

Tesis Fresnedo – La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional
Aprobada el 14 de diciembre de 1990

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACION INTERNACIONAL

Cecilia Fresnedo de Aguirre

AGRADECIMIENTOS

Debo agradecer a la Comisión Fulbright, gracias a cuya beca en la School of Law de la Universidad de California en Davis pude comenzar la investigación que sirvió de base a esta tesis. Agradezco también al Profesor Friedrich K. Juenger, que me alentó a solicitar la beca y a cuya cátedra en la U.C.D. tuve el privilegio de asistir. Agradezco finalmente al Profesor Ronald Herbert, maestro y amigo, cuyas enseñanzas y cuyo apoyo permanente fueron imprescindibles para terminar el trabajo.

PREFACIO

Si bien el presente trabajo fue planteado inicialmente como una monografía ("descripción o tratado especial de determinada parte de una ciencia, o de algún asunto en particular"), a lo largo de su desarrollo fue transformándose en tesis ("conclusión, proposición que se mantiene con razonamientos"; a estar a las definiciones del diccionario enciclopédico Espasa 1, 3a. Ed., Espasa Calpe, Madrid 1986).

Dadas las características del tema, resultó imposible limitarse al mero estudio y descripción del mismo. Por el contrario, se derivó necesariamente en el planteo de conclusiones y propuestas personales, defendiéndose una determinada posición en relación al tema.

Debido a los límites de espacio establecidos en el reglamento de formación docente, resultó imposible hacer un desarrollo igualmente extenso de la doctrina y la jurisprudencia de todos los países aquí analizados. Se ha preferido realizar un estudio más profundo de la evolución de la jurisprudencia estadounidense, por ser ésta más numerosa, rica y ágil que la continental.

La finalidad de la obra pretende ser llamar la atención a todos aquellos que de alguna manera tengan relación con el tema, y especialmente a quienes de una manera o de otra participan en la determinación de las políticas legislativas que adopta Uruguay en relación al mismo. Parece importante que a la hora de introducir modificaciones o innovaciones en el sistema jurídico vigente, se analicen los aspectos de política legislativa que puedan estar en juego, y que en definitiva las soluciones que se adoptan sean acordes con el interés nacional.

INTRODUCCION

La posición de Uruguay ha sido tradicionalmente contraria a la autonomía de la voluntad. Fue defendida por los autores más calificados Alfonsín, Vargas Guillemette, Ramírez y consagrada en nuestro sistema de derecho positivo Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, y Apéndice del Código Civil (1).

Por otra parte, la posición predominante en el mundo desarrollado ha sido la de admitir la autonomía de la voluntad en materia de contratación comercial internacional, aunque el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley y el foro está siempre

delimitado en forma más o menos severa. Esta tendencia aparece no sólo en la doctrina y la jurisprudencia, sino también en importantes Convenciones como la de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de la CEE, la de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y la de La Haya de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta situación imperante en el mundo "civilizado", al decir de Lando (2), ha influido de manera exitosa en las posiciones que han ido adoptando otros países con respecto al tema que nos ocupa. Perú, por ejemplo, ha incorporado el principio de la autonomía de la voluntad en su nuevo Código Civil. Asimismo, autores de la importancia de Boggiano defienden la autonomía (3) y recomiendan su adopción por todos los países de la OEA en la CIDIP IV (4).

En ocasión de la CIDIP IV, los países participantes se replantearon el polémico tema de la autonomía de la voluntad.

Antes de adoptar posición definitiva al respecto y traducirla en una modificación del sistema vigente, Uruguay deberá determinar en base a que criterios establecerá su política legislativa en la materia. Es claro que, como dice Boggiano (5), "no sería veraz un tratamiento del derecho de los contratos internacionales que prescindiese de la ponderada consideración de aquellas pretensiones estatales encaminadas al social welfare o basadas en razones de "policía económica" o de "política de la prosperidad". Esto no podrá hacerse en base a tendencias o modas que se nos presentan como modelos a imitar por más que se alegue su aceptación universal (6), pues la adhesión al principio de la autonomía de la voluntad no es en realidad ni tan universal, ni de tan larga data como a veces se pretende (7). Por el contrario, ha sido alternativamente aceptado o rechazado en base a intereses concretos de sectores o grupos de presión. Por lo tanto, deberán analizarse cuales son los intereses concretos de Uruguay y como incidiría en ellos un cambio en el sistema jurídico vigente.

Al realizar este análisis, es imprescindible tener presente que estamos insertos en un mundo dividido en norte y sur, en fuertes y débiles, y que los intereses de ambas partes usualmente no coinciden. Ergo, lo que es conveniente para unos es correlativamente inconveniente para los otros.

TITULO I EVOLUCION HISTORICA Y DERECHO COMPARADO

El mundo moderno cuenta esencialmente con dos sistemas jurídicos: el llamado sistema continental, civilista o romanista, y el common law. Estos dos sistemas tienen orígenes históricos diferentes, una filosofía y una metodología básicamente distinta, y plantean problemas a menudo insolubles tanto para la coordinación destinada a la elaboración de normas de derecho supranacional, como para la solución de los conflictos de leyes entre ambos sistemas.

CAPITULO 1. DERECHO ANGLOSAJON.

A. INGLATERRA

El common law surge a partir del esfuerzo de Enrique Plantagenet, el fundador de la dinastía, que culminó su descendiente Eduardo I, llamado el Justiniano inglés. Es parte de la política de los reyes Plantagenet de dar unidad jurídica a su reino, en el que se superponían varios sistemas jurídicos y diferentes costumbres. La conquista normanda había intentado instalar reglas y tribunales cuya legislación era esencialmente francesa, en un país que ya antes de la misma se encontraba profundamente dividido, con zonas

sometidas a un derecho consuetudinario danés derivado de las invasiones vikingas, que se superponían a las zonas de poder anglosajón y a aquellas en las que sobrevivía la vieja tradición celta.

Es posible que Eduardo I haya sido influenciado por la obra de su cuñado Alfonso el Sabio de Castilla, que enfrentado a una situación similar en la España de la Reconquista, intentó un formidable esfuerzo de unificación a través de las Leyes de Partidas. (8).

No obstante, el enfoque de los reyes Plantagenet fue de una extraordinaria originalidad. En lugar de una remisión al derecho romano como derecho común que realizaron los países del continente, la solución inglesa consistió en ir dando fuerza obligatoria a las resoluciones de los jueces en cada caso concreto, extendiéndolas a todo el reino en carácter de "ley común". El common law no es, entonces, un código de reglas generales, como el de Justiniano, sino una elaboración pragmática, que fue dictándose en cada caso por los jueces locales y a la que la Corona dió fuerza de precedente obligatorio (9).

Según Alfonsín (10), este especial origen histórico le da al sistema anglosajón tres características básicas: ser judicial (sólo funciona en los casos en litigio y no hay reglas generales de origen legal); ser inductivo (no se deduce de la norma general, la solución a cada caso, sino que se parte del caso concreto para deducir la norma general); y ser positivo (entendiéndose por esto que carece de una elaboración teórica previa, como sucede en los sistemas continentales).

a. Orígenes de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

a.1. Según Lando y Rabel (11), "el primer país en el cual la intención de las partes fue claramente establecida como el principio aplicable fue Inglaterra". Rabel cita el famoso dictum de Lord Mansfield en el caso *Robinson v. Bland*, en 1760.

Sin embargo, la doctrina inglesa de la "proper law" puede ser rastreada por lo menos tan lejos como hasta Huber, quien afirmó que la *lex loci contractus* regulaba el contrato a menos que "las partes al contratar tuvieran otro lugar en mente" (12).

El primer caso inglés que mostró la influencia de Huber fue *Robinson v. Bland* (1760), donde Lord Mansfield dijo: "La regla general establecida *ex comitate et jure gentium* es que el lugar donde el contrato es celebrado ... debe ser considerado al interpretar y ejecutar el contrato. Pero esta regla admite una excepción cuando las partes, al tiempo de celebrar el contrato, tienen la mirada puesta en un reino diferente" (13). A partir de entonces, los jueces dieron por sentado que las partes siempre contrataban teniendo una determinada ley "in mente", ya sea en forma expresa o tácita, y que el tribunal se limitaba a descubrir esa intención. (14).

a.2 Hasta 1865, la ley más frecuentemente aplicada por los tribunales ingleses fue la del lugar de celebración del contrato. La invocación de este fundamento fue dejada de lado por el "Privy Council" en el caso *Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. v. Shand* y por el "Exchequer Chamber" en el caso *Lloyd v. Guilbert* (15), que se inclinaron en favor de la "proper law".

La expresión "proper law of a contract" refiere al sistema legal por el cual las partes pretendieron que el contrato fuera regulado, o, cuando su intención no ha sido expresada ni puede ser inferida de las circunstancias, el sistema legal con el cual la transacción tiene una conexión más próxima y real (16).

En el caso *P. & O. Steam Navigation Co. v. Shand* (1865), la cuestión a resolver era si una cláusula de un boleto de pasaje eximiendo de responsabilidad al transportista por negligencia de la tripulación era válida o no. Si era aplicable la ley del lugar de celebración del contrato i.e. Inglaterra la cláusula resultaría válida, pero de acuerdo a la ley del lugar de ejecución del contrato isla de Mauricio la misma resultaba inválida. Notemos, no

obstante, que aunque se varía el fundamento, la "proper law" coincide en definitiva con el lugar de celebración.

a.3 Tan es así que Turner, L. J. concluyó, siguiendo las ideas de Story (17), que era aplicable la ley inglesa, ya que la regla general era aplicar la ley del estado donde se había celebrado el contrato. Además, agregaba, "las partes de un contrato o bien están sujetas al Poder que allí gobierna o le deben, como residentes temporarios, una lealtad temporaria" (18). También argumentó que el transportista no habría aceptado nunca la ley de Mauricio, y que la aplicación de la ley inglesa debió haber sido querida por ambas partes (19).

No resulta convincente la inferencia de Turner: parece ser tan obvio que el transportista inglés jamás hubiera aceptado la ley de Mauricio como que el pasajero, de haber tenido la posibilidad de hacerlo, hubiera rechazado la cláusula de exención de responsabilidad. O sea que la intención implícita que cita Turner, es la de una sola de las partes, la de mayor poder de negociación que impuso sus condiciones a la otra, la cual evidentemente careció de las posibilidades de optar por una cláusula razonablemente conveniente a sus intereses. Es de destacar que la aceptación de la autonomía de la voluntad en materia de comercio internacional haya surgido en Inglaterra respecto a casos de derecho marítimo. Es un hecho sumamente significativo, que demuestra que ciertos intereses comerciales concretos (los de los armadores, y no los generales del comercio internacional) constituyen el motor de ciertas ideas.

a.4 Esta doble explicación soberanía general del Estado del lugar de celebración para regular todas las transacciones, más la intención implícita de las partes fue dejada de lado en el caso *Lloyds v. Guilbert* (1865), por innecesaria, no siendo siquiera mencionada.

No se aplicó la ley del lugar de celebración del contrato, sino la de la bandera la ley francesa, remitiéndose a ella en carácter de intención presunta de las partes. Justice Willes, hablando por la corte (Exchequer Chamber) dijo: "En estos casos es necesario considerar por que ley general las partes quisieron que su transacción fuera regulada, o mejor dicho, a que ley general ha de presumirse que ellas se han sometido con respecto a esa cuestión". (20)

a.5 Debe dejarse constancia, no obstante, que en el siglo XIX, cuando la intención de las partes era rara vez expresada en los contratos, algunos autores ingleses, como Westlake (21), estaban en contra de la autonomía de la voluntad mientras otros, como Dicey, estaban a favor de ella aunque con cierta renuencia. A medida que las cláusulas de elección de la ley se hicieron más frecuentes, Dicey las fue aceptando más abiertamente. En la novena edición de su libro de texto dice: "Cuando la intención de las partes de un contrato ... está expresada en palabras, dicha intención expresa, en general, determina la "proper law" del contrato" (22). Todavía tiene algunas reservas, ya que la acepta "en general", pero no siempre.

b. Formulación moderna del principio de la autonomía de la voluntad en Inglaterra.

b.1 La formulación moderna del principio de la autonomía de la voluntad como incluido en la doctrina de la "proper law" fue claramente formulada por Lord Atkin (23) en *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* (1937): "Los principios legales que deben guiar a los tribunales ingleses en lo relativo a la "proper law" están ahora bien establecidos: es la ley que las partes pretendieron aplicar. Su intención va a ser determinada en base a la intención expresada en el contrato si es que la hay, la cual será concluyente (24). Si no hay intención expresa, esta será presumida por el juez de los términos del contrato y de las circunstancias conexas relevantes" (25).

Lord Wright expresa claramente esta idea en el caso *Vita Food* (26): "Actualmente está claramente establecido que según la ley inglesa ... la "proper law" del contrato es la ley que las partes designaron como aplicable. Esa intención se determina objetivamente, y si

no es expresa, será deducida de los términos del contrato y de las circunstancias relevantes co-nexas al mismo" (27).

b.2 Los tribunales ingleses han aceptado que, en el comer-cio inter-nacional, aquellos que quieran elegir la ley inglesa para regular su contrato pueden hacerlo, siempre que la elec-ción sea "bona fide and legal" (28), y que las partes no deben ser obstaculizadas ni por el hecho de que el contrato no tenga conexión alguna con Inglaterra, ni por las disposiciones impe-rativas de la lex loci contractus. Lord Wright dice que "la conexión con el derecho inglés no es, en lo relativo a los principios, esencial" (29).

Sería interesante, como plantea Lando (30), ver si los tribunales ingleses estarían dispuestos a conceder a las partes la misma libertad para seleccionar una ley extranjera que la que les atribuyen para elegir la inglesa.

Lorenzen (31) señaló que no parece prudente aplicar la doctrina de la autonomía en forma tan amplia como lo hizo el Privy Council en el caso "Vita Food".

c. Argumentos a favor de la autonomía de la voluntad y críticas. Las ventajas que la mayoría de los autores atribuyen a la doctrina de la "proper law" son que esta proporciona una "fórmula omni comprensiva en la cual todos los tipos de contratos tienen cabida" (32), que "regula todas las cuestiones que pueden surgir en relación con un contrato" (33) y que "las obligaciones de ambas partes son reguladas por la misma ley" (34).

c.1 Lando (35) señala distintas razones por las cuales los tribunales ingleses recurrieron a la intención de las partes como el criterio decisivo: primero, porque era sustentada por la filosofía del laissez faire del siglo XIX; segundo, porque les permitía evadir las normas imperativas sobre responsabili-dad de la Harter Act de Estados Unidos relativas a transporte marítimo de mercaderías, si podían demostrar que las partes habían querido que fuera aplicable la ley inglesa, más liberal. Otra vez aparece el problema de la autonomía de la voluntad relacionado a una lucha de intereses comerciales con-cretos en materia de transporte marítimo. Por lo tanto, la razón princi-pal era que la intención de las partes podía ser usada como una forma de escapar a sistemas legales que establecieran la res-ponsabilidad efectiva de los armadores ingleses, en los países consumidores de países armatoriales, incluídos entre ellos Estados Unidos.

c.2 Estos argumentos muestran nuevamente que en la base de este criterio aparecen los intereses concretos de un grupo de comer-ciantes, y no del comercio internacional en abstracto. La American Harter Act declara la invalidez de las cláusulas de irresponsabilidad, y surgió en un contexto fáctico en que los americanos consumían servicios armatoriales en buques de bande-ra inglesa en el Atlántico, lo que impuso la necesidad de ponerle freno a los abusos de los armadores ingleses.

La pugna entre los navieros y los propietarios de la carga se hizo más aguda, llegándose a pedir una legislación que "eliminara el caos y los abusos producidos por la libertad irrestricta de contratación" (36). La Ley Harter fue una solu-ción de transacción ante los reclamos y protestas de los carga-dores, y el descontento de los armadores ante "la idea de restringir el principio de la liber-tad de contratación, que constituía una característica funda-mental de sus ordenamientos jurídicos" (37). Si bien "la Ley Harter prohibió las cláu-sulas que eximían al porteador o a sus agentes de responsabili-dad por faltas en el cuidado y la custo-dia del cargamento, ...una lista de excepciones favorecía asi-mismo al porteador" (38).

c.3 El referido contexto fáctico sigue siendo una realidad vi-gente todavía hoy en los países en desarrollo, aunque sin Harter Act y con inten-tos de cambiar el régimen legal vigente, protector de la parte más débil, so pretexto de los "intereses y necesidades del comercio internacional", y de las modernas tendencias en Europa y Estados Unidos. Sin duda dicho cambio respondería a los intereses de "algunos comercian-tes

internacionales", pero no parece que el mismo sea conveniente para los comerciantes nacionales y para los intereses económicos del país.

d. Problemas derivados de la libertad amplia.

Aún si hacemos caso omiso de las objeciones derivadas de los intereses económicos que notoriamente favorece o desfavorece la recepción de la autonomía de la voluntad, esta amplia libertad para seleccionar la ley aplicable da origen a diversos problemas: Primero, la elección de las partes puede apuntar a evitar las disposiciones imperativas del sistema legal con el cual el contrato está más estrecha y realmente conectado. Los tribunales ingleses no han desarrollado una doctrina de "evasión de la ley" (o fraude a la ley) en el derecho internacional privado, y "es claro que, si hay una cláusula expresa en un contrato estableciendo cual debe ser la "proper law", esta será concluyente salvo que contravenga el orden público" (39). No se registra ningún caso en el cual un tribunal inglés haya negado validez a una elección expresa de la "proper law", ni en que las condiciones establecidas por Lord Wright en el caso *Vita Food* hayan sido judicialmente discutidas (40).

Segundo: Esta libertad para elegir la ley aplicable puede funcionar bien en contratos internacionales en que ambas partes estén en una posición negociadora igualmente fuerte (41). Pero ¿qué sucede cuando una parte tiene un mayor poder negociador, el cual le permite imponer sus condiciones a la parte más débil?

e. Reacción de la jurisprudencia.

A pesar de que el fallo del Privy Council en el caso *Vita Food* es todavía una "authority", la tendencia posterior de los tribunales parece ser que las partes no pueden elegir una ley que no tenga ninguna conexión con el contrato (42). Esto puede ser consecuencia de la influencia de *Cheshire* (43) y de *Morris* (44), que se oponían a la autonomía de la voluntad y querían reemplazarla por lo que ellos llaman "objective criteria" (criterios objetivos). *Westlake* (45) también prefirió una "formulación objetiva" ("objective formulation") de la doctrina de la "proper law", conforme a la cual la "proper law" es la ley con la que el contrato está más estrecha y realmente conectado (46).

Durante los últimos treinta años ha habido una reacción judicial en favor de esta posición (47), y los tribunales ingleses no reconocen indefectiblemente como válida la elección de una ley sin conexión con el contrato. Más aún, podrán impedir que las partes evadan las disposiciones de la ley más estrechamente conectada con el contrato (48).

f. Restricciones a la autonomía de la voluntad en la legislación más reciente. Según *Lando* (49), hasta 1973 no había indicios de que los tribunales ingleses o el Parlamento inglés tratara a los contratos con consumidores o a los contratos viciados de "dirigism" de manera diferente que a los contratos comerciales o "libres" ("free contracts").

El *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* (c.13) estableció algunas disposiciones imperativas (secciones 8 a 12), protegiendo al comprador a plazos, al comprador en una venta de bienes, y al consumidor, que restringen la autonomía de la voluntad. Pero esta protección sólo cubre las ventas de bienes internas, y no las internacionales.

O sea que el abuso contra consumidores nacionales parece haber sido fácilmente percibido, obteniendo protección inmediata, mientras que en el caso de una compraventa internacional en que un vendedor inglés quisiera imponer la ley inglesa a un consumidor extranjero, dicho abuso resultaría aceptable, y no se consideraría injusto aunque el consumidor extranjero no tuviera posibilidad de elección.

El *Employment Protection (Consolidation) Act 1978* asegura sus beneficios a los empleados que trabajan en el Reino Unido para empleadores extranjeros y cuyos contratos de trabajo podrían estar regulados por una ley extranjera, prescindiendo de la "proper law" del contrato (50).

Esta ley asegura una adecuada protección a los trabajadores del Reino Unido contra posibles abusos de parte de empleadores extranjeros, quienes invocando la "proper law" del contrato y la autonomía de la voluntad podrían imponerles contratos de trabajo con condiciones desventajosas y además, contrarias al derecho inglés.

Es por eso que es necesario que los Estados legislen, por encima de los intereses particulares de las partes o los grupos de interés, buscando la equidad e impidiendo los abusos.

El Unfair Contract Terms Act 1977 impone severas restricciones a la validez de las cláusulas de exención en muchos tipos de contratos y restablece el control de dichas cláusulas en los contratos de venta o de suministro de bienes que habían sido originariamente impuestas por el Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (51).

g. Conclusión.

La legislación protectora mencionada intenta compensar los problemas que surgen de la casi ilimitada libertad para elegir la "proper law" que la legislación inglesa otorgaba a las partes contratantes (52).

Esa excesiva libertad permitía a las partes escapar de las disposiciones imperativas de la "proper law" objetivamente determinada. El Parlamento inglés ha buscado, en consecuencia, "proteger a los empleados o consumidores contra el superior poder de negociación de empleadores o suministradores de bienes o servicios" (53), pero lo ha hecho "en un lenguaje tortuoso y por medio de dudosas técnicas que engendrarán inevitablemente incertidumbre y por tanto litigios" (54).

Esta libertad no parece, por tanto, ser la mejor solución en materia contractual, ya que la realidad muestra que da origen a tantos problemas como los que se atribuyen a los criticados puntos de conexión pre establecidos, aunque de diferente tipo.

Por lo tanto, con el principio de la autonomía de la voluntad se da una paradoja: tanto en Inglaterra como en el resto del mundo desarrollado, según veremos, es aceptado en forma aparentemente unánime, pero es restringido severamente al mismo tiempo por un marco legal y jurisprudencial cada vez más estricto que tiende a proteger al consumidor y al empleado (y en general a la parte más débil) de cualquier abuso que el mismo implique.

B. ESTADOS UNIDOS

B.1 DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y EL DERECHO INGLÉS .

Es necesario tener presente que, como señala Juenger, si bien el derecho estadounidense se inscribe dentro de la órbita del common law, presenta algunas peculiaridades que le dan una naturaleza distinta a la del derecho inglés y que han dado lugar a lo que se llama el "mos americanus" (55). La "importación" de principios del derecho inglés se hizo en forma crítica y selectiva, incorporando sólo las reglas, principios e instituciones aplicables a sus propias circunstancias (56).

El common law estadounidense es más fluido, maleable y abierto que el de Inglaterra, pero al mismo tiempo, debido a la enorme extensión de los Estados Unidos, su gran población y su descentralización, así como por el sistema doble de derecho federal y estatal, es mucho más caótico que el derecho inglés (57).

Otra gran diferencia específicamente referida al derecho internacional privado deriva del carácter federal de la organización política de Estados Unidos. Esto provoca que este tema que en los estados unitarios (tanto Inglaterra como los de derecho continental) se

plantea con referencia a problemas internacionales, en los Estados Unidos se plantea también respecto a la problemática interestatal.

Esto origina diferencias de óptica, de enfoque e incluso de filosofía jurídica, que son fácilmente percibibles cuando se estudia la riquísima jurisprudencia norteamericana.

El nombre mismo de la materia que se llama Conflict of Laws y no Derecho Internacional Privado revela esta diferencia de enfoque. El "case law" referido a esta temática, recae mayoritariamente sobre conflictos de leyes y jurisdicción exclusivamente entre estados pertenecientes a la Unión. Ello a su vez provoca que toda la problemática referida a los conceptos de soberanía y defensa de los intereses nacionales, tan importante en nuestro derecho, sean rara vez tenidos en cuenta en el enfoque americano del problema.

Lowenfeld (58) hace notar que "Como los Estados Unidos se esparcieron sobre un continente y el sueño de lo "común", i.e., el derecho unificado, se desvaneció, el conflicto de leyes (o el d.i.p.) en los Estados Unidos se volvió hacia adentro, con sólo ocasionales referencias (típicamente en asuntos de derecho marítimo) a derechos nacionales extranjeros". Aclara que esto puede resultar exagerado si tenemos en cuenta que Canadá es una nación extranjera, pues las Provincias Canadienses fueron siempre tratadas, con respecto a los conflictos de leyes, igual que otros estados de Estados Unidos (59). Esto se ve claramente en casos como Babcock v. Jackson, Macey v. Rozbicki y Neumeier v. Kuehner (60).

No existe una ley federal que unifique la materia del Derecho Internacional Privado. Tampoco, y esto es todavía más grave, se ha concretado la "cláusula de entera fe y crédito", lo que dificulta lograr una jurisprudencia unificada (61).

En Europa, en cambio, la tendencia fue la inversa, debido a la aprobación de códigos nacionales que unificaron el derecho y las costumbres locales. Así, fuera de los Estados Unidos, el conflicto de leyes empezó a ser cada vez más derecho "inter" en contraposición con "intra" nacional, y se llama derecho internacional privado" (62).

Toda esta problemática, se complica aún más si tenemos en cuenta que las soluciones desarrolladas en este especialísimo contexto, son radicalmente distintas, si nos referimos al problema de la jurisdicción competente, (o sea el derecho de las partes a elegir tribunal y los criterios según los cuales estos asumen competencia), o al problema de la elección del derecho aplicable.

Los desarrollos jurisprudenciales respecto a estos dos puntos, han sido autónomos y en algunos puntos contrapuestos.

B.2 ELECCION DEL TRIBUNAL COMPETENTE.

a) Principios tradicionales de competencia.

Tradicionalmente, en los Estados Unidos se consideraba que la jurisdicción formaba parte de la soberanía estatal, siendo por tanto de orden público y estando vedado a los particulares interferir. Se admitía sin embargo la validez de la prórroga, por considerarse al consentimiento como base jurisdiccional (63).

El consentimiento al ejercicio jurisdiccional sobre una parte puede ser conferido después de haberse iniciado la acción (64), o con anterioridad al litigio (65). Señalan Scoles & Hay, que ésta última modalidad ha dado lugar al interés público por proteger de la coerción económica a las personas en una posición de negociación inferior (66).

Asimismo, el punto que da origen a mayor cantidad de litigios en los Estados Unidos, es el relativo a la autenticidad y legitimidad de ese consentimiento. Se ha atacado frecuentemente el efecto coercitivo de los contratos de adhesión que incluyen dichas cláusulas de jurisdicción (67).

La relación del foro con las partes y con las circunstancias del caso, es un factor decisivo para determinar la jurisdicción. Los tribunales angloamericanos han clasificado la jurisdicción en tres categorías: in rem, quasi in rem y in personam (68).

a.1. Jurisdicción "in personam" y Jurisdicción "in rem". El caso "Pennoyer v. Neff" (1878). Historicamente, los tribunales angloamericanos recurrieron primero a la jurisdicción in personam, asumiendo competencia cuando las partes estaban presentes dentro del territorio del estado, i.e., cuando el demandado era emplazado personalmente dentro del área geográfica en la cual el tribunal actuaba (69).

Las bases para la jurisdicción personal generalmente reconocidas en los Estados Unidos son clasificables, según Scoles & Hay en: (1) presencia dentro del foro, (2) relación personal permanente o continua con el foro, (3) consentimiento y (4) actividades dentro del foro o que tengan efectos dentro de él. Estas actividades pueden ser económicas (ej. actividad comercial), o no (ej. "personal torts") (70).

La jurisdicción in rem se basa en la idea de que, en principio, el estado tiene jurisdicción sobre todos los bienes que estén dentro de sus fronteras. Puede por tanto afectar dichos bienes a través de acciones judiciales dentro de los límites constitucionales y legales sin necesidad de tener en cuenta si el propietario de los mismos se encuentra o no dentro de su territorio (71).

Sin embargo, como señala Holmes, "todos los procedimientos, como todos los derechos, son en realidad contra personas" (72).

Este concepto físico utilizado para delimitar el alcance del poder jurisdiccional de los estados fue extendido, especialmente en Estados Unidos, a otras relaciones entre el estado, las partes y el caso (73).

Señala Juenger que el caso Pennoyer fundamental para comprender el desarrollo del derecho jurisdiccional en los Estados Unidos consagró las bases generales de jurisdicción tradicionales del common law: el emplazamiento personal ("personal service") y la existencia de bienes embargables sujetos a la jurisdicción del foro ("attachment") (74).

La posición de la Suprema Corte en el caso Pennoyer se basó en la doctrina de Story, que a su vez tomaba elementos de Huber, en especial la idea de que el estado era omnipotente dentro de su territorio, pero carecía de poder fuera de él. Se consagra así el territorialismo y el principio de la soberanía estatal (75).

La Corte reconoció asimismo, en este mismo fallo, otras dos bases jurisdiccionales: el consentimiento del demandado y el domicilio de las partes.

Estas tendencias en materia de jurisdicción fueron criticadas por la doctrina. Juenger señala que los actores podían incomodar al demandado en lugares lejanos e inconvenientes con los que ni las partes, ni el litigio, tenían relación alguna, con la finalidad de obtener una sentencia en rebeldía, o donde el demandado careciera de las posibilidades de una defensa eficaz. Entiende que estas bases de jurisdicción el emplazamiento y el embargo eran exorbitantes y demasiado amplias, aunque a la vez resultaban insuficientes, ya que bastaba con eludir al notificador para evadir la justicia. (76).

a.2. Jurisdicción quasi in rem. Esta insuficiencia provocó una ampliación de la base jurisdiccional, permitiendo que en ciertas situaciones pudieran embargarse bienes pertenecientes al demandado, que se encontraran en el estado del foro, aunque el demandado no se encontrara en dicho territorio ni estuviera sujeto de otra forma a la jurisdicción de ese estado, y aunque el litigio no tuviera ninguna relación con los bienes embargados. Se llamó a esto jurisdicción quasi in rem (77).

El derecho jurisdiccional de los Estados Unidos, por lo tanto, se fue desarrollando como reacción contra este dogma plasmado en el caso Pennoyer, el cual entorpecía la justa solución de los problemas prácticos. La Suprema Corte tardó casi setenta años en elaborar

criterios de jurisdicción nuevos y más satisfactorios que los del caso *Pennoyer* (78), e incluso superó luego los criterios de jurisdicción "quasi in rem" y estableció nuevos y amplísimos criterios que permitían asumir jurisdicción aún en el caso de existir contactos mínimos.

a.3. Los "contactos mínimos" como base de jurisdicción. El caso "*International Shoe Co. v. Washington*". Siguiendo con esta tendencia, en 1945 la Suprema Corte dejó de lado el dogma de *Pennoyer v. Neff*, estableciendo la competencia de los tribunales estatales siempre que tengan "contactos mínimos" (minimum contacts) con el caso. Estos contactos podían ser de dos tipos: continuos y sistemáticos (referidos al "doing business" en el foro), o un sólo contacto (responsabilidad extracontractual por daños causados en el foro). Lo que la Corte pasó a tener en cuenta fue la conexión con el foro, y no ya la presencia. (79).

La Corte empezó a distinguir aquí entre jurisdicción general, que podía ejercerse cuando las actividades en el estado del foro fueran suficientemente continuas y sistemáticas, y jurisdicción específica, para los casos de actos aislados o esporádicos. Se exigió que los contactos fueran de tal naturaleza que resultara justo asumir jurisdicción. Para que la base fuera razonable debía estar de acuerdo con la cláusula de debido proceso ("due process clause", de la Enmienda 14 a la Constitución de los EEUU). Surge así un nuevo criterio negativo: los estados no pueden asumir jurisdicción cuando esto ofenda las "nociones tradicionales de juego limpio (fair play) y justicia sustantiva (substantive justice)" (80).

No obstante, afirma Juenger, el caso *International Shoe* dejó intactas las bases exorbitantes de jurisdicción establecidas por el fallo *Pennoyer*, subsistiendo el emplazamiento y el embargo como bases acumulativas y/o alternativas (81).

b) Tendencias modernas.

b.1. *Shaffer v. Heitner*. Las tendencias modernas en la materia han consagrado una reacción contra los criterios de jurisdicción "quasi in rem", pero mantienen los criterios basados en "contactos mínimos" que pueden parecer exorbitantes a un observador extranjero. El fallo de la Corte en el caso *Shaffer* (82), analizando una situación quasi in rem, significó un apartamiento del tradicional énfasis puesto por los tribunales en el control físico sobre los bienes. Los ministros prefirieron el concepto de "razonabilidad", como una limitación al ejercicio del poder jurisdiccional in rem, intentando medir la constitucionalidad del ejercicio de jurisdicción por los standards de *International Shoe*.

La Corte consideró que los bienes embargados no tenían relación con la causa, y que la única función del embargo era la de forzar al demandado a comparecer en el territorio del estado, bajo amenaza de ser declarado rebelde, concluyendo que la jurisdicción basada sólo en el embargo no podía ser ejercida (83).

Sin embargo, como señalan Scoles & Hay (84), la gran mayoría de los casos no muestran ese cambio, en lo que concierne a la jurisdicción in rem, ya que la relación entre un estado donde está ubicada una cosa tangible y los factores significativos en el ejercicio de la jurisdicción conforme *Shaffer*, permanece incambiada.

En el caso *Shaffer v. Heitner*, la Suprema Corte reconoció la naturaleza exorbitante de la jurisdicción basada en el embargo de bienes, declarando la inconstitucionalidad de la misma. No obstante, no ha declarado por el momento la inconstitucionalidad de basar la jurisdicción en el emplazamiento del demandado (85).

b.2. *Asahi Metal Indus., Inc. v. Superior Court*. Los criterios de "contactos mínimos" y de "juego limpio y justicia sustantiva" son imprecisos, y la Suprema Corte no ha logrado aclararlos en forma convincente. Tampoco mejoró la situación cuando los legisladores estatales pretendieron modificar la legislación, promulgando los "long arm statutes" (leyes

de brazo largo). Estos establecían varias bases jurisdiccionales, incorporando la idea de los "contactos mínimos", pero también tuvieron el defecto de utilizar términos confusos (86).

Esto dió origen en la práctica a numerosas discusiones sobre si existían o no "contactos mínimos" en los distintos casos concretos.

En el caso Asahi (1987), se planteó la cuestión de si el mero conocimiento por parte del demandado de que los componentes que él fabricaba y vendía fuera de los Estados Unidos llegarían al estado del foro en el "stream of commerce" (corriente del comercio), constituía contactos mínimos entre el demandado y el estado del foro, de forma que el ejercicio de la jurisdicción no ofendiera "las nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustantiva" (87).

El demandado alegaba la nulidad del emplazamiento por entender que el ejercicio de jurisdicción sobre él contravenía la Cláusula de Debido Proceso de la Enmienda 14. Conforme ésta, los juzgados estatales sólo pueden asumir jurisdicción sobre demandados no residentes cuando éstos deliberadamente establecieron un contacto mínimo con el estado del foro" y los mismos resulten de acciones del demandado que creen una "conexión sustancial" con el estado del foro; deben además basarse en "algún acto por el cual el demandado se beneficie del privilegio de realizar actividades en el estado del foro, de este modo indicando los beneficios y protecciones de sus leyes" (88).

La Suprema Corte de California entendió que el hecho de que Asahi supiera que algunas de las válvulas que vendía serían incorporadas a cámaras que se venderían en California, sumado a que Asahi se beneficiaría indirectamente de esas ventas en California, y que sus ventas constituían un "acto intencional de colocar sus componentes en el comercio" (stream of commerce), podía considerarse como base suficiente para que los Tribunales del estado asumieran jurisdicción sin violar la Cláusula de Debido Proceso (89).

La Suprema Corte de los Estados Unidos, por su parte, revocó la decisión de la Suprema Corte estatal por entender que "los hechos de este caso no establecen contactos mínimos como para que el ejercicio de la jurisdicción personal sea conforme con el juego limpio y la justicia sustantiva" (90).

Juenger (91) critica la utilización de criterios jurisdiccionales tan vagos y distinciones tan sutiles como las que hicieron los Ministros en el caso Asahi. Considera que los fallos de la Suprema Corte evidencian la fuerza nociva de la doctrina en el Derecho Internacional Privado, y son actualmente más complejos y confusos que antes. Concluye que parece imposible litigar en estas circunstancias definidas como de "impresionismo jurídico" (non rule approach), ilustradas por la siguiente afirmación de los Ministros de la Suprema Corte en el caso Asahi (92): "la determinación de la razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción en cada caso dependerá de la evaluación de varios factores".

b.3. Forum Shopping y Forum non conveniens. El derecho jurisdiccional estadounidense ofrece al actor amplias posibilidades para el "forum shopping", las cuales a veces son excesivas e inadmisibles por no responder a motivos legítimos, sino a la intención de causar perjuicios al demandado (93).

En estos casos, los jueces pueden negarse a asumir jurisdicción, considerando que la misma es más un poder que un mandato, lo cual implica el derecho de rechazar demandas que consideran abusivas por el hecho de haber el actor seleccionado un foro especialmente inconveniente para el demandado (94).

Esta facultad de los jueces fue reconocida por la Suprema corte en el caso Gulf Oil Corp. v. Gilbert (95).

El "forum non conveniens" es ampliamente admitido en los Estados Unidos, y es reconocido por autores como Juenger como un instrumento útil para lograr el objetivo de la justicia. Pero dicho autor advierte que también tiene aspectos cuestionables, como

evidencia el caso *Piper Aircraft v. Reyno*, dictado en 1981, donde resultó notoria la discriminación en perjuicio de la parte extranjera (96).

c) Reconocimiento de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción, dentro de ciertos límites. *The Bremen v. Zapata Off Shore Co.*

c.1. Situación de la jurisprudencia antes de 1972. Con anterioridad al caso *Bremen* (97), la posición de la mayoría de los tribunales estadounidenses era que las cláusulas que implicaban "despojar (oust) de jurisdicción" a la corte, eran nulas por contravenir el orden público (98).

En el caso *Carbon Black Export, Inc. v. The Monrosa* (99), citado por la Corte en el caso *Zapata*, el Tribunal de Apelaciones rechazó una cláusula de elección del foro, reiterando la posición tradicional de los tribunales estadounidenses de que los acuerdos previos a las controversias cuyo objetivo fuera despojar de jurisdicción a los tribunales, son contrarios al orden público y no serán ejecutados. (100)

El *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, publicado poco antes del fallo *Zapata*, disponía en su sección 80:

"The parties' agreement as to the place of the action cannot oust a state of judicial jurisdiction, but such an agreement will be given effect unless it is unfair or unreasonable." (101).

En el suplemento al *Restatement* publicado en 1986 se eliminó la parte del artículo en negrita. O sea que a partir de 1986, el *Restatement* consagra la validez de las cláusulas de jurisdicción, siempre que estas sean justas y razonables, recogiendo así la posición sustentada por la Suprema Corte en el caso *Zapata*.

c.2. Modificación de la jurisprudencia en materia jurisdiccional. Señala Juenger que el Ministro Burger, al fallar en el asunto *Zapata*, puso el acento en la autonomía de la voluntad y no en la soberanía estatal, alegando razones teleológicas. Hizo hincapié en las necesidades reales del comercio internacional y las expectativas de los contratantes, concluyendo que la prórroga era válida a menos que la parte que se opusiera a su cumplimiento pudiera demostrar que la misma era injusta, o inválida por fraude o por haber explotado una de las partes su posición dominante sobre la otra. (102).

En el caso *Bremen*, se había consentido libremente la cláusula de prórroga, porque si bien las partes no tenían el mismo poder económico (*Unterweser* era una empresa alemana más pequeña que la compañía americana *Zapata*), la firma del contrato había estado precedida por negociaciones libres y serias entre las partes (103). Debe señalarse aquí que el consentimiento libre ha sido siempre considerado en el derecho estadounidense como base de jurisdicción.

Burger reconoció, no obstante, que la autonomía de la voluntad tiene límites, y que los tribunales deberían rechazar una cláusula de prórroga que estuviera impuesta unilateralmente por una parte poderosa sobre otra más débil (104).

La corte aceptó que la cláusula podría ser dejada sin efecto si la parte que pretendía eludir sus efectos podía demostrar que litigar en el foro contractual sería tan difícil e inconveniente, que le implicaría a la práctica verse privado de su "day in court" (105).

La posición manifestada por la corte en *Zapata* fue reiterada, en 1974, en el caso *Scherk v. Alberto Culver Co.* (106).

