestiones de Derecho Internacional Privado, inclusive en materia de derecho procesal y penal.

⁴²³ La delegación de Brasil ha hecho reserva únicamente en relación a los artículos 52 y 54 del Código Bustamante, por discordar del establecimiento de la competencia de la ley del domicilio conyugal para regular la separación de cuerpos y el divorcio.

siendo ratificado por 15 países americanos. Fue más conocido como Código Bustamante.

En materia de ley aplicable, ha optado por la pluralidad en lo que se refiere a los criterios de conexión, aunque la regla de partida sea la <<ley del domicilio>> y la <<ley de la nacionalidad>>. En relación a estas, el Código Bustamante permite a los Estados Parte la determinación del estatuto personal de la persona física, es decir, los Estados participantes pueden optar, entre ambos criterios, por el que mejor les parezca.

En ese sentido, el artículo 7 del Código dice: *“Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.”*

Así que, el Código Bustamante no ha acogido la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable, aunque tres de sus dispositivos parezcan sugerir su admisión,⁴²⁴ a saber:

⁴²⁴ Si el Código Bustamante acogiese la autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable, habría un conflicto dentro del ordenamiento jurídico de Brasil, pues, como se verá, la LICC de 1942 no admite la misma.

“Artículo 184. *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 aplicara presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleva a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad.”*

“Artículo 185. *Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignent 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.”*

“Artículo 186. *En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.”*

Pero el Código siempre estuvo lejos de ser una unanimidad. Las diversas reservas de los Estados parte, la reticencia de muchos de los países asistentes en cuanto a su contenido, la adhesión por tan solo 15 Estados y el hecho de que

su contenido es aplicable únicamente entre sus contratantes y demás Estados que se adhieran a él,⁴²⁵ son solamente algunos de los motivos que condujeron al Código a una posición incómoda. Quizá por su ambiciosa pretensión, el instrumento no ha logrado la pretendida aceptación, hecho que de cierta manera ha desvirtuado su propósito en sí mismo.⁴²⁶

"O Código Bustamante representa um magnífico esforço para a adoção de regras de direito internacional privado, que poderiam substituir ou complementar os sistemas nacionais. Existem, no entanto, limitações à sua aplicação, uma vez que

⁴²⁵ Artículo 2 de la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928: "Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él en la forma que más adelante se consigna."

⁴²⁶ México y Colombia no firmaron dicho tratado; Estados Unidos se retiró a mitad de las negociaciones; Argentina, Uruguay y Paraguay decidieron regirse por el Tratado de Montevideo de 1889, y la mayoría de los demás países ratificaron el Código con grandes reservas. De hecho, no es una tarea sencilla, principalmente por las dificultades de internalización de su contenido en el ordenamiento de los diversos Estados Parte.

*apenas se aplica entre os Estados que a ele aderiram (art. 2º da Convenção), e é relativamente reduzido o número de países que o ratificaram. Amílcar de Castro comenta, de modo crítico, ser sempre meio insegura a observância do Código Bustamante, aduzindo que convenções como estas muitas vezes não vingam”.*⁴²⁷

Pese a ello y aunque no esté en sintonía con la más moderna visión del Derecho Internacional Privado, el Código Bustamante sigue vigente en Brasil, siendo utilizado en ocasiones como fundamentación en los tribunales nacionales, aunque de manera tímida.⁴²⁸

De un modo general, importantes estudiosos del Derecho Internacional Privado observan que el Código Bustamante es

⁴²⁷ ROSSANI GARCEZ, J. M. *Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 44.

⁴²⁸ Agravo STF nº 454147 SP (DJ 13-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02191-06 PP-01152); Apelación civil TRF4 nº 2003.70. 00.000467-7 (D.E. 21/05/2007). Sin embargo, hay quien sostenga que el Código Bustamante ha sido derogado por la LICC de 1942.

confuso en toda la materia contractual. Aparte de ello, al igual que los Tratados de Montevideo, su utilización por los tribunales de los países que lo han ratificado ha sido muy discreta, y, en la mayoría de los casos, meramente supletoria ante vacíos dejados por las normas de derecho internacional privado del país.

Siguen hoy los esfuerzos para la armonización del Derecho Internacional Privado en América, pero ahora, conducidos por la OEA, a través de las Cidip`s.

6.4. La Ley de Introducción al Código Civil de 1942

La enorme resistencia frente al Código Bustamante y el hecho de persistieren las controversias generadas por las diversas líneas de interpretación de la LICC de 1916 en materia de ley aplicable, generaron un ambiente propicio al cambio. Es en este escenario que surge en el Derecho brasileño la LICC de 1942.

La nueva LICC (LICC de 1942), pese a haber mantenido el criterio de la *lex loci contractus* como regla general,⁴²⁹ aportó

⁴²⁹ Pese a las críticas a ese criterio, principalmente por indicar muchas veces la ley de un país sin cualquier conexión con el caso. MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D. *O tratamento da autonomia da*

con el artículo 9 una sistemática distinta de la presentada por su antecesora, sobre todo al intentar poner fin a la polémica del artículo 13 de la LICC de 1916, al eliminar la dicción que permitía una interpretación “extensiva” de la cuestión de la ley aplicable.⁴³⁰

En ese sentido, dispone el artículo 9 de LICC de 1942: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”.⁴³¹

vontade nos contratos internacionais segundo a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Voxjuris, ano 2, v. 2, n. 1, p. 121, 2009.

Al contrario de lo que pueda parecer, el mantenimiento de la *lex contractus* no significa que haya cambiado poco con la revocación de la LICC de 1916 por la LICC de 1942.

⁴³⁰ Fundamentada en el proyecto de reforma elaborado por la comisión integrada por Hahnemann Guimarães, Filadelfo Azevedo y Orozimbo Nonato, la LICC de 1942 ha eliminado la expresión <<*salvo disposição em contrário*>> presente en la LICC de 1916, evitando así, según parte de la doctrina, la posibilidad de dar entrada a la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la ley aplicable al contrato internacional.

⁴³¹ Es decir, la *lex loci celebrationis*. En relación a los contratos entre ausentes, según la ley de introducción al Código Civil brasileño, deberán someterse a la ley de la residencia del proponente.

De ese modo, el dispositivo que comentamos no sólo se ha abstenido de hacer cualquier referencia al principio de la autonomía, sino que también ha suprimido el pasaje <<*salvo estipulação em contrário*>>, dejando clara la posición del legislador por la no adopción de la autonomía como regla general, pese a las críticas al aparente cambio.

En Brasil, tanto la doctrina como la jurisprudencia desconocen el valor de dichos pactos, en base al argumento de que la Ley de Introducción al Código Civil - que concentra la normativa brasilera de Derecho Internacional Privado de fuente interna - no se refiere al tema, a pesar de que la normativa anterior derogada por ella, aceptaba expresamente la validez de los pactos de *lege utenda*. Si antes eran aceptados, y ahora no se dice nada a su

respecto, es porque el silencio presupone rechazo.⁴³²

Pero esa está lejos de ser una opinión compartida por todos. Al no establecer la autonomía y tampoco prohibirla, la LICC de 1942 ha generado grandes controversias doctrinales que persisten hasta hoy.⁴³³

Sobre la cuestión, el autor portugués MARQUES DOS SANTOS, A. N., a partir de un estudio histórico-comparativo

⁴³² HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en: [http://www.dhargain.com.uy/Derecho del Comercio Internacional/Contratacion Internacional en Mercosur.pdf](http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf). Acceso en: 07 ago. 2012.

⁴³³ Esas controversias van desde aquellos que entienden, de los términos de la LICC de 1942, que es absolutamente imposible la elección de la ley aplicable por las partes, hasta aquellos acreditan que dicha autonomía siempre estuvo y sigue en pleno vigor. Algunos afirman que el principio vigora, una vez que no hay disposición expresa en contra, mientras otros consideran que la redacción de la ley fue una prueba indubitable de la intención de prohibirla. Y hay también aquellos que promovieron interpretaciones intermediarias. MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D. op. cit., pp. 121–124.

entre la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado brasileño y portugués, se ha posicionado de la siguiente forma:

*“(...) a relevância do princípio da autonomia das partes em DIP evoluiu em sentido inverso em Portugal e no Brasil, já que, no nosso país, a autonomia da vontade conflitual foi plenamente reconhecida desde meados do século passado, ao passo que, no Brasil, houve um inegável retrocesso nesta matéria de ha sessenta anos para cá, mais precisamente desde a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942”.*⁴³⁴

⁴³⁴ MARQUES DOS SANTOS, A. N. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil.* Disponible en: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/SantosAntonioMarques1.pdf>. Acceso en: 11 feb. 2011. Este texto foi originariamente publicado nos Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, v. I, Coimbra, Almedina, 2002. p. 44.

No obstante, hay autores que afirman que, al igual que la LICC de 1916, en la LICC de 1942 sigue abierta la posibilidad de acogimiento del principio de la autonomía cuando la ley del país en que fue celebrado el contrato (*lex loci contractus*) lo admita.

O artigo 9º da LICC (1942) acabou com o antagonismo ilógico entre um princípio de Direito Internacional Privado amplamente aceito e o Direito interno brasileiro. Desse modo, as obrigações contraídas no Brasil, claramente não estarão submetidas à vontade das partes em matéria de lei aplicável. Sem embargo, deve-se levar em consideração que, uma obrigação constituída no exterior pode submeter-se ao Direito brasileiro, nos casos em que a lei do lugar do contrato admita a autonomia, e optando as partes pela lei brasileira.⁴³⁵

⁴³⁵ TENÓRIO, O. op. cit., p. 177. El artículo 9 de la LICC de 1942 no consagra la autonomía de la voluntad como ley aplicable, pero tampoco

Pero aquí surge una otra cuestión, más precisamente en lo que concierne a la exclusión del reenvío. Ante todo, es preciso conocer la posición de la LICC de 1942 sobre el tema. En este sentido, expresa la referida ley de introducción:

exceptúa su aplicación en las hipótesis en que la autonomía sea admitida por la *lex loci contractus*. ROSSANI GARCEZ, J. M. *Elementos básicos de Direito Internacional Privado*. Recife: Síntese Editora, 1999. pp. 50–51. El artículo 9 de la LICC de 1942 no admite la autonomía de la voluntad. Sin embargo, podrá aceptarse la autonomía, a título de excepción, en la hipótesis de que la obligación se haya contraído en el exterior y teniendo las partes elegido como aplicable la ley brasileña. AMORIM, E. C. op. cit., p. 156. El artículo 9 de la LICC de 1942 no ha excluido la aplicación de la autonomía de la voluntad se esta es admitida por la ley del país donde se ha constituido la obligación. STRENGER, I. *Direito Internacional Privado — Direito Civil Internacional — Direito Comercial Internacional*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 657–658. No se puede afirmar la existencia de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho brasileño, ante lo dispuesto por el artículo 9 de la LICC de 1942, taxativo al determinar la *lex loci contractus* como elemento de conexión. No obstante, la autorización de la ley aplicable para la aplicación de la autonomía sería una forma indirecta de utilizarla. ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 212.

“Artículo 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.”

Combinado el dispositivo mencionado, con lo anteriormente expuesto, se puede concluir que:

1. El criterio general adoptado por la LICC de 1942 es la *lex loci celebrationis*;
2. La *lex loci celebrationis*, en la condición de ley aplicable, podrá indicar el ordenamiento de un otro país como ley aplicable al caso concreto;
3. Cuando la *lex loci celebrationis* indique una ley extranjera como ley aplicable (reenvío), tal referencia no deberá ser considerada.

Así, de los términos del artículo en análisis no se puede concluir por la exclusión de la autonomía cuando aceptada por la *lex loci celebrationis*, considerando que esta (la autonomía), no se equipara a una remisión hecha a otra ley. Además, hay que considerarse que, en el ejercicio de dicha prerrogativa, podrían las partes, incluso, elegir la propia *lex loci celebrationis*. De tal modo, si el contrato fue celebrado en otro país, y suponiendo

que el ordenamiento de este país otorgue a las partes autonomía para la elección de la ley aplicable, sería legítimo a estas la elección de ley brasileña.⁴³⁶

Distinta también es la fórmula de la LICC de 1942 en cuanto a las excepciones a la *lex loci contractus* asentadas por el párrafo único del artículo 13 de la LICC de 1916, el cual invocaba la competencia de la ley brasileña en algunos supuestos determinados, en detrimento del criterio general adoptado. La LICC de 1942 se ha abstenido de tales excepciones.

O artigo 9 da LICC de 1942 não se refere à autonomia, nem afasta, em alguns casos, o império da lei do país onde foram constituídas as obrigações, em favor da aplicação da lei brasileira, como o fazia a LICC de 1916. Assim, de acordo com tal

⁴³⁶ Sobre la cuestión consultar la posición del Profesor DOLINGER, J., según la cual no hay reenvío en el caso de autonomía de la voluntad. DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

*artigo, a lei do lugar da obrigação rege a qualificação e a substância, não excluindo a autonomia da vontade, se admitida pela lei do país da constituição da obrigação.*⁴³⁷

Al tratar del tema, SERPA LOPES, – pese a la supresión por la LICC vigente (1942) de los términos de la LICC de 1916 que, supuestamente, concedían la libertad de elección de la ley aplicable –, se inclina por la posibilidad de aceptación de la autonomía por el ordenamiento brasileño, aunque admitiendo su sumisión a las leyes imperativas del Estado.

Com relação ao vigente artigo 9 da LICC brasileira de 1942, pergunta-se primeiramente se a lei em vigor admite a autonomia da vontade, quando for permitida pela lei do lugar da constituição da obrigação. E em segundo lugar, se há tal permissão quando o conflito for regido pela própria lei brasileira. Conclui por aceitar,

⁴³⁷ GRANDINO RODAS, J. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 54.