La validez de las cláusulas de elección del foro está regulada por el fallo de la Suprema Corte en el caso *Zapata*. En consecuencia, como afirman *Scoles & Hay*, la cláusula será válida siempre que no se trate de contratos con consumidores, cuando sea el resultado de una negociación libre entre partes economicamente iguales, cuando no esté afectada por fraude o por existir un poder de negociación superior y cuando no se demuestre

que la validación de la cláusula privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda (107).

Delaume también destaca el énfasis puesto por la Suprema Corte tanto en el caso Zapata como en Scherk, en el hecho de que ambas partes eran comerciantes experimentados y sofisticados, asistidos por expertos legales y otros, y que habían acordado libremente sus contratos, los cuales estaban muy lejos de las transacciones de rutina (108).

No obstante, agrega Delaume, ni Zapata ni Scherk dilucidan claramente la cuestión de si las nuevas reglas más liberales en ellos formuladas, deberán aplicarse en general a todo tipo de relaciones, o si existen áreas en las cuales las disposiciones imperativas del derecho estadounidense pueden aún limitar la libertad de elección de las partes (109).

El hincapié hecho por la Corte respecto al libre consentimiento habilitaría a concluir que las cláusulas de jurisdicción insertas en contratos de adhesión no son válidas, por faltar los requisitos mencionados ut supra de libre consentimiento, negociación libre e igual poder de negociación.

B.3 ELECCION DE LA LEY APLICABLE.

a) Introducción.

Como dijimos, a diferencia de lo sucedido en los países de derecho continental, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a este problema no fueron necesariamente vinculados al problema de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción competente.

También aquí, no obstante, ha pesado grandemente, la característica señalada del derecho americano de inexistencia de una ley federal general que unifique los criterios.

Para solucionar estos problemas, en los Estados Unidos se ha recurrido a los "Restatements" (110). Estos son tentativas de conceptualizar y sistematizar el common law mediante cuasi códigos de fuente privada. Los mismos carecen de sanción y no son promulgados por ninguna autoridad oficial, pero cuentan con el respaldo del American Law Institute, y en la práctica son importantísimos por su influencia en las decisiones de los jueces (111).

En cuanto al tema concreto que nos ocupa, afirma Swan: "Ningun área del derecho ha experimentado un cambio teórico tan grande en los últimos 35 años como nuestro pensamiento acerca del problema de la elección de la ley en los contratos internacionales" (112).

b) El Primer Restatement (1934).

Joseph H. Beale fue el "reporter" del "American Law Institute's First Restatement of the Conflict of Laws (1934)".

Se oponía a la autonomía de la voluntad sobre la base de que las partes no pueden tener el poder de legislar por sí mismas (113). Pensaba que permitir a las partes la elección del sistema legal que prefirieran alentaría los litigios, porque no sabrían nunca si los tribunales aceptarían esa cláusula de elección de la ley (114). El Primer Restatement of the Conflict of Laws que fundamentalmente sigue las ideas de Beale ni siquiera menciona la intención de las partes.

No obstante ello, la posición de Beale en relación a este tema fue rara vez seguida por los tribunales estadounidenses (115). El "reporter" del 1er. Restatement señaló en 1935 que "en general, ... la tendencia predominante en los casos americanos es la de considerar que la intención de las partes gobierna; y usualmente se encuentra que, de manera concluyente, dicha intención está a favor de la ley del lugar de cumplimiento" (116).

b.1. Lauritzen v. Larsen. El juez Jackson dijo, en Lauritzen v. Larsen (117), que "salvo que esté prohibido por el orden público, la tendencia de la ley en materia contractual es aplicar la ley que las partes quisieron que se aplicara". Se trataba de un caso de derecho

marítimo, de responsabilidad extracontractual, en que el actor reclamaba que el derecho Americano era el aplicable (era la ley del lugar de celebración del contrato y del foro), mientras que el demandado sostenía que el derecho danés era el aplicable, de acuerdo al contrato de trabajo. Este último era también la ley del pabellón, del domicilio y de la nacionalidad de ambas partes. El tribunal concluyó que "no había orden público que pudiera impedir a las partes de este contrato, que contemplaba la ejecución en una multitud de jurisdicciones territoriales y en alta mar, acordar que su código regulador sería la ley del estado de la bandera" (118).

b.2. *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.* El juez Harlan, en el caso *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.*, dijo que "en vez de ver a las partes como usurpando la función legislativa, parece más realista verlas como relevando a los tribunales del problema de resolver el conflicto de leyes. Podría esperarse que su concurso redujera el número de litigios, y debe ser celebrado tanto como la elaboración de una buena fórmula contractual, que releva a los tribunales de los problemas de resolver ambigüedades. Decir que puede no haber reducción en el número de litigios porque los tribunales pueden rechazar la disposición es razonar hacia atrás. Una tendencia hacia la certeza en las transacciones comerciales debería ser alentada por los tribunales" (119).

Los argumentos de Harlan no resultan convincentes. La autonomía de las partes no relevará a los jueces de sus obligaciones que incluyen, precisamente, el resolver el conflicto de leyes sino que les complicará más la tarea, porque una vez determinada cual es la ley competente deberá controlar si la elegida por las partes tiene una razonable conexión con esta, si la elección fue hecha de buena fe, y todas las otras ambigüedades a las que recurren los partidarios de la autonomía de la voluntad para impedir que esta provoque un caos demasiado grave.

c) El Segundo Restatement (1971).

Scoles & Hay (120) afirman que "El American Law Institute's Second Restatement representa la mayor parte del pensamiento correspondiente al período durante el cual fue elaborado (1952-1971), e intenta proporcionar todo lo posible en cuanto a la línea correcta (the "right line") (121), el equilibrio, cosa que fue posible a la luz del desarrollo del derecho en ese momento. Más allá de reafirmar, el trabajo también intenta ser una guía para el futuro, aspecto que lo distingue claramente del Primer Restatement, así como de Restatements de otras áreas del derecho".

Si bien el Restatement 2nd. (1971) acepta la autonomía de la voluntad (#186), lo hace dentro de ciertos límites. El #187 par.2 establece que el derecho interno del estado elegido por las partes para regular sus derechos y obligaciones contractuales, será aplicado con dos excepciones:

(a) que el estado elegido no tenga ninguna relación sustancial con las partes o con la transacción y no haya ninguna otra base razonable para fundar esa elección de las partes;

(b) que la aplicación de la ley del estado elegido, fuera contraria a una política fundamental del estado cuya ley fuera aplicable conforme con la #188 (122).

La #188 define la ley aplicable a los casos en que no existió elección de las partes, mediante una enumeración de criterios que permita establecer el estado con una relación más significativa con el contrato (lugar de celebración, lugar de negociación, lugar de cumplimiento, lugar de situación del objeto del contrato y/o domicilio, residencia o nacionalidad de las partes).

Autorizando la elección de una ley no relacionada ni con las partes ni con la transacción, siempre que las partes tengan una "base razonable" para su elección, el Restatement 2nd. es innovador y amplía el alcance de la autonomía de la voluntad en el derecho norteamericano (123).

Juenger (124), en el mismo sentido, considera que es suficiente, para que la elección sea válida, que haya una "base razonable" para ella, y que en dicho caso no se requiere que exista una "relación sustancial" (125). Señala que esto permite la elección de un derecho neutral siempre que exista una "base razonable" lo cual no es posible de acuerdo con el UCC #1 105. (126).

El Comentario b a la #187 establece que un acuerdo de elección de la ley que haya sido obtenido por medios impropios, no será validado. La imposición de una cláusula de elección de la ley por la parte más fuerte a la más débil, puede, por tanto, ser calificada como "medios impropios" (127). El Comentario b a la #187 señala que en semejante situación, el tribunal rechazará la aplicación de la cláusula de elección de la ley "si hacerlo significara una injusticia sustancial para el adherente".

O sea que de acuerdo a los principios del Rest.2nd., las cláusulas de elección de ley y foro inglés o norteamericano que suelen contener los conocimientos de embarque que documentan contratos de transporte a cumplirse en países sudamericanos serían siempre invalidadas. ¿Por qué? pues porque son impuestas por la parte más fuerte sobre la más débil (lo que se considera "improper means"), cosa que redundaría en una injusticia sustancial para esta última, pues los costos de ir a litigar a los lejanos foros a donde lo envían dichas cláusulas son en general mayores que el monto del reclamo.

Esta situación de injusticia se evita en un sistema como el uruguayo (ley y foro del lugar de cumplimiento), que proporciona una medida razonable de certeza para ambas partes, y salvaguarda los derechos de la parte más débil sin causar inconvenientes a la más fuerte, ya que esta en general tiene agencia, representante o similar en aquellos lugares donde comercia con habitualidad. La modificación de un sistema tan simple y justo sólo provocaría el desconcierto entre los jueces, la incerteza para los comerciantes uruguayos, y la posibilidad de cometer abusos para los comerciantes extranjeros.

Si bien no hay en el Restatement 2nd. una distinción expresa entre contratos más o menos libres, y contratos comerciales y con consumidores, esta distinción es apreciable en las dos secciones que tratan de los contratos de seguros (128). En la #192 sobre Contratos de Seguros de Vida, el Comentario "e" establece que "no se hará efectiva una disposición de elección de la ley ... que designe un estado cuyo derecho interno dé al asegurado una protección menor de la que recibiría conforme a la ley que resultaría, de lo contrario, aplicable, la cual ... será usualmente la ley local del estado donde el asegurado se domiciliaba" (129). Sin embargo, dicha estipulación será respetada si la ley elegida (por ej. aquella del estado donde reside el asegurador) proporciona al asegurado una protección mayor (130). La política en esta materia es proteger al asegurado y a sus beneficiarios contra imposiciones unilaterales del asegurador, incluidas en contratos de adhesión, donde tiene lugar una especie de negociación en términos de "tómalo o déjalo" ("take it or leave it" negotiation) (131). Conforme al Comentario e, la elección será aceptada si el asegurado tiene la posibilidad de negociar la cláusula de elección de la ley, como por ejemplo en algunos contratos colectivos de seguro de vida.

Las secciones 195 y 196, relativas a contratos de trabajo y a contratos de préstamos de poco monto, no establecen restricciones a la autonomía de la voluntad, pero como señala Lando (132), la reserva general de la sección 187 en favor de las políticas fundamentales de la ley que de otra manera sería aplicable, puede evitar injusticias contra la parte más débil. Agrega que esto puede conducir a un *depêçage* del contrato, porque esa política fundamental no va a colocar a todo el contrato bajo la órbita de la ley de otra forma aplicable, como lo haría según las #192 y 193. Sólo resulta aplicable, de ese derecho interno, la disposición relevante que expresa dicha política, mientras que respecto a otros puntos del contrato, se aplicará la ley elegida por las partes.

d) El U.C.C.(1978).

El Uniform Commercial Code (UCC), cuyo último texto oficial es de 1978 (los anteriores eran de 1962 y de 1972), "intenta ser una codificación uniforme, de carácter permanente, que cubra un determinado campo del derecho por entero" (133).

Surge de este comentario y de los que siguen, la necesidad de textos comunes claros, aunque el concepto de "código" es distinto al continental. El comentario 1 al #1 102 del UCC establece: "El objeto de esta ley es otorgar flexibilidad ... se pretende hacer posible que el derecho contenido en esta ley sea desarrollado por los tribunales, a la luz de lo imprevisto y de nuevas circunstancias y prácticas". Y más adelante, el comentario 3 a la #1 105 dice: "Cuando una transacción tenga contactos significativos con un estado que haya ratificado esta ley (el UCC) y también con otras jurisdicciones, la cuestión de cual relación es "apropiada" es librada a la decisión judicial. Al decidir esta cuestión, el tribunal no está estrictamente obligado por precedentes dictados en otros contextos".

Todo esto indica que la seguridad y previsibilidad que puede ofrecer el sistema es mínima, y está sujeta a la variable opinión de los jueces en cada momento y lugar en que se plantee el conflicto.

El UCC es en gran parte una reformulación y reafirmación del derecho mercantil y de la comprensión de una comunidad de negocios que trasciende las fronteras estatales y aún nacionales (134). "Esta ley no pretende establecer reglas sobre la elección de la ley a los estados que no la ratifiquen, pero esta sección (se refiere a la #1 105) no impide la aplicación de la misma en un tribunal de semejante estado" (135).

El UCC que ya ha sido aceptado por todos los estados excepto Louisiana acepta la autonomía de la voluntad en contratos comerciales tales como ventas, documentos comerciales, cartas de crédito, recibos de depósito, conocimientos de embarque, y otros documentos que constituyen títulos; esta lista no es por tanto taxativa, ya que dice "y otros" . Pero la ley elegida debe ser la de un estado que tenga una relación razonable con el contrato (#1 105).

"En general, la prueba de la "relación razonable" es similar a la expresada por la Suprema Corte en *Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. 403, 47 S.Ct. 626, 71L. Ed.1123(1927). En general, la ley elegida debe ser la de una jurisdicción donde una parte significativa de la elaboración o de la ejecución del contrato ocurra o vaya a ocurrir" (136).

Esta expresión carece de precisión; por tanto, otorga gran flexibilidad a los tribunales. La certeza que esta solución pueda proporcionar es muy relativa, ya que la validación de la cláusula dependerá de lo que el juez actuante entienda por "razonable" relación entre el contrato y la ley elegida.

La sección 1 105 (1) también establece que si no hay acuerdo, "esta ley se aplicará a las transacciones que tengan una relación apropiada con este estado". Deja abierta la cuestión de qué ley se aplica cuando las partes no hayan designado la ley aplicable y la transacción no tiene una "relación apropiada" con el foro (137).

La subsección (2) de la #1 105 "enuncia limitaciones esenciales al derecho de las partes a elegir el derecho aplicable" (138): " Cuando una de las siguientes disposiciones de esta ley especifica el derecho aplicable, dicha disposición es la que rige, y un acuerdo en contrario será efectivo sólo en la medida en que lo autorice la ley (incluidas las normas de conflicto) así especificadas: ..." (139).

Así, en relación con dichos contratos, el UCC ha establecido normas de conflicto especiales, y un acuerdo en contrario "es efectivo sólo en la medida en que lo autorice la ley" especificada en dichas disposiciones. Por tanto, el derecho a elegir la ley está limitado por las disposiciones establecidas en las cinco secciones incluidas en la subsección (2), y se limita a las jurisdicciones con las que la transacción tenga una "relación razonable" (140).

Conforme a Scoles & Hay (141), este requerimiento de que el foro tenga una relación razonable con el contrato no sirve a ningún propósito, excepto en lo que refiere a las nociones jurisdiccionales de "forum non conveniens". Además, la sección acepta claramente la autonomía de la voluntad, política que se vería frustrada si las cláusulas de elección de la ley fracasaran en circunstancias en que el foro estuviera desinteresado y careciera además de una norma del common law sobre autonomía de la voluntad (142).

La sección 1 105 carece de una referencia a la limitación que el orden público impone sobre la autonomía de la voluntad, pero la #1 102 (3) prohíbe que las "obligaciones de actuar con buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado" puedan ser dejadas de lado mediante acuerdo. Sólo autoriza a las partes a "determinar los standards por los cuales el cumplimiento de dichas obligaciones debe ser medido, si dichos standards no son manifiestamente irrazonables" (143).

Joseph D. Becker (144) señala que hasta 1984, cuando las partes de un contrato internacional pactaban que fuera aplicable la ley de Nueva York, el efecto que esta disposición pudiera tener resultaba incierto, porque los jueces de Nueva York consideraban que dicha cláusula sería válida sólo si existía una relación "razonable" o "significativa" entre el contrato y Nueva York.

El 19 de julio de 1984 se aprobó una enmienda a la Ley sobre Obligaciones Generales de Nueva York, estableciendo que en las transacciones comerciales por un monto superior a los doscientos cincuenta mil dólares, las partes pueden acordar que la ley de Nueva York será aplicable y este acuerdo será válido aunque el contrato no tenga una razonable relación con Nueva York. Esta nueva ley facilita la posibilidad de que las cláusulas de elección del foro a favor de los tribunales de Nueva York sean validadas (145).

Graham Penn (146) afirma, en el mismo sentido, que antes de la entrada en vigencia de esta ley, los diferentes enfoques adoptados por los tribunales neoyorkinos provocaban una creciente incertidumbre, ya que las partes no podían estar seguras de que la elección expresa de la ley de Nueva York como aplicable al contrato sería aceptada por los jueces de ese estado.

B.4 NECESIDAD DE PONER LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS PARTES.

Es importante destacar que la autonomía de la voluntad no ha sido nunca aceptada en forma irrestricta en los Estados Unidos (147).

Si la cláusula de elección de la ley fue obtenida por medios injustos o de mala fe, o si fue escrita en un idioma desconocido para la otra parte, los jueces no tienen que aplicarla ver *Fricke v. Isbrandtsen Co.* (148).

En algunos otros casos han rechazado dichas cláusulas debido a que la ley elegida carece de contactos locales con el contrato, o "no tiene una relación normal" con el mismo (149), o porque no guarda "alguna relación" con las partes o con la transacción (150), o porque la elección fue hecha "para evitar la ley aplicable" (151).

Lando señala (152) que en varios de estos casos no estuvo claro si fue la falta de contacto local o la intención de evitar la ley aplicable lo que constituyó el criterio decisivo. En otros casos, las cláusulas de elección de la ley fueron dejadas de lado porque alguna política fundamental de la *lex fori* determinaba que ésta última fuera aplicable. Scoles & Hay también hacen hincapié en que las partes no pueden "pasar por alto ciertas políticas importantes del foro o del estado cuya ley sería de otra forma aplicable" (153).

En casos más antiguos, los jueces hubieran dejado de lado la cláusula de elección de la ley de un contrato si esta violara el orden público (154). Pero en otros más recientes sólo hacen eso cuando el orden público es suficientemente "fuerte" ("strong") (155) o "fundamental" (156) como para pasar por alto la elección de las partes, y no cuando hay una "divergencia insignificante o técnica" ("insignificant or technical divergence") (157).

Algunos tribunales miden la importancia del orden público en base al hecho de si el principio está contenido en una norma, o si es simplemente una regla del common law (158). Otros, por su parte, establecen que el contrato debe ser "inmoral" como en *Fonseca v. Cunard Steamship Co., Limited* (159), "inherentemente viciado, malicioso o inmoral" (160), "contrario al orden público" (161), u ofensivo para la "justicia" o el "bienestar público" (162).

No sólo es relevante el orden público del foro, sino también aquel del estado con el cual la transacción guarda la relación más significativa (163). El aspecto innovador del *Restatement Second* (164) es justamente la atención que pone en éste último, y no sólo en el orden público del foro.

Este análisis de las numerosas circunstancias en las cuales la autonomía no puede ser admitida y no lo es en la realidad jurisprudencial norteamericana muestra los peligros que el principio implica, ya que por su naturaleza habilita a las partes a cometer abusos y a evadir los principios de orden público y las políticas fundamentales de los estados involucrados. La prueba está en que no bastan los principios generales sobre el libre consentimiento y el orden público, sino que los tribunales han ido creando una extensa casuística enumerando en que circunstancias es admisible la autonomía y en cuales no. Esa enumeración es incrementada en la medida en que los tribunales se enfrentan a la astucia de las partes para lograr imponer condiciones abusivas a su co contratante, o evadir principios o políticas fundamentales que regularían, de lo contrario, su actuar. Esta problemática se da a nivel general, en toda la actividad comercial internacional, y no solamente en aquellos casos especiales contratos de trabajo, de seguros, con consumidores, etc. donde es casi unánimemente admitida la necesidad de limitar o eliminar la autonomía de la voluntad.

B.5 SOLUCIONES DISTINTAS PARA DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS.

La actitud de los tribunales americanos ha sido diferente en casos referidos a contratos de trabajo, seguros de accidente o de vida, y en aquellos que involucran ventas mercantiles de mercaderías, préstamos comerciales, o seguros marítimos. Fuera de esta lista quedan muy pocos casos, como los contratos de intermediación *dealers* (en los cuales como veremos más adelante ya se ha visto la necesidad de limitar la autonomía porque esta daba lugar a abusos por parte de los fabricantes) y los de transporte. Esta última es una de las áreas dentro de la contratación internacional donde, como ya vimos en el capítulo de Inglaterra, y como venimos viendo en el referido a los EEUU a través de los casos citados, se pretende defender a toda costa el principio de la autonomía, alegando que es "necesario para el comercio internacional", o que permite que "las partes" pacten la regulación más adecuada al contrato, cuando la realidad muestra que nunca es así, ya que se trata de contratos de adhesión, donde la posibilidad de pactar las condiciones no existe y donde se da indefectiblemente la imposición por parte de los armadores de cláusulas inconvenientes para el consignatario. Las alegadas necesidades e intereses del comercio son en realidad los intereses de los transportistas, que por detentar los medios de transporte pueden fácilmente imponer sus condiciones a los consignatarios, salvo que la ley les imponga los límites que requiere la equidad.

a) "Contracts tainted with dirigism".

Aquellos casos referidos a contratos de trabajo, seguros, etc., se refieren a lo que Lando llama "contracts tainted with dirigisme" (165). En dichos casos, los tribunales han aplicado frecuentemente una política fundamental de un estado, dejando de lado la ley elegida, o aún, en algunos otros casos, han aplicado las leyes protectoras de un estado menos liberal que aquel elegido por las partes. Así, han aplicado la ley del domicilio de la parte asegurada cuando esa ley le daba a dicha parte una mejor protección contra la

compañía de seguros que la que le otorgaba la ley que de otra forma hubiera resultado aplicable i.e. la ley del domicilio de la compañía o la ley del lugar donde se había celebrado (166).

En cuanto a los contratos de trabajo, cabe destacar el leading case *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California* (167). La cláusula de elección de la ley fue dejada de lado por los tribunales de California, que aplicaron la "Californian Workmen's Compensation Act" en vez de la ley de Alaska. La Suprema Corte señaló, inter alia, que de esa forma los trabajadores obtendrían una compensación justa, mientras que sus posibilidades de volver a Alaska y entablar allí sus demandas por compensación conforme a la ley de Alaska, eran escasas.

La necesidad de proteger a los empleados contra el superior poder de negociación de los empleadores constituye una política fundamental. Es en base a ella que los tribunales usualmente desconocen o modifican aquellos contratos que contravienen la ley del estado de la residencia del empleado (168).

b) "Free contracts".

Por otro lado, en lo que se refiere a los "free contracts" (169), que son, al decir de Lando, con-~~tratos~~ contratos internacionales donde la localización del contrato y del riesgo son difíciles de determinar, la necesidad de las partes de obtener certeza en cuanto a la ley aplicable y libertad de negociación, ha persuadido a los jueces de la utilidad de las cláusulas de elección de la ley. La autonomía de la voluntad ha sido considerada, en estos casos particulares, como más impor-~~tante~~ que la protección (170).

c) "True adhesion contracts".

Pero, como ha señalado Ehrenzweig, los tribunales america-~~nos~~ han rechazado las cláu-~~sulas~~ cláusulas de elección de la ley incluídas en "true adhesion con-~~tracts~~", i.e. aquellos contratos redacta-~~dos~~ en formularios standard, entre una empresa poderosa y una parte más débil, donde la primera impone sus condiciones a la segunda (171). Ehrenzweig cita ejemplos referidos a este tipo de contratos, en materia de contratos de seguros, trabajo, présta-~~mos~~ y transpor-~~te~~ (172).

d) "Pseudo adhesion contracts".

Algo diferente ocurre con lo que Ehrenzweig llama "pseudo adhesion contracts", donde a pesar de que se utilizan formula-~~rios~~ standard, ambas partes son empresas independientes y el contrato es comercial (173). En estos casos, los tribunales han validado, en general, la cláusula de elección de la ley, sobre la base de que se trata de un contrato comercial entre dos empresas que se supone tienen igual poder de negociación.

Esta parece una solución peligrosa, porque esas empresas pueden no tener el mismo poder de negociación. El caso *Burger King* (174) es un buen ejemplo: a pesar de tratarse de un con-~~trato~~ contrato de adhesión y de existir una marcada desigualdad económi-~~ca~~ y consecuentemente un desigual poder de negociación entre las partes, la Suprema Corte consideró que puesto que ambas eran comerciantes, los principios de "fair play" (juego limpio) exigían que fueran consideradas en pie de igualdad. La solución a que se llegó fue injusta, pues permitió a Burger King centra-~~lizar~~ todos sus juicios en Florida, sin que esto hubiera sido siquiera pactado en sus contratos de concesión donde sólo se incluía la cláusula de elección de la ley, y no la de selección del foro los cuales eran además de adhesión (175).

e) Otras posiciones.

Algunos tribunales requieren que el contrato contenga "tér-~~minos~~ injustos o excesivos" ("unfair or unconscionable terms") (176) además de haber sido redactados en

forma unilateral e impuestos a una parte por otra económicamente más fuerte para ser considerado de adhesión.

El Restatement 2nd. invalidaría una cláusula de elección de la ley si la aplicación de la ley elegida "resultara en una sustancial injusticia para el adherente" (177).

Parece, sin embargo, que los tribunales han protegido a las partes más débiles no sólo en los contratos de adhesión, sino también en los contratos individuales.

f) Conclusiones.

La conclusión que puede ser inferida es, entonces, que los tribunales norteamericanos admiten las cláusulas de elección de la ley siempre que se trate de un contrato comercial y que ambas partes tengan igual poder de negociación, pero las rechazan cuando una o ambas condiciones faltan (178). Esta segunda condición se daría sólo excepcionalmente, pues la contratación comercial internacional se hace a través de formularios pre impresos, o por lo menos utilizando modelos y condiciones que son de uso en los distintos sectores que participan en el comercio internacional.

CAPITULO 2. DERECHO CONTINENTAL (EUROPA OCCIDENTAL).

A. ORIGENES

El derecho continental o romanista tiene su origen, como indica su propio nombre, en el derecho romano. Como señala Juenger (179), el derecho continental ya tenía un milenio y medio de tradición ininterrumpida cuando se produce la invasión normanda a Inglaterra en 1066. Los novecientos años de existencia que tiene desde entonces el derecho anglosajón es comparativamente poquísimos, tratándose de la evolución de una cultura jurídica (180).

Notemos que el primer milenio del derecho romano va desde el 450 A.C., fecha probable de la aprobación de las Doce Tablas, a la aprobación del Código Justiniano, en el 529 D.C. (181). Durante todo ese milenio, el trabajo constante de juristas, filósofos, jueces y legisladores llevó a la elaboración de una formidable obra civilizadora, cuya influencia es notoria y constante en todos los sistemas legales del siglo XX.

Es de notar, no obstante, que para el orden jurídico romano no existió la problemática de los conflictos de leyes interestatales como la vivimos hoy día. Alfonsín nos enseña que el orden jurídico imperial no toleró que dentro de fronteras hubieran derechos privados diferenciados e independientes (182).

Sin embargo, la obra de Justiniano sirvió de base a lo que luego se conocería como el "ius commune" en la Europa del Bajo Imperio, dividida en cientos de pequeños reinos, feudos y ciudades. Esta realidad histórica planteó inmediatamente la necesidad de un sistema jurídico común que resolviera los conflictos de leyes entre los diferentes estatutos, coutumes o fueros.

A partir del siglo XII, la universidad de Bolonia albergó a una serie de pensadores y juristas que se dedicaron al redescubrimiento y difusión del "corpus juris civilis" (183).

Estos autores llamados glosadores (Azón, Acursio y Balduino entre otros), y sus continuadores, los post glosadores (Guillermo de Cun, Bartolo y Baldo), realizaron una obra formidable que sentó las bases del actual Derecho Internacional Privado en los países de cultura jurídica continental.

a. Bartolo de Sassoferrato.

Bartolo de Sassoferrato, el post glosador (1314 - 1357), afirmó que, si bien el principio era que la ley del lugar de celebración del contrato regulaba todas las cuestiones de forma y de fondo del mismo (184), y la ley del foro regulaba sus efectos, las partes

podían elegir que dichos efectos fueran regulados por la ley del lugar de cumplimiento. Ese acuerdo tenía que ser expreso o implícito. Esta sería, en realidad, una norma alternativa y no el reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

b. Dumoulin.

El origen del principio de la autonomía de la voluntad se sitúa, en general, en Dumoulin (185), a pesar de que la idea de la autonomía de la voluntad en el moderno sentido del término, difícilmente pudo haber pasado por su mente (186). Como señala Eduardo L. Fermé (187), Dumoulin no se refirió a la "voluntad negocial de las partes sobre la ley aplicable; su originalidad consiste en haber señalado que la intención tácita o presunta podía conducir a soluciones distintas en la regulación del contrato, que sus antecesores sujetaban, bien a la *lex loci actus*, bien a la *lex loci executionis*". Este autor sólo admitía la autonomía de la voluntad en relación a aquellas áreas del derecho material donde la intención y la voluntad de las partes prevalecían (188), y no cuando se trataba de "materias que no dependían de la voluntad de las partes sino de la fuerza de la ley" (189). Este último sería, en términos modernos, el reino de las "disposiciones imperativas".

Este límite a la autonomía de la voluntad ha sido recientemente establecido por la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de Roma, del 19 de junio de 1980, artículo 3 3, que establece que "...cuando todos los demás elementos (relevantes, palabra que está en la versión en inglés, pero no en la española) de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, ..."

Parece importante mencionar aquí el pensamiento de estos dos autores por cuanto se ubica, en general, en su obra, el origen de las ideas autonomistas, dentro de un sistema jurídico donde las mismas podían entrar en contradicción con el principio esencial de seguridad (la que se alcanza por normas preestablecidas dictadas por la autoridad, a la que los particulares no deben poder escapar), que animaba la filosofía jurídica romanista clásica.

Veremos a continuación el desarrollo de la teoría de la autonomía de la voluntad en los principales países europeos de tradición jurídica continental.

B. FRANCIA.

B.1. Posiciones en la doctrina.

Autores franceses como Mailher de Chassat, Pillet y Niboyet criticaron violentamente la teoría de la autonomía de la voluntad. El primero de ellos decía, en su *Traite des statuts*, en 1841 (190), que "El gran error en esta teoría es que se despoja a la ley de sus objetivos esenciales: regular todos los intereses, reinar soberanamente, para el beneficio común, sobre todos los deseos individuales. En cambio, la voluntad de la persona privada ha sido elevada por encima de la ley; una intención presunta ha sido convertida en Amo de la Ley, se ha tragado a la Ley y toda su Soberanía (o poder) y Autoridad; el Interés Público se ha vuelto nulo y de ningún valor".

La mayoría de los juristas europeos estaban convencidos por el argumento de que la ley debía prevalecer sobre la voluntad particular. Creían que, desde un punto de vista lógico, la intención de las partes no podía seleccionar la ley aplicable, no existía ningún sistema legal que diera efecto a esa intención. Además conforme a Pillet y a Niboyet (191), era el soberano y no las partes el que tenía que decidir el alcance de las normas materiales por razones de política.

Más que los argumentos de lógica formal, es destacable el argumento de fondo que hace Mailher de Chassat de que la ley debe "gobernar todos los intereses ...para el beneficio común, por sobre todos los deseos individuales", porque es precisamente esto lo que impide

que prevalezcan los intereses particulares de algunos, sobre los de otros que carecen del poder de evitarlo. La única capaz de evitar estos abusos es la ley, objetiva y abstracta.

B.2. Posición de la Cour de Cassation.

A pesar de las opiniones de los autores, la Cour de Cassation aceptó la autonomía de la voluntad por primera vez en 1910, afirmando que "la ley que regula los contratos, su formación, sus condiciones y sus efectos, es la ley que las partes han seleccionado" (192). "Presumiendo que las partes habían adoptado el derecho francés para regular un conocimiento de embarque, la corte se negó a aplicar la Cláusula imperativa Paramount o la Ley Harter, que prevalecían en el puerto de carga (New York) y, en consecuencia, una cláusula en el conocimiento de embarque que exoneraba al transportista francés de responsabilidad fue validada de acuerdo con el derecho francés" (193).

Casualmente es otra vez un caso de derecho marítimo el que se invoca para defender la autonomía de la voluntad, y se recurre a ella para declarar la irresponsabilidad del transportista nacional, en contra de la provisión legal que hubiera sido aplicable, de no reconocerse la autonomía.

En dos casos resueltos en 1930 y en 1931 (194) "la Cour de Cassation afirmó que la elección de la ley era permisible cuando los intereses del comercio internacional estuvieran en juego". La corte tuvo en cuenta los intereses del comercio internacional antes que la necesidad de que existiera un contacto local con el sistema legal elegido.

Esta tendencia a invocar los intereses del comercio internacional cuando lo que hay son intereses comerciales nacionales concretos muy respetables pero que pueden no ser los nuestros es significativa y debería ponernos en guardia ante las recetas extranjeras.

B.3. De como las exigencias prácticas llevaron a modificar la posición de la doctrina.

Después de la 2a. Guerra Mundial, los cambios que se producen en relación a los factores económicos y a los distintos intereses nacionales conducen a modificaciones en la doctrina.

Batiffol considera que las partes no pueden seleccionar el sistema legal que gobierne su contrato, porque ellas son súbditos de la ley y no sus amos (195). Enfatiza la importancia creciente de las normas imperativas, el "dirigism" creciente en el derecho material de los contratos (196), que inevitablemente debe tener cierto impacto sobre la libertad de las partes en el conflicto de leyes. La tendencia parece ser que las normas que intentan proteger a la parte más débil se convierten en un límite para la autonomía de la voluntad (197). Pero argumenta que si bien no pueden elegir la ley aplicable tarea que corresponde a los jueces pueden localizar el contrato en un determinado estado seleccionando el lugar de celebración, el de cumplimiento, o algún otro contacto relevante (198).

Según Fermé (199), esta elaboración limita la función de la autonomía de la voluntad a la "localización" del contrato o negocio, deduciendo luego el juez de esa localización la ley aplicable.

O sea que si bien Batiffol conserva la terminología (autonomía de la voluntad), lo hace con un sentido diferente. Son las mismas palabras, pero el concepto cambia y viene a desempeñar un papel utilitario, frente a la concepción jus filosófica imperante en el siglo pasado y comienzos del presente.

Esta localización será tenida en cuenta por el juez, al igual que las cláusulas de jurisdicción y de arbitraje, el lenguaje y los términos del contrato, y otros contactos subjetivos. Pero la elección es sólo un factor a tener en cuenta por la corte, la cual puede en definitiva decidir que el contrato está localizado en otro lado (200). El valor de la cláusula de elección de la ley es "fáctico", y no "jurídico". "En la mayoría de los casos indica al juez el lugar donde las partes creen que el contrato está localizado, y esta evaluación hecha por las partes debe ser tomada en consideración" (201).

Batiffol señala que las partes rara vez eligen expresamente la ley del contrato, y no le gusta la teoría de la intención presunta, porque la considera una ficción. Afirma en cambio, que la intención de las partes puede ser descubierta a través del examen de los contactos que ellas han seleccionado. Considera que esta es una teoría monística, que se aplica tanto cuando hay una cláusula de elección de la ley, como cuando no la hay, porque en ambos casos es el tribunal quien decide donde está localizado el contrato, habiendo analizado sus contactos (202).

Batiffol (203) también afirma que si la elección de la ley es considerada sólo como un elemento de localización y no como parte del contrato, el problema de cual ley decide la validez de la cláusula de elección de la ley no surgirá. La elección que hacen las partes debe ser "de bonne foi" o "razonable" (204), y debe haber alguna conexión entre la ley elegida y la transacción. Pero ese lazo o conexión no debe necesariamente ser interpretado de manera rígida (205). Los tribunales franceses no han dicho todavía de manera precisa como hacer eso, y en consecuencia, cuales son los límites a la autonomía de la voluntad (206).

Batiffol infiere del acento que dichos tribunales ponen en el interés del comercio internacional, que aceptarán las cláusulas de elección de la ley siempre que las mismas se apoyen en un interés legítimo, pero no lo harán cuando la elección sea hecha in fraudem legis (207).

De cualquier manera, los tribunales franceses han aceptado la autonomía de la voluntad desde 1910 (208), y el Proyecto de Código Civil de 1967 la ha incorporado (209).

B.4. Críticas.

Valladao (210) critica el intento de Batiffol, porque considera que la voluntad individual actúa por sí misma, independientemente, indicando directamente cual ley regulará el contrato. Señala que Batiffol confunde este carácter personal e independiente de la voluntad individual como factor de conexión, y "esa voluntad actuando sobre otro punto de conexión". En este caso, al elegir intencionalmente cierto domicilio, o al localizar un negocio o bien, la voluntad está indicando directamente a través de otro punto de conexión cual es el derecho aplicable.

Rabel (211) también critica la teoría de Batiffol de que "las partes en realidad nunca seleccionan la ley, ni siquiera cuando acuerdan expresamente acerca de dicha elección", sino que "ellas simplemente localizan el contrato". Dice Rabel que el acuerdo de las partes de someter su contrato a la ley de Nueva York, es en sí mismo un contrato perfectamente serio, que no puede ser degradado a una mera "localización" o disposición del centro de gravedad". Por el contrario, es "una transacción obligatoria legalizada por la regla de conflicto".

B.5. Posición actual de la Cour de Cassation.

La Cour de Cassation, aceptando la explicación de Batiffol, ha dicho en un fallo del 25 de marzo de 1980 (R.1980.576): "si la localisation du contrat depend de la volonte des parties, c'est au juge qu'il appartient, apres avoir interprete souverainement leur commune intention quant a la localisation, de deduire de celle ci la loi applicable au contrat litigieux." (Si la localización del contrato depende de la voluntad de las partes, es al juez que le corresponde, después de haber interpretado soberanamente la común intención de ellas en cuanto a la localización, deducir la ley aplicable al contrato litigioso"). Y agrega Batiffol (212) que podemos hablar de "loi d'autonomie", evitando la expresión "autonomía de la voluntad".

C. ALEMANIA.

C.1. Savigny.

Lando señala que con anterioridad a 1945, algunos autores alemanes, como von Savigny, estuvieron a favor de la autonomía de la voluntad, mientras otros, como von Bar, la atacaban (213).

Savigny establece que el derecho aplicable a cada relación jurídica está fuertemente influenciado por la libre voluntad de las personas interesadas, o por la sumisión voluntaria a un lugar determinado, pero esta influencia no es ilimitada. La misma sumisión voluntaria tiene importancia respecto al foro competente para las diversas relaciones jurídicas (214).

Savigny expresa que el lugar del cumplimiento debe ser considerado como el asiento de la obligación, y que en ese lugar se ubica la jurisdicción especial de la misma en virtud de la sumisión libre (215). Pero agrega la legitimidad de las consecuencias de este principio dependen de la manera en que se determine el lugar del cumplimiento. Este está siempre determinado por la voluntad de las partes, la cual puede ser expresa o tácita. En ambos casos estará determinando la jurisdicción especial de la obligación, la cual resultará siempre de la sumisión libre (216). O sea que el lugar del cumplimiento determina la jurisdicción especial, sea que haya sido fijado por la voluntad expresa o tácita de las partes, y se entiende que el demandado se somete voluntariamente a esa jurisdicción, siempre que no exista una declaración contraria expresa (217).

"La sumisión presumida que determina a la vez el asiento de la obligación y la jurisdicción, debe determinar igualmente el derecho local aplicable", agrega Savigny (218).

Savigny establece luego una serie de reglas en base a las cuales determinar el lugar de ejecución de la obligación, (219) y afirma que se basan "en la presunción de que el deudor se ha sometido voluntariamente a un derecho local determinado" (220). Agrega que este derecho deja por tanto de ser aplicable "cuando se encuentra en contradicción con una ley rigurosamente obligatoria establecida en el lugar o asiento donde el juez debe pronunciarse, porque las leyes de esta naturaleza no permiten ninguna influencia de la voluntad libre de las partes", o "si la presunción de sumisión voluntaria es destruida por una declaración contraria expresa" (221).

Jürgen Santleben, director del Instituto Max Planck de Hamburgo, afirma que el texto de Savigny es susceptible de diferentes interpretaciones (222). Agrega que una parte de la doctrina (223) considera que la sumisión voluntaria en la concepción de Savigny se refiere únicamente a la posibilidad de escoger el lugar de ejecución. Conforme esta interpretación, las partes pueden elegir libremente el lugar de ejecución, si a eso no se opone la naturaleza del contrato. Una vez determinado el lugar de ejecución y con ello la legislación territorial aplicable, las partes no se pueden apartar del contenido de ella, a no ser en la medida en que sea permitido por la misma legislación (224).

Concluye Santleben que esta interpretación que solamente concede a las partes la facultad de elegir indirectamente la legislación aplicable y que reconoce apenas la autonomía del derecho privado en el ámbito de esa legislación, también se refleja en la evolución del derecho internacional privado latinoamericano (225).

Advierte, sin embargo, que algunos pasajes de la obra de Savigny justifican la impresión de que engloba también la facultad de las partes de elegir directamente el derecho territorial aplicable como "parte integrante del propio contrato", sea ella o no la ley del lugar de ejecución del contrato (226), y hace referencia al siguiente pasaje de Savigny referido al foro del contrato: "Es siempre el lugar de ejecución el que determina el foro especial, sea fijado por declaración expresa o por aceptación tácita. En ambos casos se trata de una sumisión voluntaria a ese foro, a no ser que sea excluido por declaración expresa en sentido contrario" (227).

Es precisamente este pasaje, además de los anteriormente citados, el que parecería corroborar la primera interpretación, y no ésta última, ya que entiende que la sumisión voluntaria, expresa o tácita, es al foro (y ley) del lugar de ejecución del contrato. No podrían

las partes elegir entonces un foro y ley distinto al del lugar de ejecución, como considera la segunda interpretación.

En este mismo sentido, Eduardo L. Fermé (228) señala que no se encuentra en Savigny "referencias precisas a la voluntad negocial del derecho internacional privado".

C.2. Evolución posterior.

Desde 1880, los tribunales alemanes han aceptado que la ley elegida por las partes regula su contrato.

Wolff y Raape (229) sostuvieron, en sus primeras obras antes de 1954 que las partes sólo podían elegir una ley con la que el contrato tuviera contactos locales, retractándose poco después.

Wolff requería que la elección estuviera respaldada por "alguna idea sólida de conveniencia comercial y sentido común" (230), mientras que Raape sostuvo que las partes tenían que demostrar que tenían un interés legítimo (231).

En los años cincuenta, Gamillscheg era un defensor entusiasta de la autonomía de la voluntad: señalaba el hecho de que en los tiempos modernos, las cláusulas de elección de la ley, así como las de arbitraje y de elección del foro, se han vuelto frecuentes en los contratos internacionales, y que son reconocidas prácticamente en todas partes del mundo (232). Considera que la autonomía de la voluntad debe ser reconocida sin límites, en todo tipo de contratos internacionales, y no sólo en los comerciales, porque las partes saben cual es la ley más adecuada para regular su contrato.

Los tribunales de Alemania Occidental continuaron aceptando la autonomía de la voluntad después de la 2a. Guerra Mundial, pero requerían un contacto local con el sistema legal elegido, o por lo menos, si no existe dicho contacto relevante, un interés legítimo en la elección (233). No han limitado la autonomía de la voluntad en contratos con consumidores y otras partes económicamente débiles. Sólo han usado el orden público y a veces el principio de la territorialidad, como artificios protectores al "propósito de la ley alemana" (234).

Según Kegel (235), "las dificultades de la ponderación de intereses se esta refiriendo a los intereses de las partes han conducido a una salida insólita. Al paso que en todos los demás campos el derecho internacional privado decide por sí mismo cuál es el derecho cuya aplicación se acerca más de manera general al interés de las partes, en materia de contratos de obligaciones deja la iniciativa a las partes: estas pueden ponerse de acuerdo sobre el derecho aplicable. Sólo para el caso de falta de convenio, el derecho internacional privado pone a disposición algunas otras conexiones. ... " En materia contractual, "cuando fallan las dos voluntades de las partes, la real y la hipotética, la jurisprudencia alemana acude al lugar de cumplimiento" ..., el cual se determina "según los textos del derecho material alemán ..." (236).

Agrega Kegel que: "Es una solución desesperada: se deja la decisión a las partes, debido a que en muchos casos sus intereses conducen a diversos ordenamientos en forma que no es posible lograr un compromiso que sea obvio de manera general." ...(237).

Las partes tienen una única barrera que limita su libertad de elección: "es preciso que aparezca algún interés digno de reconocimiento a favor del señorío del derecho elegido" (238).

Kegel especifica que la posibilidad de las partes de elegir el derecho aplicable, "significa que pueden dejar sin aplicación aun las disposiciones imperativas del derecho que sin la elección sería aplicable, en cuyo lugar entran las imperativas del elegido. ... En cambio, no cabe igual libertad de las partes respecto a las normas que integran el derecho de intervención estatal en las obligaciones régimen de moneda y divisas, prohibiciones de importación y exportación, prohibiciones de cartel, expropiación de crédito, derecho para el cual existen reglas propias" (239).

Agrega Kegel que esta posibilidad de que las partes desplacen las disposiciones imperativas del derecho que sin la elección sería aplicable "escandaliza a algunos, y es comprensible. Así, Fikentscher (RdA69, 204 208) sostiene el "principio de la protección individual rígida en el derecho de colisión", según el cual la elección de derecho o de juez (prórroga) no vale si con ella se elude la protección que el ordenamiento "en que tiene su sede la relación jurídica" confiera imperativamente a una parte contratante o a algún tercero interesado ..." (240).

D. LA EUROPA DE LA COMUNIDAD.

D.1. Hacia un derecho federal.

En los últimos treinta años, el desarrollo de la Comunidad Económica Europea ha cambiado los enfoques doctrinarios y jurisprudenciales y ha servido de base para el desarrollo de un nuevo derecho comunitario en el que la autonomía de la voluntad es generalmente recibida y alentada.

Obviamente, al sentar las bases del Estado Federal Europeo del futuro, los enfoques nacionalistas comenzaron a carecer de sentido.

No obstante, se debe ser cuidadoso antes de copiar sin más las soluciones de la C.E.E. y sobre todo antes de recibir como aplicables a nosotros las elaboraciones doctrinarias que las respaldan.

El abandono de la tesis que defendía la jurisdicción de cada Estado como parte de su soberanía nacional, se ha ido elaborando paso a paso y siempre en la medida en que se va desarrollando el nuevo derecho convencional de la C.E.E., base del futuro derecho federal.

Por ello la admisión de la autonomía de la voluntad se ha ido haciendo en Convenciones cuya ratificación está reservada a los estados europeos y que favorecen las cláusulas de "choice of forum" y elección de la ley entre dichos estados miembros exclusivamente.

Enseña Delaume que hasta 1968 los países de la Comunidad no hablaban un solo lenguaje en materia de validez y efectos de las cláusulas de elección.

A partir de esa fecha entró en vigencia la "EEC Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters", a la que siguieron las "Conventions of Accession" de 1978 y 1982, todas las cuales intentaron fijar reglas uniformes en esa materia.

"No obstante dice Delaume (241) desde que la EEC Convention es un acuerdo "cerrado" unificando las reglas jurisdiccionales de los países miembros sólo para sujetos domiciliados en la EEC, las reglas nacionales de cada miembro pueden, de cara al mundo exterior a la Comunidad, continuar exhibiendo variaciones que deben ser tenidas en cuenta en el momento de seleccionar un "forum" contractual".

D.2. Variaciones nacionales.

Francia, Bélgica, Dinamarca y Alemania han adoptado una política liberal al respecto, excepto con relación a los contratos de adhesión, que permanecen estrictamente limitados.

El derecho holandés en cambio aparece mucho más restrictivo, no permitiendo ni la prórroga de jurisdicción de las cortes holandesas (salvo en casos expresamente previstos), ni el acuerdo de partes para eludir esa jurisdicción en favor de una corte extranjera. Las cortes holandesas han liberalizado algo estas soluciones, aunque las reglas que limitan la libertad de elección de las partes permanecen incambiadas.

En el mismo sentido, el derecho italiano es sumamente restrictivo, y el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil prohíbe expresamente la derogación de la jurisdicción de las cortes italianas (242).

La jurisprudencia inglesa tiende a tener un enfoque liberal cuando la cláusula elige el foro inglés, en cambio las decisiones no son tan unánimes cuando la cláusula contractual elige un tribunal extranjero. Una elaboración jurisprudencial algo artificiosa es la que alega que la simple elección de un tribunal no inglés puede no ser "exclusiva" de la jurisdicción propia. En base a ello, salvo que se pruebe que fue intención de las partes excluir claramente la jurisdicción de la corte inglesa, es común que el tribunal igual se declare competente (243).

D.3. Aceptación de la autonomía y sus límites.

Dentro de este panorama confuso y en el que cada país sigue manteniendo sus propias reglas (generalmente limitativas de la libertad de elegir tribunales y leyes ajenos a la Europa comunitaria), es que se han desarrollado las convenciones de la CEE, que han permitido la libertad de elección, pero siempre referida a partes domiciliadas en un país de la CEE y tribunales de esos mismos países.

El artículo 17 (parr.1 y 3) de la citada "EEC Convention" de 1968, estableció que un tribunal de un país comunitario tendría jurisdicción siempre y cuando una de las partes estuviera domiciliada en la comunidad y el acuerdo designara un tribunal o tribunales de un país de la CEE.

El mismo artículo, no obstante, pone serias limitaciones en lo que hace a contratos de adhesión, y además permite a las partes recurrir a tribunales de otro país de la Comunidad si se prueba que el "choice of forum" se hizo en exclusivo beneficio de una parte.

La "Convention of Accession" de 1978 mantiene estas reglas con la doble exigencia de que se trate de partes, una de las cuales esté domiciliada en Europa y que se elija un tribunal de un país miembro, pero tiene una revisión de la parte final del artículo 17, que permite lo siguiente: cuando dos partes no domiciliadas en un país miembro pactan que el tribunal competente es el de un país de la Comunidad, las otras cortes de países de la Comunidad deberían respetar el acuerdo y declinar jurisdicción, salvo que el país elegido se niegue a asumir competencia.

Dentro de este marco restringido es que la Comunidad Económica Europea ha unificado las reglas de elección de foro: sólo entre europeos (o domiciliados en países de la comunidad) y sólo para tribunales europeos.

"La efectividad dice Delaume (244) de cláusulas de elección del foro en favor de países ajenos a la comunidad sigue estando gobernada por lo que diga la "lex fori" del tribunal del país comunitario privado de jurisdicción".

Parece evidente pues, que la renuncia a la soberanía nacional que implica la admisión general de la validez de cláusulas de este tipo, se ha elaborado sólo en la medida en que el derecho comunitario ha ido creando el futuro derecho federal europeo y sólo en favor de los tribunales de la comunidad y para partes domiciliadas allí.

D.4. Conclusiones.

Cuando se nos propone copiar sin mayor análisis estas soluciones, parece evidente que tres cuestiones básicas han sido soslayadas por los partidarios de la autonomía:

a) La primera refiere a que se trata en general de convenciones cerradas a los países del mundo desarrollado y a las que no podemos adherir. Si se nos propone eludir este problema mediante actos legislativos no relacionados con ningún sistema de convenciones, la declaración de la autonomía unilateral, sin reciprocidad, por nuestra parte, no parece una solución sensata ni mucho menos conveniente.

b) La segunda, es que todo este sistema convencional se da en el marco del desarrollo de un sistema económico que va a dar lugar a un estado federal futuro. No es nuestra situación, ya que nunca vamos a ser parte de Europa, y tampoco es la situación, lamentablemente, del marco latinoamericano de desarrollo del derecho internacional privado convencional.

Si se nos propusiera tal solución dentro del esquema de desarrollo de un sistema subregional de integración, la misma podría ser viable y ponderable, pero si sólo se nos propone adherir a tratados enmarcados en procesos de integración jurídica entre países con desigual estado de desarrollo, el punto pasa a ser de dudosa conveniencia, por no decir inviable.

c) Y la tercera cuestión que se soslaya por los partidarios de la autonomía de la voluntad, es que el auge de las doctrinas que la preconizan, en el mundo desarrollado, se realiza dentro de un esquema de comercio exterior que consagra la elección de los tribunales propios (de los países desarrollados).

En nuestra realidad, casi el cien por ciento del comercio exterior se realiza en base a contratos que eligen ley y tribunal en el hemisferio norte, y entonces ¿cuál es la ventaja de aceptar la autonomía de la voluntad en nuestra situación? Otros vientos soplarían si los estados de la comunidad (o de los Estados Unidos) se enfrentaran a una situación infraestructural real en la que la mayoría de los contratos comerciales internacionales eligieran la jurisdicción de los tribunales de La Rioja, de Uruguay o de Minas Gerais.

CAPITULO 3. DERECHO CONTINENTAL (LATINOAMERICA).

A. ANTECEDENTES.

Es ésta, y no Europa ni Norteamérica, la zona del mundo donde se hicieron las primeras tentativas de codificar el Derecho Internacional Privado, y la que aprobó los más antiguos Tratados en vigencia.

Como señala Herbert (245), "en Lima en 1878, quince años antes de la Primera Conferencia de La Haya, se realiza el Primer Congreso con la finalidad específica de tratar temas de Derecho Internacional Privado". Y agrega que se aprueba un Código que si bien nunca entró en vigencia, su valor fue el de haber "inoculado el virus contestatario que ha sido uno de los factores decisivos en la concreción del desarrollo del Derecho Internacional Privado en esta Primera etapa en Latinoamérica" (246).

En 1888 y 1889 debido a la iniciativa de Gonzalo Ramírez (247) se desarrolla en Montevideo un Congreso convocado por los Ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Uruguay, donde se aprueban ocho tratados y un protocolo adicional, los cuales "al ser ratificados por varios Estados, entran en vigencia y se constituyen en el primer instrumento jurídico de la Codificación del Derecho Internacional Privado latinoamericano" (248). También constituyen los primeros tratados sobre la materia aprobados en el mundo, y los más antiguos en vigor.

Además, en 1889, se inician las Conferencias Panamericanas, las cuales, aunque tenían otras finalidades prioritarias, se ocuparon del Derecho Internacional Privado, siendo su momento culminante la sexta Conferencia, llevada a cabo en La Habana en 1928, "donde se aprobó la entrada en vigencia del llamado Código Bustamante", que es "ratificado por varios Estados Americanos y es el segundo instrumento jurídico que entra en vigencia" ... (249) en el continente.

En 1939-40 se celebra el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, donde los tratados que se aprueban son, "más que una revisión, una confirmación de los principios savignianos contenidos en los Tratados de Montevideo de 1889", y que constituyen el tercer instrumento jurídico vigente a nivel continental" (250). Luego de un "mani-fiesto estancamiento en el desarrollo de la codificación del Derecho Internacional Privado Americano" (251), comienzan las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), realizadas en el marco de la

Organización de Estados Americanos (OEA), habiéndose celebrado la primera en Panamá en 1975, la segunda en Montevideo en 1979 y la tercera en La Paz en 1984.

Las CIDIP son el Organo de Codificación del Derecho Internacional Privado en América (252). Conforme al art.128, se trata de reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana.

B. ARGENTINA.

B.1. INTRODUCCION

Aunque Argentina es uno de los estados fundadores del sistema de Derecho Internacional Privado latinoamericano consagrado en los Tratados de Montevideo, la recepción de las ideas y principios antiautonómicos de los mismos en el campo interno ha distado de ser pacífica, y finalmente ha terminado siendo contraria a ellos.

La principal sorpresa que espera al estudioso extranjero que se asome al panorama de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia del tema en Argentina, es una real dicotomía que divide el pensamiento jurídico sobre el tema en dos campos absolutamente contrapuestos.

En la doctrina y la cátedra de derecho internacional privado, la posición autonomista es prácticamente unánime.

En la doctrina y jurisprudencia de derecho marítimo, la autonomía es rechazada con igual fuerza y rara unanimidad.

Ambas posiciones influyeron, primero en dos líneas jurisprudenciales absolutamente antitéticas (según la materia de que se tratara) y segundo en dos soluciones legislativas también opuestas: la aprobación de una norma que prohíbe la autonomía para el derecho marítimo (Ley de la Navegación, No.20.094), fue seguida casi de inmediato por una norma que la permite en el resto de los campos (Código de Procedimiento, Ley No.22.434).

A partir de estas leyes, la consideración del tema en uno y otro campo se desarrolla como si se tratara de compartimientos estancos. Los desarrollos doctrinarios en cada materia dejan de lado, generalmente, lo que sucede en el otro.

Esto resulta extraño si se tiene en cuenta que una parte muy importante del comercio internacional se realiza a través del transporte marítimo, y que en general los autores discuten el tema de la autonomía de la voluntad en estrecha conexión con el mismo. Más aún, los "leading cases" que se invocan con relación al tema de la autonomía son en general vinculados al transporte marítimo, como surge del presente trabajo.

B.2. POSICION DE DOCTRINA JUSPRIVATISTA.

a. Posición de la cátedra. En Argentina la posición de la doctrina jusprivatista internacional es mayoritariamente partidaria, de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. Dentro de esta corriente pueden citarse a los profesores Werner Goldschmidt y Antonio Boggiano (253), Eduardo Fermé (254), Inés Weinberg (255), María Susana Najurieta (256), José Gastaldi (257), entre otros.

En el mismo sentido, en las "X Jornadas Nacionales de Derecho Civil" Corrientes, 1985 los Dres. Albornoz, Hoof, Sosa, Kaller de Orchansky, Pallares, Diaz Ulloque y Gallino suscribieron una ponencia favorable a "la autonomía de la voluntad como punto de conexión" (258).

b. Normas de fuente interna.. Esta posición busca fundamento legal en los artículos 14 y 19 de la Constitución Argentina, que amparan la libertad de las acciones humanas (259). Gastaldi cita los arts.53 y 910 del C.Civil Argentino, que se refieren

fundamentalmente a que a las personas "les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les esté expresamente prohibido", y el art.1197: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma" (260). La ponencia referida se funda también en el art.1212 del C.Civ., "en cuanto permite a las partes designar el lugar de cumplimiento, con lo cual entra en funcionamiento la norma de conflicto de los arts.1209 y 1210 C.Civ. que indican como aplicable el derecho de ese lugar.

Por otro lado, Fermé afirma que "no es posible indagar en el Código Civil acerca de la existencia de una norma que claramente acepte o repudie la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado con el alcance explicado (la elección realizada por las partes del derecho aplicable a su negocio jurídico), pues el Código es anterior al afianzamiento de este principio en la doctrina" (261).

En el mismo sentido, Weinberg entiende que no existe una norma legal específica que autorice la autonomía de la voluntad (262).

Esta posición resulta más convincente que la anterior, que pretende extraer de las citadas normas un alcance demasiado amplio, que no surge claramente ni del texto ni del espíritu de las mismas.

El Código Procesal Civil y Comercial (ley 22.434, art.1, autoriza la prórroga de jurisdicción en asuntos exclusivamente patrimoniales a favor de jueces o de árbitros que actúan fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o la prórroga esté prohibida por ley" (263).

c. Normas de fuente internacional. Se alega también la admisión del principio en normas de fuente internacional, "tales como la Convención de la ONU de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías; en los Tratados de Montevideo de 1889, en cuanto no la prohíben, y en los Tratados de Montevideo de 1940 Protocolo Adicional en la medida que sea admitida por el derecho aplicable según dichos tratados" (264).

En cuanto al Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1940, su art.5 dice: "La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley". Así por ejemplo, el art. 56 del Tratado de Derecho Civil del 40 autoriza la prórroga de jurisdicción post litem, siempre que el demandado la admita voluntariamente, que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales y que la voluntad del demandado se haya expresado en forma positiva y no ficta.

O sea que en el Congreso del 40 se mantuvo la solución ya adoptada en 1889 de rechazar la autonomía en materia de competencia legislativa y judicial, y admitirla sólo a vía de excepción, carácter este último que se entendió debía aclararse expresamente a través del referido art.5 del Protocolo (265).

En cambio en el Congreso de 1889 ni siquiera se introduce la excepción de la prórroga post litem. Se opta claramente en materia contractual por la ley del lugar del cumplimiento (art.32 y sigts. del T.de D. Civil), descartándose toda posibilidad de que las partes elijan otro derecho para regular su contrato (266).

Esta interpretación de los Tratados de Montevideo es no solamente la literal y lógica, sino que se desprende de las Actas y comentarios de delegados participantes a los referidos Congresos (267).

Respecto a los Tratados de 1889, Fermé avala esta posición, afirmando que en ellos "no se encuentran normas según las cuales se declare aplicable a alguna relación jurídica el derecho elegido por los interesados en forma negocial", y que dicha ausencia "ha recibido, en general, la interpretación de que no es posible a las partes soslayar la norma sobre el derecho aplicable a los contratos, estimada así como imperativa" (268). Se remite a

Alfonsín, y a Quintana, quien expresó "que la Comisión de Derecho Civil no aceptaba que las partes eligiesen libremente la ley del contrato" (269).

Goldschmidt reconoce que "en ninguno de ambos (tratados) se admite como punto de conexión la autonomía de la voluntad: la silencia el primero y la repudia el segundo" (270). Analiza luego el caso de un contrato celebrado en Uruguay con lugar de cumplimiento en Argentina, en el que se hubiera incluido una cláusula de jurisdicción, y afirma que cabría la posibilidad de que la elección de las partes fuera admitida, ya que sería aplicable el derecho argentino, y "si se acude, según la doctrina del reenvío, al DIPr. argentino interno, nos obliga a tener en cuenta una estipulación de las partes que declare aplicable el Derecho uruguayo o cualquier otro con el cual existe una conexión razonable" (271). Esta solución parece contraria a la letra y al espíritu de las normas aplicables del Tratado de Montevideo del 40, vigente entre los dos países involucrados en el caso planteado.

Boggiano sostiene que al no estar prohibida la elección, no puede negarse la autonomía, y se basa en los arts. 19 y 31 de la Constitución argentina (272). Comparte además la idea de Goldschmidt sobre la posibilidad del reenvío.

El fallo *Feramérico c/ Lital S.A.*, citado por Boggiano, difícilmente puede servir de argumento coadyuvante de su posición, ya que se trata de un fallo dictado por el mismo autor. No obstante, en el considerando 8 de la referida sentencia del 6/6/77, Boggiano hace referencia (273) a un precedente dictado por la Suprema Corte (Gobierno de la República del Perú c/ S.I.F.A.R. Soc. In. Financ. Argentina s. incumplimiento de contrato), que avala esta posición.

En este último caso, la Corte Suprema de Justicia argentina consideró innecesario indagar si era aplicable a una compraventa peruano argentina el derecho peruano o argentino en virtud de las normas de conflicto del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que regían la causa.

Juzgó la Corte que "el convenio libremente pactado constituye el derecho aplicable y demuestra la improcedencia de la devolución perseguida por la demandada". De esta forma afirma Boggiano (274) la suprema Corte ha fallado en un asunto en que era aplicable el Tratado de 1889 y a considerado posible la autonomía de la voluntad en virtud de no encontrar prohibición.

Parece evidente que la Corte dejó de lado la solución preceptiva del Tratado de 1889, que impone en materia de actos jurídicos que éstos deben regularse por "la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse" (arts.32 y sigts). Los Tratados de 1889 proscriben la posibilidad de que las partes, ya sea a través de la autonomía material o de la conflictual, eludan sus disposiciones preceptivas. Esta interpretación surge del contexto de los Tratados, de las Actas del Congreso ya citadas, en suma, de la interpretación global del sistema de los Tratados de Montevideo de 1889.

En conclusión, no resulta compartible la solución adoptada por la Suprema Corte en el caso referido.

Boggiano reiteró su posición en relación a la interpretación de los Tratados de Montevideo de 1889 en conferencia que dictara en Montevideo, en noviembre de 1988.

La misma dió lugar a la siguiente respuesta por parte del profesor Dr. Operti (275): "Disiéntese con este criterio habida cuenta de la claridad del artículo 32 en cuanto a la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse". Agrega Operti que dicha ley "decide sobre los puntos que ese mismo artículo y el artículo 33 enuncian". "No ha habido silencio continúa Operti sino norma expresa".

Dice el referido art.32: "La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente". El artículo 33, por su parte, establece que la misma ley del lugar de cumplimiento rige su

existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias y ejecución, "en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea" (art.33).

Respecto a los Tratados de Montevideo de 1940, Fermé entiende que "la condena a la autonomía negocial de la voluntad en la determinación de la ley aplicable fue expresa" (276).

A falta de norma convencional aplicable, sostiene Fermé que "una norma consuetudinaria del derecho internacional privado argentino no convencional, impone atenerse al derecho que las partes libremente hayan elegido para su contrato" (277). Agrega que dicha norma consuetudinaria "ha sido sostenida en los últimos años por la ciencia individual o colectiva de la materia en el país, particularmente a raíz del pronunciamiento hecho por la Asociación Argentina de Derecho Internacional en su III Congreso Ordinario (Corrientes, julio de 1975)" (278).

Goldschmidt (279) y Weinberg (280) también sostienen que, en Argentina, la autonomía de la voluntad se basa en una norma consuetudinaria. Para Goldschmidt los arts. 1143 y 1197 del C.Civ. argentino sólo conceden la autonomía en el Derecho Privado, la cual permite a las partes sustituir el derecho dispositivo propio aunque no el coactivo por sus estipulaciones (281). Niega la posibilidad de inferir de ésta, la autonomía en D.I.Pr., que es más amplia pues permite a las partes a descartar no sólo la parte dispositiva de su derecho sino también la coactiva. Esta autonomía amplia la del D.I.Pr. se funda en el derecho consuetudinario (282).

d. Jurisprudencia. Weinberg cita el caso "Eiras Pérez, Leonardo contra Techint Engeneering Company S.A." (283), y el fallo de la Cámara Comercial, Sala E, de abril 12 1984 (284).

En el caso "Eiras c. Technit", el tribunal advierte en la cláusula del contrato que establece la obligación de "respetar las leyes de la República venezolana...", "...la elección de una ley que deberá regir las relaciones contractuales entre las partes" (285).

Goldschmidt comenta al respecto que en realidad la mencionada cláusula del contrato "deja un razonable margen de duda si las partes efectivamente deseaban someter posibles controversias al Derecho venezolano, o si solamente querían recordar la obligación del actor de respetar durante su trabajo en Caracas la legislación de Venezuela" (286).

El tribunal consideró que de todas formas el derecho venezolano es el del lugar del cumplimiento del contrato (conforme al art.1210 del C.Civ. argentino) (287), pero rechazó la demanda por no haber probado la actora su existencia y contenido, y porque conforme al art.13 del C.Civ.argentino no cabe la aplicación de oficio de la ley extranjera no probada por la parte.

Parece evidente que en este caso hubo una denegación de justicia (Cfr. Rodrigo Octavio, Goldschmidt y Cavaglieri (288).

Gastaldi menciona dos casos en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito internacional (289): "El convenio libremente pactado constituye el derecho aplicable" (fallo de octubre 10 1956). En el segundo caso, el fallo (de diciembre 27 1974) estableció: "Los derechos y obligaciones de las partes se regirán por lo establecido en el presente contrato internacional y en la legislación común vigente en la República Argentina en la esfera nacional, en el orden mencionado".

Agrega Gastaldi fallos de otros tribunales que siguieron el criterio de la Corte: el de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de octubre 20 1981, que expresa: "Tratándose de un contrato internacional, funciona en plenitud la autonomía material de las partes y, además, su facultad de elegir el derecho aplicable". También, el de febrero 27 1984 del mismo tribunal: "En contratos internacionales, las partes, en los límites pertinentes, pueden elegir el derecho aplicable al contrato" (290).

Boggiano cita el caso "Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio". Se trata de un caso en el que la sentencia fue dictada por el mismo Boggiano, el 31 de agosto de 1976 como titular del Juzgado Nacional en lo Comercial 13, donde el autor expone el fundamento de las autonomías conflictual y material de las partes en el derecho internacional privado argentino en los siguientes términos: puesto que el art.1 de la ley 21.305 (C. de Procedimiento) autoriza a las partes a elegir el tribunal competente, y dado que cada tribunal nacional aplica su propio D.I.Pr., las partes están eligiendo el D.I.Pr. que regirá el caso. Esta facultad implica la elección indirecta del derecho sustancial aplicable al fondo del asunto. Vale por tanto, concluye Boggiano, la regla *qui eligit iudicem eligit ius* (291).

Si las partes pueden elegir el derecho aplicable al caso (autonomía conflictual), "no se advierte razón que obste a que puedan crear normas materiales incorporadas al contrato ..." (292).

En otro fallo dictado por Boggiano en el caso "Feramérico c. Lital S.A." el 6 de junio de 1977, éste manifiesta que si bien hay una designación implícita del derecho argentino por las partes (ambas invocan como fundamento de sus peticiones normas del Código Civil argentino), hay que investigar si las partes ejercieron en autos la autonomía material a que se hallan facultadas en el ámbito del D.I.Pr. tratándose de contratos multinacionales. Si lo hubieran hecho, ésta sería la voluntad "directa y principalmente rectora de la controversia, sin necesidad de acudir a las normas de conflicto subsidiarias que determinen el derecho aplicable..." (293).

Se remite luego, para fundamentar su posición, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Gobierno de la República del Perú c. S.I.F.A.R. Soc. In. Financ. Argentina s. incumplimiento de contrato" (294), en el cual la Corte dejó de lado el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 aplicable al caso, y juzgó que "el convenio libremente pactado constituye el derecho aplicable ..." (295). En el caso "Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J." (16.309 CNPaz, sala III, abril 9 1970) (296) afirma el juez de 1a. Instancia, Horacio I. Romanelli que "no se discute que el derecho aplicable es, en primer término, el que las partes hayan establecido de común acuerdo (conf. Romero del Prado, "Manual", II, p.321; Amancio Alcorta, "Curso de derecho internacional privado", t.ii, ps.259 y sgts.), aseveración que acepta la autonomía de la voluntad como punto de conexión en materia contractual, no por aplicación de lo dispuesto en el art.1197 del cód. civil que no se refiere a ella y sí a la facultad que confiere el derecho interno de reemplazar las normas dispositivas (Lazcano, "Derecho internacional privado", p.420; Goltschmidt, "Suma de derecho interancional privado", núm.122, p.189 y núm.88, p. 113), sino por la costumbre aceptada, que también es norma (art.17, cód. civil) y que aparece claramente recepcionada en el caso de convenios celebrados por la Nación, en los que se determina como aplicable el derecho extranjero (vgr. Convenio de compra de títulos y condiciones del empréstito externo de la República Argentina, aprobado por ley 17.962, publicada en el Boletín Oficial del 25 de noviembre de 1968, arts.11 del Convenio y 13 de las Condiciones)." En este caso, sin embargo, las partes no habían hecho uso de ese derecho de elegir la ley aplicable.

B.3. POSICION DE LA DOCTRINA MARITIMISTA.

a. Introducción. La posición favorable a la autonomía que vienen de exponerse no parece ser, sin embargo, mayoritaria en la doctrina maritimista.

El punto llama la atención, dado que la mayoría de los casos que utilizan los autores en todos los países, y no sólo en Argentina para ejemplificar la problemática relativa a la autonomía de la voluntad en el comercio internacional, son de derecho marítimo, y en

general, vinculados al contrato de transporte. Esto parece indicar que es en esta área específica de la contratación internacional donde se dan una gran parte de los problemas relativos a la autonomía de la voluntad, concretamente, los vinculados a la validez de las cláusulas de elección de la ley y de selección del foro.

No puede, por tanto, excluirse de este análisis, esta materia específica, so pretexto de que por su especialidad debería ser tratada independientemente, porque se encuentra estrechamente vinculada al tema que nos ocupa.

b. Evolución histórica. La problemática de las cláusulas atributivas de jurisdicción ha sido muy debatida, con las consiguientes fluctuaciones de la jurisprudencia. Con anterioridad a 1936, se admitía en general la validez de estas cláusulas (297), pero a partir del leading case "Compte c. Ibarra", la tendencia ha sido contraria y a favor de la nulidad de las mismas (298).

Pero aún antes de 1936, la cuestión era muy controvertida. En el caso "Frendelburg Schats y Cia. c/barca Scotland", el 5 de noviembre de 1870, la Corte declaró la competencia local en un reclamo de los consignatarios contra el buque (299). En el caso "Monte Pagano vs. Eriksen" (ver cita 297), la Suprema Corte falló admitiendo la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción, argumentando que el único límite de la autonomía de la voluntad lo constituye la "prohibición de renunciar o dejar sin efecto por medio de convenciones las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", y que las relativas a jurisdicción no lo son, aunque son de interés público (300).

El Dr. José N. Matienzo, como Procurador General de la Nación, dictaminó en sentido contrario, afirmando que "los tribunales americanos e ingleses se pronunciaron en muchas oportunidades en casos similares, declarando irrenunciable el derecho de acudir a la jurisdicción de los tribunales de la Nación y nulo todo convenio que excluyera de antemano la jurisdicción conferida por ley" (301). Invoca, además, "los intereses de los destinatarios argentinos de mercaderías extranjeras que tendrían que ir a demandar a los armadores ante otros tribunales y esto sería muy grave en países como el nuestro, cuyo comercio marítimo depende de extranjeros, teniendo en cuenta que los destinatarios no intervienen en la redacción de los conocimientos, ...destacando que mediante la atribución de competencia a tribunales extranjeros podría evadirse la aplicación de las disposiciones legales de nuestro país y se afectaría el orden público al excluir la jurisdicción y la aplicación de la ley argentina mediante un convenio particular" (302).

El profesor de D.Internacional Privado Alcides Calandrelli, comentando el caso "Montepagano vs. Eriksen", adhirió en doctrina a la opinión del Procurador General de la Nación, aclarando que la tesis de la Corte era la correcta de acuerdo a las disposiciones legales, espíritu y doctrina del orden jurídico argentino. (303)

c. La Conferencia de Buenos Aires de 1922. En la Conferencia de la International Law Association celebrada en Buenos Aires en 1922, se discutió este problema, aprobándose la moción de los delegados argentinos, en el sentido de que debían considerarse inválidas las cláusulas atributivas de jurisdicción, fórmula que se conoce como "Regla de Buenos Aires". (304) Pero esto dió lugar a una interesante polémica entre los delegados argentinos y los europeos (305):

Los delegados argentinos Melo, Vico, Chedufau, González Gowland sostuvieron la necesidad de considerar nulas las cláusulas de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque, aunque admitiendo que los destinatarios de la carga podrían siempre elegir otra jurisdicción (propuesta de Chedufau, compartida por Vico). Lo que resulta inadmisibles es la cláusula de renuncia a la jurisdicción del puerto de destino, aun cuando sea expresa, y debería ser considerada nula, porque dicha cláusula importa de hecho "la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías" (306).

Se fundaron, en palabras de Melo, en que "el principio de que los contratos son la expresión de la voluntad de las partes, no es lo real en este contrato. El cargador se encuentra siempre delante de una fórmula impresa de póliza, igual en todas las compañías, y no tiene otro remedio que inclinarse ante esa fórmula y aceptarla para poder transportar sus mercancías."

"Llegan las mercaderías a los puertos de América y hay faltas, faltas que casi siempre se producen por un hecho que conocen especialmente los navieros, por hurtos y raterías, que según estadísticas publicadas en el "Times" en 1920 han aumentado en estos últimos años en más de un 70% y que han llegado a alarmar a los aseguradores, quienes en varias ocasiones se han reunido en congresos internacionales para tratar la cuestión; y en los Estados Unidos en 1921 se ha llevado el asunto al Congreso, según un estudio del profesor Huebner."

"Frente a esos robos" que aunque en realidad no son más que tales, escapan a la esfera penal y son, además, amparados por cláusulas de limitación de responsabilidad, que se fundan en los peligros del mar sic "se produce de hecho la irresponsabilidad de los transportadores, porque los gastos de la reclamación en el puerto de embarque, cuando allí se plantea, resultan mayores que el importe reclamado. El cargador se resigna pues a la pérdida en los casos sucesivos ante tan desgraciada experiencia."

"La única manera de defenderlo eficazmente es impidiendo la inserción de las cláusulas que lo obliguen a llevar sus reclamaciones al puerto de embarque." (307) Cabría agregar que este resultado se logra efectivamente a través de un sistema como el uruguayo, contrario a la autonomía de la voluntad, con normas legales incontestables al respecto, que frente a la insistencia por parte de los transportistas de seguir incluyendo dichas cláusulas, permite declararlas nulas.

"Este es el motivo concluye Melo por el cual prácticamente juzgo que toda cláusula que establezca que la reclamación del consignatario se ha de llevar al puerto de embarque debe ser considerada nula porque de lo contrario nada valdrán las resoluciones de carácter general." (308)

Los delegados europeos fueron todos contrarios a la posición argentina, en base a los siguientes fundamentos:

El profesor alemán Sieveking entendió que el principio propuesto era "realmente peligroso", y que no veía ninguna razón para establecer dicha regla en vez de la del lugar de carga (309).

El delegado noruego Friedericksen adhirió a lo dicho por Sieveking, reiterando lo peligroso de la moción propuesta (310). Sin duda la misma podía resultar peligrosa respecto a las pretensiones de los transportistas de actuar con impunidad e irresponsabilidad.

El delegado inglés Temperley afirmó que "inmiscuirse en la libertad de contratación entre comerciantes y armadores, excepto en cuanto sea necesario, es obrar perjudicialmente para el comercio. Ahora bien, pregunto: ¿Hay alguna necesidad de inmiscuirse en ella en la forma sugerida por esta moción?"(311).

Cabría contestarle que sí, y que ya la dijo claramente Melo en la exposición antes transcripta. Podría contestársele, además, que inmiscuirse en la libertad de contratación es precisamente la función de la ley, a los efectos de equilibrar fuerzas siempre más o menos desiguales, que si son dejadas en libertad de acción, producirán siempre un contrato en el cual pesarán las cláusulas favorables a la parte más fuerte.

Pero el Sr. Temperley no terminó allí su fundamentación: "Por ejemplo dijo hay un buque fletado, digamos, con trigo en la Argentina para un pequeño puerto en la costa de Africa Oeste, donde hay tal vez cuatro o cinco blancos y ningún abogado. ... Supongamos que se suscitara una diferencia sobre si el buque ha sido cargado rápidamente o no, ... ¿esa cuestión habrá de ser resuelta por los cuatro o cinco blancos en destino? ... Le prevengo lo

más seriamente que no restrinja ninguna libertad de contratación salvo que haya un fundamento perfectamente justificado para ello, no teóricamente, sino prácticamente, y que haya una demanda real para ello por todas las partes interesadas." (312).

Resultan ofensivos a la dignidad humana los fundamentos racistas del señor delegado inglés. Además, Temperley exigía que hubiera "un fundamento perfectamente justificado" para restringir la libertad de contratación: pues estos fundamentos, de índole práctica, y no sólo teórica, como también reclama, ya los expuso con gran claridad y precisión el Dr. Melo, trans-cripto ut supra, y a ellos cabe remitir-se. En cuanto a su exigencia de que haya una "demanda real para ello por todas las partes interesadas", la misma parece muy difícil de satisfacer, pues todas estas partes, por tener intereses distintos y en general contrapuestos, van a reclamar soluciones diferentes. Por eso es precisamente que es necesario que la ley establezca las soluciones en base a criterios objetivos de justicia y equidad. Sin duda hay países en donde se aceptan sin discusión las cláusulas de jurisdicción impuestas por el transportista. El Dr. Mohorade, profesor argentino de Derecho Marítimo, en la Conferencia que dió en la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo el día 28 de marzo de 1989 sobre "Conocimientos de Embarque" (313), hizo referencia a su experiencia en América Central y dijo que: "Ni en El Salvador, ni en Honduras, ni en Guatemala, ni en Costa Rica ... hay ningún juicio marítimo. Todos los juicios se hacen en Nueva York o en Hamburgo. Es decir, donde lo deciden las compañías americanas que transportan o la "Hapag Lloyd", que es la que transporta de América Central a Europa." Resulta imprescindible hacer referencia aquí a la realidad denunciada por la Suprema Corte de la Nación Argentina en el considerando 8o. del fallo "Compte c. Ibarra" (ver cita 329), al que también se refiere Mohorade en su Conferencia (314), de que existe muchas veces "un mal disimulado menosprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país". En aquella ocasión se estaba refiriendo la Corte a Argentina, pero esta actitud es general hacia todos los países en desarrollo. Así, Juenger (ver cita No. 629) considera que litigar en tribunales de países en desarrollo implica riesgos contra los cuales hay que proteger-se, incluyendo cláusulas de elección de la ley y del foro porque sólo con la primera no es suficiente en todos los contratos. Las empresas de los países desarrollados reclaman la máxima libertad de contratación en sus relaciones internacionales con partes de países en desarrollo debido a una "falta de confianza en los tribunales nacionales de países en desarrollo con sistemas legales nuevos" (ver cita No. 622).