*com base na lógica e na boa doutrina, a autonomia da vontade, sempre que não estiver em jogo uma lei imperativa. Sendo tal critério também válido quando for brasileira a própria lei do contrato.*⁴³⁸

En el mismo sentido el profesor VALLADÃO afirma que, aunque la LICC de 1942 no haya hecho referencia a la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable,

⁴³⁸ SERPA LOPES, M. M. *Comentários à Lei de Introdução do Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 199–204 *apud* GRANDINO RODAS, J. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: GRANDINO RODAS, J. *op. cit.*, p. 51. Según BATALHA, W. S. C., *não há necessidade de disposição legal explícita para o exercício da autonomia da vontade. Esta pode atuar no âmbito das leis dispositivas, facultativas e supletivas, assim como nos casos não abarcados pela norma*. Sobre la cuestión, consultar BATALHA, W. S. C. *op. cit.* Para VALLADÃO, H., el Derecho brasileño siempre aceptó el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de obligaciones contractuales y la ausencia de su referencia expresa en la LICC de 1942 se ha debido únicamente al hecho de que se vivía en Brasil, en aquellos días, un régimen dictatorial. VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 366.

eso no implica decir que el principio desapareció.⁴³⁹ Determinado a demostrar la recepción del principio por el ordenamiento brasileño, ha presentado una tesis según la cual el empleo de la palabra “*reputa-se*” en el párrafo segundo del artículo 9 tendría el sentido de “*presume-se*”, lo que daría a las partes libertad para la elección de ley.⁴⁴⁰

Luego, según dicho entendimiento, el artículo 9 de la LICC de 1942 no impide la aplicación de la autonomía de la voluntad cuando esta sea admitida por la ley del país donde se

⁴³⁹ Según el Profesor VALLADÃO, la ausencia de cualquier referencia a la autonomía en la LICC de 1942 se debe mucho más a inconveniencia de su utilización frente al momento político que atravesaba Brasil (dictadura militar), que a opción del legislador por la desconsideración del principio en la contratación internacional. Acredita que un principio basilar como el de la autonomía no puede desaparecer por simple omisión. *Ibíd.*, p. 366. En el sentido contrario, MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D., los cuales acreditan que la no adopción de la autonomía se debe en parte a la segunda guerra mundial, que dificultó la aplicación de leyes nacionales en otros países, principalmente en se tratando de países enemigos. MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D. *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴⁰ Recordando el párrafo 2 del artículo 9:” *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*”

ha constituido la obligación – lo que parece ser un entendimiento coherente –, pero igualmente contemplaría la autorización legal para la elección de la ley por las partes aunque el contrato sea celebrado en Brasil, lo que parece cuestionable.

En sentido contrario, los profesores BATALHA y CASTRO aseveran que:

Ante lo dispuesto por la LICC de 1942 no hay duda: es inadmisibles la autonomía de la voluntad para la determinación de la ley aplicable. La autonomía de la voluntad sólo puede ejercerse en el ámbito de las normas dispositivas del Derecho reputado como aplicable.⁴⁴¹

*“Nem mesmo para atribuir ou negar efeitos no Brasil a contratos celebrados no exterior prevalece a autonomia da vontade, uma vez que as partes não podem escolher o direito que desejarem”.*⁴⁴²

De manera que, para muchos, la actual aceptación de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado

⁴⁴¹ BATALHA, W. S. C. op. cit., p. 247.

⁴⁴² CASTRO, A. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 447–448.

brasileño, representa una impropiedad jurídica, aunque por veces sea defendida.⁴⁴³

Diferentemente de la experiencia europea, la cual acepta decididamente el principio, la situación de Brasil aún no ha evolucionado. La LICC vigente (1942), en su artículo 9, no ha incluido el principio de la autonomía de la voluntad y, aunque muchos juristas sean favorables, dicho principio está, por ahora, descartado. Esta afirmación se desprende de la lectura del artículo, que no puede ser comparado con otras normas sobre el tema que lo permiten expresamente, como, por ejemplo, la Cidip – V.⁴⁴⁴

Para el profesor GONZAGA FRANCESCHINI, J. I., considerando lo dispuesto por el artículo 9 de la LICC de 1942, al enunciar que “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar–*

⁴⁴³ ROCHA, O. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 140. En este sentido, consultar también STRENGER, I. *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 205. Está claro que los más importantes doctrinadores brasileños en materia de Derecho Internacional Privado sostienen diferentes puntos de vista a la hora de interpretarse la admisión o no de la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable.

⁴⁴⁴ ARAUJO, N. op. cit., p. 323.

se-á a lei do país em que se constituírem”, no hay lugar para la autonomía de la voluntad,⁴⁴⁵ entendimiento que parece reflejar la mejor hermenéutica, pero desde luego no es el posicionamiento legal más adecuado a la realidad de la contratación internacional de los tiempos presentes.

6.5. El Anteproyecto de Reforma de la Ley de Introducción al Código Civil de 1942

Consciente de la apremiante necesidad de emprender reformas para la modernización del Derecho Internacional Privado brasileño, aclarando su posicionamiento sobre el tema, de manera a impulsar las transacciones multilaterales, Brasil encargó al profesor HAROLDO VALLADÃO la tarea de formular un sistema normativo capaz de realizar tales cambios, sustituyendo así la entonces ya anticuada LICC de 1942.

Así que, a través de los Decretos 51.005/61 y 1.490/62, el Gobierno Federal de Brasil confió al Profesor VALLADÃO la preparación de un anteproyecto de reforma de la vigente

⁴⁴⁵ GONZAGA FRANCESCHINI, J. I. *A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 73.

LICC, el cual vendría a convertirse al final, en el Proyecto de Código de Aplicación de Normas Jurídicas, de 15.05.1964.⁴⁴⁶

Pero el proyecto tampoco consagraba la autonomía de la voluntad conflictual de manera inequívoca, como se puede afirmar tras la lectura de su artículo 51: *“A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração da vontade regem-se, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar em que forem contraídas.”*

En la opinión de MARQUES DOS SANTOS, A. N., el anteproyecto de Ley General de Aplicación de Normas Jurídicas, consagraba el principio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones en general, aunque de manera

⁴⁴⁶ Se trataba de una ley autónoma, muy pormenorizada y que intentaba reflejar el más moderno entendimiento doctrinal y jurisprudencial, sin prescindir del paralelismo con la legislación de otros países, por ejemplo, del ordenamiento alemán.

Con relación a la tercera parte del anteproyecto, han sido promovidos cambios solamente en el sentido de permitir que el Derecho Internacional Privado brasileño de adecuase a la jurisprudencia dominante, a la doctrina pacificada, así como a las reglas constantes en los tratados de que Brasil era parte, a ejemplo de la Cidip – V. GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 62.

reticente, ya que mandaba aplicar con antelación y como directriz genérica, la *lex loci celebrationis*.⁴⁴⁷

Pese a su importancia jurídica, el proyecto no ha logrado su conversión en ley. Transcurrido medio siglo desde el encargo de elaboración, el proyecto se encuentra archivado en el Congreso Nacional, tras nueva presentación en 1984.⁴⁴⁸ Desde entonces, en varias ocasiones, se ha intentado retomar la discusión,⁴⁴⁹ visto que persistía el problema de la inadecuación de la norma.

⁴⁴⁷ MARQUES DOS SANTOS, A. N. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil*. Disponible en: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/SantosAntonioMarques1.pdf>. Acceso en: 11 feb. 2011. Este texto foi originariamente publicado nos Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, v. I, Coimbra, Almedina, 2002. pp. 42–43.

⁴⁴⁸ Era de si esperar el archivamiento, pues, se no había lograd éxito antes, las chances en 1984 eran aun menores considerando las transformaciones de la contratación internacional, no acompañadas por su texto.

⁴⁴⁹ A título de ejemplo, cítese la petición presentada en el primero Congreso Brasileño de Derecho Internacional Privado, realizado en Belo Horizonte en 1987, en la que se reclamó al Gobierno Federal la formación de una comisión de juristas para la elaboración de proyecto de ley para revocación de la LICC de 1942.

Fue ahí que, convencido de la urgencia de la cuestión, el Señor Alexandre de Paula Dupeyratz Martins, Ministro de la Justicia en aquella ocasión, tomó la determinación de constituir una Comisión para la discusión y elaboración del nuevo anteproyecto de ley para la reforma da LICC de 1942. Así que, por medio de la portaría n° 510, de 22 de julio de 1994, se crea dicha Comisión, elaborándose así un nuevo anteproyecto.

Al final, el anteproyecto es enviado a la Cámara de los Diputados de Brasil, acompañado del Mensaje Presidencial n° 1.293/94, transformándose en el Proyecto de Ley 4.905/95.

6.6. La Cidip – V de 1994

Como ya se ha visto en el capítulo anterior, la Cidip –V, que adoptando la autonomía de la voluntad en materia conflictual, se presentaba como “El Mesias” de la contratación internacional brasileña,⁴⁵⁰ pese a haber sido firmada por Brasil el 17 de marzo de 1994, todavía no ha sido ratificada.

⁴⁵⁰ Eso porque, como ya visto, la doctrina mayoritaria brasileña entiende que a LICC de 1942 rechaza la autonomía de la voluntad, hecho que hizo reposar sobre la Cidip – V la responsabilidad por la modernización del estatuto conflictual brasileño a partir del reconocimiento del principio de la autonomía privada. Tal entendimiento ha sido también la respuesta de Brasil

No obstante y aunque no haya sido recibida por el derecho interno brasileño, la Cidip – V es una Convención que tuvo, como mínimo, el mérito de impulsar la idea de la retomada del tema en Brasil, hecho que comenzó a perfilarse a partir del Proyecto de Ley 4.905/95.

6.7. El Proyecto de Ley 4.905 de 1995

La pretendida revocación de la LICC de 1942 por el Proyecto de Ley 4.905/95, sobre la aplicación de normas jurídicas, representaba un gran paso adelante para la modernización del Derecho Internacional Privado brasileño, principalmente por adoptar de manera directa y como regla general, el principio de la autonomía de voluntad en materia conflictual.

El proyecto estaba dividido en tres capítulos: I) De la norma jurídica en general; II) Del Derecho intertemporal y III) Del Derecho Internacional Privado. En lo concerniente al Derecho Internacional Privado, más específicamente en materia obligacional, el anteproyecto no supuso grandes cambios – por

al Cuestionario de la OEA, preparatorio para el encuentro que finalmente aprobó la Cidip – V.

lo menos en relación al que ya era el entendimiento mayoritario entre los más desarrollados sistemas de conflicto del mundo –, sino la modernización de la ley.

De qualquer forma, não apenas por pressões externas, mas também por necessidades de atração de investimentos, nasceu o Projeto de Lei nº 4.905/95 que, no seu artigo 11, vai através da teoria da proximidade, ou dos vínculos mais estreitos (the better law approach), autorizar as partes, diante do princípio da autonomia da vontade, a escolha da lei aplicável aos seus contratos internacionais, o que colocaria o Brasil no circuito dos países que já a permitem.⁴⁵¹

⁴⁵¹ SANTORO, V. F.; SCHMITT, L. M. *Algumas considerações iniciais sobre os contratos internacionais, no Direito Internacional Privado brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 203. Disponible en: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1635>. Acesso em: 10 feb. 2011.

En ese sentido, expresaba el artículo 11 del Proyecto, *in verbis*:

“As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

§ 1º – Caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

§ 2º – Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se em caráter excepcional.

§ 3º – A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha vinculação com o ato ou contrato.

§ 4º – Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, serão registrados no Brasil desde que atendidos os requisitos de forma estabelecidos no parágrafo anterior.”

Pero el Proyecto de Ley no prosperó. Momentos antes de ser votado por la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados – y pese al parecer favorable de su

ponente, el entonces Ministro de la Justicia – se retiró el Proyecto con el vago argumento de que se hacía necesario un nuevo examen de su tenor.⁴⁵²

La Convención de México⁴⁵³ ha repercutido en Brasil a través de su influencia en los artículos relativos a los contratos internacionales del Proyecto de Ley 4.905/95. En el proyecto, de manera coherente con la posición asumida por Brasil con la firma de la Cidip – V, se adoptó la regla de la autonomía de la voluntad y, como norma subsidiaria, en defecto de elección, el criterio de los vínculos más estrechos. En la exposición de motivos, se ha justificaba la adopción de esos artículos haciéndose referencia expresa a la Cidip – V.

No obstante, aunque reflejara clara maduración del sistema jurídico de Brasil en la materia, como ya dicho, el

⁴⁵² GRANDINO RODAS, J. *Falta a lei de introdução do Código Civil*. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001. p. 127. Un nuevo examen del anteproyecto aun no tuvo vez todavía.

⁴⁵³ Como también es conocida en Brasil la Cidip – V.

proyecto fue retirado del Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo.⁴⁵⁴

Una vez más, fracasaban los esfuerzos de modernización del sistema de Derecho Internacional privado brasileño.

6.8. La Ley de Arbitraje Brasileña (Ley 9.307 de 1996)

Hoy por hoy en Brasil, por regla general, el ordenamiento jurídico no admite la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable, como se pudo comprobar en el fallo del Supremo Tribunal Federal brasileño, en el Recurso Extraordinario N° 93.131-7/MG – Minas Gerais, de 17 de diciembre de 1981, ya mencionado.⁴⁵⁵ Sin embargo, si la controversia es sometida al arbitraje, la situación cambia, tornándose posible elegir la ley que será aplicada.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ De cierto modo el proyecto poseía contenido oportuno porque, no haría sentido ratificar la Cidip – V, manteniendo en la LICC de 1942 los principios con ella inconsistentes.

⁴⁵⁵ Consultar introducción del presente capítulo.

⁴⁵⁶ PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P.; COPETTI, M. *Brasil*. In: ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dirs.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y*

Corroborando la afirmación anterior, el artículo 2 de la Ley 9.307/96: “*A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.*”

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Con el artículo, y más precisamente con lo dispuesto por su párrafo 1º, al fin y al cabo, el Derecho interno brasileño, por primera vez, reconoce de manera clara e irrefutable, la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable.⁴⁵⁷

España. Buenos Aires: Euros Editores, 2008. p. 137. Además, podrán también las partes consensuar que el arbitraje se realice con base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas del comercio internacional, conforme el párrafo 2 del artículo 2 de la ley.

⁴⁵⁷ El hecho de que, para muchos, el arbitraje sea una forma de tutela jurisdiccional privada, no disminuye la importancia de la internalización del principio de la autonomía por el ordenamiento jurídico brasileño.

*“Constitui a nova lei, um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante da formação de acordos e da previsão de seus efeitos. A revitalização da arbitragem nessa nova lei vem a exemplificar, ao lado do fortalecimento dos contratos, o ressurgimento do império da vontade no âmbito da justiça, reflexo das idéias liberais que embasam a atuação política do Estado”.*⁴⁵⁸

*"O artigo 2.º institui afinal a autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais como também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem, promovendo uma verdadeira revolução no direito brasileiro, que sempre se mostrou reticente com relação a esta teoria".*⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ PAMPLONA SILVA, G. *Arbitragem: aspectos gerais da Lei 9.307/96*. Disponível en: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1412>. Acceso en: 17 feb. 2011.

⁴⁵⁹ ARAUJO, N. op. cit., p. 209.

Es importante resaltar, sin embargo, que el arbitraje es admitido sólo en los casos en que la controversia está restringida al ámbito de los derechos patrimoniales disponibles,⁴⁶⁰ de modo que, los derechos extra patrimoniales indisponibles no pueden ser sometidos a la ley de arbitraje y, como consecuencia, no podrá ser elegida la ley aplicable en estos supuestos, pues, en caso contrario, conllevaría la nulidad del fallo arbitral.⁴⁶¹

De ese modo, además de potenciar la resolución de conflictos y propiciar un desahogo del aparato jurisdiccional brasileño, no se puede negar la importancia de la ley de arbitraje, también, por aproximar el sistema nacional al principio de la autonomía de la voluntad.