Ante esta realidad, no nos queda más remedio a los que pertenecemos a ese mundo menospreciado o despreciado por los poderosos que hacernos respetar como naciones soberanas. Dice Mohorade en la referida Conferencia invocando a Kelsen que "una nación es una nación cuando es reconocida por el resto de la comunidad internacional, ... con todos sus atributos, entre ellos el de poder tener jueces y que esos jueces hagan la justicia que le conviene a ese país y no al país de afuera. Eso fue lo que nuestra Corte Suprema recogió se está refiriendo al caso Compte y eso es lo que el Dr. Malvagni posteriormente recogió en su "Ley de la Navegación" (315). Cabría agregar que eso es precisamente lo que hacen los tribunales de los países desarrollados, como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, etc.

Expresa el Dr. Melo a determinada altura de la discusión que comentamos: "nosotros buscamos (refiriéndose a la posición argentina) amparo eficaz para los intereses del comercio de las naciones de América que no tienen navíos para servir ese comercio. Eso es todo lo que pedimos y nos basamos en lo que ha sido aceptado en Europa como expresión de concordancia entre encontrados intereses. Los destinatarios de mercaderías no deben permanecer atados por cláusulas atributivas de jurisdicción que los obliguen a buscar justicia en los puertos de Europa." (316).

Afirma el Dr. Juan Oribe Stemmer: "En 1890 el tonelaje de las naves enarbolando las banderas de los países en la Europa Occidental y los Estados Unidos ascendía al 88% del tonelaje mundial recogido en las compilaciones de Lloyd's" (317). Aunque hoy día el criterio tradicional de juzgar la importancia de los intereses navieros por el volumen del tonelaje registrado bajo la bandera nacional es anticuado, por haber aumentado a un ritmo cada vez más preocupante el tonelaje registrado en los países de bandera de conveniencia (318), la situación en cuanto a los intereses contrapuestos no ha variado sustancialmente. Si bien países como Argentina y Uruguay tienen algún volumen de tonelaje supuestamente nacional, estos armadores suelen incorporar igual el tipo de cláusulas usadas por sus colegas del norte, porque sin duda son más convenientes para los intereses económicos particulares del gremio.

Este detallado análisis de la Conferencia de Buenos Aires de 1922 de la International Law Association parece necesario, porque ilustra con una gran claridad la problemática que se está analizando. Es decir, muestra qué es lo que ocurre cuando se discuten aspectos relacionados con la libertad de contratación, desde el punto de vista de aquellos que tienen la posibilidad de incidir en dicha contratación y de los que no la tienen. Deja en claro cuales son las razones (fácticas, y no jurídicas) por las cuales se adoptan muchas veces esas posiciones a favor y en contra de la autonomía de la voluntad respectivamente.

d. El Congreso de Montevideo de 1939. Además, la posición argentina consagrada en la Conferencia de la International Law Association de Buenos Aires, en 1922, fue luego aceptada en el Congreso de Montevideo de 1940 e incorporada en el art.27 del Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, que establece la nulidad de toda cláusula del contrato de fletamento y de transporte de mercaderías o de personas que establezca otra competencia que la de los tribunales del lugar de ejecución o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado.

González Gowland fue quien actuó como miembro informante del respectivo Tratado (319), y fundando la norma citada expresó: "El principio de la autonomía de la voluntad que se ha invocado para sostener la validez se refiere a las cláusulas de jurisdicción es en el caso inoperante, porque tratándose como indudablemente se trata de contratos de adhesión, cuyas cláusulas se imponen por los armadores al cargador, este carece de la libertad indispensable para discutir las condiciones del contrato, afectando el consentimiento y por ende la validez del acto jurídico."

"Dichas cláusulas colocan a los consignatarios en situación de manifiesta desigualdad, rompiendo el equilibrio contractual, toda vez que le imponen la obligación de recurrir a los tribunales del domicilio del armador, para exigir el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades emergentes del contrato, con todos los inconvenientes y erogaciones resultantes de la distancia. En tanto el armador, en el caso improbable de promover litigio digo improbable porque impone al cargador el pago del flete en el acto de efectuar la carga los intentará ante los jueces de su propia sede, con todas las ventajas que esto importa."

"La tiranía ejercida sobre los cargadores por organismos tan poderosos como las actuales compañías de navegación, frente a las cuales los comerciantes se encuentran abandonados y desarmados, ha llevado al derecho positivo y jurisprudencia contemporáneos, a fulminar la nulidad de las cláusulas atributivas de jurisdicción." (320)

e. Jurisprudencia *Compte c/ Ybarra*. El 16 de noviembre de 1936, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el caso "*Compte c. Ibarra*" la nulidad de la cláusula de jurisdicción de un conocimiento, mediante la cual las partes se sometían a un tribunal extranjero en caso de cualquier litigio que surgiera entre ellas respecto al contrato. Esta sentencia marcó la línea definitiva de la jurisprudencia, que hasta entonces había sido oscilante, determinando que a partir de entonces, las causas relativas al derecho marítimo

que genera el comercio argentino de exportación, sean juzgadas por tribunales argentinos (321).

La sentencia, dice Cappagli (322), "junto a sólidos argumentos jurídicos, muestra claramente la posición de nuestro país en el tráfico marítimo y enfoca con toda claridad la cuestión desde el punto de vista de la política económica".

Malvagni considera que "el verdadero fundamento de la tesis de la Corte Suprema no es de orden jurídico, sino político" (323), y agrega que "el argumento político sigue en pie, pues si es cierto que actualmente poseemos una marina mercante apreciable en tonelaje, continuamos siendo un país de cargadores, dado que las marinas extranjeras siguen sirviendo más o menos el 85% del comercio exterior del país" (324). Este razonamiento no sólo mantiene plenamente su vigencia en Argentina, porque los fundamentos y las razones invocadas en la misma no han cambiado, y por tanto la jurisprudencia continúa en la misma línea (325), sino que además es igualmente válido para Uruguay y para muchos otros países del tercer mundo.

La Corte fundó también la sentencia en la facultad del Congreso Nacional de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art.67, inc.12, de la Constitución Argentina) y en que las leyes reglamentarias de tal precepto constitucional, atribuyen jurisdicción privativa, excluyente e improrrogable, a los tribunales nacionales en materia de fletamento y, en general, sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y al comercio marítimo (ley 48, art.2, inc.10 y arts.2 y 12). (326).

La Corte argumentó también que "la jurisdicción es de orden público" (327), y que la intervención de los tribunales federales tenía "fines de resguardo de la soberanía nacional, lo que resulta incompatible con una prórroga en favor de la justicia extranjera, en cuestiones que se refieren a nuestro comercio con otras naciones" (328). Estos fundamentos son igualmente aplicables a la realidad de Uruguay.

Por último, como ya vimos, la Corte, en el considerando 8o., analizó la problemática derivada de que Argentina carecía de marina mercante, de modo que los comerciantes argentinos importadores y exportadores quedaban sometidos a las cláusulas que los armadores extranjeros les quisieran imponer en contratos de adhesión (329).

Señala Cappagli que "Estos dos conceptos del fallo "Compte c/Ibarra" orden público y contrato de adhesión tuvieron honda importancia en la jurisprudencia marítima argentina relativa a fletamento y transportes" (330).

f. Ley de la Navegación, No. 20.094. La fuente de esta ley es el Proyecto Malvagni, como señaló el Secretario de Estado de Justicia en el mensaje de elevación del proyecto que fuera sancionado, y también según se dice en la exposición de motivos (331), aunque se aparta de él en algunos puntos, como el del fraccionamiento de las leyes aplicables al contrato, en que no incorpora la solución de dépeçage propuesta por Malvagni (332).

En cuanto a la ley aplicable a los contratos de fletamento y transporte, el art.603 de la referida Ley de la Navegación (333), vigente desde 1973, confirma la solución de la "ley del lugar donde han de ejecutarse" dichos contratos. Al respecto dice Cappagli (334): "no hemos hallado precedentes judiciales sobre el tema, dictados sobre la base de la actual Ley de la Navegación ..., lo que nos hace pensar que la cuestión de la ley aplicable ya no se discute, ante lo pacífico de la solución" a partir del caso Compte.

En cuanto a la jurisdicción en materia de contratos de transporte, el Proyecto Malvagni estableció que correspondía a los jueces del lugar donde se ejecuta el contrato, es decir donde se entrega la mercadería. "La solución en favor de los tribunales del país del puerto de destino tal cual se decidió en "Compte c/Ybarra" es hoy la generalmente admitida" (335), con la alternativa de que el actor puede optar por los tribunales del país

del domicilio del demandado, siendo además la solución adoptada por la referida Ley de la Navegación, art.614 (336).

Boggiano entiende que "cuando el destino es un puerto extranjero, es imposible entender que existe jurisdicción exclusiva de los tribunales de aquel destino, pues la norma argentina no puede ser extendida analógicamente a países que probablemente no se inspiran en la doctrina de "Compte c. Ibarra"." (337). g. Conclusiones. Como ya se expresara, lo más sorprendente del desarrollo del problema en Argentina es la separación absoluta que tuvo el planteo doctrinario y jurisprudencial en materia de derecho marítimo internacional con respecto al resto de la doctrina.

Esta separación consagrada legislativamente en la actualidad ha tenido un efecto incoherente en los planos de política legislativa, cuyas consecuencias negativas pueden parecer evidentes a un observador neutral.

Parece inadecuado que los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia maritimista y sus fundamentos no sean analizados por la cátedra de derecho internacional privado, a la hora de fijar la posición argentina en los foros internacionales y en el momento de tomar decisiones de política legislativa interna.

A la inversa, si la sólida argumentación jusprivatista a favor de la autonomía de la voluntad fuera correcta, no es posible que el derecho marítimo sea un compartimiento estanco absolutamente inalcanzable por la misma.

Lo que se dice respecto a los contratos de transporte de mercaderías, es perfectamente aplicable tanto a los contratos de seguro de dichas mercaderías, como a las compraventas internacionales que originan esos transportes.

El problema de la admisión o no de la autonomía de la voluntad es un problema de primera magnitud para los países latinoamericanos, a la hora de plantear el nuevo orden económico internacional, así como las relaciones económicas bilaterales. Todo, desde la deuda externa a la negociación de cada contrato particular, se ve afectado por este problema. La búsqueda de una solución unitaria y coherente puede parecer una utopía (sobre todo una solución conveniente a los intereses nacionales), pero el actual desarrollo aislado de soluciones contrapuestas por sectores no parece la mejor.

C. URUGUAY.

La doctrina uruguaya ha sido siempre mayoritariamente contraria a la autonomía de la voluntad, posición ésta que ha sido unánimemente seguida por la jurisprudencia y recogida en las normas tanto de fuente nacional como supranacional. (338)

Por lo tanto la jurisprudencia uruguaya no ha tenido las vacilaciones que mostró en un primer momento la argentina.

Influyó sin duda la firme posición contraria a la autonomía de la voluntad en materia de elección de ley y jurisdicción que tuvieron los codificadores. Así por ejemplo, el Código Civil, cuya aprobación es de 1868, establece en su art. 1286: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes orientales, es nula por el vicio del objeto. (artículo 11)."

En el mismo sentido, el Código de Comercio, de 1865, ya establecía en relación específica con el contrato de transporte, art.1270: "El contrato de fletamento de un buque extranjero, que haya de tener ejecución en la República, debe ser juzgado por las reglas establecidas en éste Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República."

C.1 EL CONGRESO DE 1889.

a. En el Congreso de Montevideo de 1889 se estudió la posibilidad de establecer como regla general que los contratos se rigieran por la ley a la cual las partes se hubieran sometido voluntariamente, y sólo a falta de dicha declaración, por la ley del lugar de su cumplimiento (339), pero esta no prosperó. Se vió que la libertad de las partes de elegir la ley "no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones de orden público relativas a los contratos, y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley, ... y esa ley no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones" (340).

b. El Dr. Ramírez, delegado uruguayo al Congreso, aceptó esta solución a pesar de que era contraria a la que él había propuesto en su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (341), declarando expresamente que "esa supresión se impone con arreglo a los principios a que se ajusta el título de los actos jurídicos, en mi Proyecto de Derecho Civil Internacional" (342). Esta declaración implica el reconocimiento de haberse equivocado cuando introdujo el principio de la autonomía en su Proyecto. Para que el art.6 de dicho proyecto (ver cita 341) tuviera aplicación, sería necesario determinar lo que es libre contratación y lo que no, lo cual debería hacerse, según el sistema adoptado en el mismo proyecto, por la ley del lugar de la ejecución del contrato, de acuerdo con la doctrina de Savigny. Si esta ley aceptara la autonomía de la voluntad, ésta debería respetarse, pero si no la aceptara, ninguna relación jurídica podría ser declarada subsistente en contravención a los principios de orden público del lugar del cumplimiento del contrato. En definitiva, entonces, la ley que regularía el contrato sería la del lugar de su cumplimiento, y no la que las partes eligieran.

c. La solución que se incorporó al Tratado de Derecho Civil fue entonces la de la ley del lugar de cumplimiento. (343)

Si bien la autonomía de la voluntad no fue rechazada a texto expreso, como lo fue luego en 1940, se desprende claramente del sistema que estructuran los Tratados que cada categoría se regula por la ley indicada por el punto de conexión preceptivamente establecido en la norma de conflicto, y que las partes no pueden elegir otra ley distinta de la ley dispone.

Esta interpretación, mayoritaria en la doctrina uruguaya, ha sido contestada por un sector de la doctrina argentina (ver capítulo 3, B, del Título II).

C.2. EL CONGRESO DE 1939.

a. Esta solución fue mantenida en el Tratado de Der.Civil de 1940 (344). En el segundo Congreso de Montevideo también se rechazó el criterio de la autonomía de la voluntad para delimitar las competencias legislativas y judiciales, aceptándose la propuesta del delegado uruguayo Vargas Guillemette (345), quien en su Informe sobre el Tratado de Derecho Civil Internacional a la 2a. Reunión de Jurisconsultos de Montevideo (346) expresa: "Es de toda evidencia que la competencia soberana de un Estado, en su faz legislativa o judicial, sobre relaciones internacionales que se localizan en su medio social, civil o económico, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las personas que quieran variar la competencia correspondiente, indicando otras leyes u otros Jueces que los del país de la afectación preponderante o aún exclusiva". Y agrega que "... siendo conflictos de soberanías interesadas en el curso de relaciones jurídicas internacionales, están por encima de los propósitos de voluntad de las personas." "En el orden internacional, su improcedencia es notoria, pues 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."

b. La delegación uruguaya se opuso incluso a la innovación que se introdujo en el Tratado del 40 (art.56 inc.3) que acepta la prórroga de jurisdicción post litem. Vargas

reafirma su posición de 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 i desaparecería la razón de ser del Derecho Internacional Privado. Sobrevendría la anarquía." (347)

Respecto al inc.3 del art.56 referido, se introdujeron a instancias de la Delegación del Perú, los límites necesarios a la fórmula planteada por la delegación argentina (aceptación post litem y voluntaria por el demandado), requiriéndose además que la voluntad del demandado se expresara "en forma positiva i no ficta". Esta solución fue aceptada por el delegado argentino Dr. Moyano (348).

La admisión de la autonomía de la voluntad trae consigo problemas que conducen inevitablemente a regular los límites dentro de los cuales podrá actuar esa voluntad. Estos, por más que se esmere el legislador, tendrán resultados bastante inciertos que dependerán, fundamentalmente de la posición sustentada por el foro actuante.

c. Es interesante destacar la discusión a que dió lugar el art.5 del Protocolo adicional de 1940. Vargas Guillemette entendió necesario, dado que la noción de autonomía de la voluntad es de excepción, marcar ese carácter en un artículo expreso que sirviera "de fuente ilustrativa i de regla interpretativa" (349), "en resguardo de la eficacia de los Tratados frente a posibles exageraciones de ese principio" (350). La propuesta uruguaya (351) fue aceptada casi unánimemente, contra el voto de la Delegación Argentina.

Afirma José Luis Bustamante i Rivero que: "Primó el concepto de que en el orden internacional debe prevalecer el interés tutelar i organizador de los Estados sobre las convenciones de los particulares. Se consideró la conveniencia de que en los Tratados queden puntualizadas lo más inequívocamente posible la ley competente i la jurisdicción, sin la incertidumbre i la versatilidad propias de la voluntad libre. ... En el régimen contractual, se tuvo en cuenta el deber del Estado de evitar que, al amparo de ciertas modalidades mui en boga, como los contratos de adhesión, la parte que en ellas representa el elemento personal preponderante ... imponga restricciones odiosas al derecho de la otra parte, mediante cláusulas de renuncia de ciertas leyes protectoras o de sometimiento a determinadas jurisdicciones". (352) El acierto y la vigencia de estas palabras parece innegable. Cabe agregar que en muchos casos una de las partes impone sus condiciones a la otra no sólo por el hecho de utilizar contratos de adhesión, los cuales no dan la posibilidad al adherente de discutir sus términos, sino además porque todas las fórmulas que utilizan determinados sectores contienen el mismo tipo de imposición (Ejemplo: Conferencia de Fletes), no dando al contratante la posibilidad de elegir entre diferentes opciones.

C.3 LA LEY VARGAS (No.10.084).

a. Terminado el Congreso de 1940, Vargas Guillemette propuso legislar sobre el tema, unificando las reglas de Derecho Internacional Privado interno, en lo que luego fue el Apéndice del Código Civil (Ley 10.084, de 3 XII 41), que en su art. 2399 mantiene la solución de la ley del lugar de cumplimiento en materia contractual, remitiéndose a las reglas de interpretación contenidas en los arts.34 a 38 del Tratado de Der.Civil de 1889. El art. 2403 rechaza expresamente el principio de la autonomía de la voluntad, pues dice que las partes no pueden modificar "las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título", agregando que la voluntad de las partes "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente". Cuando un contrato internacional deba cumplirse en Uruguay, la ley aplicable y el juez competente serán los uruguayos (arts.2399 y 2401), y las partes no pueden modificar estas reglas de competencia legislativa y judicial porque la ley competente se los prohíbe (art.2403).

b. En la exposición de motivos de la ley 10.084, Vargas Guillemette dice que "las partes no pueden variar a su arbitrio, las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas, se ha tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación

del Estado a cuyo orden social o económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata". (353)

El Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes (354) reafirma esta idea, y agrega que "la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica." Agrega que "ellas pueden, dentro del margen de libertad que les otorgue la ley competente, fijar con amplia autonomía, la extensión y alcance de sus obligaciones, pero no pueden variar el curso de las competencias internacionales, que son fundamentalmente de orden público porque afectan en su faz legislativa o judicial la soberanía del país en que se localiza la relación jurídica y están por lo tanto por encima de sus individuales voluntades".

Siendo el tema de fundamental importancia por estar en la base del régimen de la contratación internacional, merece ser analizado en profundidad, enumerando claramente cuales son las ventajas e inconvenientes concretos tanto de la aceptación como de la negación del principio de la autonomía de la voluntad. Para alegar la necesidad de modificar el sistema vigente es necesario esgrimir razones más poderosas que las vagas e imprecisas afirmaciones que invocan "las necesidades e intereses del comercio internacional", y fundamentalmente, probar que el régimen que se quiere modificar no funciona o que adolece de defectos graves.

c. Cuando se reafirmó el rechazo a la autonomía al aprobarse la ley 10.084, se hizo en el entendido de que el sistema vigente cubría eficientemente las necesidades en virtud de las cuales había sido adoptado. Chouhy Terra (355) expresa: "Rendimos homenaje al doctor Gonzalo Ramírez, cuyas enseñanzas, después de cincuenta años de haber sido sometidas a la dura prueba de la práctica, han demostrado hasta que punto ellas eran sabias, eran incommovibles y eran acertadas".

d. La discusión acerca de si la norma del art.2403 es de orden público interno o internacional (356) parece plantear una falsa alternativa. Se trata de una norma imperativa que establece claramente que las normas sobre competencia judicial y legislativa, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

Puede ocurrir que, a través del funcionamiento del sistema de conflicto, resulte aplicable un derecho material extranjero que sí admita la autonomía de la voluntad.

Como dice el mismo artículo in fine, la voluntad de las partes "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente". Es decir que si la norma de conflicto se remite a un derecho que admite esta autonomía, la misma valdría.

No obstante entendemos que el problema tiene otros matices, que exigen un análisis detallado. Por ejemplo, si aceptáramos la posición de que el art.2403 fuera de orden público interno, otros problemas en juego, al examinar un caso concreto, como lo es el principio del libre consentimiento en los contratos de adhesión, pueden ser de orden público internacional. Este punto se analizará al ver la jurisprudencia más reciente (infra C.6).

C.4 LA POSICION DE ALFONSIN.

a. Alfonsín (357) analiza y critica los argumentos que se esgrimen como fundamentos de la autonomía de la voluntad en los siguientes términos:

Considera que esta teoría incurre en errores lógicos cuando aduce que el principio "se funda en un derecho individual inherente a la naturaleza humana" (358). Si realmente el derecho de elegir libremente la ley del contrato fuera un derecho individual basado en el derecho natural, inherente a la naturaleza humana e independiente de toda norma positiva, regiría para los contratos nacionales y no sólo para los internacionales (359). Además, si aceptáramos que la autonomía de la voluntad es un derecho subjetivo absoluto, deberíamos aceptarla en forma ilimitada, y esto no puede ser así (360), ni es así en ningún sistema jurídico. En general se establece que las partes pueden elegir la ley que regulará el

contrato de entre aquellas jurídicamente interesadas en regirlo (361), o de entre aquellas que tengan alguna conexión con el contrato (362), o una relación razonable con él (363), pero no pueden basarse sólo en sus preferencias personales (364).

b. Aun los autores que proponen la admisión del principio en forma amplia establecen alguna especie de límite. Así por ejemplo Boggiano (365) sugiere como límite a la autonomía de las partes las normas y principios internacionalmente imperativos.

Se ha dicho también que el principio de la autonomía de la voluntad "se funda en el derecho de libre contratación acordado por cada legislación nacional" (366). La libertad de contratación importa el derecho de consentir o no y de estipular el contenido y efectos del contrato. En el sistema jurídico uruguayo, esta libertad se deriva de una norma positiva: el art.1291 inc.1 del C.Civ., que establece que "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma." O sea que esa libertad está limitada por un cierto marco legal: las partes no pueden derogar en sus convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (art.11, C.Civ.). Además, ese contrato será interpretado de acuerdo a la legislación uruguayo. O sea que es dicha legislación la que "regula la libertad de contratación" (367).

Se ve aquí la contradicción en que incurre este fundamento: para que las partes puedan elegir la ley del contrato en virtud de la libertad de contratación, es necesario que el contrato tenga previamente una ley que autorice y regule esa libertad de contratación (368).

c. Los partidarios de la autonomía de la voluntad niegan este círculo vicioso. Valladao (369) alega que este tipo de razonamiento adolece de un "exceso de lógica formal", y que la calificación de la voluntad individual y su determinación se realiza "de acuerdo con la ley invocada o interesada" (370), al igual que ocurre con los demás puntos de conexión. Agrega que este criterio fue reconocido por Yntema (371) y aceptado expresamente por la Convención de La Haya sobre Ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales, de 1955, art.2, en el que después de declarar que "la venta se regirá por la ley interna del país designado por las partes contratantes" (inc.1), agrega en el inc.3 que "Las condiciones relativas al consentimiento de las partes en cuanto a la ley declarada aplicable, son determinadas por esta ley" (372).

También se ha intentado eludir el referido círculo vicioso diciendo que es la norma de derecho internacional privado del estado que juzga la que autoriza la elección de las partes (373), salida que Alfonsín califica de "aparente" (374), o en base al hecho de que, al estar el principio de la autonomía de la voluntad reconocido por todas las legislaciones del mundo, no importa si las partes fundan su derecho de elección en la ley que van a elegir o en otra. Según Alfonsín (375) esto implica reconocer que es esa ley aunque no se señale concretamente cual es la que rige el contrato, y no la elegida por las partes.

Además, tanto Alfonsín como Quintana sostienen que la libertad de las partes está siempre limitada por el orden público interno impuesto por la ley del contrato, y esa ley no puede ser elegida por las partes pues ello implicaría que éstas podrían determinar los límites de la libertad de contratación (376).

d. Sin duda la decisión a favor de uno u otro sistema no puede basarse sólo en argumentos de estricta lógica formal. Deberían tenerse en cuenta, por el contrario, razones de política legislativa. ¿Sería o no conveniente adherir al sistema autonomista, con una realidad comercial en la que los contratos internacionales rara vez eligen ley o juez uruguayo, y casi siempre pretenden enviarnos a tribunales lejanos e inconvenientes?

Pero el argumento más comunmente esgrimido a favor de la autonomía es que ésta se funda en la "conveniencia del comercio internacional". Alfonsín dice que el principio de la autonomía no logra satisfacer esas necesidades porque las partes elegirán siempre una ley nacional, que como tal, será inadecuada (377).

Además, la crítica principal a este argumento, desarrollada en el Título II, es que no existen tales intereses asépticos del comercio internacional, sino intereses económicos concretos, de grupos determinados. Es la ley, objetiva y abstracta, la que tiene que marcar el camino de la justicia y equidad, por encima de los intereses particulares concretos, que siempre van a ser contrapuestos para ambas partes contratas. Dejar en supuesta "libertad" a las partes implica, a la práctica, permitir que la parte más fuerte imponga sus condiciones a la más débil.

Alfonsín concluye que permitir la autonomía de la voluntad "es introducir una completa anarquía en detrimento del sistema establecido" (378). Considera que las limitaciones impuestas a la autonomía por las distintas legislaciones, y propuestas por la doctrina y la jurisprudencia, son contradictorias con el principio mismo (379), porque desde el momento en que éste se basa en un derecho subjetivo absoluto, no puede estar limitado por ninguna ley.

C.5 JURISPRUDENCIA.

a) La jurisprudencia nacional se ha inclinado siempre por rechazar la validez de las cláusulas de elección de la ley y el foro por las partes. Sigue así el principio contrario a la autonomía de la voluntad sustentado por nuestra doctrina y nuestra legislación, que sólo admiten la autonomía a vía de excepción al principio general, como ocurre con la prórroga post litem (art.56 inc.3 del Tratado de D.Civil Internacional de Montevideo, 1940), y el arbitraje comercial internacional (Convenciones de Panamá 1975 y Nueva York 1958).

Así, por ejemplo, las sentencias que siguen establecen la nulidad de las cláusulas de elección de ley y tribunal distintos a los establecidos como competentes por las leyes aplicables al caso.

El Dr. Koncke, en Sentencia No.384 de 6/10/83 del Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 3er.Turno, expresa que la referida cláusula "niega la aplicación de la ley patria e incluso la jurisdicción de nuestros Tribunales ...es contraria a los irrenunciabiles principios de soberanía nacional y por ende absolutamente nula..."

En igual sentido, el Dr. Alonso de Marco, en Sentencia No. 111 de 20/3/81, Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 16o. Turno, afirma que "la ley patria ha desechado expresamente la posibilidad de que las partes modifiquen las normas relativas a la competencia legislativa y judicial (art. 2403 del C.Civil)".

El Dr. Vernazza, en Sentencia No 10.293 de 9/8/78, del Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 14o. Turno, expresa: "Visto: Por lo que resulta de autos y lo dispuesto por el C.C. a.2399 y Tratado de Montevideo de Derecho Civil a.34 b. as.2401 y 2402 del Código citado. Teniendo presente: Que el contrato de transporte de que se trata tiene cumplimiento en la República y dice relación especial con la misma, pues en ella debió entregarse la mercadería que le tenía por lugar de destino. Con el Señor Fiscal de lo Civil, resuelvo: declarar que la Sede tiene jurisdicción para conocer del litigio planteado."

La Dra. Battistella, en Resolución No. 18.689, del 28/10/82, del Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 17o. Turno, expresa: "... de acuerdo a lo especificado por las normas de los arts. 2399, 2401 y 2402 del Código Civil es competente el Juez del cumplimiento del contrato ..."

Ante el mismo problema, Barcalá, en Sentencia No. 638, de 11/2/83, del Jdo. de Paz de la 1a. Secc. Jud. de Mdeo., expresa: "Visto: El punto que se discute, es si el Juzgado tiene jurisdicción para conocer en el litigio planteado."

"Las normas que se deben aplicar en este caso son las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Apéndice del Código Civil y sobre todo el artículo 2399 ..."

"El contrato de transporte de que se trata tiene cumplimiento en la República pues es aquí donde debe entregarse la mercadería; ya que este es el lugar de destino."

"Por los fundamentos expuestos se resuelve: No hacer lugar a la excepción opuesta y por lo tanto declarar que esta Sede tiene jurisdicción para conocer en este juicio ..."

b) Por lo tanto, la jurisprudencia nacional tiene una posición absolutamente restringida respecto a este tema.

Esta posición ha influido también en un enfoque restrictivo y sumamente riguroso de la admisibilidad de la autonomía de la voluntad en el nuevo marco normativo creado por la ratificación de la Convención de Nueva York. Una serie de sentencias recientes rechazan la validez de la cláusula arbitral siempre que se encuentre en contratos de adhesión.

Uno de estos ejemplos jurisprudenciales nacionales es tratado por Santos (380), quien critica duramente una sentencia recaída sobre un caso de derecho marítimo fundada en un conocimiento de embarque que se remite a un tribunal arbitral, con exclusión de la jurisdicción y ley local (381).

Aquí la solución crítica a la sentencia recaída no es tan clara como se pretende en la opinión citada. Es cierto que nuestro derecho permitiría la aplicación de la cláusula arbitral en función de ser Uruguay ratificante de la Convención de Nueva York. Pero también es cierto en lo que hace al libre consentimiento de las partes a las cláusulas contenidas en contratos de adhesión, pueden entrar en juego principios esenciales de nuestro sistema jurídico que serían de orden público internacional, más allá de lo que dispone el citado art. 2403.

Lo que sería de orden público internacional es el principio de que el consentimiento, para ser válido, debe ser libre. Por tanto, una cláusula de jurisdicción o de arbitraje impuesta en un contrato de adhesión, no es en principio válida. Para que lo fuera, debe probarse que fue libremente consentida.

Como dice el Dr. Almirati en otra sentencia sobre el mismo tema y recaída en caso similar, "en tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente identificado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan" (382).

En principio, no existe consentimiento válido en los contratos de adhesión, con condiciones standards impresas, como las que figuran al dorso de los conocimientos de embarque y pólizas de seguros, entre las que habitualmente figuran la cláusula de arbitraje, de jurisdicción y de ley. El adherente carece de posibilidades de discutir dichas cláusulas, por tanto, en principio, no puede interpretarse que las haya consentido, independientemente de que haya firmado o no el conocimiento o la póliza.

c) Esto no sólo es de principio, sino que la propia Convención de Nueva York de 1958 exige a texto expreso que haya "acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir..." (art.II.1). Agrega en el art.II.2 que "la expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas."

Herbert señala (383) que la jurisprudencia exige una "aprobación específica de la cláusula arbitral de modo que resulte claramente que ambas partes la han aceptado", y cita como ejemplo el caso "SIAT Società Industriale Agricola Treesse c/ Società de Navigation Transoceanique S.A.", también citado por Santos, en que la Corte de Casación de Italia rechazó la validez de la cláusula compromisoria incluida en un conocimiento (384).

d) En conclusión, el art.2403 es una norma imperativa, que establece que las partes deben atenerse a las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en la

correspondiente norma de conflicto. La voluntad de las partes, continúa el citado artículo, "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente".

Dentro de este margen restringido y excepcional, es que el sistema jurídico uruguayo confiere libertad a las partes en materia de competencia legislativa y judicial. Y el mismo comprende tanto las normas del Apéndice del Código Civil como las Convenciones de Nueva York del 58 y de Panamá del 75.

Las partes deberán actuar conforme a los principios de orden público internacional, que son esenciales a nuestro sistema: los mismos comprenden normas que exigen que el consentimiento sea plenamente libre y voluntario antes de considerarlo válido. Más aún, el consentimiento es un elemento del contrato y cuando este no existe, simplemente no hay contrato.

En este punto lo dispuesto por dichas convenciones, no contradice sino que ratifica esta política legislativa esencial.

El término "acuerdo" utilizado por la Convención de N. York, art.II y por la Convención de Panamá, art.1, descarta la posibilidad de una cláusula de adhesión impuesta unilateralmente por una de las partes a la otra.

Reconocerle validez a una cláusula arbitral que no cumple con los requisitos establecidos por las respectivas Convenciones los cuales salvaguardan las garantías mínimas para evitar imposiciones abusivas de la parte más fuerte sobre la más débil atentaría contra principios de orden público internacional del sistema jurídico uruguayo.

La interpretación rigurosa de estos principios que refleja la posición jurisprudencial anotada, es compartible plenamente. Es resaltable por tanto la seguridad y claridad conceptual con que la jurisprudencia nacional ha manejado el problema de la autonomía de la voluntad hasta la fecha.

D. LAS CONFERENCIAS ESPECIALIZADAS INTERAMERICANAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CIDIP

D.1. ANTECEDENTES.

Las CIDIP constituyen un órgano de la Organización de Estados Americanos O.E.A. de acuerdo al art.51 literal "C" de la Carta. Son reuniones intergubernamentales cuya finalidad es tratar asuntos técnicos especiales o desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana (art.128 de la Carta de la O.E.A.). Se celebran cuando lo resuelve la Asamblea General o la reunión de Consultas de Ministros de Relaciones Exteriores.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos Bogotá, 1948 encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la tarea de "promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional público y del derecho internacional privado" (artículo 67); pero dado el carácter periódico de sus reuniones fue creado un organismo permanente: el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, a quien correspondió la organización de la estrategia para la futura codificación del derecho internacional en el hemisferio americano (385).

El Comité Jurídico Interamericano, en su "Informe sobre el Plan para el desarrollo y codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado", de 1949, señaló la posibilidad de armonizar los tres grandes sistemas vigentes en América: el Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Restatement of the Law of Conflict of Laws (386). Como señalan Graciela E. Chalita y María Blanca Noodt Taquela (387), esto se ha ido logrando a través de las CIDIP, que han incluido soluciones del Restatement en la unificación de las normas de conflicto americanas (388),

permitiendo así la incorporación de los EEUU y demás países de origen anglosajón miembros de la O.E.A. a un sistema de D.I.P. común con los países latinoamericanos.

Las CIDIP, como órgano de codificación del derecho internacional privado en América, vienen desarrollando una labor muy beneficiosa. Su operatividad "ha creado un nuevo clima en esta nueva etapa codificadora del Derecho Internacional Privado americano caracterizada por una mayor especialidad y continuidad que mejora sustancialmente el criterio que había primado hasta la Segunda Guerra Mundial" (389).

D.2. LAS CIDIP I Y II 1975 y 1979.

En las dos primeras CIDIP Panamá, 1975 y Montevideo, 1979 se aprobaron catorce Convenciones, las cuales han tenido un importante número de ratificaciones.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 admite en cierta medida la autonomía de la voluntad, al igual que la de Nueva York de 1958. Ambas Convenciones fueron ratificadas por Uruguay, por leyes 15.434 y 15.229 respectivamente, lo cual provoca aparentemente una cierta contradicción en el cuadro de normas supranacionales relativas al tema. Pero en realidad esa contradicción no es tal, porque la admisión de la autonomía de la voluntad en dichas convenciones es una solución de excepción, y no significa por cierto que se haya modificado el sistema uruguayo (390).

Las Convenciones de las CIDIP, por la propia filosofía de las Conferencias, no pueden modificar el sistema interno de cada país. Estas Convenciones son excepcionales del punto de vista de la política legislativa. Además, el problema de la posible modificación del sistema interno guarda relación no con el problema de la jerarquía de las normas según sea su fuente nacional o supranacional, sino con la generalidad o especialidad de las mismas: las Convenciones en cuestión son normas especiales, que se aplican estrictamente a los supuestos de aplicación previstos en las mismas (391).

D.3. LA CIDIP III 1984.

En la Conferencia de La Paz de 1984 (CIDIP III), se aprobó la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, la cual todavía no ha sido ratificada por Uruguay. Afirma Solari que "No se trata de una convención general sobre competencia en la esfera internacional sino de una convención especial, de uso limitado "para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras" (392). "No constituye una reglamentación completa y exhaustiva de la jurisdicción internacional indirecta dada, precisamente, la manera transaccional en que se encaró el tratamiento del tema" (393).

Su finalidad última "radica en lograr una mayor y más estrecha cooperación judicial internacional entre los Estados Americanos, facilitando la circulación de fallos extranjeros y asegurando el imperio de la justicia por encima de las fronteras geográficas" (394). Esta Convención, agrega Solari, "pretende un acercamiento entre el sistema del Derecho Civil y el del "Common Law"... y "funciona como documento autónomo e independiente" (395).

El requisito procesal para la ejecución extraterritorial de sentencias extranjeras de que las mismas emanen de tribunales o jueces competentes en la esfera internacional es, en principio, controlado por las normas internas del estado del foro donde se pretende ejecutar la sentencia extranjera. La Convención de La Paz establece criterios vinculados para apreciar el referido requisito, por lo cual este será apreciado por las disposiciones del nuevo orden jurídico internacional acordado, y no ya por los respectivos órdenes jurídicos nacionales (396).

En la Convención "se prevé un criterio general; la posibilidad de prórroga post litem en materia de "fueros renunciables"; y la prórroga pre litem para el caso de contratos mercantiles internacionales" (397).

El art.1 de la Convención acepta, "a modo de excepción" (398), la prórroga pre litem, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: que se trate de un contrato mercantil, celebrado en la esfera internacional, que se haya acordado por escrito, que la competencia acordada no haya sido establecida en forma abusiva, y que haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia (399).

Cabe por tanto hacer extensivo a esta Convención el razonamiento expuesto ut supra: por tratarse de una norma especial, se aplica estrictamente a los supuestos previstos en ella, sin que esto implique modificar el principio general contrario a la autonomía de la voluntad y las normas que lo consagran.

D.4. LA CIDIP IV 1989.

En la CIDIP IV, celebrada en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989, se aprobaron las bases para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional.

En general existió entre las delegaciones un consenso favorable a la recepción de la autonomía de la voluntad en una futura convención sobre el tema.

La excepción más notoria fue Brasil, cuyo delegado manifestó que su país era contrario a la autonomía de la voluntad y que no parecía posible que cambiara esa posición en un futuro inmediato (400). En la sesión del 10/7/89 había explicado que si bien la tendencia de la doctrina era, en Brasil, a aceptar la autonomía de la voluntad, esta posición no era de recibo en la jurisprudencia. Agregó que la posición oficial coincidía con esta última.

La delegación uruguaya intentó una posición conciliatoria que permitiera la aprobación de las bases en términos tales que fueran aceptables para los países que como Uruguay siguen siendo contrarios a la autonomía. La misma había sido plasmada por el Dr. Herbert en el proyecto que presentó a la Comisión. Dicho proyecto expresaba la aceptación al principio dentro de un marco limitativo, que respetara las políticas legislativas de los estados afectados por el contrato y que salvaguardaba la verdadera libertad de elección.

La base No.1 finalmente aprobada, propone autorizar a los contratantes a "acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos".

En las bases subsiguientes se proponen los límites dentro de los cuales podrá actuar esa voluntad individual:

El acuerdo "debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes considerada en su conjunto y de las cláusulas contractuales" (base No.2).

Además, conforme con la base No.4, "Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato".

La base No.5 propone que las disposiciones imperativas de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos puedan, en forma facultativa, ser tenidas en cuenta.

La posición de la delegación uruguaya fue de que debían, en forma preceptiva, tenerse en consideración todas las disposiciones imperativas de todos los estados de alguna manera involucrados o cuyas economías se vieran afectadas. El delegado uruguayo, Dr.Herbert,

manifestó que la razón de esta aplicación preceptiva era que el contrato internacional afecta intereses estatales. Si se imponía dicha consideración preceptiva de todas las disposiciones imperativas antedichas, podía allanarse el camino para que los estados que tradicionalmente han sido contrarios a la autonomía de la voluntad, como Uruguay, modificaran su posición (401).

La base No.3 propone que a falta de elección de la ley por las partes o cuando dicha elección sea ineficaz, el contrato se rija por la "ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos".

El proyecto presentado por Uruguay contenía disposiciones más claras y detalladas en cuanto al marco limitativo de la autonomía de la voluntad. Así, el art.1, No.2 de dicho proyecto enumeraba taxativamente las áreas excluidas del ámbito de aplicación de la convención (402).

Asimismo, el art.4, No.1, establecía como requisitos para la validez de la cláusula de elección de la ley que: "a) las partes hayan convenido su aplicación expresamente y en forma inequívoca; y b) se haya expresado en el contrato o pueda deducirse de sus antecedentes y circunstancias que existe una consideración razonable para dicha elección; y c) no haya mediado imposición abusiva de una de las partes del contrato sobre la otra."

El delegado argentino Dr. Boggiano se manifestó contrario a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, expresando que si se recurría a ellas, quedaría poco o nada de dicha autonomía (403).

La eliminación de éstas restricciones hacen más que dudosa la posibilidad de ratificación legislativa uruguaya de una futura convención que no recogiera dicho marco limitativo.

En cuanto al criterio subsidiario a falta de elección válida de la ley del estado con el cual el contrato tenga sus vínculos más estrechos, el art.4 No.4 del proyecto precisaba cual debía ser el alcance e interpretación del mismo (404).

La posición de la delegación uruguaya podría resumirse, recurriendo a expresiones que el Dr. Herbert manifestara en la sesión de la Comisión II del día 11/7/89 (405), diciendo que Uruguay estaría dispuesto a aceptar la autonomía de la voluntad cuando el contrato sea realmente internacional, el consentimiento sea libremente pactado y siempre que se reserven las políticas estatales de los estados cuyas economías sean objetivamente afectadas, en el entendido de que el contrato es un factor económico.

E. CONCLUSIONES.

a. Las soluciones adoptadas por los congresistas de 1889 respondieron sin duda a una especial coyuntura histórica y a las necesidades que de ella se derivaban. Así, por ejemplo, se consagra la conexión "domicilio" con respecto al estatuto personal, rechazando la de la nacionalidad, por ser más conveniente que ésta última para países de inmigración, como eran en ese momento los participantes en el Congreso de Montevideo.

La casi unanimidad con que estas posiciones han seguido siendo sostenidas por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia durante casi un siglo, hace pensar que los factores que la determinaron se mantienen vigentes.

Esta inferencia, no obstante, ha sido cuestionada recientemente por Santos (406), quien alega que ninguno de los factores que determinaron la adopción de las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Apéndice del C.Civil uruguayo subsisten actualmente.

b. Existen sin embargo factores que impiden compartir esa visión optimista de las relaciones comerciales internacionales de fines del siglo XX.

La imposición de soluciones, de padrones culturales y de instituciones jurídicas del norte hacia el sur sigue siendo una realidad plenamente vigente hoy día. Este "colonialismo cultural" responde además a intereses comerciales y económicos concretos e innegables.

Cualquier enfoque del problema que tienda a obviar esta realidad pone en riesgo el interés nacional.

Cuando Ramírez impulsó la solución de la *lex domicilii*, la forma concreta de presentarse esta amenaza, era la tentativa de las potencias coloniales del siglo XIX de obligar a los nuevos estados nacionales latinoamericanos a aplicar ley de la nacionalidad. Y esta situación no debe reducirse a la problemática que planteaban las personas físicas inmigrantes. Lo que realmente desvelaba al "Foreign Office" era la posibilidad de que las empresas comerciales del Imperio fueran juzgadas por jueces locales y aplicando un derecho que no sólo les era ajeno sino que posiblemente iba a defender los intereses nacionales de los nuevos estados.

c. El éxito de Ramírez y los demás congresistas de 1889 en defender el interés nacional al impulsar esta solución ha sido pocas veces apreciado en su real magnitud. Las dudas planteadas recientemente respecto a su real posición sobre la autonomía de la voluntad revelan que este tipo de problema no se puede enfocar sin un previo análisis histórico político de la *ratio legis* que siempre subyace a la norma.

En 1889, el problema de la autonomía de la voluntad a la que Ramírez terminó siendo contrario no era el problema esencial en la lucha contra las potencias coloniales.

Impuesta incontestablemente la solución de la *lex domicilii*, las tentativas de que la gestión comercial de las empresas inversoras de capital extranjero se siga rigiendo por la ley y los tribunales de su país de origen, se intentó introducir por otras vías y argumentos.

d. En 1939, este problema centró gran parte de la discusión del Segundo Congreso de Montevideo, refiriéndose al tema de las personas jurídicas. La tentativa de que éstas se regularan por el derecho de la casa matriz fue claramente rechazada por Vargas Guillemette, Sapena Pastor y Bustamante i Rivero.

Estos insignes juristas tenían además muy claro que tampoco debía cederse ni un centímetro en los problemas del domicilio y de la autonomía de la voluntad.

e. A fines del siglo XX, la ofensiva cultural para imponernos soluciones que favorezcan sus intereses se llama "autonomía de la voluntad", y el pretexto invocado, "intereses del comercio internacional".

No es ajeno a esta problemática ni el conflicto de intereses norte sur, ni el problema de la deuda del tercer mundo (407).

La negociación de esta última se hace siempre en base a contratos que imponen la ley y los tribunales del prestamista. Los contratos de obras, de compraventa de mercaderías, o de servicios, que se financian con esos préstamos, también tienen impuestos por el prestamista y por el contrato principal la ley y el tribunal del más fuerte. La reciente polémica sobre la necesaria ratificación legislativa de dichos contratos según la exigencia del art.85 incs.6 y 7 de la Constitución, no es ajena a esta problemática (408).

No es admisible al respecto el argumento de que la diferencia de poder en la negociación hace inevitable que se termine aceptando esas cláusulas (409).

f. Más allá de los problemas impostergables que plantea todo lo que se refiere a la negociación de la deuda externa, el interés nacional en el problema de la autonomía de la voluntad está igualmente planteado a nivel comercial privado en todo lo que se refiere a nuestro comercio internacional.

La admisión lisa y llana de las cláusulas de jurisdicción y ley contenidas generalmente en contratos de adhesión impuestos por la parte más fuerte resulta inaceptable.

La afirmación de que las condiciones del mundo actual son tales que la problemática que justificó la radical oposición uruguaya a la autonomía de la voluntad durante más de

un siglo, estaría superada, es peligrosa porque desatiende factores innegables de la realidad político económica.

La decisión final de política legislativa sobre si se ratifica o se abandona la posición tradicional del país no puede tomarse sin tener en cuenta los factores anotados de dicha realidad en un mundo dividido norte sur.

La lucha por un nuevo orden económico internacional tendría que incluir necesariamente el derecho de las naciones en desarrollo de imponer su legislación en los contratos que las empresas multinacionales cumplan en su territorio, afectando intereses económicos locales. (409 bis).

TITULO II ¿AUTONOMIA IRRESTRICTA O LIMITADA?

CAPITULO 1. INTRODUCCION

Se ha discutido ampliamente si la autonomía de la voluntad debe o no ser limitada. Pero en realidad, ningún autor defiende la autonomía en forma absolutamente irrestricta. Asimismo, casi todas las legislaciones y jurisprudencias restringen la autonomía de la voluntad de una manera o de otra (410). Beale (411) dice que "los tribunales que adoptan una regla de este tipo se refiere a la autonomía de la voluntad han estado ocupados en definir limitaciones al ejercicio de la voluntad de las partes". Pero lo hacen de muchas maneras diferentes, y en distinta medida.

Hay algunas restricciones a la libertad de contratación en el derecho sustantivo, especialmente en la legislación económica, que contiene varias normas imperativas: leyes contra las prácticas comerciales restrictivas, legislación sobre precios y sobre control de cambios, y otras medidas que regulan la economía del estado (412).

Kahn Freund dice: "Las partes pueden anticipar la elección de la ley, pero dentro de límites que dependen del foro en que se presente la cuestión. Deberán restringirla, y probablemente en forma progresiva, cuanto más amplio sea el ámbito de las políticas económicas gubernamentales y su impacto sobre la libertad de contratación. La libertad de las partes de elegir la "proper law" del contrato no puede llegar al punto de permitirles colocarse fuera del alcance de las restricciones impuestas en interés de la higiene (controles de importación), protección social (salarios mínimos, precios máximos, leyes sobre rentas), restricciones relativas al monopolio, controles de cambio, planificación económica, protección de las rentas públicas. Si las restricciones son como ocurre frecuentemente parte de la lex fori, afirmarán su fuerza a través del principio del orden público, pero no si son parte de un tercer derecho ..." (413).

Alan C. Swan, profesor de la Universidad de Miami, afirma que dadas las normas de los tratados que crearon el Fondo Monetario Internacional, ningún tribunal de un país miembro del FMI puede dar validez a normas contractuales que violen las regulaciones de control de cambios del país cuya moneda está involucrada. Esto es así aún cuando las partes hayan elegido como ley aplicable el derecho de un país en el que esas disposiciones contractuales hubieran sido válidas. Agrega Swan: "Las partes de un contrato internacional están siempre sujetas a los variables controles de cambio de cualquier país en cuya moneda deban negociar, y ninguna cláusula de elección de la ley en el mismo contrato evitará dicha consecuencia" (414).

En el mismo sentido, George B. Schwab (415) afirma que el artículo VII, sección 2(b) del IMF Agreement (416) pretende evitar que un estado miembro frustre los legítimos controles de cambio de otro, y que las partes privadas violen las regulaciones sobre control de cambios.

Asimismo, hay normas que Lando llama "legislación protectora" (417), cuya política es "equilibrar la desigualdad en el poder de negociación de las partes en la economía actual" (418).

Muchos países han adoptado diversas medidas legislativas que intentan proteger a la parte más débil, tratando de alcanzar un cierto equilibrio en el poder de negociación de las partes del contrato. Estas son normas protectoras e imperativas, que regulan aquellos contratos que involucran partes que están en una posición económica o socialmente más débil, como los contratos de compra a plazos o los de ventas condicionadas, alquiler, préstamos de monto bajo, seguros de vida y accidente, contrato de trabajo, etc. (419). Estas reglas se aplican tanto a los contratos de adhesión como a los de carácter individual.

A veces, se protege también a una parte de estos contratos comerciales aunque no sea más débil que la otra, debido a que las normas imperativas en estos campos del derecho tienden a proteger no sólo a la parte más débil, sino también a los terceros y a la comunidad (420). Esta es una función fundamental del derecho, que no puede ser arriesgada en aras de la libertad de acción de las partes.

La mayoría de las legislaciones contienen normas cuya política es la de controlar las cláusulas onerosas de los contratos de adhesión, protegiendo de esa manera a la parte más débil. Ejemplos: Italia, Israel, Suecia y Alemania Occidental) (421). En otros países, los tribunales utilizan técnicas encubiertas para lograr el mismo resultado de protección a la parte más débil. Consideran dichos tribunales que el adherente no consiente en realidad a las cláusulas onerosas, y a veces las interpretan de forma tal que adquieran un sentido razonable y equitativo (422). En los Estados Unidos, los tribunales no han validado las cláusulas onerosas, y actualmente, el UCC s. 2 302 protege a la parte de un contrato de venta contra las cláusulas injustas. En Inglaterra, el Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (c.13) protege a los compradores y a los com-pradores a plazos contra las cláusulas de exoneración que intentan liberar al vendedor de responsabilidad por título defectuoso o por defecto del producto. Como señala Lando, el consumidor compra-dor ha recibido mayor protección que el com-prador que compra en el curso de los negocios.

Juenger (423) afirma que debido a consideraciones teleológicas debe haber límites al poder de elección de las partes.

CAPITULO 2. LIMITES MAS FRECUENTEMENTE ADMITIDOS EN EL DERECHO COMPARADO.

La autonomía de la voluntad nunca es irrestricta. En los países desarrollados, y en general en todos los que admiten la autonomía de la voluntad, esta nunca es absolutamente irres-tricta, sino que se ve limitada por un sistema de prohibiciones y controles que impidan abusos y resultados no aceptables para el país en cuestión. Esta limitación se da por una doble vía, que es legislativa y jurisprudencial al mismo tiempo.

Veremos aquí primero las limitaciones de origen legal y también las que ha ido creando la jurisprudencia, aunque estas tienen una importancia tal que necesitarán un capítulo aparte (infra cap.4).

Entre las mismas pueden verse:

a) Solución taxativa. La ley polaca del 2 de agosto de 1926 sobre derecho internacional privado, art.7, permite a las partes elegir entre las siguientes leyes: la *lex patriae*, la *lex domicilii* de una de las partes, la *lex loci solutionis*, la *lex loci contractus* y la *lex rei sitae*. Según Lando,ninguna otra legislación tiene este tipo de requerimientos.

Se ha dicho en favor de esta solución que evita que las partes elijan una ley sin ninguna conexión con la transacción, evadiendo normas imperativas de los países

vinculados con ella (424). Pero por otro lado ha sido criticada porque limita excesivamente la libertad de las partes.

Por eso algunos sistemas y autores piensan que es mejor requerir una "conexión razonable" y dejar libre al juez para determinar en cada caso si la ley elegida por las partes satisface o no dichos requisitos. Una enumeración taxativa de puntos de conexión puede carecer fácilmente de algunos razonables, en lo que a algunos casos se refiere, e incluir otros que pueden no ser adecuados en otros casos. Pero el riesgo que supone dejar en libertad al juez es que estos pueden no ser razonables.

b) Ley con "alguna conexión" con el contrato. La nueva ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado, del 12 de diciembre de 1965, sustituyó estas restricciones por una norma más liberal: en su art.25, #1, dispone que las partes pueden elegir cualquier Derecho con tal que tenga alguna conexión con el contrato, o sea que la limitación no se hace mediante una enumeración taxativa, sino con una cláusula general que puede ser positiva o negativa (425). La norma no especifica que clase de contacto se requiere, pero puede inferirse que el contacto requerido debe ser del tipo de aquellos establecidos en la ley de 1926, pero no limitados por una *numerus clausus* (426).

Kahn Freund señala que esta ley, que impide a las partes elegir un derecho sin conexión real con el contrato, es un intento de limitar no el efecto de la elección, sino su ámbito (427).

Esta norma también intenta, a través de la utilización de criterios objetivos, evitar que se eludan las normas imperativas. La "relación razonable" de la transacción con el derecho elegido debe ser tangible o visible (428). Esta solución puede ser criticada, por un lado, porque no permite a las partes realizar una elección *bona fide* de una ley sin conexión con su transacción, y por otro lado, porque es incapaz de prevenir una elección hecha *in fraudem legis*, ya que las partes pueden fácilmente crear un contacto con la ley elegida (429).

Swan (430) señala que la elección de la ley o la cláusula de selección del foro "no será validada si resulta que el foro elegido era altamente inconveniente para las partes, o no tenía ninguna conexión con la transacción ..." Pero observa que "hay muchos negocios (o industrias) estaño, cobre, prendas de cuero, etc. donde los contratos en formularios requieren que haya jurisdicción o arbitraje en una ciudad o país designado en los mismos, aún si la transacción en cuestión no tiene ninguna conexión con el lugar seleccionado. Es una simple costumbre comercial". Este autor no está de acuerdo con esta limitación y sugiere que, "cuando exista semejante costumbre ya establecida, la ausencia de conexión entre esa transacción en particular y el foro que señala dicha costumbre no debe impedir la validación de la cláusula (431).

c) Interés legítimo. Muchas legislaciones y jurisprudencias requieren un interés legítimo de las partes. Como ya hemos visto, Lord Wright ha dicho en el caso *Vita Food* (432) que la intención de las partes para elegir la ley debe ser "*bona fide and legal*", y que la conexión con el derecho elegido no era "necesario como una cuestión de principios".

d) Intereses del comercio internacional. Tanto la Corte de Casación francesa como las decisiones y "dicta" de los casos de Alemania Occidental desde 1961, parecen mostrar que la autonomía de la voluntad puede ser aceptada siempre que la razón subyacente de la elección de las partes sea el tener en cuenta los intereses del comercio internacional, dejando de lado el hecho de que el derecho elegido tenga o no algún contacto significativo con la transacción (433).

e) Interés razonable. El Tribunal Federal Suizo afirmó en el caso *Ades*, decidido en 1965, que los contactos locales no son necesariamente requeridos, pero que las partes deben tener intereses razonables al hacer su particular elección de la ley (434). Ese interés razonable existe cuando la ley elegida es particularmente adecuada a su transacción, cuando las partes quieren someterse a costumbres comerciales bien probadas del derecho elegido,

cuando su contrato está conectado con otros contratos que están regulados por la ley elegida, o cuando en sus alegatos, las partes eligen confiar en la ley del foro (435).

f) "Buenas razones" para la elección. En un leading case decidido en 1960, la Corte Italiana de Casación aceptó la autonomía de la voluntad sin requerir ningún contacto local, asumiendo solamente que las partes debían tener buenas razones para su elección (436).

g) "Base razonable" para la elección. El Restatement 2nd., #187 (2) (a) requiere una base razonable para la elección de las partes. Esto se da por ejemplo cuando ellas "eligen determinado derecho porque lo conocen bien", o porque "está suficientemente desarrollado" (437). Cuando el estado del derecho elegido tiene una relación sustancial con las partes o con el contrato, se considera también que las partes tienen una base razonable para su elección (438). Muchos fallos americanos muestran que la autonomía de la voluntad es rechazada cuando es utilizada para "evitar la ley aplicable" (439).

La Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras CIDIP III, La Paz, 1984 exige "una vinculación racional entre la jurisdicción elegida y el objeto de la controversia" (440). El objeto de la controversia es el propio contrato mercantil internacional, y "el contacto razonable o atendible será el existente entre el Juez elegido y el contrato mismo" (441). Afirma Solari que "La Convención no determina, en forma casuística, las conexiones que se estiman razonables, quedando en definitiva la apreciación de este elemento a criterio del Juez del Estado requerido" (442).

Najurieta (443) señala que en el derecho argentino se advierte un control legislativo y judicial de razonabilidad del derecho elegido por las partes, para evitar la imposición de ese derecho por la parte más poderosa.

Asimismo, muchos autores del área socialista aceptarían también la autonomía de la voluntad cuando la elección tiene una base razonable, dejando de lado el hecho de si hay una conexión entre la transacción y la ley elegida (444). Sin embargo, la cláusula de orden público del derecho ruso evita la evasión de las normas imperativas no sólo del derecho ruso, sino también del derecho del foro, en violación de los principios de las prácticas normales del comercio internacional.

h) Orden público del foro. En la Convención de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, art.2, se acepta la autonomía de la voluntad sin requerirse ningún contacto, pero el juez puede dejar de lado el derecho extranjero elegido cuando el mismo es incompatible con el orden público del estado del foro (art.6). Esta disposición puede ser usada para rechazar una elección hecha in fraudem legis (445), y los jueces probablemente lo harán, ya que la Convención no provee ningún otro medio contra las elecciones mala fide.

En la Conferencia Diplomática sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa, La Haya, 1985, la delegación de los Estados Unidos propuso una enmienda al art. 7, requiriendo una conexión razonable entre el contrato y la ley elegida. De lo contrario, el juez aplicaría las normas que de acuerdo a la ley aplicable en virtud del art.8, no pueden ser dejadas de lado por las partes. El profesor Reese afirmó que los Estados Unidos consideraban muy importante el limitar un poco más la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable (446). La propuesta fue rechazada.

El profesor von Mehren dijo, contra la propuesta, que "el agregar restricciones a la autonomía de la voluntad a las ya contempladas en los arts.17 y 18, sería indeseable y socavaría seriamente la certeza en las relaciones contractuales" (447).

El profesor Boggiano considera que la autonomía de la voluntad no requiere una conexión objetiva entre el contrato y la ley elegida por las partes. Estas ya encuentran sus límites en el orden público y en las "normas de aplicación exclusiva" (448).

Swan afirma que una "razón importante para la no validación de una cláusula de elección del foro", de acuerdo con el fallo en Bremen, atañe al resultado que probablemente se obtendrá en el foro contractualmente elegido. Si en opinión del tribunal estadounidense al cual se le pide que aplique dicha cláusula, ese resultado ofendería el orden público de los Estados Unidos, entonces dicho tribunal no debería aplicar la cláusula" (449).

"El mismo caso Bremen ilustra el problema. Uno de los puntos críticos en ese caso era la validez de una cláusula de renuncia de responsabilidad por negligencia contenida en un conocimiento de embarque. Si la referida cláusula hubiera estado contenida en un conocimiento de embarque relativo a un remolque de bienes interestatal, hubiera, de acuerdo a la Suprema Corte, sido invalidada por contraria al orden público de los Estados Unidos. Más aún, dado que un tribunal inglés reconocería probablemente validez a semejante cláusula, la cláusula que atribuía competencia al tribunal en Londres para todas las disputas que surgieran sería inaplicable. Sin embargo, como el conocimiento de embarque en cuestión se refería al remolque internacional de bienes, la cláusula no ofendía el orden público de los Estados Unidos, y se sostuvo que la referencia a los tribunales de Londres era válida (450). Swan reconoce, sin embargo, que el fallo en el caso Bremen "refleja una actitud más favorable hacia las cláusulas de elección del foro que la que prevalece en otros países (451).

i) Normas y principios internacionalmente imperativos. Según Boggiano (452), las partes deben respetar los límites impuestos por las "normas y principios internacionalmente imperativos", pero pueden dejar de lado aquellas normas imperativas locales aplicables sólo a los contratos locales. No están, sin embargo, obligadas a elegir una ley estrechamente vinculada con el contrato.

j) "Vinculación internacionalmente razonable". Tellechea discrepa con la idea de una libertad tan amplia (453), requiriendo una vinculación internacionalmente razonable entre la ley elegida y el caso.

k. Buena fe. Según Lando, la regla favorita en lo que respecta a los contratos comerciales relativos al comercio internacional, es la que acepta cualquier elección de la ley hecha bona fide.

Su desventaja es que aún cuando la elección es bona fide, "esta puede chocar con normas imperativas que expresen una política fundamental de un sistema jurídico estrechamente vinculado con el contrato" (454). Reconoce que "las razones en que se funda la autonomía de la voluntad no siempre son lo suficientemente fuertes como para sobrepasar a esas políticas fundamentales" (455).

Gastaldi también hace referencia al "principio rector de la buena fe" como límite a la autonomía de las partes (456).

Parece evidente la necesidad de tener en cuenta este requisito de la buena fe toda vez que se deba analizar las cláusulas de elección de ley aplicable al contrato y de juez competente para entender en las cuestiones a que el mismo de lugar. La práctica muestra que muchas veces la razón última para haber elegido un determinado derecho y foro es ni más ni menos que perjudicar al contrario. Esto ocurre por ejemplo cuando el foro elegido es muy alejado del lugar de residencia del damnificado, que ve así dificultadas sus posibilidades de reclamar por el incumplimiento contractual. Asimismo, cuando se elige un foro lejano al del lugar donde debió cumplirse el contrato, y donde se encuentra la prueba del incumplimiento, será difícil para el damnificado probar los hechos en el foro pactado. Cuando resulta que la cláusula de jurisdicción no fue libremente negociada sino que fue impuesta por la parte más poderosa, y que esta es, además, la parte que incumplió el contrato, cabe inferir que no se ha cumplido con el requisito de la buena fe.

En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU ha reconocido a los tribunales la facultad de recurrir al *forum non conveniens* en los casos en

que la elección del foro se hizo con el propósito de perjudicar a la contraparte (457). En el caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, el Ministro Jackson afirmó que : "...el actor no puede, a través de la elección de un foro inconveniente, molestar u oprimir al demandado infligiendo sobre él gastos o problemas que no son necesarios para satisfacer su propio derecho o alcanzar una solución." (458) Se busca evitar así los defectos de una excesiva libertad en esta materia.

l. Que no se establezca la competencia en forma abusiva. Este requisito aparece en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extra-territorial de las Sentencias Extranjeras CIDIP III, La Paz, 1984 con el propósito de eliminar la posibilidad de que la parte económicamente más poderosa en el contrato imponga a la otra la jurisdicción (459). Señala Solari: "Se sigue, de esta manera, la tendencia contemporánea de desplazar la prórroga de competencia si la misma ha sido negociada sobre una base de desequilibrio de las partes" (460). Agrega Solari que "Hubo acuerdo en el sentido de excluir del ámbito de la autonomía de la voluntad aquellos casos en que falta capacidad efectiva de negociación de una de las partes" (461). Implícitamente la Convención reconoce al juez del Estado requerido facultad de controlar los casos de abusos..." (462).

Es necesario destacar que esta convención se refiere sólo a la competencia indirecta, y no a la directa, como su propio nombre lo indica.

m. "Los principios superiores a los intereses individuales". Gastaldi sostiene que "los principios superiores a los intereses individuales" limitan la libertad de las partes en materia contractual, "porque si bien el contrato es el reino de la libertad lo es también del equilibrio y éste se logra limitando los posibles excesos" (463).

Estos principios se enuncian a través del orden público, la moral y las buenas costumbres, y pretenden evitar los excesos del contratante más poderoso sobre el más débil, del más habil sobre el más inepto (464).

n. "Que las partes se encuentren en una situación de igualdad". Según Goldschmidt (465) las partes sólo pueden ejercer su autonomía conflictual dentro de los límites que el DIPr. del juez establece, y señala que las "leges indirectae fori" "expresa o tácitamente suponen que las partes se encuentran en situación de igualdad, a fin de que ninguna pueda imponer a la otra un Derecho de manera coactiva." Es por eso, agrega, que "hay que observar con prevención las estipulaciones del Derecho aplicable que se hacen en contratos de adhesión" (466).

CAPITULO 3. ORDEN PUBLICO Y NORMAS DE APLICACION INMEDIATA COMO LIMITE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Sin perjuicio de las limitaciones anotadas, todos los países requieren obediencia al orden público del foro (467).

En algunos países continentales, el orden público tiene un doble aspecto:

a. "Orden Público a posteriori", o aspecto negativo del orden público. Desde el punto de vista negativo, dice Lando, el derecho extranjero contrario a las bases éticas o políticas del derecho del estado del foro no puede ser aplicado (468). Esto es lo que también se llama "excepción de orden público". Alfonsín (469) expresa que "el orden publico ... puede ser el fundamento de una excepción a posteriori que, sin obstar al funcionamiento de la norma de derecho privado internacional, impide la aplicación del derecho extranjero si es violatorio de nuestro orden público".

b. "Orden Público a priori", "Normas de Aplicación Inmediata", o aspecto positivo del orden público. Desde el punto de vista positivo, según Lando (470), "una ley del foro que en virtud de su propio texto o de su interpretación legal regula los temas en cuestión,

debe ser aplicada sin tener en cuenta siquiera si el derecho extranjero es aplicable o no". Esta regla, formulada por Dicey & Morris como representativa del derecho inglés, expresa lo que Franciscakis llamó "normas de aplicación inmediata".

Existen algunas leyes que la *lex fori* o sus jueces consideran de tal importancia, que son aplicables inmediatamente o directamente, sin siquiera entrar a considerar las reglas de conflicto. Esto sólo ocurre cuando las normas se refieren a un asunto en el que ese estado tiene un gran interés en aplicar su propio derecho, cuando hay un fuerte principio de orden público que impide la aplicación de ningún otro derecho más que el del foro.

Alfonsín llama a este aspecto positivo del orden público "orden público como excepción a priori": "El orden público ... puede ser el fundamento de una excepción a priori que obsta a que funcione la norma de derecho internacional privado; ...", en cuyo caso, "las leyes que el Estado reputa rígidamente obligatorias deben ser aplicadas sin ninguna vacilación a las relaciones jurídicas correspondientes." (471). En los países del common law, el aspecto positivo del orden público no suele expresarse en términos de esa doctrina. (Cfr. Lando, p.38).

Ambas funciones del orden público han sido aplicadas para salvaguardar la aplicación de la legislación económica, como la legislación sobre monopolios, las restricciones sobre el circulante y las leyes sobre rentas del estado del foro.

Han sido aplicadas también para salvaguardar la legislación protectora del foro, especialmente cuando el contrato está suficientemente vinculado con ese país.

c. Límites: Principios de orden público del derecho internacional privado del juez; y normas de policía del d.i.pr. del juez y las del país al cual el contrato está estrechamente vinculado. Aclara Boggiano que esta limitación a la voluntad de las partes opera de manera diferente según se trate de principios de orden público o de normas de policía. Estas últimas "producen una inflexible exclusión de lo que la autonomía de las partes pueda disponer. En cambio, los principios generales de orden público del D.I.Pr. ... admiten regulaciones basadas en la autonomía de las partes. Empero, las controlan de modo tal que lo dispuesto por ellas no lesione el contenido de los principios. Estos tienen carácter fiscalizador, digamos; las normas de policía son inmediatamente excluyentes". (472)

Boggiano afirma que las partes de un contrato internacional pueden excluir, sin limitaciones las normas coactivas o imperativas de los derechos privados vinculados al contrato. Estas normas, coactivas o imperativas respecto a los contratos nacionales, pasan a ser dispositivas en materia de contratos internacionales. (473) Esto podría tener efectos peligrosos si tenemos en cuenta que los contratos internacionales tienen efectos nacionales.

Gastaldi coincide con que las partes pueden eludir normas coactivas de los derechos internos, pero sólo "en la medida que no vulneren normas de orden público internacional" (474).

En el mismo sentido, Weinberg sostiene que "no se pueden dejar de lado las normas del orden público internacional" del juez (475). Menciona dentro de las materias del orden público internacional del juez las normas sobre capacidad, *lex rei sitae* para los inmuebles, derecho económico, control de cambios, importación, exportación, derecho laboral si el trabajo se efectúa en el país. Agrega que "estas normas son territoriales y hacen a los intereses económicos y políticos del Estado" (476).

Agrega Boggiano que las partes sólo deben "sujetarse inflexiblemente a los principios de orden público del derecho internacional privado del juez" (477), a las normas de policía del derecho internacional privado del juez y las del país "al cual el contrato está estrechamente vinculado por su función económica" (478).

En el fallo del caso "Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio", Boggiano expresa, en este mismo sentido, que han de respetarse las normas de

policía y los principios de orden público del d.i.pr. del foro, pero que las normas imperativas o coactivas del derecho privado del foro no configuran límite a la autonomía material, salvo cuando ellas se consideran "la esencia misma de algún principio general de orden público" (479). Advierte que debe distinguirse entre las normas coactivas del derecho, que son de orden público interno y se aplican a los casos nacionales, y las normas de policía de D.I.Pr., las cuales "se refieren a casos con elementos extranjeros y los sujetan al derecho propio por consideraciones de orden público internacional, esto es, aplicable a casos multinacionales" (480).

En cuanto al derecho extranjero, manifiesta que las partes pueden derogar las normas dispositivas, coactivas y de policía del derecho extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto, salvo las que fueren inderogables en el o los países donde el contrato deba producir algún efecto (481).

Como consecuencia de la autonomía conflictual, que permite a las partes elegir un derecho aplicable distinto del que indica la norma de conflicto, estas pueden incorporar algunas de las normas del derecho elegido y desechar otras aunque sean normas coactivas y de policía de ese derecho elegido en virtud de la autonomía material (482).

En igual sentido se pronuncia Boggiano en el fallo por él dictado en el caso "Feramérico c. Lital S.A." (483).

Wolfgang Freiherr Marschall von Bieberstein, profesor de la Universidad de Bonn (484), afirma que sólo algunos países, como por ejemplo Alemania, "permiten que una simple cláusula de elección de la ley prevalezca sobre las disposiciones imperativas de su *lex fori*". Otros, como Bélgica, aceptan dicha cláusula "sólo mientras esta no esté en conflicto con el *ius cogens* de su *lex fori*" (485). Estas disposiciones imperativas prevalecerán así sobre la cláusula de elección de la ley "cuando sean aplicables como la *lex fori* del juez que decida la cuestión" (486).

d. Otros límites: Las normas de policía de los Estados vinculados de alguna manera al contrato. Herbert (487) considera necesario tener en cuenta, además de las normas de policía del foro, "que naturalmente operan sin necesidad de norma expresa, ...las extranjeras, vinculadas de alguna manera a las obligaciones contractuales". O sea que la limitación sería más amplia, por referirse a las normas de policía de todos los Estados vinculados de alguna manera al contrato, o cuyas economías se ven de alguna manera afectadas por ese contrato, y no sólo a las del Estado con el cual el contrato está estrechamente vinculado por su función económica, como dice Boggiano (ver cita 478).

El profesor alemán von Bieberstein afirma (488) que si bien se puede observar una renuencia a aplicar disposiciones imperativas de otro derecho que no sea la *lex fori*, aún si este fuera el aplicable de no existir una elección de la ley por las partes, se aprecia una nueva tendencia a alentar a los jueces a aplicar las disposiciones imperativas de otros estados con los cuales la situación tenga una conexión significativa (489).

Norbert Horn (490) recomienda que al redactar un contrato internacional, el abogado debe tener en cuenta no sólo las normas imperativas que pueda contener la ley aplicable al contrato, sino también aquellas leyes imperativas dictadas por "los estados involucrados".

d.1. Conferencia de La Haya'1986. En la Conferencia de La Haya sobre Ley Aplicable a la Compraventa de Mercaderías de 1986, se aprobó que solamente "las disposiciones de la ley del foro que hubieren de aplicarse fuere cual fuere la ley aplicable al contrato" (art.17) operarían como límites de la autonomía de la voluntad, excluyéndose las de los terceros estados con vínculos suficientemente estrechos con el caso. Esta solución fue contraria a la posición latinoamericana mayoritaria, "que hacía jugar a un mismo tiempo límites muy severos a la autonomía a través de *mandatory rules of law*, de la ley del foro y de terceros Estados con vínculos suficientemente estrechos con el caso"

(491). Opertti aclara que "esta circunstancia jugó en la decisión de Uruguay de no firmar la Convención" (492).

d.2. Tendencia en el common law. Según Lando, "en los países del common law, ...los jueces han sido más favorables a considerar la legislación económica ... que los de los países del civil law" (493). "En muchos casos será necesario o razonable tener en cuenta el derecho extranjero aún cuando no sea parte de la "proper law". Sin embargo, definir exactamente cuales son esas circunstancias no es fácil" (494). Agrega que "sería razonable tener en cuenta la disposición extranjera como un "acto de cortesía" cuando, por ejemplo, la economía del país que la ha promulgado está directamente afectada por el acuerdo, y cuando disposiciones equivalentes de otros países reclaman generalmente ser aplicadas cuando acuerdos similares afectan su economía" (495).

El Restatement 2nd., #6, tiene en cuenta las políticas relevantes del foro (2,b) y de otros estados interesados (2,c), admitiendo que puedan ser varios los Estados vinculados, cuyas políticas deban ser tenidas en cuenta, además del del foro.

d.3. Tendencia en las CIDIP. Las seis Convenciones de la CIDIP I Panamá 1975 "aluden al orden público al permitir que se deje de aplicar el derecho extranjero si infringe manifiestamente el propio orden público" (art.11 de la Convención sobre letras de cambio; art.12, par.1 de la Convención sobre cheques; art.5, par.2, inc.b de la Convención sobre arbitraje comercial internacional; art.17 de la Convención sobre exhortos; art.16 de la Convención sobre recepción de pruebas; art.12 de la Convención sobre régimen legal de poderes) (496).

Parra Aranguren (497) expresa que la problemática referente al orden público fue debatida en toda su amplitud el 22 de enero de 1975 por la comisión segunda de la Primera Conferencia Especializada (CIDIP I), al considerar el proyecto de Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. En dicha oportunidad, el Dr. Valladao destacó la frase "manifiestamente contraríen" del artículo en examen, incluida con el propósito de restringir la natural tendencia de extender las hipótesis de su funcionamiento. Los intervinientes en el debate coincidieron en principio con la necesidad de alcanzar dicha finalidad, aunque hubo alguna discrepancia con respecto al método a utilizar (498).

El Dr. Opertti planteó: "la delegación que integro es partidaria de que la cláusula de orden público no figure en los tratados, lo que no significa que niegue su existencia..." (499). "...El orden público consagrado en un tratado supranacional constituye, de alguna manera, una forma de ampliación de la oposición de los órganos jurídicos territoriales, al concepto de las normas supranacionales... eso no impide reconocer que hay normas que identifican a los Estados y que éstos harán valer pero creo que no corresponde al espíritu de una convención internacional adoptar un mecanismo de defensa que, en la medida que se consagra en el derecho positivo supra-nacional, no hará sino progresar al orden público y el progreso del orden público equivale al retroceso del derecho internacional" (500).

Según Parra Aranguren (501), presidente de la comisión segunda, a pesar de las diferencias de matices, existió un "acuerdo general en incluir una cláusula de orden público; en que el orden público que se pretende incluir viene a representar los principios básicos y fundamentales del país donde se plantea la cuestión; y en que se debe tratar de restringir, dentro de los límites posibles, la fórmula del artículo para evitar aplicaciones exageradas".

En oportunidad de estudiarse el tema en la CIDIP II, se convino en aceptar el texto aprobado en Panamá en 1975, recogiendo una propuesta de Goldschmidt con el propósito de restringir la posibilidad de excluir la aplicación del derecho extranjero, a la hipótesis de su manifiesta contrariedad con los "principios" de orden público de la lex fori (502), aprobándose en definitiva el siguiente texto: "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden

público." (art.5 de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado CIDIP II).

La fórmula aprobada "reproduce la idea ya admitida en la Conferencia de Panamá de que la violación ha de ser manifiesta, para excluir el posible funcionamiento del orden público en los casos de duda; pero la perfecciona en el sentido de precisar que debe recaer sobre los principios del propio derecho, sin permitir su intervención cuando sólo se vean afectadas las normas que desarrollen dichos principios" (503).

La referida disposición "recalca muy meritoriamente el carácter completamente excepcional del orden público internacional, al exigir como requisitos de su existencia que la ley extranjera ha de ser manifiestamente contraria a los principios del orden público del juez" (504).

El Dr. Parra Aranguren propuso incluir un artículo que reconociera expresamente la existencia de ciertas áreas jurídicas, que se encuentran de alguna manera al margen de la posible intervención de las normas de conflicto y respecto de las cuales no cabe siquiera imaginar la aplicación de una ley extranjera (505). Se refiere aquí al orden público a priori, o normas de aplicación inmediata.

Operti manifestó al respecto: "...no está en duda que cada Estado puede, en ejercicio de su soberanía e independencia, señalar que normas son de aplicación perentoria o necesaria, sin que esté en juego el sistema de conflicto, pero no es lo mismo reconocer a cada Estado esa facultad, derivada del concepto de soberanía o independencia, que reconocerla a través de un proyecto de normas de carácter general, que quieren servir de sistema vertebral para todo el conjunto de los tratados que, a nivel del sistema interamericano, se vayan aprobando" (506).

La propuesta del delegado venezolano no fue, en definitiva, aprobada.

d.4. La Convención de la Comunidad Económica Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Roma, 1980. La Convención admite la autonomía de la voluntad en materia de elección de la ley (art.3 (1), pero dentro de ciertos límites.

Estas limitaciones establecen, en primer lugar, la aplicación de las "disposiciones imperativas" del foro y de otros estados conectados con el asunto (507), y en segundo lugar, el rechazo de una norma por el juez en base al orden público (508).

Jackson aclara que la Convención utiliza dos conceptos de "disposiciones imperativas": "aquella que es imperativa en un sentido doméstico, o sea que dentro de su propio sistema jurídico no puede ser derogada por acuerdo de voluntades, y en sentido internacional (de conflicto de leyes), que no puede ser dejada de lado a través de la elección de otra ley que no sea la que la declara imperativa" (509).

Pero la definición de "disposiciones imperativas" dada en el art.3 (3) "disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato" tiene un alcance diferente al del art.7.

El artículo 7 (2) "conserva una norma de derecho internacional privado generalmente admitida, es decir, que cualquiera que sea la "proper law" y ya sea que esta haya sido determinada mediante la elección de las partes o por las normas contenidas en el art.4, el juez puede aplicar normas del derecho del foro "en el caso de que sean imperativas independientemente de la ley aplicable al contrato"." (510).

El Giuliano/Lagarde Report (511) se refiere a las disposiciones imperativas tales como las "normas de aplicación inmediata", y da los siguientes ejemplos: "normas sobre monopolios, prácticas restrictivas y de competencia, protección al consumidor y ciertas normas relativas al transporte".

Como manifiesta North (512), "admitiendo la libertad de elección, se está aceptando que muchos de los requerimientos del propio derecho no serán aplicados, pero hay un

remanente que debe ser aplicado en los propios tribunales, independiente-mente, como dice el art.7 (2), del derecho aplicable al contra-to".

Jackson concluye que "ninguna norma de la Convención limita al juez en cuanto a sus posibilidades de aplicar las disposi-ciones imperativas del foro (i.e. disposiciones imperativas en sentido doméstico e internacional) (513).