La Ley 9.397/96 resulta pues, en un instrumento de gran valor y avance del Derecho Internacional Privado brasileño

⁴⁶⁰ Ley de arbitraje brasileña (Ley 9.307/96), artículo 1: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”

⁴⁶¹ PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P.; COPETTI, M. *Brasil*. In: ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dir.). op. cit., p. 137. Dice el artículo 32 de la ley de arbitraje brasileña (Ley 9.307/96): “*É nula a sentença arbitral se: (...) IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (...).*”

hacia las soluciones innovadoras, adoptadas por los sistemas jurídicos más desarrollados del mundo. No obstante, no se puede olvidar que persiste la necesidad de establecimiento de un marco conflictual general que reconozca la autonomía.

6.9. La Ley 10.406/02 – El Nuevo Código Civil Brasileño

El último capítulo de esa verdadera "odisea" se dio con la entrada en vigor de la Ley 10.406/2002, más conocida como Nuevo Código Civil brasileño o simplemente NCC. Pese a su larga tramitación en el Congreso Nacional brasileño, el NCC no ha generado cambio alguno en relación a su Ley de Introducción (LICC de 1942),⁴⁶² perdiéndose así una excepcional oportunidad de se reparar la omisión de la norma de Derecho Internacional Privado brasileño sobre la cuestión de la autonomía de las partes en materia de derecho aplicable.⁴⁶³

⁴⁶² Pese a que, con la posterior publicación de la Ley 12.376, de 30 de diciembre de 2010, se ha alterado el título de LICC de 1942, pasando a vigorar con la siguiente redacción: "Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro".

⁴⁶³ *"Embora tenham sido esquadrihados variadíssimos aspectos do novo código, surpreende a ausência de referência ao apêndice ancilar do Código*

Pese a que los cambios del NCC no han influenciado directamente en la LICC, no se puede olvidar de los reconocidos avances de la nueva legislación civil brasileña que sustituyó el antiguo Código Civil de 1916.

La sustitución del anterior Código Civil de 1916 estaba siendo discutida por muchos años en el Congreso Brasileño. El progreso cultural, económico, tecnológico de la sociedad demandaba una legislación civil más actual que observará los valores éticos-jurídicos de la sociedad actual.

7. La posición de la jurisprudencia brasileña sobre la recepción del principio de la autonomía para la elección de la ley aplicable

La vasta y pormenorizada producción legislativa Brasileña, destacada característica de su sistema jurídico,

Civil, isto é, a LICC. Essa omissão vem ocorrendo, inobstante a antiga unanimidade quanto à patente desatualização das regras constantes da LICC. "(...) Não é admissível a promulgação do novo Código Civil brasileiro, sem que sequer se tenha iniciado o procedimento para a substituição da LICC. O Brasil, cuja respeitabilidade jurídica é incontestada, mesmo no plano internacional, não merece essa espantosa omissão." GRANDINO RODAS, J. op. cit. p. 357.

todavía no ha alcanzado a sus normas de Derecho Internacional Privado, presentándose de manera rudimentaria. En un escenario como ese, la jurisprudencia – fuente que es del Derecho Internacional Privado – juega un papel decisivo.⁴⁶⁴

Pese a ello – específicamente en lo que toca a la recepción (o no) del principio de la autonomía de la voluntad por las normas de conflicto patrias – la jurisprudencia brasileña es minúscula. Es un hecho que los tribunales, lamentablemente, no se han pronunciado de manera suficiente sobre la cuestión.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ La autoridad y el valor positivo de la jurisprudencia varían de Estado a Estado. Sin embargo, aunque los países del *Common law*, como en Gran-Bretaña y Estados Unidos, le atribuyan mayor rango, no se puede negar su importancia como modulador de tendencias.

⁴⁶⁵ Aunque careciendo de fuerza obligatoria, sería muy positivo que la jurisprudencia pusiera de manifiesto su entendimiento sobre la norma internacional substantiva – sobre todo por el prestigio que le caracteriza en cuanto acto oficial – en cuanto a aceptación o no del principio de la autonomía de la voluntad. Para VALLADÃO, “*a jurisprudência dos tribunais torna-se cada vez mais uma verdadeira tábua de logaritmos do jurista, fornecendo cada dia soluções não previstas ou mal e incompletamente previstas pelo legislador. Ela é particularmente necessária ao Direito Internacional Privado – acentua o grande internacionalista brasileiro – um Direito cuja legislação é fortemente reduzida.*” Y sigue: “*Ao lado da lei forma-se um direito jurisprudencial, mais plástico, possível de*

Pese a la supuesta aceptación de la autonomía de la voluntad por el artículo 13 de la LICC de 1916, la jurisprudencia sobre su aceptación, así como del actual artículo 9 de la LICC de 1942, es muy escasa. Se puede decir, incluso, que la cuestión de la autonomía de la voluntad – como se nota de los pocos casos encontrados – nunca ha sido enfrentada directamente.⁴⁶⁶

ser modificado pelos próprios tribunais, mais vivo, particularizado: o direito positivo corrente. O direito jurisprudencial une o direito positivo corrente. O direito jurisprudencial une o direito atual ao direito futuro: ele é a fonte entre o JUS CONSTITUTO e o JUS CONSTITUENDO". VALLADÃO, H. op. cit., p. 376. Por diversas veces, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha actuado en el sentido de esclarecer el entendimiento sobre innumerables principios de Derecho Internacional Privado y sus reflejos en el ordenamiento brasileño.

⁴⁶⁶ ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 200. Sin embargo, no fueron raras las veces en que se determinó la aplicación del artículo 9 de la LICC, pero sin cualquier referencia a su reconocimiento de la autonomía. A título de ejemplo: Maria Luisa S.A. v. Norton Negaw, RF 169/117 – 118, 1957; Bayley & Cia. V. Estado do Ceará, publicado en la revista de jurisprudência do STF 91/45 – 51, 1925. GRIFFITH GARLAND, P. *American-Brazilian private international law*. New York: Oceana Publications, 1959, *apud.*, ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável,*

No obstante lo expuesto, el ya mencionado Recurso Extraordinario N° 93.131–7/MG – Minas Gerais, de 17 de diciembre de 1981, no se esquivo de la apreciación de cuestión de la autonomía – aunque no la explore de manera a colmar las innumerables divergencias doctrinales, lo que, en realidad, sería casi intangible si se considera la multiplicidad de posicionamientos que se han dado sobre el tema –. De modo que, del análisis del recurso, se puede inferir, en síntesis:

- a) Que determina la aplicación de la ley extranjera (ley portuguesa), con fundamento en el artículo 9 de la LICC de 1942, considerando haber sido el contrato celebrado en Portugal (respeto del régimen de la *lex contractus*, evitándose al “legeforismo”);⁴⁶⁷
- b) Que exhorta la equiparación de la ley extranjera a la legislación federal brasileña, a efectos de admisibilidad del recurso extraordinario, y

ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit. p. 201. En el mismo sentido, el Recurso Especial 97.099, DJ 15.06.1998. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro.

⁴⁶⁷ Sobre la cuestión consultar también SILVA LOUREIRO FILHO, L. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. pp. 130–137.

- c) Que reconoce la **inexistencia** de la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable en el sistema de Derecho Internacional Privado brasileño.

Pero aquí hay que considerar que, aunque el Tribunal hubiera sintonizado con el más moderno entendimiento sobre la materia, y por ello, hubiera optado por el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad (*contra legem*), aun así tal sentencia podría ser objeto de anulación, bastando para ello que fuera considerada responsable del quebrantamiento de una disposición expresa de ley.⁴⁶⁸

Aparte de ello, hay que considerarse que, negar una ley extranjera, cuando el ordenamiento patrio determina su aplicación, es negar el propio ordenamiento patrio,⁴⁶⁹ incumpliendo tanto a la norma ajena, como a la norma nacional.

De suerte que, hoy, en el ordenamiento jurídico brasileño, la aceptación de la autonomía de la voluntad vive

⁴⁶⁸ Conforme dispuesto por el Código de Proceso Civil Brasileño – CPC (Ley 5.869, de 11 de enero de 1973). Enuncia el artículo 485 del CPC: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V – violar literal disposição de lei.”

⁴⁶⁹ DE MATOS PEIXOTO, J. C. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935. p. 261.

únicamente en la doctrina, no encontrando ningún respaldo en la ley y tampoco en la jurisprudencia. De hecho, en las escasas ocasiones en que hubo la referencia por los tribunales brasileños a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional, casi siempre se ha tratado del tema de forma marginal, decidiéndose siempre por su **in**aplicabilidad frente a lo dispuesto por el artículo 9 de la LICC de 1942.

No obstante todo lo expuesto, ha de señalarse también lo que STRINGER, D. ha apuntado como una vía alternativa que viene siendo aplicada en Brasil, a partir de la cual, tomándose en cuenta que el ordenamiento jurídico brasileño no acepta las cláusulas de elección del derecho aplicable pero, por otro lado, acepta las cláusulas de elección de foro, - conforme fundamento legal se transcribe en la secuencia - las partes de un contrato internacional, no pronunciándose acerca del derecho aplicable, podrían pactar la jurisdicción de un tribunal extranjero cuyo derecho internacional privado aceptase el principio de la autonomía de las partes.⁴⁷⁰ En este sentido, véase el fundamento legal a partir del derecho interno brasileño:

⁴⁷⁰ STRINGER, D. *Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy*, International

“Artículo 111. *A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.*

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.”

Corroborando dicho entendimiento, apunta la Súmula 355 del Supremo Tribunal Federal brasileño:

Súmula 355. *É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.*

En el ámbito de las fuentes internacionales de derecho internacional privado brasileño igualmente se encuentran fundamentos para la vía alternativa apuntada por STIRNGER, D., declarándose la necesidad de cumplimiento de lo que se ha

acordado contractualmente, como en el Código Bustamante, a partir de los artículos a saber:

“Artículo 166. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código.”

“Artículo 318. Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.”

“Artículo 321. Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan.”

Dichos razonamientos fueron utilizados por el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul en el caso "Bank Boston c. Dryford Investment S.A."⁴⁷¹ Sólo que la jurisdicción elegida fue la uruguaya, y en Uruguay no se admite la autonomía conflictual, a no ser dentro de los límites permitidos por la *lex contractus* determinada por la norma de conflicto de su Código Civil,⁴⁷² cuyo punto de conexión es el lugar de ejecución.

En este sentido, merece señalarse el voto del Desembargador Mário José Gomes Pereira, lo cual ha sujetado que:

Na esfera do direito internacional privado cumpre analisar-se o conteúdo das cláusulas referentes à escolha da lei e do foro do contrato, pois apesar de distintos, uma tem implicação direta na outra.

Em decorrência da cláusula de eleição de foro, é estipulado o foro no qual ser]ao apreciadas e julgadas eventuais controvérsias do contrato. As partes podem, a

⁴⁷¹ Agravo de instrumento . núm. 70005228440, de 8 de abril de 2003, 19ª Câmara Cível de Porto Alegre.

⁴⁷² Artículo 2.399 del Código Civil uruguayo.

princípio, livremente convencionarem esta cláusula, salvo eventuais limitações existentes no ordenamento jurídico do foro eleito e também daquele das partes contratantes.

Difere da cláusula de eleição da lei aplicável ao contrato, através da qual é convencionada a legislação a ser observada tanto pelas partes quanto pelo órgão julgador. Além da limitação imposta pela ordem pública, há ordenamentos que expressamente vedam a livre estipulação da lei aplicável ao contrato.

E em relação às cláusulas de eleição da lei, o art. 9º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil, não contemplou, no direito pátrio, a autonomia da vontade como elemento de conexão, impossibilitando que as partes livremente estipulem qual a lei aplicável ao contrato internacional firmado pelas mesmas.

Esta distinção é de suma importância, pois, conforme salienta Nadia de Araújo, apesar da influência que uma cláusula exerce na outra, ambas não se confundem: “É preciso deixar bem claro que a cláusula de eleição de foro e de lei aplicável ao contrato não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país

no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. No entanto, a redação e a escolha dessas cláusulas deve ser feita em conjunto, de modo que se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada pelo juiz que estiver discutindo a questão em face de uma proibição da lei local. Dessa forma, estão interligadas e as conseqüências de uma determinada escolha influi na outra cláusula” (A autonomia da vontade nos contratos internacionais –O direito brasileiro e países do Mercosul: Considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco. Palestra proferida no Curso de Especialização ‘O Novo Direito Internacional’ promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 16.07.1999, p. 7).

De ese modo, con la decisión aportada, no se ignora la distinción entre las cláusulas de elección del foro e las cláusulas de elección del derecho aplicable, sin embargo, se entiende que ambas deben ser analizadas conjuntamente.

8. Posibles razones de la no admisión de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado brasileño

Son innumerables las posibles razones que justifican casi un siglo de incertidumbre⁴⁷³ con respecto a la (no) admisión del principio de la autonomía de la voluntad, por Brasil, en el ámbito de sus normas de Derecho Internacional Privado.

Primero, desde una perspectiva política, como ya hemos visto, es innegable que el Congreso Nacional de Brasil ha relegado siempre el tema de la autonomía en materia de Derecho Internacional Privado a un segundo plano, jamás atribuyendo a la cuestión status de prioridad. Así, carecía Brasil de una coyuntura favorable capaz de elevar la cuestión a la agenda del gobierno.

En los años 90, de cara a un escenario mundial absolutamente favorable a las transacciones internacionales, con su apertura al mercado exterior⁴⁷⁴ y la conquista de la estabilidad monetaria, Brasil vuelve a enfrentarse con la necesidad de que se esclarezca la cuestión.

⁴⁷³ A contar de la LICC de 1916.

⁴⁷⁴ Fue a partir de los años 90 que, con la apertura para el comercio internacional empezada por el gobierno de Fernando Collor de Mello e intensificada por los gobiernos de Fernando Henrique Cardoso e Luis Inácio Lula da Silva, que Brasil alzó mira sobre su proceso de internacionalización, aumentando significativamente sus exportaciones e importaciones.

Pero las condiciones que deberían actuar como elementos impulsores de una más profunda y conclusiva discusión sobre el tema, en un primero momento, tampoco han sido capaces de crear una situación propicia para ello, pues, a esas alturas, la capacidad de las infraestructuras portuarias del país, así como de sus carreteras, ferrocarriles, y maquinaria instrumental, es decir, de infraestructura en general, no se correspondía con el desarrollo del potencial productivo del Brasil, de manera que la insuficiencia de infraestructuras actuaba como freno a dicho desarrollo productivo y situaba en el primer plano de las preocupaciones de los actores de dicho sector la solución a corto plazo del problema de la correspondencia entre el potencial productivo y las vías materiales adecuadas para su distribución a escala internacional, en detrimento de la modernización de las normas sobre contratación internacional y, más en concreto, de la incorporación del principio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, al mismo tiempo y en paralelo al incremento de las transacciones multilaterales, resultado de la consolidación del proceso de globalización, aumenta la presión para que se esclarezca la posición de Brasil en la materia, hecho que culminaría en la publicación de la ley de arbitraje.