Conforme al art.3 (3), "La elección por las partes de una ley extranjera ... no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas".

Así, las disposiciones imperativas del único país con conexiones i.e. el país con el cual están conectados todos los elementos relevantes de la situación excepto la elección (514) son las aplicables, a pesar de la ley elegida.

North dice que "el objetivo es claro: las partes no pueden evadir la aplicación de ninguna de las disposiciones imperati-vas de su propio derecho interno mediante una cláusula de elección de la ley" (515).

De acuerdo al art.7(1), el juez, "Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, sean aplicables cualquiera sea la ley que rija el contra-to".

El significado de esta disposición, combinada con la del art.3(3), es que "si en ese tercer país hay normas que no pueden ser derogadas por contrato, estas pueden ser aplicadas por el juez, siempre que dichas normas deban, según la ley de ese tercer país, ser aplicadas cualquiera sea la ley aplicable al contrato" (516).

Refiriéndose a los contratos celebrados por los consumido-res, el art.5(2) establece que "la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual", la cual es impuesta por la Convención como la ley aplicable.

El mismo criterio es adoptado por el art. 6(1) en relación con los contratos individuales de trabajo: "...la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo."

North destaca que "en ambos contextos, el propósito de la referencia a las disposiciones imperativas es limitar la libertad para elegir la ley aplicable" (517).

Debe notarse, señala Jackson (518), que la manera más direc-ta de evadir disposiciones imperativas a través de cláusulas de elección del foro o de arbitraje no está contro-lada por la Convención en forma alguna. Por el contrario, está expresamente excluída en el art.1(2)(d).

La excepción de orden público está limitada a aquellos casos en que la aplicación del derecho extranjero sea "manifiestamen-te incompatible con el orden público del foro" (art.16).

Este principio había sido anticipado por Cardozo, J. en *Loucks v. Standard Oil Co.* (519). La Corte de Apelaciones de New York sostuvo que el orden público no prohibía la asunción de jurisdicción por los jueces de New York, porque el derecho de entablar demanda no ofendía "nuestro sentido de justicia ni amenazaba el bienestar público" (520), y no "violaba principios fundamentales de justicia, concepciones morales pre valentes, tradiciones bien arraigadas del common wealth" (521).

e. Críticas y Conclusiones. El punto débil del orden público es que se trata de un recurso nacional, ya que no tiene en cuenta la legislación protectora de países extranjeros. Cuanto más frecuentemente sea aplicada esta doctrina por los jueces, con más frecuencia surgirá la cuestión nacional, independientemente del derecho extranjero que regule el contrato (Cf. Lando).

Además, según Lando, la frecuente aplicación del orden público local alentará el forum shopping y pondrá en peligro la previsibilidad y la uniformidad de las decisiones.

En consecuencia, Lando aconseja (522) que el principio del orden público sea aplicado cautelosamente, y que los jueces deberían adoptar un enfoque más tolerante del derecho extranjero y una interpretación más estricta del derecho local considerado como "directamente aplicable".

Rabel considera que "... el recurrir al orden público del foro es una medida muy delicada y rara vez justificable" (523). Parecería entonces, dentro de este esquema, que la incapacidad de los sistemas que admiten la autonomía de la voluntad para dar una respuesta adecuada a la problemática comercial real y la necesidad de limitarla severamente tanto para proteger al consumidor como para asegurar el respeto a las políticas fundamentales del país de ejecución, se han ido haciendo cada vez más evidentes.

Lando reconoce que "Por un lado, existen fuertes razones que requieren la autonomía de la voluntad. ...Por el otro, existen argumentos igualmente convincentes contra la libertad de las partes de elegir la ley aplicable. Una parte débil enfrentada con la alternativa de adherir a los términos establecidos por la otra parte o de no contratar en absoluto, puede encontrar que esa libertad es ficticia. Más aún, algunos contratos son objeto de un intenso interés público. El principal propósito de la legislación que los regula es proteger a la parte más débil contra términos restrictivos o injustos." (524) Y agrega que "La libertad de las partes de elegir la ley aplicable ... dependerá de una ponderación de intereses: por un lado, los intereses de la comunidad con la cual la transacción tiene contactos locales sustanciales reclama la aplicación de sus disposiciones imperativas protectoras. ...Por otro lado, los intereses del comercio internacional requieren una cierta libertad." (525).

Resulta claro pues que el interés de los Estados en proteger sus políticas fundamentales debe estar por encima de los pretendidos intereses del comercio internacional, que muchos autores invocan aunque sin especificar cuales son y que en realidad no son tales sino que son los intereses económicos concretos de determinados Estados o grupos. Por tanto, y ante los varios intereses particulares en juego, es necesario ubicarse en una perspectiva concreta desde la cual analizar la conveniencia o no de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional. Desde el punto de vista de la CEE, de los distintos Estados que la integran, o de los Estados Unidos de América, por ejemplo, puede resultar necesaria y conveniente la admisión de la autonomía de la voluntad. Desde el punto de vista de Uruguay, país con una situación absolutamente opuesta en todo sentido a los antes mencionados pequeño, pobre, con poca o ninguna incidencia en el comercio internacional y por consiguiente con escasas posibilidades de negociar condiciones en la contratación internacional la conclusión que la lógica exige parece ser exactamente la contraria. Admitir dicho principio implicaría quedar a merced de las condiciones impuestas por partes más poderosas.

Puede ser que un desarrollo adecuado y suficiente de las normas de policía proporcione un marco limitativo aceptable que permita admitir la autonomía de la voluntad, pero nosotros carecemos de él. Herbert afirma (526) que "es más fácil aceptar un amplio margen de autonomía, cuando existe un desarrollo importante y parejo de las normas de policía en los diferentes Estados vinculados al contrato, pero no lo es tanto cuando esta condicionante no se da, como en el ámbito regional. No es ciertamente fortuita la coincidencia de que, quienes postulan la mayor amplitud de la autonomía de la voluntad,

también señalan la necesidad de tener en cuenta no sólo las normas de policía del foro, sino las de todos los ordenamientos vinculados al contrato como único y excepcional límite a esa autonomía." En el ámbito regional, "se carece de normas referentes a prácticas comerciales no aceptables, como aquellas que afectan la competencia o que están relacionadas con el abuso de poder de mercado, destinadas a la protección del mercado propio; también se carece de normas de protección del consumidor, ... y otras normalmente incluidas entre las normas de policía en los países desarrollados."

CAPITULO 4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA ADMISION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS PAISES EN DESARROLLO.

Las restricciones que deben necesariamente rodear al principio de la autonomía de la voluntad son amplias y universalmente admitidas.

a. Reconocimiento del problema aun por parte de los partidarios de la autonomía de la voluntad. Al final de su conclusión, Lando menciona simplemente que "la libertad irrestricta de las partes para seleccionar la ley aplicable puede ser un instrumento peligroso en manos de una empresa poderosa negociando con un consumidor o empleado más débil, que sea parte en un contrato no comercial".

Morris (527) también destaca los riesgos de una libertad amplia cuando las partes tienen un desigual poder de negociación: "permitir a las partes ... una amplia libertad para elegir la ley aplicable puede funcionar bien en contratos internacionales en que ambas partes tienen un poder de negociación igualmente fuerte".

Boggiano también admite que es necesario limitar la autonomía de la voluntad cuando una parte es "típicamente débil" (528).

No obstante, la realidad estaría indicando que los conceptos tradicionalmente manejados de "parte débil" (en especial referidos a consumidores y empleados) son absolutamente insuficientes para la problemática que plantea el uso abusivo de una autonomía de la voluntad irrestricta. Hay muchas situaciones que no entran dentro de esos parámetros y que importan una desigualdad en las posibilidades reales de negociación de los términos del contrato. Se ha analizado ya el problema de los contratos de adhesión, especialmente el de transporte, el problema de los que aún siendo comerciantes carecen de poder de negociación frente a comerciantes más poderosos ej. de los concesionarios y fundamentalmente, la situación de los comerciantes pertenecientes a países en vías de desarrollo en sus relaciones con comerciantes de países desarrollados. Por tanto el riesgo que implica la autonomía de la voluntad se extiende a áreas mucho más amplias que las que plantean Lando, Boggiano y Morris.

Parece razonable la afirmación de Morris de que "una amplia libertad para elegir la ley aplicable puede funcionar bien en contratos internacionales donde ambas partes tienen igual poder de negociación" (ver nota 527), pero aún en este caso es necesario que exista un previo desarrollo de un marco normativo proteccionista (529) de ciertas políticas fundamentales de los Estados afectados por el contrato. Este segundo requisito no se da sin duda en la mayoría de los países latinoamericanos (530). El problema de la desigualdad de poder de negociación se analiza a continuación, porque no cabe presumir la igualdad en el poder de negociación de las partes cuando una de ellas pertenece a un país en desarrollo y la otra a uno desarrollado (531).

b. La desigualdad de poder de negociación de las partes aparece incluso en contratos comerciales internacionales, como un problema permanente para los países en desarrollo.

En la óptica de autores del mundo desarrollado, este problema puede no ser frecuente. Para ellos, el típico contrato comercial internacional, celebrado entre empresas comerciales equivalentes, implica un ejercicio normal de la autonomía de la voluntad. Pero a veces, las partes de un contrato comercial internacional no tienen el mismo poder para negociar, y ello es más frecuente si se trata de partes de países con desigual grado de desarrollo y poder económico.

Lando sólo menciona, como ejemplos de contratos internacionales donde no existe la igualdad de poder de negociación, los contratos con consumidores (falta una condición, porque sólo una parte es una empresa, mientras que la otra es un consumidor), contratos de trabajo, y aquellos celebrados por granjeros y personas que desarrollan pequeñas industrias ("cottage" industries) (532). En todos estos casos, la empresa detenta una posición más poderosa a los efectos de la negociación de las condiciones del contrato, o simplemente las impone, sin dejar ninguna posibilidad de elección a la otra parte. Esta parte más fuerte es también más habilidosa y dispone de una más amplia gama de recursos que la más débil.

Pero al observar la realidad, estos no aparecen como los únicos casos donde no existe igual poder de negociación: cabría agregar los contratos de seguros, los de intermediación, todos los de adhesión en general (en especial los de transporte) y todos aquellos en que una parte pertenece a un país desarrollado mientras que la otra proviene de uno en desarrollo (ej.: transporte, contratos de préstamo, de inversión, de transferencia de tecnología, etc.).

El comercio internacional proporciona una amplia variedad de situaciones en las que, a pesar de ser ambas partes comerciantes, una de ellas tiene un mayor poder de negociación, en general porque es económicamente más poderosa.

Es necesario destacar que es frecuentemente admitido por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación de los estados cuyos sistemas jurídicos admiten la autonomía de la voluntad, que ésta no es aceptable en los contratos de adhesión.

Así por ejemplo, el delegado de Estados Unidos a la CIDIP IV, Peter Pfund, manifestó en la sesión del 11/7/89 de la Comisión II, que cuando hay una gran disparidad entre las partes, la libertad de elegir la ley y el foro no existe, y que eso es precisamente lo que ocurre en los contratos de adhesión (533).

Delaume (534) señala que tanto Francia, como Bélgica, Dinamarca y Alemania, han adoptado una política liberal en cuanto a la aplicación de las cláusulas de elección del foro, salvo con respecto a los contratos de adhesión, en cuyo caso dichas cláusulas están sujetas a limitaciones estrictas.

Justice Burger pone el énfasis, en el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Bremen c. Zapata* ya citado, en la necesidad de que el acuerdo respecto al foro haya sido libremente negociado, lo que a contrario sensu podría interpretarse que descarta las cláusulas que respecto a la jurisdicción se incluyen en los contratos de adhesión.

La Convención sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias Civiles y Comerciales de la CEE, de 1968, admite la autonomía de la voluntad con ciertos límites, y uno de ellos, establecido en el art.17, son las cláusulas de elección del foro insertas en los contratos de adhesión (535).

El mismo art.17(1) exigía que la cláusula de elección del foro fuera escrita o resultara de un acuerdo verbal confirmado por escrito. Delaume comenta al respecto que las Cortes de Justicia de las Comunidades Europeas interpretaron en forma estricta este requisito en dos casos (536), donde negaron efecto a las cláusulas incorporadas en condiciones generales estandarizadas de comercio o "cartas de confirmación", ampliamente usadas por los comerciantes.

En 1978, la Convention of Accession adicionada a dicha convención, flexibilizó esta solución (537), pero sin abandonar el principio básico.

c. Falta de opciones.

Esto se ve agravado si el consumidor de servicios o el comprador del país receptor se ve ante una falta de opciones total, derivada del manejo monopólico, o por lo menos coordinado, de los contratos tipo por parte de los suministradores de servicios o bienes.

Si todos los transportistas que ofrecen sus servicios en el mercado incluyen las mismas o equivalentes cláusulas de elección de la ley y del foro en sus conocimientos de embarque ya impresos, el importador extranjero no tendrá ninguna posibilidad de negociar estos puntos, aunque sea un comerciante, y aunque sea económicamente poderoso. Simplemente no podrá elegir, porque el contrato de adhesión que le ofrece el transportista no brinda dicha posibilidad. Esto es así especialmente en el comercio marítimo: los países consumidores de servicios armatoriales se ven enfrentados a una realidad en que desde los precios a las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable se establecen por las Conferencias de Fletes. Estas son organizaciones monopolísticas de los armadores que fijan las condiciones del comercio en cada región (Ej. Río de la Plata con United Kingdom, o Río de la Plata con Costa Este de USA, etc.). Estas organizaciones fijan fletes y modelos de bills of lading en forma uniforme para todos los buques que cubren un tráfico dado, sin posibilidad de opción para los consumidores.

Aún en los países desarrollados, todas las tentativas para someterlas a leyes antimonopolio han fracasado.

En los países consumidores de servicios armatoriales, la única acción del Estado en defensa de sus comerciantes se limita a la exigencia de que se establezcan negociaciones y que las tarifas y fletes se aprueben por la autoridad pública. En cuanto a la unánime adopción de cláusulas de elección de ley y jurisdicción fuera de los países consumidores, la defensa surge de la existencia de normas de orden público que las prohíben genéricamente, como las de nuestro Apéndice del Código Civil.

UNCITRAL ha intentado un tímido acercamiento a esta problemática por medio de su reciente Convención sobre Código de Conducta para las Conferencias de Fletes (ratificada por Uruguay, Ley No. 14.881, del 23/4/1979). No obstante, la propia Convención termina por confesar su impotencia: si las Conferencias de Fletes no se ajustan al Código de Conducta, no hay forma de obligarlas.

Por lo tanto, parece evidente que en este marco específico, la simple renuncia a los sistemas tradicionales con normas pre establecidas, conteniendo puntos de conexión elegidos en base a determinadas políticas dejaría las manos libres a las organizaciones monopólicas de los armadores para imponer su ley y su jurisdicción, que es siempre la ley que les asegure mejores términos de impunidad en caso de incumplimiento contractual.

La razón de que los armadores tengan una posición más fuerte en su relación con los consignatarios, puede no ser económica, sino que puede derivar del hecho de que todos utilizan conocimientos de embarque estandarizados, que incluyen el mismo tipo de cláusulas impresas, donde no hay oportunidad para la negociación, lo cual priva al consignatario de la posibilidad de elegir un acuerdo más favorable.

CAPITULO 5. PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES COMO LIMITE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION DE LOS PAISES DESARROLLADOS.

a) Antecedentes.

Hartley (538) señala que "si son dejados en libertad, el fuerte explotará y oprimirá al débil; es necesario por tanto que el Estado intervenga, proporcionando una mínima protección a aquellos que son incapaces de defender adecuadamente sus intereses". Cabría agregar que esa protección debería ser proporcionada no sólo a los que son incapaces de defender sus intereses por razones propias, sino también a los que carecen de esas posibilidades por causas ajenas a ellos, como por ejemplo por la de falta de opciones en el mercado.

En el campo de los contratos, esto determina la necesidad de restringir la autonomía de la voluntad: "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). La legislación destinada a proteger a los consumidores y a los empleados cae dentro de la primera categoría, y la legislación basada en políticas económicas o sociales, o en política exterior por ejemplo, controles de importación, exportación o cambio cae dentro de la segunda" (539).

Hartley señala que la legislación de protección al consumidor aparece en el presente siglo como una "consecuencia del crecimiento de la sociedad de consumo" y porque la relación entre consumidores y proveedores es "bastante desequilibrada" (540). Los proveedores son firmas poderosas, que tienen la posibilidad de imponer sus términos sobre una base de "tómalo o déjalo" (take it or leave it), mientras que los consumidores son individuos, "con frecuencia demasiado ignorantes para comprender que es lo que están aceptando o cuales son las consecuencias de ello (541). Este concepto de consumidor, como parte más débil que requiere protección del Estado, parece insuficiente. Hay infinidad de casos en que una de las partes del contrato no es un consumidor sino un comerciante, no es un individuo sino una empresa, no es ignorante y entiende perfectamente las condiciones que se establecen en el contrato, y sin embargo no tiene la menor posibilidad de negociar otras condiciones, o de optar por otra fórmula de adhesión porque en el ramo son todas iguales.

Una vez aceptados los fundamentos de la protección del consumidor y aprobada la legislación de protección al mismo conteniendo disposiciones imperativas, es imposible "de acuerdo al propósito que está detrás de dicha legislación, que esta sea anulada mediante la autorización dada a las partes de elegir otro sistema legal para regular el contrato, ...o hacer esto indirectamente ...mediante una cláusula de elección del foro" (542). Como puede reconciliarse la autonomía de la voluntad con esta idea? Hartley hace notar que los jueces de los países del common law han adoptado dos soluciones: atacar la cláusula de elección de la ley y argumentar que no surte efectos, por una razón u otra, o argumentar que las disposiciones de protección al consumidor son aplicables a pesar de la elección de las partes (543).

La jurisprudencia de los países desarrollados ha atendido a esta problemática, especialmente en Estados Unidos.

Esta jurisprudencia, no obstante, hace una distinción previa entre contratos de empresas con consumidores y trabajadores y los contratos entre dos o más empresas comerciales.

b. Jurisprudencia favorable a tener en cuenta la desigualdad como límite a la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores y trabajadores.

En el caso *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California*, (544) la Suprema Corte de los Estados Unidos 294 U.S.532 (1935) en sentencia redactada por Stone, confirmó el fallo de la Suprema Corte de California aplicando el California Workmen's Compensation Act en vez del de Alaska, como se establecía en el contrato de trabajo firmado por el trabajador reclamante.

Palma, un extranjero no residente, que tenía negocios en California, celebró en San Francisco un contrato escrito de trabajo. Aceptó trabajar para el apelante en Alaska durante la estación del enlatado del salmón. El contrato establecía que las partes estarían sujetas y obligadas por las disposiciones de la Alaska Workmen's Compensation Act.

Luego de su retorno a California desde Alaska, el empleado reclamó y posteriormente consiguió que la California Commission le otorgara una compensación por las heridas que había sufrido en el transcurso de su empleo en Alaska.

La Suprema Corte de California estableció "que la #58 de la California Compensation Act era aplicable a Palma, a pesar de ser un extranjero no residente; que aunque el contrato de trabajo se había celebrado dentro de este estado se refiere a California la estipulación de que se aplicaría la Alaska Act era inválida conforme a la #27(a). La Corte concluía que la ley de Alaska proporcionaba un recurso al empleado en Alaska, y sostenía que entablando la defensa basada en la ley de Alaska en California, las dos leyes entraban en conflicto, y que en ese caso ni la cláusula de debido proceso ni la de plena fe y crédito negaban al estado el poder de aplicar su propia ley, excluyendo la ley de Alaska, al fijar y otorgar una compensación por daños" (545).

La Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó que: "Los mezquinos hechos dejados al descubierto por el recurso muestran la práctica de emplear trabajadores en California para una actividad zafra 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 la herida 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 tanto, tenía un interés público legítimo en controlar y regular esta relación empleador empleado de forma tal de imponer al empleador responsabilidad por las heridas sufridas por el empleado, y de proporcionar un recurso disponible para este último en California" (546).

Este caso muestra que en la práctica, cuando se deja a las partes de un contrato en "libertad" de elegir la ley aplicable al mismo, la parte más fuerte impondrá a la más débil la ley que más le convenga, muchas veces con la intención lisa y llana de lograr la impunidad. La Corte reconoce expresamente que los contratos de trabajo en cuestión se hacían bajo condiciones tales "que hicieran improbable que los empleados heridos en el transcurso de su trabajo en Alaska reclamaran compensación allí" (547).

Ante esta situación, la solución que se adoptó fue la de rechazar la cláusula de elección de la ley. En *Fricke v. Isbrandtsen Company* (548), la actora era alemana y no hablaba inglés. Vivía en Alemania y compró un pasaje allí, que estaba impreso en inglés y contenía una cláusula que establecía la aplicación de la ley americana y una disposición que establecía que cualquier acción que pudiera entablar el pasajero por daños personales tenía que ser iniciada dentro del plazo de un año. La actora resultó herida a bordo y entabló acción en Nueva York luego de vencido el plazo de un año. El demandado interpuso excepción de prescripción en base a la cláusula del contrato de pasaje que fijaba un plazo de prescripción de un año, pero la corte rechazó la excepción sobre la base de que el derecho alemán no validaría la cláusula (549).

La corte destacó, entre otras cosas, que el contrato no era "el resultado de una negociación donde los deseos de una parte se equilibran con aquellos de la otra": era un contrato de adhesión donde los términos standard fueron impuestos al pasajero. A partir de ahí, la corte concluyó que la elección de la ley no podía ser considerada decisiva salvo que hubiera evidencia de que la pasajera sabía que la ley americana era aplicable (550).

Si bien en este caso concreto el fallo fue justo, el criterio de la corte no parece suficiente, pues si se hubiera probado que la pasajera conocía los términos del contrato, se habría aplicado la ley americana tal cual lo establecido en el mismo. Esta solución no sería justa, pues la pasajera, conociendo o no dichos términos, carece de posibilidades de modificar las cláusulas preestablecidas e impresas del contrato de adhesión en cuestión. Tampoco tiene la posibilidad de elegir otra compañía de navegación cuyos contratos de pasaje tengan condiciones más acordes con sus preferencias, pues todas incluyen cláusulas similares, cuando no idénticas.

En el caso *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.* (551), ya citado (Título I, Cap.1, B.3, b.2), un tribunal federal superior en Nueva York llegó a una conclusión diferente, siendo las circunstancias de hecho similares. El pasaje en este caso contenía una cláusula de limitación similar, y una cláusula de elección de la ley a favor del derecho inglés. La acción fue entablada en Nueva York, donde el tribunal sostuvo que debía validarse la elección de la ley, alegando que este caso era distinto al caso *Fricke*, porque el pasaje estaba impreso en un idioma que el pasajero comprendía. Hubo una fuerte discordia del Juez Frank, basada en parte en que una cláusula de elección de la ley no debería ser nunca decisiva en caso de un contrato de adhesión (552).

Aquí el resultado fue injusto, porque se validó la cláusula de elección de la ley que había sido impuesta a la parte más débil por la más fuerte. Como dijo el Juez Frank: "No puede considerarse, en justicia, que una parte como el pasajero en este caso, que no tiene posibilidad de opción real respecto a la cuestión, ha aceptado la elección de una ley simplemente porque el transportista ha insertado una disposición que diga que se aplica determinado derecho extranjero; parecería en consecuencia que dicha parte no debería estar sujeta a semejante disposición" (553).

c. Jurisprudencia contraria a tener en cuenta la desigualdad como límite a la autonomía de la voluntad en los contratos entre empresas comerciales.

El caso *Burger King Corporation v. Rudzewicz*, 105 S.Ct.2174 (1985), se refiere a un contrato de concesión ("franchised contract") para la explotación de un restaurante, celebrado entre un contador del estado de Michigan y la poderosa empresa Burger King, con sede en Florida (554). El demandado incumplió su obligación de pagar la cuota mensual acordada en el contrato, ante lo cual Burger King lo demandó ante el Juzgado federal de Florida.

En el contrato se había pactado una cláusula de elección de la ley aplicable al contrato la de Florida pero no de elección de la jurisdicción. Si bien dicha cláusula no podía determinar por sí sola la jurisdicción competente, mostraba una vinculación intencional del demandado con ese foro y la previsibilidad de un litigio allí (555).

Se discutió el problema de la competencia de la sede de Florida en tres instancias, pronunciándose finalmente la Suprema Corte por la competencia, en base a que el demandado había extendido intencionalmente su actividad fuera del estado de Michigan, negociando en Florida un contrato con una empresa con sede en dicho estado, donde se enviarían los pagos correspondientes. El demandado obtenía beneficios de esta actividad, y causó un perjuicio a un residente del estado del foro, por lo que no era injusto someterlo a dicha jurisdicción, aunque no hubiera ingresado físicamente a Florida (556).

La Corte, en fallo redactado por el Juez Brennan, con votos disidentes de Stevens y White, entendió que si bien la actora era una poderosa empresa, el demandado era también comerciante y contador, por lo que no podía ser considerado como parte "más débil". Por el contrario, los principios de "fair play" (juego limpio) exigían que fuera considerado en pie de igualdad con el actor (557).

Señala Juenger que este caso proporciona un ejemplo de como, considerar que si ambas partes son comerciantes deben ser tratadas como iguales, puede con frecuencia conducir a resultados injustos (558). En este caso, si bien es cierto que ambas partes eran comerciantes, tenían sin duda un desigual poder económico y por ende distinta capacidad de negociación. La decisión de la Corte permitió a Burger King centralizar todos los juicios en Florida, sin que ni siquiera esto hubiera sido pactado expresamente en sus contratos, que sólo incluían una cláusula de elección de la ley. Sus contratos de concesión eran además de adhesión (559).

d. Nuevas tendencias que dan relevancia a la desigualdad entre las partes aun en contratos entre empresas comerciales.

La necesidad de ampliar el concepto de parte más débil, incluyendo en él a ciertas partes que no son ni consumidores ni trabajadores, sino muchas veces comerciantes, ha empezado a reconocerse en los últimos años por la jurisprudencia.

No es, sin embargo, un área que se encuentre plenamente desarrollada ni afianzada; más aún, se limita a ciertos casos concretos, en especial los de los "dealers". Las tendencias jurisprudenciales que veremos a continuación surgieron como respuesta imprescindible ante los abusos inadmisibles que se daban cada vez con mayor frecuencia en las relaciones contractuales entre "dealers" y "manufacturers". La ley y los tribunales empezaron a actuar en defensa de la parte más débil aunque comerciante para evitar, o al menos compensar, los abusos que se cometían impunemente al amparo de la libertad de contratación imperante.

La problemática que plantean las relaciones entre los fabricantes de automóviles y los concesionarios vendedores de los mismos es analizada por John P. Dawson y William Burnett Harvey en "Contracts Cases and Comment", y en Corbin on Contracts.

Señalan los primeros: "La reventa al por menor a través de acuerdos de concesión ...se ha convertido en el principal canal de mercado para productos tales como automóviles, aparatos eléctricos, implementos de granja, radios, televisores, neumáticos y papeles de pared" (560).

"El concesionario es una especie de distribuidor intermedio entre el empleado del productor que opera la planta de salida de la fábrica y el revendedor absolutamente independiente, que es dejado en total libertad de elegir sus fuentes de abastecimiento." Al concesionario "se le asignará normalmente un área geográfica, dentro de la cual se compromete a vender el producto del que le otorga la concesión (franchisor)". "No es un empleado: compra y es propietario del producto que revenderá luego lo mejor que pueda, utilizando las facilidades del comercio al por menor que él tiene y controla" (561).

d.1. Abusos desde posiciones dominantes. Los fabricantes, aprovechando su posición economicamente dominante, incluyen usualmente en sus contratos de concesión estandarizados, cláusulas por las que se reservan poderes ilimitados de cancelación de los mismos. (Ej. *Bushwick Decatur Motors, Inc. V. Ford Motor Co.*) (562). Esto dió origen a abusos contra los concesionarios y a las consiguientes demandas, pero el resultado final de los litigios era con frecuencia favorable a los fabricantes. Como consecuencia de esta situación, se hicieron algunos esfuerzos para lograr proporcionar ciertos controles a través de legislación estatal (563).

d.2. Tendencia de la jurisprudencia. Los jueces deben tener en cuenta hechos tales como "la forma en que la disposición aparece en el documento, la manera en la cual llamaban o no la atención del firmante, si las características de la disposición eran tales que el firmante tuviera razones para esperar que estuvieran contenidas en el documento, y a la posición relativa de las partes en el proceso de negociación" (564), antes de aplicar

ciegamente la regla de que las disposiciones contenidas en un contrato escrito obligan al firmante, ya sea que las conozca o que no sepa que estas fueron incluidas en el mismo. Cuando una de las partes está en una posición superior para la negociación, especialmente cuando ésta impone sus condiciones a la parte más débil a través de largos contratos estandarizados e impresos, los jueces en general evitan la aplicación de las disposiciones injustas en ellos incluidas, interpretándolas en contra de la parte que las utiliza (565). "Están siendo muy numerosos los casos en que los jueces, por una u otra de estas razones, se han negado a validar las disposiciones limitantes como parte del contrato" (566), sosteniendo que son "nulas por contrarias al orden público" (567).

Ante los problemas que se derivan de la situación de desigualdad en cuanto al poder de negociación en que se encuentran siempre los "dealers", algunos Estados han desarrollado una legislación protectora. Asimismo, la jurisprudencia tiende a considerar que dicha legislación responde a políticas fundamentales, y a no aceptar la autonomía de la voluntad en esos casos.

En el caso *Southern International Sales v. Potter & Brumfield Div.* (568) se trataba de determinar si la estipulación de las partes respecto a la ley aplicable a la interpretación de su contrato era obligatoria o no. El demandado era un fabricante de productos electrónicos con base en Indiana, mientras que el actor, una corporación de Puerto Rico, era su representante exclusivo de ventas para Puerto Rico e islas adyacentes de los Estados Unidos. El acuerdo establecía que cualquiera de las dos partes podía dar por terminado el contrato "por cualquier razón, sea lo que fuere" con treinta días de preaviso, y que "debía ser interpretado de acuerdo con las leyes del estado de Indiana" (569).

El 21 de diciembre de 1971, *Potter & Brumfield* notificaron a *Southern International* que el contrato terminaría el 20 de febrero de 1972. El actor alega haber desarrollado su actividad de manera "sobresaliente" y que el motivo de dicha terminación era el propósito del demandado de capitalizar los contactos desarrollados por *Southern*, negociando directamente con ellos. Agregaba que esta finalización violaba el *Puerto Rican Dealers' Contracts Act*, que dispone que "A pesar de que el contrato de concesión incluya una cláusula reservando a las partes el derecho unilateral de terminar la relación existente, ningún director u otorgante podrá realizar directa o indirectamente ningún acto en detrimento de la relación establecida, ni podrá negarse a renovar el dicho contrato al término normal del mismo, salvo por justa causa" (570). El actor argumentó que el derecho de Puerto Rico era aplicable a la ejecución y cumplimiento del contrato, a pesar de la disposición que establecía que el derecho de Indiana regulaba su interpretación. El demandado alegó que las partes habían acordado que era aplicable el derecho de Indiana, y que el derecho de Indiana validaría la cláusula que permitía la terminación unilateral.

La elaboración de la corte no apunta directamente al problema de la desigualdad de poder de negociación de las empresas, sino a la necesidad de tener en cuenta ciertas políticas fundamentales y los intereses estatales contenidas en una ley que intentó proteger a las empresas menores de abusos de este tipo. La corte denegó la pretensión del demandado y declaró aplicable el derecho de Puerto Rico.

La aplicación del derecho de Indiana frustraría la política fundamental expresada en el *Puerto Rican Dealers' Contracts Act*, dado que la Exposición de Motivos que acompañaba a dicha ley declaraba que: "El Commonwealth de Puerto Rico no puede permanecer indiferente ante el creciente número de casos en que empresas locales y extranjeras, sin justa causa, eliminan a sus concesionarios, o sin eliminarlos completamente, dichas empresas reducen gradualmente y menoscaban las relaciones que habían entablado previamente con ellos, tan pronto como estos vendedores, concesionarios o agentes han creado un mercado favorable y sin tener en cuenta sus intereses legítimos" (571).

La Asamblea Legislativa de Puerto Rico declara que la "razoñable estabilidad en las relaciones de los concesionarios en Puerto Rico es vital para la economía general del país, para el interés público y para el bienestar general, y en ejercicio de su poder de policía, considera necesario regular, en la medida de lo pertinente, el campo de las antedichas relaciones, para evitar los abusos causados por ciertas prácticas" (572).

Invocando el comentario "g" del Restatement 2nd., #187, la corte agregó que "la satisfacción de las expectativas de las partes no es el único valor en el derecho contractual; deben considerarse también los intereses estatales y las regulaciones estatales. El derecho elegido no debe ser aplicado sin tener en cuenta los intereses del estado cuya ley sería aplicable respecto al asunto de que se trata, de no haber hecho las partes una elección efectiva" (573). Y esta ley es la de Puerto Rico, ya sea que apliquemos la teoría de "la relación más significativa" expresada en la sección 188 del Restatement 2nd. y en el caso *Auten v. Auten*, o el análisis de los "intereses gubernamentales", utilizado por ej. en el caso *Intercontinental Planning, Ltd. v. Daystrom, Inc.* (574).

Luego de analizar este caso, cabría preguntarse donde está la alegada certeza proporcionada por la autonomía de la voluntad. El mismo ejemplifica una vez más la falta de garantías que implica el referido principio, y como, ante las injusticias a que conduce, los tribunales tienen que actuar, negándole validez a las respectivas cláusulas (en este caso, de elección de la ley). En nuestro sistema ya actuó el legislador, hace muchos años, dando soluciones generales y abstractas, aplicables erga omnes. Las mismas proporcionan mucha más certeza y seguridad que el sistema angloamericano, donde este tipo de medidas quedan fundamentalmente libradas a las opiniones variables de cada tribunal. Además, del análisis de las respectivas jurisprudencias surge que el porcentaje de fallos justos es bastante equivalente en ambos sistemas, con la diferencia de que el primero confiere un grado mucho mayor de certeza y previsibilidad que el segundo.

Este caso muestra además la importancia de tener en cuenta las políticas fundamentales de todos los estados afectados de alguna manera por el contrato, por encima de la voluntad de las partes (575). De lo contrario se estarían permitiendo ciertos abusos y arbitrariedades como el del caso analizado.

No obstante esto merece sin duda un capítulo aparte.

El profesor alemán von Bieberstein señala (576) que las legislaciones de muchos países europeos contienen disposiciones imperativas que brindan una protección especial a los agentes comerciales, prescribiendo usualmente plazos mínimos para que el aviso de terminación del contrato se haga efectivo, y reconociendo al agente el derecho de reclamar una "compensación justa por la pérdida de la clientela que había formado para su principal (*Ausgleichsanspruch, indemnité de clientèle*)".

Se pregunta luego von Bieberstein en que medida debe ser limitada la autonomía de la voluntad a efectos de asegurar la aplicación de estas disposiciones imperativas protectoras de agentes y distribuidores (577). Y concluye afirmando que "el reconocimiento de la autonomía de las partes para acordar cláusulas de elección de la ley o del foro no debería tener como resultado el dejar al agente o al distribuidor sin la protección mínima indispensable" (578).

CAPITULO 6. LIMITACIONES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DERIVADAS DE LA INVOCACION DE POLITICAS FUNDAMENTALES Y LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS COMERCIALES Y LOS QUE NO LO SON.

a. Las políticas fundamentales. La invocación de las políticas fundamentales hecha en el caso precedentemente citado plantea un problema inmediato: ¿Cuáles políticas fundamentales deben tenerse en cuenta? El American Restatement 2nd., #187 (2) da

preferencia a las normas que expresan la política fundamental de aquel estado que tenga un interés materialmente superior al de la ley elegida en determinar la cuestión particular, y que hubiera sido el estado cuya ley hubiera sido aplicable de no mediar elección (579).

El comentario describe la política fundamental como algo menos vital que el orden público, pero más vital que las consideraciones que hacen a una norma imperativa. Lando afirma que, por ejemplo, debería considerarse que las normas que apuntan a proteger a la parte más débil expresan una política fundamental (580).

El Proyecto de Ley Uniforme sobre Derecho Internacional Privado del Benelux (1969), art.13, establece que:

"(1) Contracts are governed by the law chosen by the parties with respect both to mandatory and directory provisions.

(2) Where a contract is clearly localized in a particular country the choice of law by the parties cannot supersede such provisions of the law of this country which in view of their specific nature and purpose exclude the application of any other law ..." Se está refiriendo aquí a las normas de aplicación inmediata.

Lando señala que esta idea de que las políticas sociales que subyacen a las normas de derecho interno, determinan su esfera de aplicación, puede ser rastreada hasta los estatutarios de la Edad Media, y ha sido, en años recientes, revivida por Cavers, Currie y otros autores americanos. Sus teorías han influido a los redactores del Restatement 2nd. (581).

En consecuencia, existen ciertas normas en el derecho interno que se aplican directamente, definiendo su propio ámbito de aplicación, que no depende, por tanto, de las normas de conflicto.

Sin embargo, señala Lando (582), el derecho extranjero sólo se aplica en virtud de una norma de conflicto del foro, y nunca por disponerlo así las propias normas extranjeras.

En el mismo sentido, Solari (583) considera que "es presupuesto esencial de la aplicación del derecho extranjero la existencia del sistema de conflicto, o sea, aquel integrado por normas formales o de carácter indicativo. Dichas normas, también denominadas reglas de conflicto, no proporcionan la solución directa y material a la relación jurídica en cuestión, sino que por el contrario se remiten a otro ordenamiento o ley con vocación reguladora. Si se sostiene tal cual lo hace Francescakis que la norma de conflicto es fundamentalmente un proyecto de reglamentación que implica el paso por diferentes fases o momentos sucesivos en la dinámica de la norma, el punto culminante en la realización de dicho proceso lo marca la aplicación del derecho extranjero".

Pero será muy difícil para un juez determinar cuales normas de derecho extranjero expresan una política fundamental (Restatement 2nd. #187), una fuerte política estatal de ese estado extranjero (Rest.2nd., #6 (2)(c)), o un principio fundamental de ese derecho extranjero (Benelux Draft Uniform Law, art.13).

En general, cuando una cláusula de elección de la ley es dejada de lado en favor de algún sistema jurídico extranjero, este último es también la "proper law" del contrato objetivamente determinada.

En otros casos, la elección fue rechazada a efectos de proteger a la parte más débil en un contrato de adhesión. Esta necesidad inspiró la solución del Restatement 2nd., secciones 192 y 193, referidas a contratos de seguros de vida, incendios, accidentes y fianza. En ellos, la elección de la ley por las partes es admitida sólo en ciertas situaciones, y el contrato es regulado por la ley con la cual tiene una conexión más estrecha y que le otorga al asegurado la mejor protección (584).

Por el contrario, sostiene Lando, en contratos comerciales internacionales, la necesidad de dar a las partes libertad para negociar sobre pasará a la de tener en consideración a las políticas fundamentales extranjeras. Y agrega que "las normas que

expresan políticas fundamentales son con frecuencia más sensibles a los contratos no comerciales que a los comerciales" (585).

Cabría plantear si en realidad las políticas fundamentales relativas a varios aspectos de los contratos comerciales internacionales (ejs. jurisdicción, responsabilidad, protección de la parte más débil, libre consentimiento), no tendrían que prevalecer ante la alegada necesidad de libertad.

b. ¿Es suficiente con diferenciar entre los distintos tipos de contratos? Lando afirma que es necesario diferenciar entre distintos tipos de contratos, especialmente entre los comerciales y los que no lo son.

Este criterio no parece, sin embargo, suficiente para determinar la admisibilidad o no de la autonomía de la voluntad, porque como ya vimos, aún en los contratos comerciales internacionales, entre comerciantes, se plantean problemas (por ej. desigualdad en el poder de negociación) que muestran las insuficiencias y los defectos de la admisión de la autonomía de la voluntad.

Se observa, según Lando, un creciente "dirigisme" en los contratos no comerciales, mientras que la libertad es mayor en los comerciales (Ejs. compraventas comerciales, seguros del transporte, contratos de agencia, préstamos internacionales o patentes y marcas).