Pero, con la entrada en vigor de la ley de arbitraje brasileña, vuelve a reducirse la presión empresarial y, sobre todo, de la doctrina internacionalprivatista, sobre el Congreso Nacional, una vez que, por si sola, la ley de arbitraje actúa como *vis atractiva* de la contratación internacional, de manera que se provoca la huida desde la *lex contractus* hacia el arbitraje, en la medida que permite a las parte la elección de la ley aplicable.

Por ello, es importante señalar que la eventual indefinición existente sobre el problema de la autonomía de la voluntad en el Derecho conflictual brasileño actúa como elemento favorable para la descongestión de la administración de justicia en Brasil, en la medida que, buscando un mayor grado de previsibilidad, los contratantes prefieren establecer en sus contratos una cláusula arbitral, evitando así las incertidumbres del Derecho Internacional Privado brasileño y aligerando, consecuentemente, la carga a sus tribunales.

“A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da

autonomia da vontade das partes, da rapidez, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do (em tese) menor custo (o que, todavia, não significa pequeno) e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate".⁴⁷⁵

Aparte de ello, no se puede olvidar la posibilidad de celebración del contrato internacional en un tercer Estado que admita la autonomía privada para la elección del derecho aplicable, hecho que igualmente atendería a las necesidades de los contratantes, permitiendo la adhesión al principio de la autonomía ante la indefinición del ordenamiento brasileño.

De ese modo, en la práctica de la contratación internacional brasileña, son dos, básicamente, las principales alternativas utilizadas por los contratantes para evitar los riesgos derivados de ese ambiente de incertidumbre:

⁴⁷⁵ RODRIGUES DO AMARAL, A. C. *A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional*. <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>. Acceso en 09.01.2012.

1. Celebrar el contrato en otro país que acepte la autonomía para la elección de ley;

2. La adopción del arbitraje como medio de solución de controversias, considerando que la ley de arbitraje brasileña acepta la posibilidad de elección de ley por las partes, o incluso de los principios generales del derecho, usos, costumbres o reglas internacionales del comercio.

Pero esta aparente aceptación por parte de los actores de la contratación internacional de la situación propiciada por la Ley de Arbitraje, no es ni puede ser considerada como solución permanente. En efecto, por una parte, debe anotarse el actual escenario de crecientes inversiones en el sector productivo del Brasil, por otra, la tendencia, cada vez más acusada, de las partes en el arbitraje, de cuestionar el laudo arbitral ante la instancia judicial y, en tercer lugar, la ausencia de una posición clara y terminante de la jurisprudencia así como la dispar interpretación doctrinal de la ley en este punto, lo que a corto o medio plazo puede actuar de freno al desarrollo económico del país.

9. VALORACIÓN FINAL

El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho internación al privado latinoamericano ha sido blanco de muchas controversias en los últimos años. La flagrante ausencia de uniformidad en la materia es la característica más destacada del sistema *iusprivatista* de dicho entorno, marcado en la mayoría de los casos por la obscuridad.

Desde hace mucho el Mercosur ha apuntado en la dirección del acogimiento del principio de la autonomía de la voluntad, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994, que permite a las partes elegir la jurisdicción competente. En el mismo sentido, el acuerdo sobre arbitraje Comercial Internacional de 1998, que igualmente consagra la autonomía privada para someterse a una jurisdicción privada.

Diferentemente, en materia de elección de derecho aplicable, los instrumentos del Mercosur han silenciado, no regulando el tema.

De notarse también la casi siempre presente incapacidad del derecho interno de los países del medio, de ofrecer el tratamiento adecuado a las peculiaridades de la contratación internacional, en perjuicio del más moderno tratamiento de la cuestión.

La autonomía de la voluntad, sea para determinar el contenido de los acuerdos, sea para remitirse a sistema jurídicos sofisticados o reglas de origen no estatal, es hoy, más que nunca, necesaria para la conducción de los negocios internacionales.⁴⁷⁶

Delante de la irresistible presión del comercio internacional, dicha realidad viene, aunque a pequeños pasos, dando señales de cambios, ganando fuerza las corrientes autonomistas⁴⁷⁷, impulsadas principalmente por el arbitraje.

“La importante asimetría que se registra entre los Estados miembros del Mercosur con respecto a la admisión de la

⁴⁷⁶ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. p. 313.

⁴⁷⁷ En las últimas décadas, la autonomía de las partes es el principio seguido por la mayoría de los Estados. LEHMANN, M. *Liberating the individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*. 41 Vand. J. Transnat'l L. 381 2008. p. 385. En este sentido COLOMBI CIACCHI, A. *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*. pp. 303–318.

autonomía de la voluntad se va mitigando lentamente al son de las presiones, muchas veces irresistibles, que la fuerza del comercio internacional ejerce sobre las resistencias estatales al principio de autonomía. Mediante el arbitraje internacional se va instalando de a poco en los países reticentes la idea de que las partes pueden pactar el derecho aplicable a los contratos internacionales".⁴⁷⁸

En verdad no existen considerables obstáculos al acogimiento del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional del Mercosur, ya que se evidencia una propensión natural a su aceptación por parte, incluso de los Estados que antes se mostraban como detractores del principio. Así vemos que, más allá de los tradicionales debates respecto a la interpretación de los textos de Uruguay y Brasil, a título de ejemplo, han empezado a aceptarlo en los

⁴⁷⁸ ALBORNOZ, M. M. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en los Estados del Mercosur*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLII, núm. 125, mayo-agosto de 2009, pp. 631-666.

foros internacionales que prevén su incorporación en un texto uniforme, lo que hace presuponer su aceptación en el ámbito del bloque.

Por todo ello mostrase oportuno y necesario, para el buen desenvolvimiento de los negocios en el marco del Mercosur, la aceptación, reconocimiento y regulación de la autonomía privada en materia de contratación internacional.

El temor por los riesgos de abusos contra las partes más débiles de la contratación internacional - aduciéndose la fragilidad de las economías de los países latinoamericanos en comparación con sus vecinos del norte, principal argumento utilizado en a favor del rechazo de la autonomía de la voluntad⁴⁷⁹ -, sigue perdiendo espacio para los intereses mercantiles, incluso, de los países del entorno latinoamericano.

⁴⁷⁹ MORENO RODRIGUEZ, J. A., *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*. Asunción: Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006. p.115. En este sentido, véase también ALBORNOZ, M. M. *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*. Journal of Private International Law. Vol. 6, N° 1, abril 2010. p. 51.

No obstante, siguen los esfuerzos para que la Cidip – VII trate de la protección de los consumidores como parte más débil en la contratación internacional. Sobre la cuestión, véase ARRIGHI, J. M. *La Protección de los*

Hoy día los países de Latinoamérica son importantes actores del comercio internacional, participando activamente del mercado global. Además, la coyuntura del Derecho Internacional Privado y del arbitraje ha cambiado por completo, hecho que conllevó a pérdida de espacio por parte de los detractores de la tendencia autonomista, respaldados por vetustos conceptos proteccionistas, basados en una ultrapasada idea de fragilidad del entorno latinoamericano.

Como se pudo percibir, el escenario de la contratación internacional en el ámbito del Mercosur supone una pluralidad de soluciones que alejan dicho colectivo de los fines establecidos con el surgimiento del bloque. No hay una solución única en la materia, imperando la inseguridad jurídica.

Hodiernamente, aún no se cuenta con un instrumento normativo sobre el tema de la autonomía conflictual, vigente en todos los países del Mercosur, que establezca una solución general, hecho que empuja los conflictos de la contratación internacional hacia el sistema nacional de derecho internacional privado de cada Estado miembro, lo que puede conducir a

respuestas divergentes en el mosaico formado por sus respectivos ordenamientos.

La solución para la cuestión parece depender de la modificación, por los países del bloque, de las reglas de derecho internacional privado de fuente interna, o de la ratificación de la Cidip – V, o de la elaboración de un nuevo instrumento, concebido específicamente para el Mercosur.

Frente al confuso panorama que envuelve la cuestión, quedan como alternativas: o modificar las legislaciones conflictuales internas de los países, o ratificar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos de 1994 o, en su defecto, elaborar un instrumento propio análogo para el Mercosur, adaptando este instrumento.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. P. 314.

Es necesario perseguirse la armonización de las soluciones individuales de cada Estado, aclarando el sistema mercosureño y aproximando sus miembros del moderno entendimiento sobre la materia, así como, paralelamente, fomentando un mayor grado de seguridad jurídica a los terceros Estados que celebren operaciones mercantiles con sus miembros.

Por todo ello, lo deseable sería extender la autonomía ya largamente reconocida por el sistema arbitral de países del Mercosur, también, a sus tribunales estatales, a partir de reglas claras, consolidadas en instrumento único. El medio idóneo para tanto: la Cidip – V.

En lo que respecta a Brasil, innumerables fueron las causas que llevaron a la supresión de la ya comentada ambigüedad que caracteriza el artículo 13 de la LICC de 1916. Pero independientemente de las causas generadoras, el hecho es que, de los términos del artículo 9 de la LICC 1942, no se puede concluir por la admisión del principio de la autonomía de

la voluntad en la esfera del Derecho Internacional Privado brasileño.⁴⁸¹

La LICC de 1942, apremiada, de un lado, por las críticas en contra del criterio de la libertad de elección y, de otro, por la naturaleza censuradora del régimen político de la época, no ha incluido la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones contractuales (artículo 9). Se trató de una omisión consciente, intencional, de la expresión <<*salvo estipulação em contrário*>>, en contradicción con el artículo 13 de la antigua ley de introducción.

En definitiva, se puede concluir que, de cara al Derecho Internacional Privado brasileño, ante la meridiana *mens legis*, la autonomía de la voluntad no puede ser reconocida como elemento de conexión contractual.⁴⁸²

⁴⁸¹ Pese a las tentativas doctrinales – por vías transversales – de demostrar la admisión de la autonomía de la voluntad por el Derecho Internacional Privado brasileño, aunque sin la amplitud esperada y la necesaria claridad. La doctrina brasileña se encontraba dividida en cuanto a la admisión o no de la autonomía para la elección de ley por el ordenamiento jurídico de Brasil. RECHSTEINER, W. op. cit. p. 108.

⁴⁸² En ese sentido, VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, *apud* GRANDINO RODAS, J. *Elementos de*

Así, el ejercicio de la autonomía de la voluntad solamente fue posible para las partes en el ámbito de las disposiciones de la ley aplicable, cuando así lo permitiese la *lex contractus*.⁴⁸³

La incapacidad de la *lex loci contractus* adoptada por Brasil, para tratar de manera eficaz los supuestos internacionales, ha llevado la doctrina a promover una distinción inexistente en el Derecho Internacional Privado brasileño, según la cual la validez y los efectos del contrato serían regidos por la ley de la constitución de la obligación, mientras que la ejecución sería regida por la ley del lugar de la ejecución.⁴⁸⁴

conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: _____. op. cit., p. 371.

⁴⁸³ GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 59. Hoy, Brasil "acepta" la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable apenas de forma transversal, es decir, únicamente cuando la *lex contractus* otorgar dicha libertad, solución insuficiente en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Es importante recordar que, en estos casos, no cabrá invocar la exclusión del reenvío consignada en el artículo 16 de la LICC de 1942, toda vez que la libertad de elección de ley concedida por la *lex contractus* no equivale al reenvío. Además, es importante recordar la posibilidad de elección de la ley aplicable en sede de arbitraje.

⁴⁸⁴ En este sentido, *Ibíd.*, p. 59.

Si la subsistencia de diversas normativas en un mismo mercado transnacional es un obstáculo al desarrollo de las transacciones internacionales,⁴⁸⁵ la fluidez y la previsibilidad garantizadas por una cláusula de elección juegan un papel de fundamental importancia, en la medida en que deja a las partes en una condición más favorable para la formalización del contrato.⁴⁸⁶

“El principio de la autonomía de la voluntad, al conceder la posibilidad de elección (autonomía conflictual) o de concepción (autonomía material) de la ley aplicable, permite que las partes ajusten sus

⁴⁸⁵ BOUZA VIDAL, N. op. cit., p. 11.

⁴⁸⁶ No se pretende aquí tratar la autonomía de las partes como una especie de “Mesías” de la contratación internacional. La admisión de la libertad de elección por las partes de la ley aplicable, lógicamente, no es capaz de elidir todos los problemas de la contratación. *Party Autonomy in American Choice of Law: A Mess*, en ZHANG, M. *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice Law*. Emory International Law Review. Temple University, 2006. v. 20. pp. 529–545.

conductas a estas reglas convenidas anticipadamente".⁴⁸⁷

Si bien ya es una realidad en los marcos legales de la Unión Europea (Roma I) e Interamericano (Cidip – V), la libertad para la elección de la ley aplicable al contrato internacional, como se ha dicho al principio, no encuentra acogida en el Derecho Internacional Privado brasileño, hecho que viene repercutiendo negativamente en el desarrollo comercial del país, pese a los indicativos de crecimiento de la actividad mercantil en el ámbito internacional.⁴⁸⁸

Sin embargo, pese a la claridad que se desprende del tenor de la LICC vigente (1942), el análisis de la doctrina especializada demuestra que no se trata de una cuestión pacífica. Tan grande es la diversidad de opiniones en este ámbito que, para muchos, no se sabe qué régimen jurídico concreto se puede aplicar en Brasil. Y como resultado de todo eso, entre los principales actores del comercio internacional impera la idea de

⁴⁸⁷ BOGGIANO, A., CIDIP – IV, Doc.8/88, pp. 41–46 *apud* FRESNEDO DE AGUIRRE, C. op. cit., p. 156.

⁴⁸⁸ Consultar anexos.

que las reglas de conflicto de leyes brasileñas suponen un verdadero “salto en el vacío”.

A ausência de uma posição peremptória do Brasil sobre a questão gera consequências nefastas para o Mercosul, atingindo também as relações comerciais com outros países, afinal, ao avaliar o “risco Brasil”, os atores do cenário internacional levam em consideração a segurança jurídica propiciada pelas normas de direito interno.⁴⁸⁹

Pero al mismo tiempo que la norma de conflicto brasileña niega la libertad de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, no se puede olvidar que Brasil ha firmado la Cidip–V⁴⁹⁰ y publicado su ley de arbitraje,

⁴⁸⁹ ARAUJO, N. op. cit., p. 330.

⁴⁹⁰ *Ainda que não a tenha ratificado, “per se” já supõe a concordância com o teor da ferramenta legal, exercendo, ainda que subjetivamente, influência sobre as decisões dos Tribunais.* En este sentido, BATIFFOL, H. *La quatorzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé.* Revue, 1981. pp. 244–245 *apud* DOLINGER, J. op. cit., p. 71. Luego,

instrumentos que permiten que los contratantes puedan elegir el derecho material que debe ser aplicado en el supuesto de un eventual litigio.

De hecho, si el artículo 13 de la LICC de 1916 no cerraba el paso a la aceptación de la ley libremente elegida por las partes, tampoco la impulsaba. Cualquier evaluación que traspase esta comprensión puede denotar una interpretación extensiva del dispositivo, que más parece comprometida con la aplicación del derecho de la conveniencia del intérprete, antes que con la fiel exégesis normativa.

El hecho de propugnar la conveniencia de la autonomía de la voluntad no puede convertirse en una interpretación extensiva y, en ocasiones, hasta fantasiosa, de la ley, lo que no ayuda a poner de manifiesto la necesidad de cambios.

Innumerables las consecuencias de la **no** aceptación de la autonomía de la voluntad por la normativa brasileña en el ámbito de la contratación internacional. Por ello, institutos clásicos del Derecho Internacional Privado, reconocidos a escala

cuando los jueces no encuentran en su sistema jurídico nacional una respuesta adecuada a un problema que les es planteado, pero vislumbran la solución en una convención aún no ratificada o aún no vigente, les puede parecer natural considerar esta respuesta como conveniente y justa.

mundial, – a ejemplo del *dépeçage*⁴⁹¹ –, tienen su aplicación limitada, lo que en nada favorece la dinámica da actividad mercantil.

Además, al no otorgar a las partes la libertad para la elección de la ley aplicable, tampoco permite la normativa brasileña la ulterior elección de la ley aplicable, la elección de un derecho sin conexión alguna con el contrato, las cláusulas flotantes de elección unilateral o la elección de una ley no estatal (*lex mercatoria*) como rectora del contrato.

Es preciso clarificar este ambiente de incertidumbre. Es imperativo que se actúe sin tardanza en el sentido de demostrar de manera inequívoca la posición brasileña sobre la cuestión, reto que correspondería, en primer lugar, a la jurisprudencia que, como ya se ha visto, tampoco ha sido capaz de apaciguar las controversias sobre el tema.

⁴⁹¹ Aunque los Tribunales brasileños reconozcan ampliamente el *dépeçage* legal, dicho fraccionamiento no podrá tener como uno de los elementos de conexión la voluntad de las partes. En este sentido la Apelación Civil 50059/86, Reg. 3151, Cod. 86.00150059, 4ª Cámara, unánime, Juez Miguel Pacha, j. 09.09.1986. ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit. pp. 207–208.

Com o transcurso dos anos, não só persistiram os problemas, como se intensificaram, pois o primitivismo e a inadequação das regras de Direito Internacional Privado brasileiras são absolutamente incompatíveis com o crescente protagonismo que este país exerce no âmbito internacional.⁴⁹²

“O contratante estrangeiro, ao sopesar o 'custo Brasil', leva em conta também a certeza jurídica propiciada ou não pelas regras jurídicas internas relativas à contratação internacional. O primitivismo e a inadequação de nossas regras de direito internacional privado são incompatíveis com o fato de o Brasil ser o 'condottieri' no processo de integração regional e de buscar

⁴⁹² En este sentido, ARAUJO, N. op. cit., p. 330. En las palabras del profesor DOLINGER, J., “*De todos os países civilizados que ele tem notícia, o Brasil é aquele que tem a legislação de Direito Internacional Privado mais atrasada.*” Palestra “Novos Rumos do Direito Internacional”, ministrada en la Universidad Estadual do Rio de Janeiro, por el profesor Jacob Dolinger, em 28 de maio de 2009.

*papel destacado no processo integrativo hemisférico".*⁴⁹³

El buen momento de desarrollo económico por el que pasa Brasil hoy, no permite la exacta percepción de todo el impacto generado por este escenario de incertidumbre. Pero lo cierto es que, mientras no se presente una solución legislativa adecuada para la cuestión, Brasil seguirá sin explotar plenamente su potencial, perennizándose en la condición de mera promesa.

No hay que esperar más. Es preciso dar un paso adelante.

10. PROPUESTAS

Todo el desarrollo de ese modesto trabajo ha llevado a una certeza: es preciso incorporar al Derecho Internacional Privado brasileño el principio de la autonomía de la voluntad,⁴⁹⁴ de modo a fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad en

⁴⁹³ GRANDINO RODAS, J. op. cit. p. 358.

⁴⁹⁴ Idea defendida por autores de la importancia de BOGGIANO. BOGGIANO, A. op. cit., pp. 701–702. El derecho interno de Brasil debería acoger la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. RECHSTEINER, W. op. cit., p. 108.

materia de ley aplicable, impulsando así la contratación internacional y el desarrollo del país. El camino más corto para ello: ratificar la Cidip – V.

Mientras la Cidip – V no rija en el mundo jurídico brasileño con toda plenitud, los actores del comercio internacional estarán sujetos a un sistema de Derecho Internacional Privado retrogrado, que encuentra como exponente máximo la vetusta LICC de 1942, absolutamente incapaz de responder de manera mínimamente satisfactoria a las actuales necesidades del comercio internacional.⁴⁹⁵

“ (...) é notória a necessidade de uma manifestação legislativa, a fim de fornecer um ambiente de maior estabilidade para o comércio internacional. A Convenção do México, talvez o caminho mais curto para responder a questão da autonomia da

⁴⁹⁵ SANTORO, V. F.; SCHMITT, L. M. *Algumas considerações iniciais sobre os contratos internacionais, no Direito Internacional Privado brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 203. Disponible en: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1635>. Acesso em: 10 feb. 2011.

*vontade, até o presente momento não foi ratificada. Também salta aos olhos a inadequação da Lei de Introdução ao Código Civil, que, mais de meio século depois de promulgada, continua regendo o Direito Internacional Privado brasileiro, a despeito das inúmeras mudanças de paradigmas feitas nessa área ao longo de todos esses anos”.*⁴⁹⁶

Sin embargo, aunque afirmando la necesidad de la ratificación de la Cidip – V por Brasil, no se desconocen aquí sus puntos débiles. Desde luego, la Cidip – V – comparada con el marco conflictual europeo – no parece otorgar el mismo nivel de seguridad jurídica que Roma I, lo que se puede deducir de la no estipulación de los llamados *numerus clausus* como criterio subsidiario de la autonomía;⁴⁹⁷ al permitir la elección de norma

⁴⁹⁶ MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D. op. cit., pp. 124–125.

⁴⁹⁷ Aunque Roma I presente la cláusula de escape en relación a los *numerus clausus* (en las hipótesis en que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto de aquel determinado por los criterios anteriores), su simple

no-estatal (*lex mercatoria*) en detrimento de los elocuentes argumentos en contra⁴⁹⁸; o aún por el hecho de que, al intentar limitar la autonomía de las partes por el orden público, deja margen a la exclusión de la ley elegida por la simple presencia de disposiciones contrarias al principio.⁴⁹⁹

En un rápido análisis de ese escenario, entendemos que debe tomarse en consideración los siguientes factores:

- a) el anacronismo de la norma de conflicto vigente impone un cambio inmediato;
- b) la Cidip – V no sería una solución de medio o largo plazo, una vez que fue concebida en 1994, ya necesitando de actualizaciones;
- c) la Cidip – V, aunque presente algunas debilidades, reúne mejores condiciones para regular la materia si se compara con la LICC vigente;

existencia confiere mayor seguridad, en la medida en que obliga al juzgador a justificar su no consideración.

⁴⁹⁸ Conforme al punto 4.3. del capítulo III (La posibilidad de determinación de norma no-estatal como rectora del contrato).

⁴⁹⁹ Conforme punto 6.2. del capítulo III (La excepción del orden público internacional).

d) la Cidip – V depende únicamente de la ratificación por el gobierno brasileño para su entrada en vigor.

De ese modo, por estar dotada de la capacidad de modernizar de inmediato el sistema conflictual brasileño, la Cidip – V podría jugar un papel decisivo en la solución de la cuestión, actuando como instrumento de transición para un sistema que atienda a las necesidades de la contratación internacional de hoy. Eso porque la ratificación de la Cidip – V generaría una rápida aproximación del ordenamiento brasileño al moderno entendimiento sobre la materia, ganándose así el tiempo necesario para la concepción de un sistema de Derecho Internacional Privado autónomo, capaz de dar respuesta a las necesidades de un desarrollado y floreciente comercio internacional.

En consecuencia, entendemos que la solución más apropiada y conveniente debería incluir:

- a) la inmediata ratificación de la Cidip – V;
- b) el reinicio de las negociaciones y debates para creación de una ley de Derecho Internacional

Privado autónomo, distinta del marco general de aplicación de normas jurídicas.⁵⁰⁰

En el mismo sentido, el Profesor GRANDINO RODAS, considerando el actual momento del Derecho Internacional Privado brasileño, según el cual, el mejor camino para la sustitución de la LICC de 1942 sería elaborar dos leyes autónomas: una ley de aplicación de normas jurídicas, y una ley de Derecho Internacional Privado.

La solución pasaría por la elaboración de dos leyes autónomas: una ley de Derecho Internacional Privado, para las normas iusprivatistas, y otra ley de aplicación de normas jurídicas, que cuidaría de los aspectos generales e intertemporales. De esa manera se podría exorcizar el primitivismo y la inadecuación de las reglas de Derecho Internacional Privado brasileñas – y por vía de consecuencia, de sus reglas obligacionales –, que son incompatibles con

⁵⁰⁰ A LICC es considerada la <<Ley General de Aplicación de Normas Jurídicas>> en Brasil.

el papel de Brasil en cuanto principal actor en el proceso de integración regional.⁵⁰¹

Guardando cierta proximidad con dichas propuestas, aunque sin explorar una posible complementariedad entre ellas, la profesora ARAÚJO, N. entiende que la incorporación del principio de la autonomía de la voluntad al derecho brasileño solo estará garantizada con la modificación de la LICC de 1942 o con la ratificación de la Cidip – V.⁵⁰²

No se pretende aquí alentar por la creación de un nuevo marco conflictual interamericano, en sentido contrario de lo que ya se considera como en entendimiento común sobre la materia. Ello, además de innecesario, en nada contribuiría a la búsqueda estandarización de la cuestión.

Sencillamente afirmamos que, al igual que la Cidip – V en relación al Convenio de Roma de 1980, un nuevo marco conflictual para la zona americana no debería renunciar, en modo alguno, a la consistente experiencia de Roma I, sobre todo para acortar distancias. Por eso, el gran desafío consistiría en

⁵⁰¹ Em este sentido, GRANDINO RODAS, J. op. cit., p. 63.

⁵⁰² ARAUJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: GRANDINO RODAS, J. op. cit. p. 212.

formular una ley a partir de las bases de Roma I, pero sin prescindir del fortalecimiento de sus aspectos positivos e intentando mitigar sus puntos débiles.

En este sentido, el nuevo marco conflictual, en líneas generales, debería incluir:

- a) el establecimiento de la *lex voluntatis* como régimen general, considerando que queda demostrado, desde una perspectiva jurídica o comercial, ser el sistema de conexión más idóneo;
- b) la adopción del sistema de *numerus clausus* en defecto de elección, como elemento impulsor de la seguridad jurídica;
- c) la inadmisión de la nueva *lex mercatoria* como ley aplicable – rompiendo así con el modelo de la Cidip – V – frente a su bajo grado de madurez;
- d) la negativa a la llamada <<voluntad hipotética>> o <<legeforismo>>, sin por ello desprestigiar la elección del foro como uno de los factores que debería tenerse en cuenta a la hora de fijar la ley aplicable.

Ahora bien, específicamente en lo que toca al mencionado ítem “b”, es importante recordar su adopción por Roma I (conforme capítulo II, punto 6). En este, la acogida del

sistema se manifiesta de manera no absoluta, habiendo una verdadera relativización del mismo frente a algunos supuestos de proximidad.

En ese sentido, aunque reconociendo la necesidad de conferir al juzgador algún margen de discrecionalidad, la determinación legal de algunas circunstancias clave, las cuales deberían necesariamente ser objeto de análisis a la hora de identificarse el país con el cual se mantiene vínculos más estrechos, reforzarían la esperada seguridad jurídica.

De ese modo, el nuevo marco conflictual propuesto convendría que adoptase la esencia y la metodología de Roma I, pero sin dejar de aclarar las principales características que deberán ser objeto de análisis en la búsqueda del Estado más conectado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y MANUALES

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. et al. *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid: Tecnos, 1996.

ALVARADO HERRERA, L. et al. *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*. Navarra: Aranzadi, 2003.

AMORIM, E. C. *Direito Internacional Privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANCEL, B.; LEQUETTE, Y. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1987.

ARAUJO, N. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Contratos Internacionais. Autonomia da vontade. Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARELLANO GARCÍA, C. *Derecho Internacional Privado*. 17. ed. México: Editorial Porrúa, 2008.

ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1971.

BASSO, M. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BATALHA, W. S. C. *Tratado de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 2.

BATIFFOL, H. *Les contrats en droit international privé comparé*. Montreal: McGill University, 1981.

_____.; LAGARDE, P. *Droit International Privé*. 7. ed. Tomo II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

BEVILAQUA, C. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. [1906], edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, [1978?].

BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. v. 2.

_____. *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CALEB, M. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*. Droit International Privé. Paris: Sirey, 1927.

CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 7. ed. Granada: Editorial Comares, 2006. v. 1.

_____.; _____. *Derecho Internacional Privado*. 7. ed. Granada: Editorial Comares, 2006. v. 2.

_____.; _____.; RODRÍGUEZ BENOT, A. *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex, 2006.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.-L.). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid: Colex, 2009.

CASADO ABARQUERO, M. *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores: CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ). *El Reglamento <<Roma I>> sobre La ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada: Editorial Comares, 2009.

CASTRO, A. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DEL`OLMO, F. S. *Curso de Direito Internacional Privado*, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DE MATOS PEIXOTO, J. C. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

DE NOLDE, B. *La codification du droit international privé*. RCADI, 1936. v. 55.

DICEY, A. V.; MORRIS, J. H. C. *The conflict of laws*. Londres: Stevens & Sons, 1967.

DINIZ, M. H. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ECHEGARAY DE MAUSSION, C. E. *Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado*. Colección Códigos y Leyes 17. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2003.

ESPÍNOLA, E. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.

ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.); BARONA VILAR, S.; HERNANDEZ MARTÍ, J. *Contratación Internacional: Doctrina, Jurisprudencia, Formulario, Legislación*. 2. ed. València: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. (Dir.). et. al. *Derecho del Comercio Internacional*. 4. ed. València: Tirant lo Blanch, 2011.