Si bien la libertad es sin duda mayor en materia de contratos comerciales que en los que no lo son, esto no significa que los Estados no busquen asegurar la defensa de sus intereses nacionales, de sus políticas económicas, de la parte generalmente más débil en el contrato, de la organización y eficiencia de las profesiones para cuyo ejercicio se requiere autorización estatal, y de la regulación de la propiedad inmueble (586), entre otras cosas. "Los Estados intervienen profundamente en el comercio exterior, que como agente transmisor de fluctuaciones económicas ... , de expansión económica, de repercusión sobre la balanza de pagos y de presión sobre la economía interna, no puede dejar de interesarles directamente" (587). "Ahora bien agrega Boggiano (588) tales injerencias se traducen, entre otras manifestaciones, en normas de policía que excluyen la autonomía de las partes en las áreas que regulan."

Lando insiste en esta teoría de que las razones a favor o en contra de la autonomía de la voluntad serán más o menos convincentes según sea la clase de contratos que estemos manejando (589). Sin duda es cierto que no es lo mismo admitir la autonomía de la voluntad en contratos comerciales que en aquellos que no lo son. Pero a esta altura del análisis del tema cabe concluir que aun en materia de contratos comerciales internacionales, el margen dentro del cual el principio de la autonomía de la voluntad puede resultar convincente desde el punto de vista de Uruguay va quedando muy reducido.

Dice Lando que los contratos con consumidores involucran un fuerte interés público por parte de la comunidad con la cual están más estrechamente vinculados, y que ellos requieren una libertad menor y una legislación protectora para la parte más débil (590).

Los contratos comerciales internacionales, por el contrario, sostiene, necesitan una libertad mayor, acorde con los intereses del comercio internacional. En estos casos, donde la localización del contrato en un cierto estado no es fácil, la determinación de la ley del contrato ("proper law") por las partes asegura previsibilidad (591).

Esta categorización parece demasiado simplista: ya vimos que el concepto tradicional de consumidor no es suficiente para abarcar todos los casos donde una parte es más débil o tiene menor poder de negociación. Algunos autores asimilan incluso la situación de las partes pertenecientes a países en desarrollo y el status del consumidor (ver cita No. 682), lo cual parece lógico, por tener ambas situaciones muchas características comunes,

fundamentalmente, el menor poder de negociación de las condiciones del contrato frente a partes más poderosos.

Ya vimos los reparos que pueden merecer los argumentos relativos a los intereses del comercio internacional, las dificultades de localización de los contratos internacionales, y la pretendida previsibilidad.

c. Los intereses del comercio internacional y los intereses de los consumidores y trabajadores. Lando sugiere que los intereses del comercio internacional deberían ser reconocidos por las normas de conflicto del estado cuyas disposiciones imperativas serán dejadas de lado, si la referencia de las partes a otro sistema legal es aceptada (592).

Y concluye que en la esfera de los contratos comerciales internacionales, la elección de las partes debe ser validada salvo que se demuestre que fue hecha mala fide, i.e., con una intención "censurable, anómala o no razonable" (593). No debería exigirse a las partes que elijan un sistema legal con el cual el contrato tenga alguna conexión, porque con frecuencia tienen razones válidas para elegir un sistema que carece de dichas conexiones. Por tanto, el único requisito debería ser que la elección sea hecha bona fide (594).

Pero en la esfera de los contratos no comerciales, como los de trabajo, de seguro de vida, préstamos, ventas a plazos, ventas condicionadas y otras ventas a consumidores, ese monto de libertad es indeseable. Lando enumera ciertos puntos de conexión: el lugar donde se desarrolla el trabajo, para los contratos de trabajo; el domicilio de la parte asegurada, para los contratos de seguro de vida; el lugar donde los bienes serán usados por los consumidores, para las ventas a consumidores, incluyendo las ventas a plazos y las condicionadas (595). El mismo razonamiento se aplica a los contratos que deben cumplir con los requisitos establecidos por normas de orden público, como pueden ser los arrendamientos de inmuebles, los cuales deberían ser regulados por la *lex rei sitae*; contratos de seguro de incendio o responsabilidad, que deberían ser regulados por la ley del lugar donde el riesgo está localizado, aún cuando el arrendatario o el asegurado sean empresas comerciales (596). Sin embargo, dice Lando, las partes pueden elegir otro sistema jurídico siempre que este tenga un contacto local considerable con el contrato.

CAPITULO 7. CRITICAS Y CONCLUSIONES.

a. La conclusión principal que se desprende de todo lo antedicho es que nadie acepta la autonomía de la voluntad irrestricta.

Tan pronto como se admite, se hace necesario aprobar un marco de limitaciones extremadamente complejo.

Este marco limitativo elimina, o por lo menos disminuye, el presunto beneficio de la previsibilidad y certeza, ya que ese todo complejo de limitaciones, de origen legal, doctrinario y jurisprudencial, debe pasar por decisiones de los tribunales que son difíciles de prever.

b. Las limitaciones más frecuentes son las relativas al orden público, a las políticas legislativas fundamentales y a la protección de la parte más débil.

c. Esto conduce inevitablemente a la siguiente reflexión: en un país como Uruguay, de escaso desarrollo y volúmenes de intercambio comercial muy pequeños a nivel internacional lo cual le quita fuerza a la hora de negociar condiciones contractuales el Estado no puede dejar de lado esa injerencia o "dirigisme" y abrir paso a la autonomía de la voluntad. Esto último implicaría necesariamente dejar desprotegidas todas esas políticas fundamentales no sólo en materia económica, sino también de protección a la parte débil y permitir que las empresas extranjeras las obvien impunemente.

Los contratos de tipo internacional compraventas comerciales, reaseguros, créditos comerciales y transporte incluyen con frecuencia fórmulas uniformes. Si es

imprescindible para el funcionamiento del comercio internacional recurrir a ellas, también lo es para los Estados tomar las medidas necesarias para defender sus políticas fundamentales de los abusos que suelen derivar de esas fórmulas, que son en general contratos de adhesión impuestos por la parte más fuerte a la más débil, sin ninguna negociación, en forma de "tómalo o déjalo" ("take it or leave it"). Este tipo de contratos tiende con frecuencia a evadir las disposiciones imperativas (y las normas de aplicación inmediata) del estado cuya ley hubiera sido aplicable.

d. Parece oportuno hacer referencia aquí a las afirmaciones del Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno, Dr. Juan M. Almirati, en sentencia No.59 del 31 de marzo de 1989, (inérita), donde refiriéndose a las cláusulas impresas de un conocimiento de embarque expresa: "...de atenemos a las cláusulas impresas que nadie firma el transportador no se obliga absolutamente a nada, ni siquiera a transportar, debiéndose el flete incluso si el buque se hunde, pudiendo hacer con la carga lo que quiere (Cla.6a.) pasándola a otro barco y no asumiendo ninguna responsabilidad, declarándose incluso irresponsable por su propia tripulación. A los cargadores y destinatarios no les quedaría más que encomendarse a Dios. "

Estas cláusulas, incluidas en absolutamente todos los conocimientos de embarque, pólizas de seguros y casi todos los contratos internacionales que se redactan en forma preordenada, son evidentemente abusivas y de mala fe. Por lo tanto, y al margen de si fueron firmadas por las partes o no, no pueden ser validadas ni en virtud de la autonomía de la voluntad, ni por su pretendida necesidad para el comercio internacional. En esta realidad comercial internacional que ejemplifica la sentencia citada y que es la nuestra de todos los días no debe dejarse el campo libre a la autonomía de partes que nunca tienen igual poder de negociación; ya que sin duda son superiores los intereses de los Estados en defender sus principios y políticas fundamentales que los alegados intereses del comercio internacional.

Estas tendencias no se limitan a repetir principios de derecho positivo local más o menos obsoletos (como parece ser la visión de los anglosajones y europeos), sino que están efectivamente empeñadas en la defensa de principios de soberanía nacional e intereses nacionales impostergables: la elección permanente de foro y ley fuera del país consumidor está siempre orientada a la búsqueda de sistemas legales que aseguren al suministrador de bienes y servicios la responsabilidad limitada o la irresponsabilidad lisa y llana en caso de incumplimiento.

En consecuencia, no se trata solamente de que ambas partes del contrato sean empresas comerciales, y que el contrato sea comercial e internacional: pueden existir estas dos condiciones y no haber, sin embargo, igualdad en el poder de negociación.

e. Además, las soluciones que enumera Lando para poner coto a las arbitrariedades contra la parte más débil son excepcionales y dejan muchos casos sin solucionar, como por ejemplo los contratos de transporte, en que a los ingleses, norteamericanos, suecos y alemanes, entre otros, les parece muy normal y correcto imponernos los foros y leyes más convenientes para ellos, siempre lejos de los lugares de cumplimiento del contrato, especialmente cuando este debe hacerse efectivo en lugares tan remotos del planeta para ellos, por supuesto como Montevideo o Buenos Aires. Así, cuando en la 31a. Conferencia de la International Law Association, celebrada en Buenos Aires en agosto de 1922, se aprobó la llamada "Regla de Buenos Aires" que establece que la ley que regula el contrato de transporte y el de fletamento es la del lugar de ejecución del contrato, entendiéndose por tal el del puerto de descarga, y que los tribunales competentes son también los del país de destino, se hizo contra el voto de los delegados noruegos, franceses, alemanes y norteamericanos (597). Los delegados alemán y americano, Sieveking y Bailey,

sostuvieron la ley del lugar de carga, mientras que el inglés, Temperley, invocó la libertad de los contratos (598).

La práctica comercial muestra además que los transportistas, los aseguradores y los Bancos, siempre han incluido las cláusulas que les resultan convenientes, al margen de los derechos de los consumidores de sus servicios y de lo que ordene la ley competente.

El sistema uruguayo (del Apéndice del C.Civ. y de los Tratados de Montevideo) de remitirse a la ley del lugar de cumplimiento, parece más seguro, más justo, proporciona certeza y protege en forma más adecuada los derechos del consumidor y de la parte más débil.

Esta teoría tuvo una cierta recepción en el mundo desarrollado en lo que se ha dado en llamar la "Regla Inglesa", que exige respetar la ley del lugar de ejecución del contrato.

La "Regla Inglesa" (599) consiste en que un contrato es, en general, inválido siempre que su ejecución sea contraria a derecho en el país donde el contrato debe ser ejecutado. Esta regla ha sido adoptada por la mayoría de los países del Commonwealth Británico, y por los tribunales de algunos de los estados de los Estados Unidos, pero no por otros países (600).

A través de esta regla, los tribunales ingleses evitan la ejecución de aquellos contratos que contravienen las normas de la *lex loci solutionis* que protegen a la parte más débil, o su legislación económica (leyes anti trust, restricciones en materia de moneda y otras normas de derecho público) (601).

La necesidad a la que se refiere Lando, de controlar las cláusulas onerosas en los contratos de adhesión, en defensa de la parte más débil, implica sistemas complejos de excepciones al principio general de libertad imperante en esos países. Es más seguro un sistema como el nuestro, que en principio prohíbe la autonomía de la voluntad, y sólo la autoriza a vía de excepción y dentro de marcos legales bien delimitados. (art.56 inc.3 del T. de D.Civil de Montevideo de 1940 y Convenciones de Arbitraje de Panamá de 1975 y de Nueva York de 1958).

Otra vez llegamos a la conclusión de que es más seguro, previsible y justo un sistema como el nuestro, que la autonomía de la voluntad, que en países con las características de Uruguay, implicaría riesgos enormes para sus comerciantes.

TITULO III. CONSIDERACION CRITICA DE LA TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

CAPITULO 1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Los argumentos que se esgrimen a favor de la autonomía de la voluntad parecen ser, básicamente, siempre los mismos, por lo que las posiciones de los autores que se analizan a continuación resultan representativas. Hay sin embargo algunos fundamentos poco comunes, como el de la moral cristiana que invoca Boggiano.

Entre los mismos, podemos enumerar los siguientes:

- a: La recepción de la teoría autonomista daría mayor certeza y previsibilidad.
- b: La supuesta necesidad de reconocer la libertad de las partes.
- c: La desconfianza de las empresas de países desarrollados respecto a los sistemas jurídicos de los países en desarrollo.
- d: Las necesidades del comercio internacional.
- e: Conveniencia de facilitar la tarea al legislador y al juez.
- f: La curiosa fundamentación teológica de Boggiano.
- g: La necesidad de resignarse ante ciertas imposiciones.

h: La supuesta obsolescencia de la defensa de la soberanía y el interés nacional.

CAPITULO 2. EXPOSICION Y CRITICA.

Se plantea a continuación, en un desarrollo necesariamente breve, lo que dicen los autores que han sostenido estas posiciones, así como la opinión que las mismas pueden merecer.

A. Certeza y previsibilidad.

a) La cláusula de elección de la ley asegura certeza a las transacciones comerciales (602), siempre que sea unánimemente admitida. Liberaría a las partes de su incerteza respecto a la ley que regula su contrato. Sin semejante cláusula, la ley del contrato será con frecuencia desconocida, hasta que exista pronunciamiento judicial. Además, el foro es usualmente impredecible al tiempo de la celebración del contrato. Kahn Freund (603) afirma que "la principal función en el derecho internacional privado de la doctrina conocida como *autonomie de la volonté*", es "asegurar que cualquier problema sobre conflicto de leyes que pudiera surgir, será resuelto de una manera previsible ...", "para asegurar que un contrato u otra transacción es tratada de acuerdo a las mismas reglas, dondequiera que la cuestión surja". Pero "la elección de la ley depende de la *lex fori* y de nada más. Este intento de superar el aspecto contextual del derecho internacional privado, de crear la armonía y de evitar decisiones sobre conflicto de leyes es una trampa y una ilusión" (604).

Como afirma Kahn Freund, "la elección de la ley aplicable no hace que el resultado sea previsible, a menos que uno sepa quien aplicará la ley elegida" (605). Y agrega que esta es una de las razones por la cual "el aspecto profiláctico del derecho internacional privado debe comprender algo más que una previa elección de la ley: debe incluir la elección del juez" (606).

Esto no parece suficiente para alcanzar la ansiada previsibilidad, pues pueden haber varias razones por las cuales estas cláusulas de elección de ley y foro sean invalidadas, y esto dependerá, fundamentalmente, del tribunal ante el cual se entable el litigio. Y esto no podrá evitarse solamente con una cláusula de jurisdicción, pues el actor puede recurrir a un tribunal distinto al previsto en dicha cláusula, pero competente en base a las normas legales aplicables, y que este asuma competencia rechazando la cláusula de jurisdicción. Por ejemplo si el consignatario de una carga con destino a Uruguay entabla su demanda contra el transportista en Uruguay, el juez asumirá jurisdicción y rechazará la validez de las cláusulas de elección de ley y foro incluídas en el conocimiento de embarque en base a las normas legales vigentes (del Apéndice del C.Civil o de los Tratados según corresponda).

Kahn Freund reconoce que "aún en un foro previsible, los factores de incerteza siguen siendo numerosos. La aplicación de la *lex fori* por razones de orden público es sólo uno de estos" (607).

Scoles & Hay, citando a Reese, también hablan de "previsibilidad en las decisiones sobre conflicto de leyes" como un valor importante en contratos, el cual puede ser alcanzado a través de la autonomía de la voluntad (608).

b) Boggiano (609) menciona como fundamentos de la autonomía de la voluntad los principios de previsibilidad, seguridad, utilidad y equidad. Argumenta que la certeza y previsibilidad del derecho aplicable "desde el momento de su elección (autonomía conflictual) o de su incorporación o elaboración de las cláusulas particulares (autonomía material)", permite a las partes ajustar su conducta a esas reglas convenidas

anticipadamente. Agrega que la autonomía de la voluntad permite a las partes elegir el derecho que estiman más conveniente y derogar las normas imperativas internas para contratos puramente locales aun del mismo derecho elegido."

Esto podrá ser así hasta que surge la controversia, momento en el cual puede ocurrir que se entable el litigio ante el foro previsto en la respectiva cláusula de jurisdicción incluida en el contrato, y que dicho tribunal aplique la ley elegida por las partes. Pero puede también suceder que no, sobre todo en los múltiples casos en que el "consentimiento de una de las partes es de dudosa validez". Esa parte podrá presentarse ante el juez legalmente competente, y este validará o no dichas cláusulas, como ya vimos. Todo esto parece indicar que el sistema no garantiza la previsibilidad que se pretende atribuirle.

c) En cuanto a la alegada certeza que traería el sistema, ya vimos que a la práctica es más ilusoria que real. La inclusión de cláusulas de elección de la ley aplicable al contrato y del tribunal competente para el caso de surgir diferendos respecto al mismo, no garantiza que no vayan a haber demandas en otros foros.

En el famoso caso Zapata (610), la cláusula de elección del foro no evitó a la empresa alemana Unterweser el tener que comparecer en un juicio de tres instancias en los Estados Unidos, aunque luego de largas peripecias haya logrado que la Suprema Corte asignara validez a la cláusula de prórroga.

Este argumento de que la autonomía de la voluntad proporciona seguridad, certeza y previsibilidad, parece implicar, como presupuesto necesario, el hecho de que todos los sistemas jurídicos admitan la autonomía.

Lograr esta unanimidad resultaría tan difícil como alcanzar el ideal savignyano de que todos elijan la misma conexión en la especie, el lugar de cumplimiento del contrato, por ejemplo. Por lo tanto, el argumento no parece ser en favor de la autonomía de la voluntad sino del derecho uniforme.

En tanto existan estados con distintos sistemas jurídicos, la necesidad de certeza no puede alegarse en favor de la autonomía de la voluntad. Podría sostenerse con igual validez la necesidad de que todos los estados adopten el mismo punto de conexión, negando libertad a las partes, para alcanzar la referida certeza.

Pero aún suponiendo que todos los estados admitieran la autonomía de la voluntad, tampoco habría certeza, ya que existirían en cada uno de ellos limitaciones provenientes de dos áreas: en primer lugar, la prestación del consentimiento. Respecto a este tema podría resultar factible alcanzar un mínimo de consenso en cuanto a qué se entiende por consentimiento válido.

Pero en segundo lugar, habría limitaciones provenientes de las distintas políticas estatales, que dependerían de cual fuera el tribunal actuante, y aquí sí, por definición, resultaría imposible alcanzar la pretendida uniformidad.

O sea que las referidas cláusulas no proporcionarían la certeza que se pretende: antes de que se les asigne validez, deberá analizarse si fueron pactadas válidamente dentro del ámbito en que la ley autoriza la autonomía de las partes, con consentimiento válido, etc. y esto lo hará un juez nacional, "desde la óptica de su *lex fori*, que da el contexto del caso y permite examinarlo bajo un derecho internacional privado concreto" (611).

Por tanto, si cambiáramos nuestro DIP para aceptar la autonomía de la voluntad como principio, no necesariamente obtendríamos más certeza. Por el contrario, podríamos arriesgar la certeza y previsibilidad propias del sistema vigente.

d) En la jurisprudencia de los países que aceptan la autonomía de la voluntad, hay infinidad de casos en que la elección de las partes es invalidada por los tribunales, por distintas razones (generalmente intrínsecas a la elección, como por ejemplo, falta de contactos mínimos, de razonabilidad, imposición abusiva, etc.), lo que demuestra que la claridad y certeza no se consigue tampoco allí.

En los sistemas jurídicos que prohíben la autonomía en esa materia, la situación es de mayor certeza y claridad. El juez no tiene necesidad de internarse en los intrincados laberintos en que incursionan los tribunales norteamericanos, por ejemplo, para determinar si hubo razonable vinculación, buena fe, etc., y que los conduce a resultados absolutamente imprevisibles, y muchas veces arbitrarios.

La empresa transportista extranjera que contrata con un importador uruguayo la entrega de determinada mercadería en Montevideo, sabe perfectamente que la ley aplicable a ese contrato va a ser la uruguaya, y que el juez competente va a ser el uruguayo. Si no lo sabe es porque no se asesoró adecuadamente, y si igual pretende imponer las consabidas cláusulas de elección de otra ley y juez, es a sabiendas de que van a ser declaradas nulas por los tribunales uruguayos en caso de litigio.

Si se abandonara este sistema, se perdería la certeza y claridad que tiene el actual.

e) Notemos que en materia de cláusulas de adhesión, que se incluyen siempre en los contratos internacionales, la legislación no es tan clara. En materia de transporte, por ejemplo, el valor de las cláusulas de jurisdicción quedaría condicionado a la opinión del juez sobre la debatida cuestión de la validez de las cláusulas unilaterales existentes en los conocimientos de embarque (612) sobre la cual existe actualmente una jurisprudencia dividida (613).

Nuestro sistema contiene normas imperativas que prohíben el acuerdo de las partes en materia de ley aplicable y jurisdicción competente. Si se modificara el Apéndice del Código Civil, permitiéndose la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción, se darían, respecto a la validez de las cláusulas de elección del foro las mismas dificultades que actualmente se plantean respecto tanto al problema general de la validez de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, como al problema específico de las cláusulas de exoneración o limitación en el contrato de transporte.

f) Aquí deben tenerse en cuenta dos factores:

Uno, que la práctica indica que en un alto porcentaje de casos, las cláusulas de jurisdicción operan dentro de este marco como uno de los mecanismos por los cuales el comerciante que expide el conocimiento de embarque, la póliza de seguros (o cualquier otro documento comercial unilateral de este tipo), obtiene una real y efectiva exoneración de sus posibles responsabilidades y obligaciones (como consecuencia de las dificultades, muchas veces insolubles, que implican para el reclamante) y no sólo un foro y legislación más convenientes.

Dos, que en relación al problema de la validez genérica de dichas cláusulas, la jurisprudencia dista mucho de ser unánime. No parece suficiente entonces el argumento de que si eliminamos la prohibición expresa a la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción contenida en nuestro derecho, los abusos que puedan cometerse serían solucionados por aplicación de la teoría general de los contratos de adhesión y de los vicios del consentimiento a los conocimientos de embarque, pólizas de seguros u otros documentos comerciales de este tipo.

Si se diera tal paso, resultaría imprevisible el resultado en cuanto a la posición de la jurisprudencia sobre la posible validez de tales cláusulas, las que dependerían de la opinión que sobre el problema tuviera el tribunal actuante (ver cita No.613 ut supra). Los fines de certeza y previsibilidad que se alegan en favor de la autonomía serían los primeros en perderse.

Se dejaría abierta además una puerta para la validación de cláusulas de jurisdicción actualmente nulas, en una materia en la que lo que está en juego no es la elección del derecho y el tribunal más adecuado, sino una pretensión de impunidad en los actos y omisiones en perjuicio de comerciantes nacionales por parte de empresas extranjeras.

g) Esta situación de inseguridad, provocada por la admisión de la autonomía, es reconocida incluso por los autores de países que la aceptan.

Jackson (614) dice que "el principio de la autonomía de la voluntad es ampliamente seguido pero no puede decirse que sus límites sean seguros". Y agrega: "La certeza de las partes acerca de la ley aplicable está siempre limitada por la posibilidad de que el foro puede reconocer o no la elección, o que puede limitarla. Y puede ser que la ampliación de ese tipo de incertidumbre es un precio defendible a pagar por la aceptación del principio de que la justicia no siempre debe ser controlada por el individuo, como entidad diferente de la comunidad de la cual forma parte" (615).

B. Supuesta necesidad de libertad de las partes.

Las partes necesitan libertad, y frecuentemente tienen motivos valederos para su elección: pueden querer utilizar una determinada fórmula por ser esta internacionalmente conocida, como cierto tipo de charter parties y conocimientos de embarque; pueden querer someter el contrato a la ley del estado que domina el mercado, como Inglaterra en asuntos de seguros marítimos (616); o pueden simplemente querer seleccionar un derecho "neutral", en el cual ambas tengan confianza (617). Pueden elegir un determinado sistema legal por considerarlo bien desarrollado y adecuado a su contrato, porque lo han usado en transacciones previas entre ellas (618), o porque el contrato puede tener una relación estrecha a algún otro contrato que está regulado por determinada ley (619).

En la práctica, estas fórmulas permiten a la parte más poderosa imponer sus condiciones a la otra. La posibilidad de negociar la elección de un foro neutral, o de un derecho adecuado, que resulten convenientes para los intereses de ambas partes, no es frecuente. La realidad muestra que "la ley del estado que domina el mercado" en la materia viene ya elegida, en cláusulas impresas, por la parte que domina el negocio (así por ejemplo, el asegurador, el prestamista, el transportista).

En cuanto a los argumentos esgrimidos por algunos autores (Título II, Cap.1, A,b) de que las partes pueden querer usar ciertas fórmulas internacionalmente conocidas (como las de los conocimientos de embarque o "las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres" en materia de seguro), o someterse a la ley del país que domina el mercado en determinadas materias, los mismos no resultan convincentes.

Precisamente porque son fórmulas, o porque se trata de países que dominan cierta área del comercio internacional, dejar a las partes en libertad implica el serio riesgo, por no decir la seguridad, de que la parte dominante impondrá sus condiciones a la otra. La elección de un foro neutral por dos partes con igual poder de negociación (caso Zapata), es excepcional; más aún, tratándose de relaciones comerciales entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, es prácticamente imposible. La regla en este caso es la otra: la de la imposición de las condiciones del contrato por parte del más fuerte (i.e., del que tiene los barcos para transportar, o el dinero para prestar, para seguir los ejemplos de Goldschmidt). Si queda un margen donde pueda darse la hipótesis de la libertad de negociación, este es mínimo y se da sólo en algunas figuras contractuales.

C. Desconfianza de las empresas de los países desarrollados respecto a los sistemas jurídicos de los países en desarrollo.

La situación que se da en los contratos entre partes pertenecientes a ambos mundos desarrollado y en vías de desarrollo es la siguiente: los países en desarrollo pretenden, en general, que los conflictos emergentes de sus contratos internacionales con empresas

extranjeras sean planteados ante sus tribunales nacionales (620), como garantía frente a las imposiciones que sufren como consecuencia de su menor poder de negociación.

Las empresas de los países desarrollados, por el contrario, reclaman la máxima libertad de contratación en sus relaciones internacionales con partes de países en desarrollo, afirmando que las partes deberían ser libres de elegir el sistema legal aplicable al contrato (621). Su posición se funda en una "falta de confianza en los tribunales nacionales de países en desarrollo con sistemas legales nuevos" y en la creencia de que "los tribunales nacionales de los países anfitriones (de los inversionistas de los países desarrollados) pueden ser influenciables" (622).

Swan señala que: "Cuando en los comienzos de este siglo las compañías de los países desarrollados del mundo comenzaron a expandir sus inversiones en áreas menos desarrolladas, se encontraban con frecuencia con sistemas legales extremadamente primitivos. Cuando ARAMCO, por ejemplo, negoció su primer acuerdo de concesión con Arabia Saudita, sus abogados descubrieron que la ley saudita aplicable era la ley del Korán, interpretada de acuerdo con la Escuela de un Imam del siglo XIV. Esa ley podía resultar adecuada para otras facetas de la vida saudita, pero no era lo suficientemente sofisticada como para proporcionar un marco adecuado para un convenio vasto y complicado de concesión petrolera. Las partes tuvieron, por tanto, que buscar en otra parte principios de derecho que pudieran ser utilizados para llenar esa laguna y mejorar las disposiciones más inaplicables del derecho saudí" (623).

Si bien Swan reconoce luego que "este es un problema mucho menos urgente hoy día de lo que era en las primeras décadas del siglo", porque "ha habido un auge en la aprobación de códigos modernos códigos comerciales, de desarrollo industrial, de inversión en los países del tercer mundo", recomienda que, "sin embargo, debe estar aún sensibilizado, a la posibilidad de que en una determinada transacción, el derecho extranjero que uno encontrará no sea suficiente respecto a las necesidades de las partes" (624).

Swan ejemplifica lo que puede ser un problema frecuente en relación a lo antedicho, a través del siguiente episodio, protagonizado por un colega durante un litigio en Nueva York: "Todos estaban de acuerdo de que la ley de Guatemala era aplicable. Su oponente presentó, por tanto, a un juez del más alto tribunal de Guatemala como testigo experto sobre la ley de Guatemala. Cuando llegó el momento de repreguntar al testigo, mi amigo le dijo: "Sr. Juez, ¿no es cierto que su tribunal sostuvo, recientemente, exactamente lo contrario de lo que Ud. acaba de afirmar respecto a la ley de Guatemala?" El juez respondió: "Sí". Mi amigo adujo decisiones del más alto tribunal de Guatemala contrarias a la opinión dada por el juez como testigo experto, en tres puntos diferentes. El juez reconoció la contradicción en cada uno de los casos. Mi amigo le preguntó entonces: "Sr. Juez, ¿está Ud. admitiendo que sus opiniones no reflejan con precisión la ley de Guatemala?" A lo que el juez respondió: "No, No, No,". Y realmente lo creía. (625).

Explica Swan que "en los sistemas civilistas, los precedentes judiciales no son ni parecidamente obligatorios a lo que son en nuestro sistema" (se refiere al del common law). "En la teoría civilista pura, y sólo algo menos, en la práctica civilista, las opiniones de distinguidos juristas obligan con frecuencia tanto como los fallos judiciales. El juez guatemalteco estaba siendo perfectamente consistente con la filosofía básica de su propio sistema legal. Sus opiniones, como distinguido jurista, eran tan obligatorias como los fallos de su propio tribunal" (626).

Esta diferencia entre ambos sistemas que tanto preocupa a Swan y que parece tan radical, en realidad no lo es tanto, al menos desde el punto de vista práctico. La opinión de ese eminente jurista respecto al punto en cuestión incidirá siempre en la decisión de la corte, ya sea como precedente obligatorio o como doctrina más recibida. Si bien teóricamente el precedente obligatorio tiene más fuerza en el sistema del common law que la doctrina más

recibida en el civilista, puesto que esta última no obliga al juez, mientras que el precedente sí, en la práctica los tribunales civilistas siguen en general la doctrina más recibida, y los del common law cuando quieren evadir el precedente obligatorio, encuentran el camino para hacerlo.

Sin embargo, Swan considera que esto puede traer problemas: "Si al negociar un contrato internacional que involucra un estado civilista se hace necesario clarificar un punto crítico del derecho extranjero, uno podrá encontrarse incapacitado para obtener una respuesta confiable" (627). Y advierte que si esta incerteza presenta un riesgo demasiado grande para su cliente, puede ser necesario agregar una cláusula al pie del acuerdo, sujetándolo a un derecho que sea razonablemente claro (628). Justifica así la autonomía de la voluntad de las partes, para evitar los riesgos de la incertidumbre del "civil law system".

Esta desconfianza para los países de derecho civil es recíproca. A los civilistas les resulta difícil seguir las vías de razonamiento de los anglosajones. Baste citar el caso Asahi como ejemplo de que también la decisión de sus tribunales en un cierto punto puede resultar absolutamente impredecible. Si alguno de los jueces que firmaron en discordia la sentencia final del caso Asahi fueran citados como expertos en un tribunal de derecho civil y trataran de explicar que quiere decir en definitiva el concepto de "contactos mínimos", harían un papel tan deslucido como el del colega guatemalteco que cita Swan.

La autocritica al respecto, no obstante, no es una virtud que luzcan a menudo los estudiosos de ambos bandos.

Juenger (629) considera, de cualquier manera, que litigar en tribunales de países en desarrollo implica riesgos contra los cuales hay que protegerse, incluyendo cláusulas de elección de la ley y del foro porque sólo con la primera no es suficiente en todos los contratos.

Tales afirmaciones no resultan aplicables en el caso de Uruguay. En general, los países de derecho continental, sean o no desarrollados, se benefician de un sistema legal más anti-gu, predecible y estable que el angloamericano. Aseguran por ello a quienes litigan en sus tribunales, aplicando sus leyes, certeza, previsibilidad y seguridad.

D. Necesidades del comercio internacional.

También invoca Boggiano como fundamentos de la autonomía, las necesidades del comercio internacional y el hecho de que "permite alcanzar el fin de la armonía internacional de soluciones", siempre que los límites a la autonomía de las partes se sitúen en las "normas internacionalmente imperativas y no en las normas imperativas internas para contratos locales o domésticos."

Juenger (630), analizando el caso Bremen, destacaba que se tuvieron en cuenta razones políticas al validar la cláusula de elección del foro inglés, como por ejemplo la conveniencia de dejar a las partes en libertad de elegir el foro que deseen si lo que se pretende es captar nuevos mercados y afianzar la posición de liderazgo en el comercio internacional.

Operti (631) opinó al respecto que la conveniencia desde el punto de vista de los países en desarrollo, especialmente en sus relaciones comerciales con países poderosos como los Estados Unidos, es la inversa. Dicha conveniencia radica precisamente en defender la jurisdicción natural y el deber de ejercer la propia jurisdicción, el cual está consagrado con rango constitucional.

Mr. Justice Burger sostiene en el fallo recaído en el caso Bremen, en 1972:

"The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must

be resolved under our laws and in our courts." ... "in an era of expanding world trade and commerce, the absolute aspects of the doctrine of the Carbon Black case have little place and would be a heavy hand indeed on the future development of international commercial dealings by Americans. We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts."

Son compartibles las afirmaciones de Burger en el contexto en que fueron expresadas: parece sin duda adecuado que una potencia como Estados Unidos, acepte que empresas locales poderosas como Zapata, negocien libremente y en pie de igualdad sus contratos comerciales internacionales con potencias europeas como Alemania, con empresas como Unterweser, que aunque más pequeña económicamente que la norteamericana, tuvo el mismo poder de negociación que su co contratante a la hora de acordar las cláusulas. Desde la posición de Uruguay, parece más adecuada la solución contraria, como sostiene el Dr. Opertti ut supra. No se trata sólo de que aquello que conviene al mundo desarrollado, por definición, suele ser inconveniente para el tercer mundo.

Además, parece evidente que no existe tal cosa como "los intereses del comercio internacional" en abstracto. Lo que si existen son intereses comerciales concretos. Es desde esta perspectiva y desde el punto de vista de la conveniencia de cada uno que debe buscarse cualquier aproximación a una política legislativa sobre el tema.

Para países pequeños, en un mundo en que el grueso del comercio internacional se realiza por medio de contratos de adhesión que imponen tribunales y leyes del hemisferio norte, creer que la aceptación de la autonomía de la voluntad pueda resultar conveniente parece inaceptable.

La posición que defienden los países desarrollados no es casual, ni responde a razones técnicas, ni a abstractos intereses "del comercio internacional", sino a intereses económico comerciales muy concretos: "La libertad contractual en materia de elección del foro beneficiaría a las entidades comerciales que operan con países en desarrollo" (632).

Dice Swan (633): "Aquellos de ustedes que hayan tratado durante los últimos 15 o 20 años con los países de América Latina, Africa y Asia, están al tanto de la vasta producción de nuevos códigos, decretos ejecutivos, normas y regulaciones que estos países han elaborado, en un esfuerzo por regular las inversiones extranjeras y otros negocios con extranjeros. Estas regulaciones se están volviendo cada vez más complejas y restrictivas".

Agrega más adelante: "... debería estipularse que todas las controversias surgidas del contrato serán sometidas a un juez estadounidense, (o) alternativamente, a un juez de algún tercer país con el cual el contrato tenga una relación legítima. Al mismo tiempo, aunque uno se hubiera asegurado razonablemente de que todas las controversias relativas a la cláusula en cuestión terminarían ante un juez estadounidense, y no ante un juez extranjero, el juez estadounidense no aplicará la disposición si esta establece que el acuerdo es controlado por (un) derecho extranjero. Hay que asegurarse también de que la validez del contrato esté regida por la ley estadounidense. En otras palabras, sólo a través de la combinación de una cláusula de elección de la ley y de otra eligiendo el foro, se tendrá la esperanza de liberar al cliente de las tendencias restrictivas de la legislación extranjera, y aún así no hay garantía de éxito" (634).

Y reconoce luego: "Obviamente esta combinación de una cláusula de elección de la ley y una de elección del foro es una técnica para saltarse la legislación restrictiva de uno de los países con los que el contrato se relaciona" (635).

Lo que resulta curioso es que Swan concluye su artículo diciendo: "Demasiado a menudo se acusa al sistema legal americano de ser chauvinista y torpe en sus demandas por jurisdicción extraterritorial" (636). Y a continuación deja constancia de su discrepancia diciendo: "Hay pocos países cuyas leyes y cuyos jueces tengan una

perspectiva tan universal, un sentido tan internacionalista y que estén más sinceramente preocupados por la "comity" de las naciones, que las leyes y los jueces de los Estados Unidos" (637).

Esta afirmación final no condice con su confesa desconfianza por los sistemas jurídicos de los países del Tercer Mundo y su empeño en protegerse pactando la competencia de sus jueces y leyes, u otros aceptablemente desarrollados y expertos en el asunto en cuestión, como los ingleses en materia marítima (Ej. *Bremen v. Zapata Off Shore Company*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907 (1972)).

E. Conveniencia de facilitarle la tarea al legislador y al juez.

Goldschmidt intenta justificar la autonomía dando como razón que: "es tan difícil para el legislador encontrar en casos absolutamente internacionales el Derecho aplicable que sería insensato no permitir a las partes que lo determinaran ..." (638).

El argumento de que es conveniente facilitarle al legislador la tarea para la que fue elegido, no parece convincente. La tarea del legislador es por definición difícil y no fácil, y no parece compartible el argumento de que si un punto dado ofrece cierta dificultad especial, lo mejor sea renunciar a legislar sobre el mismo. El derecho comparado, desde los Tratados de Montevideo a la fecha, demuestra que es posible salvar adecuadamente esas dificultades, a través de soluciones de derecho positivo que han funcionado eficazmente en la práctica. El Apéndice del Código Civil uruguayo, avala la afirmación anterior, desde que en sólo trece artículos estructura un sistema que permite resolver la mayoría de los casos.

El argumento de que las partes alivian a los tribunales de una pesada tarea solucionar el conflicto de leyes es invocado por Harlan en "*Siegelman v. Cunard White Star*" (ver cita 117).

En realidad, no se ha demostrado que la admisión de la autonomía de la voluntad facilite realmente la tarea al juez, ya que éste no podrá, en ningún caso, desprenderse de los factores políticos de su sistema jurídico. Por el contrario, parecería que la prohibición expresa de la autonomía y el establecimiento de normas claras respecto a la competencia legislativa y judicial, facilitan la tarea del juez en mucho mayor medida que la solución autonomista.

Las dificultades que debe afrontar el juez en el desempeño de su tarea (639), frente a un caso absolutamente internacional, son inherentes a la misma. También le puede resultar difícil determinar si un homicidio es doloso, culposo o ultra-intencional, y no por eso le permite al reo determinar él en base a que artículo del Código Penal quiere ser condenado.

F. Curiosa fundamentación teológica.

De las muchas justificaciones a la autonomía de la voluntad que intenta la doctrina, la apelación de Boggiano a la moral cristiana resulta la más curiosa. Considera (640) que la noción de la autonomía de la voluntad "se apoya en la moral cristiana, según la cual la razón del hombre es legisladora porque puede querer el bien ..." (641), que dicha autonomía es "creadora de los medios normativos adecuados para realizar la justicia en los contratos multinacionales" (642).

No puede haber ninguna duda de que la fundamentación axiológica de la teoría filosófica personalista (y la autonomía de la voluntad está incluida en ella) encuentra sus raíces en las bases valorativas predicadas por el Evangelio (643).

Los valores evangélicos "ágape", "koinonía" y "autarkeia" (644) dieron pautas revolucionarias al enfoque deontológico del mundo clásico, que desembocaron en el mundo

contemporáneo en el desarrollo de la teoría personalista que exige la existencia de una estructura social y cultural fundada en una escala de valores que ponga la realización de cada sujeto persona como un fin en sí mismo, en un marco de libertad individual y bienestar económico (645).

Pero esto es el fundamento axiológico de la teoría de la libertad individual como pauta valorativa y como fin ...; no puede servir de pauta de política legislativa para saber cual es la mejor forma de regular la contratación internacional comercial entre empresas multinacionales en el mundo capitalista, y menos aún entre esas empresas capitalistas del mundo desarrollado y los consumidores del tercer mundo.

Parece haberse olvidado aquí que la actividad comercial capitalista que es lo que estamos analizando como objeto de una posible regulación legislativa se basa en los valores (no precisamente evangélicos) de lucro y egoísmo (646).

Proponer para su regulación la absoluta libertad porque la razón humana legisladora "puede querer el bien" y ... "es participación de la razón y de la ley divina" (647), parece de una ingenuidad inaceptable.

Agrega Boggiano que tal total libertad será la forma de "realizar la justicia en los contratos multinacionales" (sic 648). Tales afirmaciones no parecen compatibles con la realidad del mundo en que vivimos, y menos aún su fundamentación evangélica.