_____.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. *Derecho Internacional Privado*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____.; MORENO RODRÍGUES, A. *La contratación internacional: Régimen general*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Bueno Aires: Editorial Universidad, 2000.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *Derecho Internacional Privado Interamericano*. Evolución y Perspectivas. Bueno Aires: Rubinzal–Culzoni, 2000.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.–L. *Derecho Mercantil Internacional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*. 4. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

FRISCH PHILIPP, W.; GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A.; GONZÁLEZ ELIZONDO, J. A. *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*. México: Editorial Porrúa, 2005.

GIALDINO CURTI, A. *La volonté des parties en droit international privé*. Recueil ds Cours, 1972–II. v. 137.

GIRAL PIMENTEL, J. A. *La teoría de las vinculaciones: el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad*. Caracas: Publicaciones jurídicas venezolanas, 2007.

GOLDSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. 5. ed. Madrid: Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramon Carande, 1993.

GRANDINO RODAS, J. *Falta a lei de introdução do Código Civil*. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001.

GRIFFITH GARLAND, P. *American–Brazilian private international law*. New York: Oceana Publications, 1959.

GUARDIOLA SACARRERA, E. *La compraventa internacional*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001.

GUZMÁN LATORRE, D. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. *Aspectos internacionales de la contratación electrónica*. El contrato internacional de hosting. Valencia: Artes Gráficas Soler, 2008.

JAFFÉ, A. (coord.). et. al. *Liber Amicorum*: Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001.

JUENGER, F. K. *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*. Amsterdam and New York: P. M. North, 1982.

KLEIN, F. E. *De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux*. C. H. Beck. München: Festschrift Mann, 1977.

KROPHOLLER, J. *Internationales Einheitsrecht: allgemeine Lehren*. Tübingen: Mohr, 1975.

LEIBLE, S. *La Propuesta de Reglamento "Roma I"*. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Madrid: *AEDIPr*, t. VI, 2006.

MACHADO VILLELA, A. C. *Tratado elementar teórico e práctico de Direito Internacional Privado*. Princípios gerais. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

MACHADO VILLELA, A. C. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

MAFRA, T. C. M. et. al. *A LICC e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAYER, P. *Droit International Privé*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1983.

MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho Internacional Privado*. 10. ed. Madrid: Ediciones Atlas, 1987. v. 2.

MONROY CABRA, M. G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 6. ed. Bogotá: Temis, 2006.

MORENO RODRIGUEZ, J. A. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*. Asunción: Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006.

MORRIS. *The Conflict of Laws*. 2. ed. Londres: Stevens and sons, 1980.

NIBOYET, J. P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. México: Editora Nacional, 1951.

_____. *Principios de Derecho Internacional Privado*. México: Editora Nacional, 1960.

PARRA ARANGUREN, G. *Curso General de Derecho Internacional Privado* (Problemas selectos y otros estudios). Caracas: Ed. Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992.

PARRA RODRÍGUEZ, C. *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*. Barcelona: J.M. Boscho Editor, 2001.

PENADÉS FONTS, M. *Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

PILLET, A. *Principes de Droit International Privé*. Paris: Pedone, 1903.

PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: Typographia, 1863.

PLENDER, R.; WILDERSPIN, M. *The European contracts convention: the Rome Convention on the choice for the law for contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2001.

_____.; _____. *The European Private International Law of Obligations*. London: Thomson Reuters, 2009.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

_____. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo I – Fundamentos – Parte Geral. Rio de Janeiro: Livraria Jose Olympio Editora, 1935.

RECHSTEINER, W. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

RICHMAN, W. M.; REYNOLDS, W. L. *Understanding Conflict of Laws*. 2 ed. New York: Ed. Matthew Bender, 1993.

ROCHA, O. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

RODRÍGUEZ CARRION A. J.; PEREZ VERA, E. (coord.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Sevilla: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba; Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla; Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, 2005. v. 2.

RODRIGUES DO AMARAL, A. C. (coord.); MANSUR HADDAD, M. *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais dos contratos no comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ROSSANI GARCEZ, J. M. *Elementos básicos de Direito Internacional Privado*. Recife: Síntese Editora, 1999.

_____. *Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais.* São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Privado Europeo.* Granada: Ed. Comares, 2002.

SANTOS BELANDRO, R. B. *El derecho aplicable a los contratos internacionales.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

SCHIPANI, S. (editor). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americo.* Pádua: CEDAM, 1988.

SERPA LOPES, M. M. *Comentários à Lei de Introdução do Código Civil.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA ALONSO, R. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Derecho Civil Internacional. Derecho Comercial Internacional.* Asunción: Editorial Intercontinental, Edición, 1995.

SILVA LOUREIRO FILHO, L. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SIQUEIROS, J. L. *Ley aplicable en materia de contratación internacional.* Proyecto de Convención

Interamericana sobre Ley aplicable en materia de contratación internacional, OEA/Ser. Q.\CJI/RES. II – 6/91\31 de julio 1991.

STRENGER, I. *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Direito Internacional Privado — Direito Civil Internacional — Direito Comercial Internacional*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 2000.

TENÓRIO, O. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 2.

TOUBIANA, A. *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*. París: Dalloz, 1972.

UBERTAZZI, B. *Il Regolamento comunitario Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

WEINBERG, I. M. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Bueno Aires: Depalma, 2004.

ARTÍCULOS EN LIBROS ESPECIALIZADOS

ANCEL, B. *La loi applicable à défaut de choix*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. *Le nouveau règlement*

européen <<Rome I>> relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20^a Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne. Genève: Schulthess, 2008. pp. 125–239.

ARAÚJO, N. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro.* In: GRANDINO RODAS, J. *Contratos internacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 195–229.

BERÁUDO, J. P. *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?* Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde, Paris, 2005. pp. 93–112.

_____. *Principios de Unidroit (y de la Unión Europea) y su influencia en el derecho internacional.* In: FERRER VANRELL, M. P.; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (Dir.). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales.* Madrid: Dykinson, 2009. pp. 294–304.

BERMANN, G. A. *Rome I: A comparative View.* In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe.* Munich: Sellier – european law publishers, 2009. pp. 349–358.

BONOMI, A. *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement <<Rome I>> sur la loi applicable aux contrats.* In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. *Le nouveau règlement européen <<Rome I>> relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.* Actes de la 20^a Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne. Genève: Schulthess, 2008. pp. 231–295.

_____. *The Rome I regulation on the law applicable to contractual obligations: some general remarks.* Yearbook of Private International Law, 2008. v. 10. pp. 165–176.

BOSCHIERO, N. *I limiti al principio d'autonomia posti dalle generali del regolamento Roma I.* Considerazioni sulla “conflicto involution” europea in materia contrattuale. In: BOSCHIERO, N. *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I).* Milano: Torino, 2009. pp. 67–148.

CALVO CARAVACA, A.–L. *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas.* Texto de la conferencia pronunciada el 29 de enero de 2009, en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 1, n^o 2, pp. 52–133.

CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; AREAL LUDEÑA, S. *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*. Madrid: Colex, 2005. pp. 425–475.

_____. *El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales Españoles: balance de 15 años de vigencia*. In: CALVO CARAVACA, A. L.; CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*. Madrid: Colex, 2008. pp. 121–188.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos*. In: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomos XLV–XLVI, 2004/2005 y 2005/2006. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009. pp. 257–285.

FRANZINA, P. *Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 1, n. 1, 2009. pp. 92–101.

GRANDINO RODAS, J. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às*

obrigações contratuais. In: _____. *Contratos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 9–49.

GRUNDMANN, S. *Information, party autonomy and economic agents in european contract law*. *Common Market Law Review – CML Rev.* 39, 2002. pp. 269–293.

HEISS, H. *Party Autonomy*. In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier – european law publishers, 2009. pp. 1–16.

HERBERT, R.; FRESNEDO DE AGUIRRE, C. *Flexibilización teleológica Del DIP latinoamericano*. In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max – Planck – Institut. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002. pp. 55–76.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; DESANTES REAL, M. *La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea*. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado De Derecho comunitario europeo*. Estudio

sistemático desde el Derecho español. Madrid: Civitas, 1986. v. 3. pp. 711–752.

KUIPERS, J.-J. *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*. *German Law Journal*, v. 10, nº 11, pp. 1505–1523.

LANDO, O. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tubinga y París: Mohr y Mouton, 1976. v. 3. cap. 24. pp. 1–158.

_____.; NIELSEN, P. A. *The Rome I Regulation*. *Common Market Law Review – CML Rev.* 2008. pp. 1687–1725.

LEIBLE, S. *Choice of the Applicable Law*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. *Le nouveau règlement européen <<Rome I>> relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Actes de la 20^a Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne. Genève: Schulthess, 2008. pp. 61–75.

LEIN, E. *The new Rome I / Rome II / Brussels I synergy*. *Yearbook of Private International Law*, 2008. v. 10. pp. 177–198.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M. *Autonomía de la voluntad y nueva lex mercatoria en el futuro derecho conflictual europeo*.

In: DI FILIPPO, M.; CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRÍGUEZ BENOT, A. *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*. Sevilla: Secretaria de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008. pp. 43–63.

MAEKELT, T. *La Flexibilización del Contrato Internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. In: BORBA CASELLA, P. *Dimensão Internacional do Direito*. São Paulo, 2000. pp. 132–177.

MAGNUS, U. *Article 4 Rome I Regulation: The applicable Law in the Absence of Choice*. In: FERRARI, F.; LEIBLE, S. (Eds.). *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier – european law publishers, 2009. pp. 27–50.

MAYER, P. *La neutralization du pouvoir normative de l'Etat en matiere de contrats d'Etat*. *JDI Clunet*, 113, 1986. pp. 5–78.

PALAO MORENO, G.; MORENO RODRÍGUES, J. A. *Régimen jurídico del comercio exterior*. In: *Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005. Pp. 137–140.

PALAO MORENO, G. (Coords. GOERLICH PESET, J. M.; BLASCO PELLICER, A.) *La “nueva” regulación europea en materia de ley aplicable al contrato individual de trabajo: El artículo 8 del Reglamento Roma I.* In: *Trabajo, Contrato y Libertad – Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol.* Universitat de València, 2010. pp. 429–440.

_____. *Hacia un Derecho contractual europeo: estado de la cuestión y perspectivas de futuro.* In: *Manual de integração regional* (Coord.: AMIN FERRAZ, D.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 399–432.

PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P.; COPETTI, M. *Brasil.* In: ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dirs.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España.* Buenos Aires: Euros Editores, 2008. pp. 135–170.

POILLOT-PERUZZETO, S. *Le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.* Répertoire de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité, 2008. pp. 3–11.

ROMANO, G. P. *Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l’épreuve des dispositions impératives.* *Revue*

trimestrielle LexisNexis JurisClasseur – J.D.I. 2007. pp. 473–495.

ROMERO, F. *Autonomía de las partes: las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.* In: DE MAEKELT, T. B.; ESIS VILLAROEL, I.; RESENDE, C. (Coord.). *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada.* Caracas: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2005. 2 v. pp. 739–778.

SILVA ALONSO, R. *La ley aplicable a los contratos internacionales.* In: SAN MARTINO DE DROMI, L. et al. *Economía globalizada y Mercosur.* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. pp. 99–108.

_____. *La contratación internacional en América.* In: KLEINHEISTERKAMP, J.; LORENZO IDIARTE, G. A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina.* Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max – Planck – Institut. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002. pp. 23–30.

TANG, Z. *Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of the Rome I Regulation.* The Modern Law Review: legislation and reports, 2008. pp. 785–800.

WILDERSPIN, M. *Le Règlement Rome I: la communautarisation et la modernisation de la Convention de Rome*. In: CASHIN RITAINE, E.; BONOMI, A. *Le nouveau règlement européen <<Rome I>> relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Actes de la 20^a Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne. Genève: Schulthess, 2008. pp. 15–40.

ZHANG, M. *Contractual of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*. *Akron Law Review*, 2009. pp. 123–173.

_____. *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice Law*. *Emory International Law Review*. Temple University, 2006. v. 20. pp. 511–529.

ARTÍCULOS DE REVISTA

ALBORNOZ, J. R. *El arbitraje en el derecho internacional privado y en el Mercosur (con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje del 23 de julio de 1998)*. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1999, pp. 51-91.

ALBORNOZ, M. M. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en los Estados del Mercosur*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLII, núm. 125, mayo-agosto de 2009, pp. 631-666.

ALBORNOZ, M. M. *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*. Journal of Private International Law. Vol. 6, Nº 1. April 2010. pp. 23–58.

ARRIGHI, J. M. *La Protección de los Consumidores y el Mercosur*. Revista Direito do Consumidor: São Paulo, 1992, v. 2.

BASEDOW, J. *A common contract law for the common market*. Common Market Law Review – CML 33. pp. 1169–1195.

CARBONE, S.M. *Il 'contratto senza legge' e la convenzione di Roma del 1980*. RDIPP, v. XIX, 1983. pp. 279–287.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional*. Revista Anales de Derecho–Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, nº 18, 2000. pp. 7–40.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación*

internacional. Diario La Ley, N° 7847, Sección Tribuna, Año XXXIII, Editorial LA LEY, 27 Abr. 2012.

CASANOVAS Y LA ROSA, O. *La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado*. Anuario de Derecho Civil, n° 4, 1976. v. 29. pp. 1003–1020.

CASTRO, L. P. *Introducción a La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, ano XXX, n° 4, 1994.

DELAUME, G. R. *L'autonomie de La volonté em droit international privé*. Rev. Crit. Dr. Int. Priv., 1950. pp. 321–340.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la Cidip – V*. R.E.D.I., v. XLVI, 1994.

_____. *Razones y condiciones para la continuidad de la Cidip: reflexiones de cara a la Cidip VII*. Revista Seqüência, n° 50, 2005. pp. 301–323.

GALANO, F. *Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*. Revista de Derecho Mercantil, n° 247, 2003. pp. 7–20.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *El Reglamento <<Roma I>> sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?* Diario la Ley, año XXIX, nº 6957, Ref.º D-169, 30 de may. 2008.

HERBERT, R. *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.* Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado, año 1, nº 1, 1994. pp. 53-54.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. *Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas.* Caracas: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, año 10, nº 12, 1995. pp. 45.

LEHMANN, M. *Liberating the individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws.* 41 Vand. J. Transnat'l L. 381 2008. pp. 381 – 434.

LINDBERG, L. N., *The Political Dynamics of European Economic Integration,* Standford, Standford University Press, 1963.

MARTINS MENDES, M. J.; OLIVEIRA MUNIZ CALDAS, D. *O tratamento da autonomia da vontade nos contratos internacionais segundo a Lei de Introdução ao*

Código Civil brasileiro. Voxjuris, ano 2, v. 2, n. 1, 2009. pp. 117–126.

MIRALLES SANGRO, P. P. *La C.I.D.I.P.–V (México 1994): una nueva contribución al Derecho Internacional Privado*. Boletín de la Facultad de Derecho , nº 5, 1993/1994. pp. 101–143.

NELIDA ÁLVAREZ VÁSQUEZ, A. et al. *Estudios sobre las aportaciones al Derecho Internacional Privado por la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980)*. México: Revista del centro de investigación de la Universidad La Salle, 2005. pp. 43–51.

NOODT TAQUELA, M. B. *Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur*. El derecho procesal en el Mercosur. Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997, pp. 327–337.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*. Rivistadi Diritto Internazionale Privato e Processuale, nº 4, 1994. pp. 137–149.

PERUGINI, Alicia M. *Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual*.

Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, núm. 6052, 1997. pp. 58-63.

PRATS ALBENTOSA, L. *El Reglamento UE, ROMA I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*. Diario La Ley nº 6978, Editorial LA LEY 31364/2008, año XXIX, 30 de junio de 2008. pp. 11–12.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento "Roma I" de 15.12.2005*. InDret, julio de 2006. pp. 367–389.

RODRÍGUEZ, M. S. *El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur*. Revista científica Uces. Vol. XV. Nº 1. 2011. pp. 112–143.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. *El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales*. Diario La Ley, Nº 7331, Sección Doctrina, 2010. pp. 1–7.

RÜHL, G. *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*. Max Planck Institute for Comparative and Private

International Law. CLPE Research Paper. Vol. 03, Nº 1, 2007. pp. 1–41.

SAMTLEBEM, J. *Das internationale Prozess – und Privatrecht des Mercosur*. Rabel Zeitschrift 63, 1999.

SARAVALLE, A. *Clausola com scelta variabile e convenzione di Roma del 1980*. RDIPP, 1995. pp. 17–30.

STRINGER, D. *Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction and the Emerging Third Way*. Columbia Journal of Transnational Law, 2006, vol. 44, núm. 3. pp. 988–990.

SYMEONIDES, S.C. *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't*. LIBER AMICORUM KONSTANTINOS D. KERAMEUS. Sakkoulas/Kluwer Press, Athens, Greece, 2006. pp. 1–25.

WENGLER, W. *Immunité législative des contrats multinationaux*. RCDIP, 60, 1971. pp. 637–666.

ARTÍCULOS DE INTERNET

ALBORNOZ, M. M. *Los contratos en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República*

Argentina. Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. Culturas e Sistemas Jurídicos Comparados. Disponible en: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20020905/pdf/1-54p.pdf>>. Acceso en: 28 ene. 2011.

BOUZA VIDAL, N. *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. In: CURSOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES DE VITORIA–GASTEIZ. País Vasco: 2004. Disponible en: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf. Acceso en: 11 nov. 2008.

CARRASCOSA GONZALEZ, J. *Reglamento “Roma I” núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y ley estatal elegida por las partes, 2009*. Disponible en: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014222.aspx>>. Acceso en: 13 jul. 2010.

HARGAIN, D. *Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2003. Disponible en:

[http://www.dhargain.com.uy/Derecho del Comercio Internacional/Contratacion Internacional en Mercosur.pdf](http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf). Acceso en: 07 ago. 2012.

MAEKELT, T. *El Desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Américas*. Caracas, Venezuela. Marzo del 2001. Disponible en: www.enj.org. Acceso en: 28 ene. 2011.

MARQUES DOS SANTOS, A. N. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil*. Disponible en: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/SantosAntonioMarques1.pdf>. Acceso en: 11 feb. 2011.

RODRIGUES DO AMARAL, A. C. *A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional*. Disponible en: <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>. Acceso en 09 ene. 2012.

PAMPLONA SILVA, G. *Arbitragem: aspectos gerais da Lei 9.307/96*. Disponible en: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1412>. Acceso en: 17 feb. 2011.

PISANO, B. *La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo*. p. 8.

La autonomía de la voluntad en el Reglamento "Roma I" y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (Cidip – V). La situación en Brasil.

<http://cedep.files.wordpress.com/2009/02/autonomia-de-la-voluntad-en-el-dipr-paraguay.pdf>. Acceso en: 29 ene. 2011.

SANTORO, V. F.; SCHMITT, L. M. *Algumas considerações iniciais sobre os contratos internacionais, no Direito Internacional Privado brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, n° 203. Disponible en: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1635>. Acceso en: 10 feb. 2011.

VITORINO CARDOSO, G.; ASSIS DE PAIVA, H. *O princípio da autonomia da vontade nas convenções internacionais e sua aplicação nos contratos internacionais no âmbito do MERCOSUL*. Disponible en: http://www.propp.ufu.br/revistaeletronica/Edicao%202006_1/F/gustavo_vitorino.pdf. Acceso en: 27 ene. 2010.

LEGISLACIÓN Y ACTOS PREPARATORIOS

Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip – V).

Libro Verde de la Comisión, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. Bruselas 1.7.2010. COM (2010)348 final.

Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM (2002) 654 final].

Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). L177/6, Diario Oficial de la Unión Europea, 4 de julio de 2008.

ANEXOS

- a) Evolución de la exportación Brasileña con la UE (1989 – marzo/2012) (totales por factor agregado);
- b) Evolución del intercambio comercial entre Brasil x UE (1989 – marzo/2012);
- c) Evolución de la exportación brasileña con el Mercosur (1989 – marzo/2012) (totales por factor agregado);
- d) Evolución del intercambio comercial Brasil x Mercosur (1989 – marzo/2012);
- e) Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales;
- f) Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Anexo “a”

Ministério do Desenvolvimento,
Indústria e Comércio Exterior



Ano / Mês	Produtos	
	Básicos	
	US\$ F.O.B.	US\$ F.O.B.
1989	11.530.200.546	5.404.295.201
1990	10.597.283.499	4.696.318.849
1991	10.407.668.794	4.610.737.597
1992	11.030.518.840	4.902.763.072
1993	10.516.240.079	4.900.430.605
1994	12.627.822.215	6.347.879.546
1995	13.377.128.711	5.855.613.714
1996	13.432.009.592	6.403.118.762
1997	15.049.944.906	8.053.360.768
1998	15.253.423.897	7.059.564.609
1999	14.199.869.262	6.366.469.101
2000	15.346.022.583	6.513.119.253
2001	15.487.553.299	7.631.925.630
2002	15.608.902.484	7.701.160.422
2003	18.816.320.902	9.489.117.916
2004	24.675.714.303	11.837.978.089
2005	27.039.479.914	12.993.813.559
2006	31.044.979.748	13.615.173.322
2007	40.428.035.649	18.190.070.566
2008	46.395.287.328	21.697.263.186
2009	34.036.682.109	16.196.518.071

La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (Cidip – V). La situación en Brasil.

2010	43.134.813.540	21.342.025.768
2011	52.945.637.739	27.431.576.340
2012	11.458.264.990	5.251.161.631
Janeiro	2.892.948.095	1.333.597.087
Fevereiro	4.222.653.911	1.865.995.476
Março	4.342.662.984	2.051.569.068

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/>

Anexo “b”

Ministério do Desenvolvimento,
Indústria e Comércio Exterior



A n o	US\$ F.O.B. (B)	US\$ F.O.B. (B)
1989	11.530.200.546	4.290.994.180
1990	10.597.283.499	4.864.172.511
1991	10.407.668.794	5.203.830.460
1992	11.030.518.840	5.060.118.232
1993	10.516.240.079	6.132.761.542
1994	12.627.822.215	9.248.259.373
1995	13.377.128.711	14.303.517.372
1996	13.432.009.592	14.607.341.701
1997	15.049.944.906	16.238.973.221
1998	15.253.423.897	17.240.413.192
1999	14.199.869.262	15.339.078.765
2000	15.346.022.583	14.535.470.801
2001	15.487.553.299	15.445.712.628
2002	15.608.902.484	13.495.827.451
2003	18.816.320.902	13.053.369.738
2004	24.675.714.303	15.990.157.812
2005	27.039.479.914	18.235.583.831
2006	31.044.979.748	20.202.544.640
2007	40.428.035.649	26.733.920.999
2008	46.395.287.328	36.178.697.601
2009	34.036.682.109	29.223.554.954
2010	43.134.813.540	39.127.437.161
2011	52.945.637.739	46.417.506.237

La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (Cidip – V). La situación en Brasil.

2012	11.458.264.990	11.646.334.351
Janeiro	2.892.948.095	3.717.633.017
Fevereiro	4.222.653.911	3.689.401.335
Março	4.342.662.984	4.239.299.999

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/>

Anexo “c”

Ministério do Desenvolvimento,
Indústria e Comércio Exterior



Ano / Mês	Produtos	
	Básicos	
	US\$ F.O.B.	US\$ F.O.B.
1989	1.379.717.221	195.873.517
1990	1.320.244.279	172.213.824
1991	2.309.352.601	229.505.316
1992	4.097.469.283	303.122.778
1993	5.386.909.641	374.848.600
1994	5.921.475.981	358.308.391
1995	6.153.768.222	409.845.653
1996	7.305.281.948	508.431.479
1997	9.045.110.950	551.232.998
1998	8.878.233.843	584.046.503
1999	6.778.178.415	435.256.785
2000	7.739.599.181	453.047.718
2001	6.374.455.028	439.159.515
2002	3.318.675.277	278.534.799
2003	5.684.309.729	387.817.027
2004	8.934.901.994	438.587.650
2005	11.746.011.414	550.697.036
2006	13.985.828.343	652.919.342
2007	17.353.576.477	710.431.762
2008	21.737.308.031	1.074.418.583
2009	15.828.946.773	616.909.222
2010	22.601.500.959	1.440.167.378
2011	27.852.507.305	2.116.547.572

La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (Cidip – V). La situación en Brasil.

2012	5.672.538.028	365.752.762
Janeiro	1.775.779.588	102.761.986
Fevereiro	2.070.712.355	100.643.958
Março	1.826.046.085	162.346.818

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/>

Anexo “d”

Ministério do Desenvolvimento,
Indústria e Comércio Exterior



A n o	US\$ F.O.B. (B)	US\$ F.O.B. (B)
1989	1.379.717.221	2.191.679.110
1990	1.320.244.279	2.311.826.777
1991	2.309.352.601	2.242.704.519
1992	4.097.469.283	2.228.563.468
1993	5.386.909.641	3.378.254.340
1994	5.921.475.981	4.583.270.397
1995	6.153.768.222	6.843.923.909
1996	7.305.281.948	8.301.547.326
1997	9.045.110.950	9.426.133.443
1998	8.878.233.843	9.416.203.081
1999	6.778.178.415	6.719.244.536
2000	7.739.599.181	7.796.208.525
2001	6.374.455.028	7.009.674.042
2002	3.318.675.277	5.611.720.224
2003	5.684.309.729	5.685.228.972
2004	8.934.901.994	6.390.492.978
2005	11.746.011.414	7.053.699.272
2006	13.985.828.343	8.967.386.709
2007	17.353.576.477	11.624.752.344
2008	21.737.308.031	14.934.111.721
2009	15.828.946.773	13.107.441.700
2010	22.601.500.959	16.620.151.158
2011	27.852.507.305	19.375.709.112

La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (Cidip – V). La situación en Brasil.

2012	5.672.538.028	4.215.515.588
Janeiro	1.775.779.588	1.553.842.967
Fevereiro	2.070.712.355	1.129.829.876
Março	1.826.046.085	1.531.842.745

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/>

Anexo “e”

**Convención Interamericana sobre
Derecho aplicable a los Contratos
Internacionales**

Suscripta en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP – V).

Los Estados parte de esta Convención, REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

CAPÍTULO PRIMERO

Ámbito de aplicación

Artículo 1

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Artículo 2

El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

Artículo 3

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

Artículo 4

Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Artículo 5

Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias,

regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;

c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;

d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;

e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;

f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

Artículo 6

Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados parte de esta Convención.

CAPÍTULO SEGUNDO

Determinación del derecho aplicable

Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en

caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Artículo 9

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el

derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Artículo 11

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente,

aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

CAPÍTULO TERCERO

Existencia y validez del contrato

Artículo 12

La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

Artículo 13

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho

del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

CAPÍTULO CUARTO

Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;

d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;

e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Artículo 16

El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Artículo 17

Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Artículo 18

El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPÍTULO QUINTO

Disposiciones generales

Artículo 19

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

Artículo 20

Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer

día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24

Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones

tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPÍTULO SEXTO

Cláusulas finales

Artículo 25

Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la

Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO,
el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Anexo “F”

Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo

de 17 de junio de 2008

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 61, letra c), y su artículo 67, apartado 5, segundo guión,

Vista la propuesta de la Comisión,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo [1],

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado [2],

Considerando lo siguiente:

(1) La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para el

establecimiento progresivo de ese espacio, la Comunidad ha de adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior.

(2) De acuerdo con lo establecido en el artículo 65, letra b), del Tratado, esas medidas habrán de incluir las que fomenten la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

(3) El Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, secundó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones de las autoridades judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil e invitó al Consejo y a la Comisión a que adoptaran un programa de medidas para aplicar dicho principio.

(4) El 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa común de la Comisión y del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [3]. El programa define las medidas relativas a la armonización de las

normas de conflicto de leyes como las que facilitan el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

(5) El programa de La Haya [4], adoptado por el Consejo Europeo el 5 de noviembre de 2004, instaba a seguir trabajando activamente sobre las normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales (Roma I).

(6) El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.

(7) El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [5] (Bruselas I), y el Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007,

sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) [6].

(8) Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal.

(9) Las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables deben cubrir asimismo los conocimientos de embarque en la medida en que las obligaciones surgidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable.

(10) Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) no 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

(11) La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales.

(12) Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.

(13) El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional.

(14) En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas.

(15) Cuando, en el momento de elegir la ley, todos los demás elementos relevantes de la situación se encuentren localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de la ley no debe impedir la aplicación de las disposiciones de la ley

de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo. Esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional. Si bien no se pretende realizar cambios sustanciales con respecto al artículo 3, apartado 3, del Convenio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [7] ("Convenio de Roma"), la formulación del presente Reglamento se ajusta en la medida de lo posible al artículo 14 del Reglamento (CE) no 864/2007.

(16) Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación.

(17) Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de "prestación de servicios" y de "venta de mercaderías" deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) no 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de

distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas.

(18) Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los sistemas multilaterales deben ser aquellos en que se realizan negociaciones, como los mercados regulados o los sistemas de negociación multilateral mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros [8], independientemente de que se basen o no en una contraparte central.

(19) En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de

contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.

(20) Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

(21) A falta de elección, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados o como la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

(22) Por lo que se refiere a la interpretación de los contratos de transporte de mercancías, no se pretende ninguna modificación sustantiva con respecto al artículo 4, apartado 4, frase tercera,

del Convenio de Roma. Por lo tanto, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo trayecto u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías. A los efectos del presente Reglamento, el término "remitente" debe referirse a cualquier persona que haya concluido un contrato de transporte con el transportista y el término "transportista" debe referirse a la parte del contrato que se compromete a llevar a cabo el transporte de mercancías, independientemente de que realice él mismo o no el transporte.

(23) En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales.

(24) Tratándose más concretamente de contratos de consumo, la norma de conflicto de leyes debe permitir reducir los gastos para la resolución de los litigios que son, a menudo de escasa cuantía, y tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. La coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 exige, por una parte, que se haga referencia a la "actividad dirigida" como condición para aplicar la norma

protectora del consumidor y, por otra parte, que este concepto sea objeto de una interpretación armoniosa en el Reglamento (CE) no 44/2001 y en el presente Reglamento, precisándose que una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) no 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable "no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades". Esta declaración recuerda también que "el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente".

(25) Los consumidores deben quedar protegidos por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o

profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata. Debe garantizarse la misma protección en caso de que el profesional, aun no ejerciendo sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, dirija por cualquier medio sus actividades hacia este país o hacia varios países, incluido el del consumidor, celebrándose el contrato en el marco de estas actividades.

(26) A efectos del presente Reglamento, los servicios financieros como servicios y actividades de inversión y servicios accesorios prestados por un profesional a un consumidor, según se menciona en las secciones A y B del anexo I de la Directiva 2004/39/CE y los contratos de venta de participaciones en organismos de inversión colectiva, tengan o no cabida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) [9], deben estar sujetos al artículo 6 del presente Reglamento. En consecuencia, cuando se haga referencia a los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta al público o las ofertas públicas de emisión de valores

negociables, y a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, estas referencias deben incluir todos los aspectos que sean vinculantes para el emisor o el oferente, pero no aquellos aspectos relacionados con la prestación de servicios financieros.

(27) Se deben hacer varias excepciones a la norma general de conflicto de leyes aplicable para los contratos de consumo. Con arreglo a una de estas excepciones, la norma general no debe aplicarse a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, excepto los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido [10].

(28) Es importante velar por que los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero no tengan cabida dentro del ámbito de aplicación de la norma general aplicable a los contratos de consumo, ya que ello podría dar lugar a que

hubieran de aplicarse leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos, lo que modificaría, en consecuencia, su naturaleza e impediría una negociación y oferta fungibles. Asimismo, siempre que estos instrumentos se emitan u oferten, la relación contractual establecida entre el emisor o el oferente y el consumidor no debe estar sujeta necesariamente a la aplicación obligatoria de la ley del país de residencia habitual del consumidor, ya que es necesario garantizar la uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta. El mismo principio debe aplicarse a los sistemas multilaterales a que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra h), a fin de asegurar que la ley del país de residencia habitual del consumidor no interfiera con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas.

(29) A efectos del presente Reglamento, las referencias a los derechos y obligaciones que constituyan las condiciones generales que regulan la emisión, las ofertas al público de venta o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y las referencias a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva deben incluir las condiciones que regulan, entre otros, la asignación de valores

negociables o de las participaciones, los derechos en caso de exceso de suscripciones, los derechos de revocación y asuntos similares en el contexto de la oferta, así como aquellos asuntos mencionados en los artículos 10, 11, 12 y 13, asegurando de esta forma que todos los aspectos contractuales importantes de una oferta que sean vinculantes para el emisor o el oferente estén regidos por una ley única.

(30) A efectos del presente Reglamento, se entenderá por instrumentos financieros y por valores negociables aquellos instrumentos mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE.

(31) Las disposiciones del presente Reglamento deben entenderse sin perjuicio del funcionamiento de un acuerdo formal concebido como un sistema en virtud del artículo 2, letra a), de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores [11].

(32) Debido a las características especiales de los contratos de transporte y de los contratos de seguro, deberá garantizarse mediante disposiciones específicas un nivel adecuado de

protección de los pasajeros y de los titulares de las pólizas. Por consiguiente, el artículo 6 no debe aplicarse en el contexto de estos contratos específicos.

(33) Cuando un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país, las disposiciones especiales del presente Reglamento relativas a los contratos de seguro únicamente deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trata.

(34) La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [12].

(35) Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio.

(36) Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal.

(37) Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de "leyes de policía" debe distinguirse de la expresión "disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo" y debe interpretarse de manera más restrictiva.

(38) En el contexto de una cesión de créditos voluntaria, el término "relaciones" debe aclarar que el artículo 14, apartado 1, se aplica también a los aspectos jurídico reales de una cesión de crédito entre cedente y cesionario en aquellos ordenamientos jurídicos en que dichos aspectos se tratan separadamente de los

aspectos relativos al Derecho de obligaciones. No obstante, el término "relaciones" no debe entenderse como referido a cualquier relación entre cedente y cesionario que pueda existir. En particular, no debe abarcar cuestiones preliminares relativas a una cesión de créditos voluntaria o a una subrogación convencional. El término debe limitarse estrictamente a aquellos aspectos directamente pertinentes a la cesión de créditos voluntaria o a la subrogación convencional de que se trate.

(39) La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) no 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación.

(40) Deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas. El presente Reglamento, sin embargo, no debe excluir la posibilidad de incluir normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales en

disposiciones de Derecho comunitario en relación con materias específicas.

El presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por el presente Reglamento. La aplicación de las disposiciones de ley aplicable determinadas por el presente Reglamento no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [13].

(41) El respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros implica que el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de los convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento. Con el fin de hacer las normas más accesibles, la Comisión debe publicar una lista de

los convenios correspondientes en el Diario Oficial de la Unión Europea basándose en la información transmitida por los Estados miembros.

(42) La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos y condiciones bajo los que los Estados miembros estarían autorizados, en casos particulares y excepcionales, a negociar y celebrar, en nombre propio, acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, que incluyan disposiciones sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales.

(43) Dado que el objetivo del presente Reglamento no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y por consiguiente, debido a las dimensiones y efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

(44) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la

Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

(45) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación.

(46) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

Ámbito de aplicación material

1. El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.

2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

a) el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;

b) las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos;

c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones;

- d) las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable;
- e) los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente;
- f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas;
- g) la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica;
- h) la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios;

i) las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato;

j) los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida [14], y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales.

3. El presente Reglamento no se aplicará a la prueba ni al proceso, sin perjuicio del artículo 18.

4. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por "Estado miembro" todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento. No obstante, en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 7, el término "Estado miembro" designará a todos los Estados miembros.

Artículo 2

Aplicación universal

La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.

CAPÍTULO II

NORMAS UNIFORMES

Artículo 3

Libertad de elección

1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la

celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.

3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.

Artículo 4

Ley aplicable a falta de elección

1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

Artículo 5

Contratos de transporte

1. En defecto de elección de la ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3, la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes.

2. En defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual.

Las partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el artículo 3, únicamente la ley del país donde:

- a) el pasajero tenga su residencia habitual, o
- b) el transportista tenga su residencia habitual, o
- c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o
- d) se encuentre el lugar de origen, o
- e) se encuentre el lugar de destino.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país.

Artículo 6

Contratos de consumo

1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad

comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país,

y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

3. Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un

consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4.

4. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual;

b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados [15];

c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;

d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores

negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero;

e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).

Artículo 7

Contratos de seguro

1. El presente artículo se aplicará a los contratos a que se refiere el apartado 2, independientemente de que el riesgo que cubran se localice o no en un Estado miembro, y a todos los demás contratos de seguro que cubran riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros. No se aplicará a los contratos de reaseguro.

2. Todo contrato de seguro que cubra un gran riesgo con arreglo al artículo 5, letra d), de la primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio [16], se regirá por la ley elegida por las

partes de conformidad con el artículo 3 del presente Reglamento.

En la medida en que la ley aplicable no haya sido elegida por las partes, el contrato de seguro se regirá por la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país.

3. En el caso de un contrato de seguro distinto de un contrato contemplado en el apartado 2, las partes solo podrán elegir, de conformidad con el artículo 3, las siguientes leyes:

- a) la ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato;
- b) la ley del país donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual;
- c) en el caso de un seguro de vida, la ley del Estado miembro del que sea nacional el tomador del seguro;
- d) por lo que respecta a los contratos de seguro que cubran riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro

distinto del Estado miembro en que se sitúe el riesgo, la ley de dicho Estado miembro;

e) cuando el tomador de un contrato de seguro cubierto por el presente apartado ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal y el contrato de seguro cubra dos o más riesgos que estén relacionados con dichas actividades y estén situados en Estados miembros diferentes, la ley de cualquiera de los Estados miembros en cuestión o la ley del país en el que el tomador del seguro tenga su residencia habitual.

En los supuestos previstos en las letras a), b) o e), si los Estados miembros a los que dichos apartados se refieren conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro, las partes podrán hacer uso de tal libertad.

En la medida en que la ley aplicable no haya sido elegida por las partes de conformidad con el presente apartado, el contrato se regirá por la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato.

4. Se aplicarán las siguientes normas adicionales a los contratos de seguros que cubran riesgos para los que un Estado miembro imponga la obligación de suscribir un seguro:

a) el contrato de seguro solo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por el Estado miembro que impone la obligación. Cuando, en caso de seguro obligatorio, exista una contradicción entre la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última;

b) no obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, un Estado miembro podrá establecer que el contrato de seguro se regirá por la ley del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro.

5. A efectos del apartado 3, párrafo tercero, y del apartado 4, cuando el contrato cubra riesgos situados en más de un Estado miembro, el contrato se considerará constituido por diversos contratos, cada uno de los cuales se refiere únicamente a un Estado miembro.

6. A los efectos del presente artículo, el país en el que se localice el riesgo se determinará de conformidad con el artículo 2, letra d), de la segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo,

distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios [17], y, en el caso de un seguro de vida, el país en el que se localice el riesgo será el país del compromiso en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra g), de la Directiva 2002/83/CE.

Artículo 8

Contratos individuales de trabajo

1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de

realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.

Artículo 9

Leyes de policía

1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.

3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

Artículo 10

Consentimiento y validez material

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el

efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1.

Artículo 11

Validez formal

1. Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado.

2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento.

3. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento.

4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del artículo 6. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley:

- a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y
- b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.

Artículo 12

Ámbito de la ley aplicable

1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular:

- a) su interpretación;
- b) el cumplimiento de las obligaciones que genere;
- c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;
- e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento.

Artículo 13

Incapacidad

En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

Artículo 14

Cesión de créditos y subrogación convencional

1. Las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona ("el deudor"), se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue.
2. La ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

3. El concepto de cesión en el presente artículo incluye las transferencias plenas de derechos, las transferencias de derechos a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos.

Artículo 15

Subrogación legal

Cuando, en virtud de una obligación contractual, una persona ("el acreedor") tenga derechos frente a otra persona ("el deudor"), y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía frente al deudor en virtud de la ley que rige su relación.

Artículo 16

Responsabilidad múltiple

Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación, y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento

a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación que tenga dicho deudor respecto del acreedor. Los demás deudores podrán invocar las excepciones que tuvieran contra el acreedor en la medida en que lo permita la ley que rija sus obligaciones frente al acreedor.

Artículo 17

Compensación legal

Cuando el derecho a la compensación no se base en el acuerdo entre las partes, la compensación se regirá por la ley aplicable al crédito contra el cual se alega el derecho a la compensación.

Artículo 18

Carga de la prueba

1. La ley que rija la obligación contractual en virtud del presente Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, contenga normas que establezcan presunciones legales o determinen la carga de la prueba.

2. Los contratos o los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro, bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 11,

conforme a la cual el acto o contrato sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto.

CAPÍTULO III

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 19

Residencia habitual

1. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.

La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona.

2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado.

3. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 20

Exclusión del reenvío

Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa.

Artículo 21

Orden público del foro

Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Artículo 22

Estados con más de un sistema jurídico

1. Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento.

2. Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales.

Artículo 23

Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario

Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.

Artículo 24

Relación con el Convenio de Roma

1. El presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado.

2. En la medida en que el presente Reglamento sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento.

Artículo 25

Relación con los convenios internacionales existentes

1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

2. No obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados

miembros en la medida en que dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el mismo.

Artículo 26

Lista de los convenios

1. A más tardar el 17 de junio de 2009, los Estados miembros notificarán a la Comisión, los convenios a que se refiere el artículo 25, apartado 1. Tras esta fecha, los Estados miembros notificarán a la Comisión toda denuncia de estos convenios.

2. La Comisión publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el plazo de seis meses después de la recepción de las notificaciones a que se refiere el apartado 1:

a) una lista de los convenios a que se refiere el apartado 1;

b) las denuncias a que se refiere el apartado 1.

Artículo 27

Cláusula de revisión

1. A más tardar el 17 de junio de 2013, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente

Reglamento. En caso necesario, el informe irá acompañado de propuestas de modificación del presente Reglamento. Dicho informe incluirá los siguientes aspectos:

a) un estudio sobre la legislación aplicable a los contratos de seguros y una evaluación del impacto de las disposiciones que, en su caso, habrán de introducirse, y

b) una evaluación de la aplicación del artículo 6, en particular por lo que respecta a la coherencia del Derecho comunitario en el ámbito de la protección de los consumidores.

2. A más tardar el 17 de junio de 2010, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la eficacia frente a terceros de una cesión o subrogación de un derecho y la prioridad del derecho cedido o subrogado sobre un derecho de otra persona. El informe estará acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento y de una evaluación del impacto de las disposiciones que habrán de introducirse.

Artículo 28

Aplicación en el tiempo

El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 29

Entrada en vigor y aplicación

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Hecho en Estrasburgo, el 17 de junio de 2008.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente

H.-G. Pöttering

Por el Consejo

El Presidente

J. Lenarčič

[1] DO C 318 de 23.12.2006, p. 56.

[2] Dictamen del Parlamento Europeo de 29 de noviembre de 2007 (no publicado aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008.

[3] DO C 12 de 15.1.2001, p. 1.

[4] DO C 53 de 3.3.2005, p. 1.

[5] DO L 12 de 16.1.2001, p. 1. Reglamento modificado en último lugar por el Reglamento (CE) no 1791/2006 (DO L 363 de 20.12.2006, p. 1).

[6] DO L 199 de 31.7.2007, p. 40.

[7] DO C 334 de 30.12.2005, p. 1.

[8] DO L 145 de 30.4.2004, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/10/CE (DO L 76 de 19.3.2008, p. 33).

[9] DO L 375 de 31.12.1985, p. 3. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 76 de 19.3.2008, p. 42).

[10] DO L 280 de 29.10.1994, p. 83.

[11] DO L 166 de 11.6.1998, p. 45.

[12] DO L 18 de 21.1.1997, p. 1.

[13] DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

[14] DO L 345 de 19.12.2002, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/19/CE (DO L 76 de 19.3.2008, p. 44).

[15] DO L 158 de 23.6.1990, p. 59.

[16] DO L 228 de 16.8.1973, p. 3. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 323 de 9.12.2005, p. 1).

[17] DO L 172 de 4.7.1988, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 149 de 11.6.2005, p. 14).