Si de algo ha de servirnos la teoría personalista cristiana y si la vamos a usar de guía, debería ser para advertirnos de la necesidad de ser muy cuidadosos en el momento de medir las políticas legislativas. Como enseña Pablo VI en la Encíclica *Populorum Progressio*: "...el derecho de propiedad no debe ejercitarse en detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos" (649).

La utilidad común es justamente lo que deben buscar las políticas legislativas que decidan si es conveniente o no dejar en libertad absoluta a partes que no son iguales, en un mundo en el que la injusticia y el abuso del afán de lucro a menudo están unidos. Todos tenemos la obligación de defender bienes sociales irrenunciables y el bienestar de nuestras respectivas comunidades, como paso previo imprescindible a la plena realización del individuo. Esta pauta debería ser tenida en cuenta antes de optar por presuntos sistemas autonomistas que simplemente sean una vía libre para abusos inaceptables.

No obstante, Boggiano insiste en que la autonomía de la voluntad "puede ser instrumento para alcanzar soluciones materiales más justas que las que podrían alcanzarse por aplicación de los derechos indicados por las normas de conflicto" (650), que "se trata de una libertad para la equidad" (651), que "es el instrumento de lo justo" (652).

La realidad muestra innumerables casos en que esto no es así sino exactamente a la inversa: la autonomía permite maniobras por parte del que redacta el contrato, que es en general la parte más fuerte, quien utiliza esa supuesta libertad para imponer al contratante más débil las cláusulas que mejor le convengan. Así por ejemplo cuando se incluye en el conocimiento de embarque, póliza de seguro u otro contrato de este tipo, una cláusula de jurisdicción, no suele ser en busca de un tribunal "más justo", sino asegurándose la impunidad por incumplimientos menores del contrato, toda vez que el costo de ir a plantear la reclamación a dicho tribunal supere el monto del daño sufrido por el demandante. Si aquel a quien no le cumplieron es un comerciante de un país subdesarrollado y en el hemisferio sur, esto suele ser lo habitual.

G. Sumisión pasiva y resignada ante ciertas imposiciones.

A falta de mejores argumentos, algunos autores propugnan la aceptación de esta solución simplemente porque esa es la práctica contractual más generalizada en materia de comercio internacional. Goldschmidt (653) afirma que "la práctica contractual en la

Argentina es favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión", y se funda para ello en ejemplos provenientes del transporte marítimo y aéreo, y los préstamos internacionales (654). "Basta repasar dice los contratos estandarizados de las compañías de transporte marítimo y aéreo, para encontrar en todos ellos cláusulas que someten a los usuarios a la legislación y a la jurisdicción del país en el que la compañía tiene su matriz" (655).

Pues claro que imponen siempre ese tipo de cláusula a los usuarios, precisamente porque son las que convienen a los intereses de los transportistas, y porque los consignatarios no tienen la menor posibilidad de librarse de ellas. Convienen a los transportistas, porque de esa manera se aseguran la impunidad en la mayoría de los casos, ya que sólo en reclamos de montos muy altos se justificará afrontar los costos de litigar en foros lejanos (656). Los consignatarios no tienen más alternativa que aceptar tales contratos de adhesión ya sea en forma expresa o tácita o no transportar, ya que todas las empresas transportistas imponen básicamente las mismas condiciones.

Pero estas cláusulas son nulas en materia de transporte tanto en Uruguay como en Argentina, según surge de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia analizadas oportunamente (Título I, cap.3, B.3 y C.3).

Ahora bien, ¿por qué se siguen incluyendo ese tipo de cláusulas en los conocimientos de embarque? El Dr. Mohorade, en la Conferencia sobre Conocimientos de Embarque del 28 de marzo de 1989 en la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo (657), dijo: "El Dr. Malvagni ... dice que porque los transportistas tienen una suerte de fetichismo por las cláusulas y por eso las mantienen. Hay otros autores que con más sentido de la realidad, dicen que los transportadores siguen manteniendo las cláusulas por aquello que decía el italiano: "per si cuola". Esa situación también se da en la práctica uruguaya. Un asistente al curso dictado por el Prof. Juenger en Montevideo, 1987, mencionó en el debate relativo al tema de la autonomía en materia contractual y de las cláusulas de elección de la ley y del foro, que él las veía a diario en la práctica profesional. La explicación es la misma: las empresas extranjeras poderosas que tienen relaciones comerciales en países que no lo son tanto, como Uruguay, tratan siempre de imponer sus condiciones, y lo logran, hasta que incumplan sus obligaciones contractuales, y los derechos del defraudado son amparados por su sistema jurídico, i.e., por las normas que prohíben claramente la autonomía, y establecen la vieja pero adecuada solución de la ley del lugar del cumplimiento. Así, por ejemplo, si la mercadería debió ser entregada en Montevideo y desapareció misteriosamente en alguna etapa del viaje sin que mediara "Act of God", fuerza mayor, vicio de la cosa ni ningún otro pretexto legalmente válido, sino porque hubo un simple hurto el transportista va a tener que responder en Montevideo, lo que parece ser la solución más adecuada. Esto es lo que ocurre en la casi totalidad de los casos, pues nuestros jueces tienen muy claro el problema y el funcionamiento e interpretación de las normas vigentes en materia de competencia. Estas, por su parte, son de una precisión y claridad inobjetable.

Obviamente, la tentativa de que aceptemos la autonomía de la voluntad no debe tener como respuesta final simplemente una aceptación resignada de este tipo de imposiciones.

Tampoco es aceptable el argumento de Goldschmidt de que "la Nación misma emplea en los convenios que celebra con prestamistas internacionales, cláusulas análogas de elección del Derecho de este último", y da varios ejemplos (658). Esta triste realidad no llama la atención: resulta evidente que dichos prestamistas internacionales imponen las condiciones que desean, y que países del tercer mundo como Argentina o Uruguay no tienen otra alternativa, ante la necesidad de obtener dichos préstamos, que aceptar estas imposiciones.

Afirma finalmente el maestro argentino que si bien la elección de las partes puede resultar fraudulenta o basarse en un interés deshonesto, como dice el Código Civil portugués de 1967 (art.41) y su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (art.35), "ello nunca ocurre, si entre el negocio jurídico y el país cuyo Derecho se aplica, hay una conexión atendible en la órbita del DIPr." (659) Surge claramente de los ejemplos analizados ut supra (de transporte y préstamos) que puede existir esa "conexión atendible en la órbita del DIPr." en la especie, el lugar de celebración del contrato, por ejemplo y haber un "interés deshonesto", el de obtener la impunidad por vía indirecta, como en el caso del transporte (660).

H. Supuesta obsolescencia de la defensa de la soberanía y el interés nacional.

Sostiene en general la doctrina que los argumentos de defensa de la soberanía y del interés nacional que esgrimían los autores en el pasado son hoy obsoletos. Se alega concretamente que las condiciones histórico políticas que determinaron las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889, por ejemplo, no tienen nada que ver con la realidad presente. Se pretendía entonces afianzar la soberanía de los estados nacionales nuevos, necesidad que hoy, sostienen algunos autores, ha dejado de existir.

Afirma Santos, por ejemplo, que ninguno de los factores que determinaron la adopción de las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Apéndice del C.Civil uruguayo subsisten actualmente (661).

Tal posición no parece compartible.

No se trata de defender la soberanía nacional, tal como podría entenderse la misma en el siglo XIX.

Se trata en cambio, de defender intereses nacionales irrenunciables, y los intereses de los comerciantes y productores locales.

En un mundo en que el comercio internacional se realiza cada día más en base a formularios de adhesión que contienen siempre la elección de la ley y foro del hemisferio norte, la aceptación de la autonomía de la voluntad implica en los hechos una renuncia "ab initio" a aplicar nuestra legislación y tribunales a todo nuestro comercio, y en especial a los contratos con lugar de cumplimiento aquí, lo que resulta inaceptable.

La admisión de este tipo de teorías "exportadas" por los centros de producción de ideas del mundo desarrollado parece, por lo menos, peligrosa.

En el tema del derecho marítimo, por ejemplo, nuestro país, desde que carece de flota mercante, se ha negado a ratificar el sistema de convenciones internacionales que consagran la limitación de responsabilidad del sector armatorial.

Este esfuerzo para proteger a los importadores locales se vería frustrado tan pronto como la autonomía de la voluntad fuera admitida. Las cláusulas de jurisdicción y ley operan como verdaderas cláusulas de impunidad: si los daños a la carga son de poco monto, sería antieconómico afrontar los costos de una reclamación en Hong Kong o Londres. Si los daños a la carga son grandes, el importador nacional podría ir a reclamar a Londres, pero sólo para descubrir que, como le aplican la referida normativa supranacional elaborada por el mundo desarrollado y poderoso, que incluye la limitación de responsabilidad, el armador tampoco responde, por lo que reclamar sigue siendo antieconómico.

Londres no es, en materia de derecho marítimo, "un foro neutral" como se pretende. Por el contrario, su legislación defiende los intereses armatoriales ya que en un tiempo los fletes fueron el primer rubro de exportación del imperio.

En lo que hace los intereses del hemisferio norte, los tribunales del mundo desarrollado defienden sus intereses y no los del mundo en desarrollo.

Esta no es la problemática de un importador concreto, sino que está en juego el interés nacional: si el volumen de carga dañada o faltante en un año es de un millón de dólares, el sector importador posiblemente cobrará el seguro, volverá a traer la carga y no notará la diferencia a corto plazo (662). Pero si la compra se hace dos veces, de la balanza de pagos del país habrán salido dos millones de dólares y no uno.

Mac Lean (662 bis) señala que una de las "líneas de aproximación al derecho del comercio internacional es la económica", y agrega que "si de ella tuviera que elegir un solo elemento que la representara, ... escogería sin vacilar la estructura de la balanza de pagos de un país"..."Dicho en términos excesivamente sencillos la balanza de pagos es un registro de las cuentas de ingresos y egresos monetarios que tiene un país, en sus relaciones con el extranjero. Aunque simplista, resulta una explicación útil para comenzar a comprender como funciona en el aspecto económico el comercio internacional."

En la medida en que las multinacionales del transporte no sean obligadas a reembolsar la totalidad de la carga dañada, perdida o hurtada, esta pérdida en nuestra balanza de pagos se hará definitiva.

En países fuertemente endeudados y con un problema constante de déficit comercial, la recepción del sistema de cláusulas de impunidad que de eso se trata implica un desconocimiento de la realidad comercial a las que estas cláusulas se aplican.

Y esto no es un problema exclusivo del derecho marítimo. Sucede lo mismo en todos los campos de la actividad comercial si se los examina al detalle (663). Siempre que una parte logra imponer una cláusula de elección de ley y foro fuera del lugar de cumplimiento, lo hace con la específica finalidad de evitar la aplicación de las normas de protección de los consumidores locales que pueda tener el país de ejecución. Y de paso se evita también la mayor sensibilidad a esos intereses que pueda tener el tribunal del lugar de cumplimiento.

En este sentido, Juenger ha señalado la importancia del favor judicis, comentando el caso *Handlskwekerij G.J. Bier B.V. et fondation "Reinwater" contra S.A. Mines de potasse d'Alsace* (664).

Los argumentos del interés nacional, vinculados al mantenimiento de nuestro actual sistema, no tienen por tanto nada de obsoletos, y por el contrario, están vinculados con un interés nacional real e irrenunciable.

Cabe señalar aquí que el delegado uruguayo a la CIDIP IV, Dr. Herbert, manifestó en la sesión de la Comisión II del 10/7/89 que es necesario analizar en que campo puede actuar la autonomía de la voluntad, porque no sólo están en juego los intereses de las partes, sino que el contrato internacional, por ser un factor económico, incide en las economías estatales, por lo que es necesario tener en cuenta los intereses estatales. Agregó en la oportunidad que es necesario adaptar los principios a las necesidades regionales (664 bis).

Cuando se dice que la autonomía de la voluntad podría admitirse luego de dictar un marco legal protector específico, lo que es correcto, es necesario realizar, simultáneamente una "petitio principum": ¿quién va a aplicar ese marco legal protector, o esas normas de aplicación inmediata? Si el pleito no se lleva a cabo ante los tribunales locales, es evidente que el tribunal extranjero y de un país del norte va a prestar muy poca atención a la legislación protectora uruguaya, por más que este sea el país de cumplimiento del contrato.

Capítulo 3. CONCLUSIONES.

Los argumentos a favor de la autonomía de la voluntad no tienen una base tan sólida como aparentan.

Todos los argumentos referidos a las ventajas que representa permitir la autonomía, y las necesidades que requieren su aceptación, se refieren, en realidad, a ventajas y

necesidades de algunos sectores, en desmedro de las necesidades e intereses de otros. La función del Estado es precisamente adoptar normas abstractas, teniendo en cuenta determinadas políticas legislativas fundadas en razones de justicia y equidad, que permitan lograr soluciones objetivamente justas, mediando así entre los intereses encontrados de los diferentes sectores que actúan en el comercio internacional. La autonomía de la voluntad es en cambio el instrumento que permite que primen los intereses de la parte más fuerte, al quedar desprotegida la parte más débil.

Debe concluirse por tanto, que ninguno de los argumentos que se utilizan para defender la autonomía de la voluntad tiene un valor de convicción absoluto. Por el contrario, todos son objetables, con críticas que resultan ilevantables y que no han sido refutadas en forma por los partidarios del sistema.

Parece evidente que lo que más pesa en la difusión casi universal de las tendencias autonomistas es la generalización de las mismas en el derecho positivo (y en especial en el derecho positivo de Europa Occidental) posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Estamos por lo tanto en lo que podría llamarse aceptación pasiva de los modelos culturales generados en el hemisferio norte. Que estos modelos adoptados dentro del esquema de transformación de Europa en un Estado Federal sean aceptables, sin mayor revisión, a nuestra realidad, es un punto discutible y discutido.

Habría que ser, por tanto, muy cuidadoso al pensar en cambiar el régimen vigente, que sabiamente prohíbe la autonomía como principio general y sólo la admite en condiciones excepcionales y dentro de marcos estrictos (art.56 inc.3 del T.de D.Civil Int. de Mdeo. de 1940, y Convenciones de Arbitraje de Panamá 75 y N.York 58).

Los propios partidarios de la autonomía, y los textos legales que la aceptan, enumeran infinidad de excepciones (ejs. contratos con consumidores, de seguros, de trabajo, de transporte, de intermediación, entre partes desiguales, etc.), lo que demuestra que la autonomía no siempre sirve como principio general. Además, las múltiples limitaciones dentro de las cuales debe estar enmarcada la autonomía para ser admisible aun para sus partidarios muestran a las claras los riesgos que ella entraña.

El más grave es el de que inevitablemente se omiten situaciones que deberían estar amparadas en los regímenes de excepción al principio de la autonomía.

Existen casos en que aparentemente, del punto de vista formal, ambas partes prestan consentimiento válido a las cláusulas de elección de la ley y del foro. Pero la realidad material es muy distinta a las apariencias formales. Eso ocurre, en general, con los contratos de adhesión, como por ejemplo la póliza de seguros y el conocimiento de embarque, en los que, exista o no firma del adherente, la realidad es que este carece de posibilidades reales de negociación de los términos del contrato, que le son simplemente impuestos por la otra parte. Ello nos lleva al tema siguiente, que es el imprescindible marco limitativo que debe rodear al principio de la autonomía, si algún día llega a adoptarse (665).

TITULO IV AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN UN MUNDO DIVIDIDO NORTE SUR.

Capítulo 1. ¿Que es lo que determina la preferencia por una u otra posición?

El hecho de que algunos países acepten la autonomía de la voluntad mientras otros la rechazan, no está directamente relacionado con el hecho de que dichos países pertenezcan al common law o al sistema civilista. Depende más bien, o debería depender, del hecho de ser un país desarrollado, o en vías de desarrollo, lo cual determina problemas específicos y, en consecuencia, diferentes políticas y sistemas legales. Además, aunque la

autonomía de la voluntad es una cuestión técnica, está estrechamente vinculada con aspectos y principios filosóficos y políticos.

En el Simposio sobre "Conflicto de Leyes en Contratos entre Naciones Desarrolladas y en Desarrollo", realizado en la Universidad de Georgia, School of Law, Gabriel M. Wilner expresa: "Entre las cuestiones que con frecuencia se plantean en los extensos y complejos debates sobre las relaciones norte sur, en numerosos foros multilaterales tanto dentro como fuera de las Naciones Unidas, encontramos la cuestión aparentemente técnica, pero en realidad fundamentalmente filosófica de hasta donde tienen los participantes en los numerosos tipos de transacciones económicas entre norte y sur el derecho de determinar el derecho aplicable, estructuras e instituciones para la solución de sus disputas. Como el número de sistemas nacionales y los tipos de filosofías relativas a la propiedad privada y a la libertad contractual han aumentado, el consenso general entre los sistemas legales ha decrecido" (666).

A Dos realidades distintas y contrapuestas.

a. Países en desarrollo. Los países en desarrollo limitan usualmente los derechos que las partes de un contrato puedan tener para "escapar de sus políticas nacionales incluidas en sus derechos nacionales y aplicadas por sus tribunales nacionales" (667).

b. Países desarrollados. Por otro lado, los países desarrollados tienden a fortalecer la libertad de las partes de elegir la ley del contrato y también el foro para solucionar las controversias que de él surjan, aunque "en realidad, ...la regulación de los tipos específicos de actividades económicas y comerciales dentro y entre los países occidentales, se ha convertido en limitaciones de hecho de la autonomía de la voluntad, a pesar de que siguen siendo fieles a la teoría general" (668). Esto sin duda resulta de los intentos de contrarrestar los defectos y riesgos que entraña la aceptación del principio.

En efecto, es tan amplio el desarrollo de la legislación protectora de su comercio y economía, que los países desarrollados limitan, por esa vía, los riesgos que implica la aceptación de la autonomía. Dentro de ese marco legal protector de sus políticas económicas, el papel de las partes se ve implícitamente restringido.

Además, las partes privadas pertenecientes al mundo desarrollado tienen una posición comercial superior que la de las partes del mundo en desarrollo. El resultado de esta situación es un desigual poder de negociación que permite a la parte más fuerte imponer a la más débil cláusulas de elección de la ley y del foro. Estas cláusulas están generalmente incluidas en contratos estandarizados, que no son el producto de una negociación y que no reflejan las razonables expectativas de las partes (669). Este tipo de contrato otorga poca o ninguna consideración a las leyes y políticas de los países en desarrollo (670).

c. ¿A quién conviene la admisión de la autonomía de la voluntad?. Alice M. Vickers reconoce, en el referido Simposio, que: "la completa autonomía de la voluntad no es lo que más conviene a las naciones en desarrollo" (671) porque, debido al superior poder de negociación de las partes de países desarrollados, estas impondrán la ley y el foro más convenientes para ellas. Y agrega: "Con la excepción de algunos recursos naturales con gran demanda y escasa oferta, los países desarrollados han prevalecido en la contienda por poder de negociación, y continúan defendiendo una autonomía de la voluntad sin trabas" (672).

B. Imposibilidad de dejar de lado la propia contextualidad, que determina una particular perspectiva.

Afirma el jurista peruano Roberto Mac Lean (672 bis) que "...las normas legales no se desarrollan en un vacío de laboratorio, sino que se producen y causan efectos dentro del contexto de una realidad política, económica y cultural concreta, y es únicamente dentro de este contexto donde se puede encontrar su significado real. Las normas pueden variar de sentido, a veces dramáticamente, conforme al contexto real en el que funcionan."

Por tanto, aunque la tendencia sea la aceptación de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional (673), no puede seguirse esa corriente sin un previo análisis serio de lo que ello significaría e implicaría para un país como Uruguay. Un cambio tan profundo de nuestro sistema jurídico requeriría considerar los intereses nacionales y las políticas fundamentales en juego.

Es necesario analizar las razones por las cuales se da esa tendencia:

a. En Europa, la creación de la Comunidad Económica Europea, que tiende a borrar los límites estatales en materia económica y de comercio internacional, y a unificar los intereses de los distintos Estados miembros de dicha Comunidad frente a los del resto del mundo, con la consiguiente fuerza que esto les proporciona, amerita la aceptación del principio en cuestión. La obra de unificación jurídica emprendida por la CEE, en cuyo marco se han ido aprobando numerosas convenciones, se limitan en general al ámbito de dicha Comunidad (Ejemplo: Convención de Roma, 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones Contractuales, arts.27 y 28).

b. Los Estados Unidos, por su condición de Estado federal, poderoso económica y políticamente, tiene una realidad fáctica más parecida a la europea que a la de la mayoría de los estados del tercer mundo.

c. En los países latinoamericanos parece haber una tendencia a imitar las soluciones europeas como si constituyeran la solución técnicamente perfecta. Aunque sin duda puedan serlo para la CEE, es más discutible que lo sean en otros contextos, pues no se trata de problemas asepticos, de laboratorio, sino de problemas prácticos de la realidad social, económica y política de los estados y su gente. Deben ser analizados por tanto a la luz de dichas realidades, que son básicamente distintas a las del mundo desarrollado.

C. Problema que plantean las Convenciones Internacionales y el Derecho Uniforme.

Las Convenciones internacionales son consideradas instrumentos políticos (674). Afirma Roffe que "Hay también un deseo de incorporar ciertos principios al derecho internacional que han sido generalmente considerados, en occidente, como políticos más que como jurídicos, y que por su amplia generalidad y flexibilidad de aplicación, se prestan a manipulación" (675).

Líderes de muchos países en desarrollo consideran que la elaboración del derecho uniforme está dominada por los países desarrollados y que el derecho resultante no recoge las necesidades de los países en desarrollo. (676)

David Jackson, comentando la Convención de la CEE sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (677) expresa que "la libertad de seleccionar un derecho implica una libertad igual para ambas partes". Pero reconoce que "se acepta actualmente que dicha libertad es ilusoria respecto a ciertos contratos".

Teniendo este hecho en consideración, la Convención de Roma incluye normas especiales para los contratos de trabajo y con consumidores, pero (por cierto) no lo hace respecto a contratos entre comerciantes con desigual poder de negociación en general, o específicamente cuando eso se debe al hecho de que las partes pertenecen una a un país desarrollado y la otra a uno en vías de desarrollo.

Una de las razones de esto puede ser que la Convención fue hecha para la CEE, la cual no incluye ningún país en desarrollo.

En la Conferencia de Viena de 1980 sobre la Convención de Compraventa Internacional de mercaderías el representante de Yugoslavia dijo: "Los intereses de los países en desarrollo y la necesidad de establecer un nuevo orden económico internacional, debería tenerse en cuenta al adoptar el texto final en la Conferencia diplomática llevada a cabo en Viena, para que puedan cumplirse las expectativas de los países en desarrollo respecto a la implementación de las resoluciones adoptadas en la sexta y séptima sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, hecho que debería ser tenido en cuenta también por UNCITRAL" (678).

Mientras no se revierta esta situación, hay que ser cuidadosos a la hora de copiar o incorporar las soluciones adoptadas por los países desarrollados.

Capítulo 2. Conclusiones.

La idea de que "las personas mayores de edad y capaces de comprender, deberán tener la máxima libertad de contratación" (679), está perdiendo pie. En las situaciones antedichas, la parte más poderosa impone sus condiciones a la más débil, a través de contratos de adhesión o simplemente eliminando toda posibilidad de elección.

Este problema de las imposiciones abusivas en caso de desigual poder de negociación, resulta especialmente grave respecto a las cláusulas de elección del foro (680), pues puede implicar lisa y llanamente la denegación de justicia. Esto ocurre en aquellos casos en que ir a litigar al foro impuesto por la cláusula respectiva resulta para la parte que debió adherir a la misma más oneroso que el monto mismo de la reclamación. De aceptarse la validez de la cláusula en virtud de la autonomía de la voluntad, habría una denegación de justicia.

Este problema tiene una especial significación en relación a los contratos internacionales cuyas partes pertenecen una a un país en vías de desarrollo y la otra a uno desarrollado, cosa que ha sido reconocida incluso por algunos autores pertenecientes a estos últimos (681). Brown ha asimilado, incluso, la posición de los países en desarrollo con el status de los consumidores en los contratos de adhesión (682).

A su vez, Cindy Noles, en el referido Simposio de Georgia, reconoce que no debería haber presunción de igualdad en el poder de negociación ni de validez de las cláusulas de elección del foro en los términos establecidos en Zapata cuando una de las partes del contrato internacional pertenece a un país en desarrollo, sino que por el contrario, la parte que pretende el reconocimiento de semejante cláusula debería tener que demostrar la razonabilidad de la misma a la luz de las circunstancias que rodean el contrato (683).

Greenhill admite que: "Las corporaciones transnacionales establecidas en países desarrollados han gozado generalmente de posiciones de negociación económicamente superiores en sus relaciones con países en desarrollo" (684).

Algunos tribunales norteamericanos se han negado a validar cláusulas de elección del foro cuando ha habido desigualdad en el poder de negociación de las partes, y la referida cláusula beneficia a la parte más poderosa, la cual pudo forzar a la más débil a someterse a una jurisdicción que, de otra manera, no hubiera elegido. (685)

Scoles & Hay afirman que hay una "preocupación pública respecto a la protección de las personas en posiciones de negociación inferiores, de la coerción económica" (686). Agregan más adelante que "las cuestiones relativas a lo adecuado del consentimiento se plantean no sólo en los contratos de adhesión habituales, sino también en circunstancias en que otros actos implican o la ley considera que implican consentimiento" (687). Aunque no lo mencionan, las circunstancias en las que se realiza normalmente la contratación entre países en desarrollo y los desarrollados, debería ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar el supuesto "consentimiento" prestado por las partes en esos casos.

En conclusión, las soluciones básicas de nuestro sistema jurídico siguen siendo tan necesarias y justificadas hoy como siempre, puesto que la problemática político económica de nuestro país en sus relaciones con el mundo de los poderosos no ha variado sustancialmente. El avance tecnológico de los países desarrollados y la correspondiente evolución del comercio internacional si algo nos pone en una situación cada vez de mayor desventaja. Esto requiere una actitud cuidadosa frente a las soluciones jurídicas de países con situaciones radicalmente opuestas a la nuestra. No se trata de soluciones mejores o peores en abstracto, mejor estudiadas por un grupo numeroso de especialistas europeos y entonces, a priori, buena sino de soluciones adecuadas o no para una realidad determinada.

NOTAS AL PIE

1 Una parte de la doctrina argentina en especial el profesor Dr. Antonio Boggiano interpreta que los Tratados de Montevideo de 1889 admiten la autonomía de la voluntad, en la medida en que no la prohíben. (Ver desarrollo de este punto en Título I, Cap.3).

2 Ole Lando, *International Encyclopedia of Comparative Law* Vol.III Private International Law Chapter 24 Ed. 1976, p. 3, No.3.

3 Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, 2a.Ed., T.II, p. 694 5, 701 2,

4 Boggiano, *Cidip IV*, Doc.8/88.

5 D.I.P., T.II, p. 693.

6 Boggiano, *Derecho Internacional ... citado*, p. 695; Lando, *op.cit.*, p. 4; Ernst Rabel, *The Conflict of Laws A Comparative Study*, V.2, 2nd. Ed., 1960, p. 368 9.

7 En cuanto a la universalidad, veremos más adelante que el principio de la autonomía ha distado mucho de ser unánimemente aceptado. En cuanto a la antigüedad de la aplicación del principio, aunque se busque remontar sus orígenes al siglo XI (Juenger, en *Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, Ed.1982, p. 297, refiriéndose al contrato matrimonial del Cid), el primer caso en que la autonomía de la voluntad fue reconocida en Inglaterra (país que según Lowenfeld, *Conflict of Laws: Cases and Materials Series* Ed. 1986, fue el primero en adoptar el principio) fue *Robinson v. Bland*, en 1760, con el famoso dictum de Lord Mansfield. (Cfr. Rabel, *op.cit.*, p.371). En Estados Unidos, en pleno siglo XX, Beale y el primer Restatement eran absolutamente contrarios a la autonomía de la voluntad. En cuanto a las "forum selection clauses" (cláusulas de elección del foro), "históricamente, los tribunales del common law fueron contrarios a dichas cláusulas" salvo que se pudiera demostrar "(i) que el tribunal elegido contractualmente era más conveniente para las partes que el elegido por el actor, (ii) que el tribunal elegido integraba un sistema legal justo y no influenciable, y (iii) que ningún resultado probable a que pueda llegarse en el foro elegido violará el orden público de los Estados Unidos". (Alan C. Swan, "Choice of Law in international contracts", *The Florida Bar Journal/May 1982*, p.413). Fue recién en 1972, en el caso *M/S Bremen v. Zapata Off Shore* (407 U.S.1, 92 S.Ct.1907 (1972)), que la Suprema Corte cambió esta posición y validó y aplicó una cláusula de elección del foro.

8 Juenger, *Curso en Montevideo*, 3/4/87, inédito.

9 Cf. Arthur Bryant, *Set in a Silver Sea, A History of Britain and the British People*, Ed. 1985, Book Club Associates, London. Bryant agrega: "Through these writs 'infinitely diversified for different causes' Henry achieved a major and peaceful revolution. He did so under the guise of restoring 'the good old laws'. Appealing to native English tradition, he used the prerogative to bring the whole system of freehold tenure under national law." Y continúa más adelante: "His judges made his remedies available in every corner of the realm. With the precedents they enshrined in their judgements, they little by little created a common law for all England. Even that of the shire and hundred courts had varied from

district to district; Kent, Wessex, Mercia, the Danelaw, London and the Celtic West had all had their separate customs and practices. Henry's judges established the same system for north, south, east and west, for town and country, for Norman and Englishman. They nationalised, as it were, the law".

"In doing so they drew from the principles which Italian jurists had recently rediscovered in the great legal codes left behind six centuries before by the Byzantine Emperor Justinian. But, while the continental lawyers who studied Roman jurisprudence in the new universities of Bologna and Paris had little chance of applying it except in the church courts, law in England, thanks to Henry's triumph over the feudal jurisdictions, was no academic study confined to learned doctors and pursued only in palace courts, but a practical, day to day business affecting the whole nation. However much they might admire the logical maxims of imperial Rome, Henry's judges had to administer the kind of law to which ordinary Englishmen were accustomed. In their judgements, based on the decisions of their predecessors, they embodied from popular and local custom whatever seemed compatible with a common national system.

"The growth of such case law, as it was called, was a two way process. It was not merely imposed from above but grew from below. It was, above all, a collaboration between professional judges stating the law and laymen, drawn from different classes of society, deciding questions of fact." (Bryant, *op.cit.*, p.87 88).

10 Alfonsín, *Teoría del DPI*, p.99, No.75.

11 Lando, *op.cit.*, p.14, cita los casos *P. & O. v. Shand*, y *Lloyd v. Guilbert* como ilustrativos; *id.*, Rabel, *op.cit.*, p.371.

12 Morris, *op.cit.*, p.211 y Rabel, *op.cit.*, p.365, nota 18.

13 Morris, *id.*

14 Rabel, *op.cit.*, p.366 y 371.

15 Morris, p. 210.

16 Dicey & Morris, Rule 145, citado en Lowenfeld, *op.cit.*, p.21.

17 Story explicaba la elección de la *lex loci contractus* haciendo referencia a la intención de las partes: se supone que toda persona que contrata en un estado se somete a la ley de ese lugar, pero aún cuando la persona no tiene esa intención, la ley del lugar donde se celebra el contrato actúa sobre ella en virtud de la soberanía general que posee toda nación para regular las personas, las propiedades y las transacciones que se encuentren o realicen dentro de su territorio.

18 citado en Morris, *op.cit.*, p.212.

19 *id.*, y Lando, *op.cit.*, p.15.

20 Lando, *op.cit.*, p.59, No.116, y Morris, *op.cit.*, p.212.

21 citado en Lando, *op.cit.*, p.15.

22 *id.*, p.15, No.31.

23 citado por Rabel, *op.cit.*, p.365 6, Morris, *op.cit.*, p.213 y Hessel E. Yntema, "Autonomy" in the Choice of Law, *The American Journal of Comparative Law*, p.348.

24 Rule 146, Sub Rule 1, Dicey & Morris, en Lowenfeld, *op.cit.*, p.21 y Morris, *op.cit.*, p.214.

25 *id.*, Sub Rule 2, y Morris, p.219.

26 Caso *Vita Food*, Lowenfeld, *op.cit.*, p.247 y Rabel, *op.cit.*, p.366.

27 Lord Wright expresa las mismas ideas en otro leading case, *Mount Albert Borough Council v. Australasian etc., Assurance Society Ltd.* (1938) A.C.224, 240, citado en Morris, *op.cit.*, p.209.

28 *Vita Food*, Lowenfeld, *op.cit.*, p.247 y 268. Morris (*op.cit.*, p.216) destaca: "It is difficult to attach a meaning to Lord Wright's statement that the choice must be "legal", since he did not indicate by what law the legality of the choice was to be tested".

- 29 Lowenfeld, op.cit., id.
- 30 Lando, op.cit., p.16.
- 31 Lorenzen, Ernest G., en "Uniformidad en las reglas de derecho internacional privado", citado por E.L. Fermé, "Tratado de Derecho del Trabajo", Vazquez Vilard, Antonio (Director), T.2, Bs.As., Astrea, 1982; Capítulo VII, "Derecho Internacional Privado del Trabajo", p.870.
- 32 Morris, op.cit., p.225; Cf. Lowenfeld (citando a Dicey & Morris), op.cit., p.21.
- 33 Morris y Lowenfeld, id. El *depêchage* es admitido por los tribunales ingleses sólo en circunstancias "inusuales" y "com-pulsivas" (unusual and compelling).
- 34 Morris y Lowenfeld, id.
- 35 Lando, op.cit., p.15, No.30.
- 36 Conferencia de las N.U. sobre Comercio y Desarrollo. Gine-bra. "Conocimientos de Embarque". Informe de la Secretaría de la UNCTAD. 1971. p.14.
- 37 id., p.15.
- 38 id., p.14, cita 85.
- 39 Lord Denning M.R. en *Tzortzis v. Monark Line A/B* (1968) 1W.L.R.406, 411, Morris, op.cit., p.217.
- 40 Morris, op.cit., p. 217 8.
- 41 Morris, op.cit., p.218.
- 42 Lando, op.cit., p.16. Citando a Dicey y Morris, se refiere a los casos *Golden Acres v. Queensland Estates, Ltd.*, (1969) St.R.Qd. 378; *Queensland Estates, Ltd. v. Collas*, (1971) St.R.Qd.75; *Boissevain v. Weil*, (1949) 1 K.B.482 (C.A.) at 491 per Denning, L.J. and *Re Helbert Wagg & Co., Ltd.'s Claim*, (1956) Ch.323 at 341 per Upjohn.
- 43 Cheshire, p.213 217, citado por Lando, p.16.
- 44 Morris, *Proper Law* 197 207, citado en Lando, p.16.
- 45 Morris, op.cit., p.213 y Lando, op.cit., p.16.
- 46 Morris, op.cit., p.213.
- 47 Morris da varios ejemplos: *Bonython v. Commonwealth of Australia* (1951)A.C.201, 219; *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd.*(1961)A.C.1007; *Rossano v. Monark Line A/B*(1968)1W.L.R.406; *Whitworth Street Estates Ltd. v. James Miller and Partners Ltd.*(1970)A.C.583; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*(1971)A.C.572; *Coast Lines Ltd. v. Hudig and Veder Chartering N/V*(1972)2Q.B.34.
- 48 Lando, op.cit., p.16.
- 49 id., p.17.
- 50 Morris, op.cit., p.223.
- 51 id., p.224.
- 52 Cf. Morris, op.cit., p.225.
- 53 id.
- 54 id.
- 55 Juenger, *Curso en Montevideo*, 6/4/87, inédito.
- 56 id.
- 57 id.
- 58 Lowenfeld, op.cit., p.853.
- 59 Lowenfeld, id.
- 60 12N.Y. 2d473, 240 N.Y.s2d743, 191N.E.2d279(1963); 18N.Y.2d289, 274N.Y.S.2d591, 221 N.E.2d380(1966); 31N.Y.2d121, 335N.Y.S.2d64, 286N.E.2d454(1972) respectivamente.
- 61 Juenger, *Curso en Montevideo*, 6/4/87, inédito.
- 62 Lowenfeld, op.cit., p.853.

63 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

64 Scoles & Hay, op.cit., p.275 y sigts.

65 Scoles & Hay, op.cit., p.278 y sigts.

66 Scoles & Hay, op.cit., p.278 9.

67 Scoles & Hay, op.cit., p.280. La Suprema Corte ha sostenido (D.H. Overmyer Co., Inc. v. Frick Co., 405 U.S.174, 188, 92 S.Ct. 755, 783 (1072) que no se viola la Constitución siempre que el consentimiento haya sido prestado en forma "voluntaria, inteligente y con conocimiento". (Citado en id.)

68 Scoles & Hay, op.cit., p.211.

69 Scoles & Hay, op.cit., p.213. Señalan que a partir del caso Shaffer v. Heitner (ver no....) la mera presencia del demandado puede no ser, por sí sola, suficiente para conferir jurisdicción.

70 Scoles & Hay, op.cit., p.262 y sigts.

71 Scoles & Hay, op.cit., p.212.

72 Mr. Justice Holmes, en Tyler v. Judges of Court of Registration, 175 Mass. 71, 76, 55N.E.812, 814 (1900), citado en Scoles & Hay, op.cit., p.213.

73 Scoles & Hay, op.cit., p.213.

74 Juenger, Curso en Montevideo, 1987. Los hechos en el caso Pennoyer fueron los siguientes: una persona domiciliada en California adeudaba honorarios a su abogado, domiciliado en Oregon. El abogado lo demandó en Oregon basándose en una ley que atribuía jurisdicción a los tribunales de ese estado siempre que existieran bienes del demandado ubicados en dicho territorio. El juicio se siguió en rebeldía, se obtuvo sentencia condenatoria y luego se remató un inmueble que el demandado tenía en Oregon. El demandado reclamó ante un tribunal federal, alegando que la sentencia era inválida por falta de jurisdicción. La Suprema Corte declaró la nulidad del juicio, alegando que el tribunal de Oregon carecía de jurisdicción "in personam" por no haber emplazado al demandado dentro de su territorio, y carecía también de jurisdicción "in rem" por no haber embargado el bien antes del juicio, no siendo suficiente el secuestro posterior a la sentencia.

75 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

76 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

77 Scoles & Hay, op.cit., p.212 y 229 y sigts. Juenger (Curso en Montevideo, 1987) pone como ejemplo de esta jurisdicción exorbitante el siguiente: un francés podría entablar acción quasi in rem en California, embargando la cuenta bancaria que un uruguayo tuviera en California, reclamándole daños por actos ilícitos ocurridos en Brasil.

78 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

79 Juenger, Curso en Montevideo, 1987. Los hechos en el caso International Shoe fueron los siguientes: International Shoe Co. era una fábrica de zapatos con sede en el estado de Missouri, cuyos abogados intentaron evitar la jurisprudencia que los hacía demandables ante los tribunales de todos los estados donde estuvieran haciendo negocios ("doing business"). El modus operandi planeado fue autorizar a sus agentes en trece estados a exhibir mercadería y a concretar pedidos, pero prohibiéndoles realizar ninguna venta directa. Sin embargo, esta estratagema no dió resultado, porque los tribunales de Washington se declararon competentes, alegando que la demandada desarrollaba actividades continuas y sistemáticas en dicho estado. La Suprema Corte confirmó tal decisión.

80 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

81 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

82 433 U.S. 186, 97 S.Ct. 2569, 2581 (1977). En el caso Shaffer, un tribunal asumió jurisdicción, en base a haberse obtenido un embargo de bienes dentro del estado del foro, siguiendo los criterios "in rem" vigentes hasta ese momento. No obstante, la Suprema Corte

declaró inconstitucional por exorbitante una jurisdicción basada solamente en el embargo de bienes, en la medida en que obligaba al demandado a comparecer ante un tribunal con el que el asunto en litigio carecía de contactos mínimos.

83 Scoles & Hay, op.cit., p.237 8.

84 Scoles & Hay, op.cit., p.220.

85 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

86 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

87 The United States Law Week, 2 24 87, 55 LW 4197. Asahi era una fábrica de válvulas para cámaras en Japón, que vendía su producto a la empresa Cheng Shin de Taiwan. La empresa tai-wanesa vendió esas cámaras en California. Cuando una válvula defectuosa provocó un accidente en el que perdió la vida el pasajero de una motocicleta, Cheng Shin fue demandado ante los tribunales de California, y a su vez intentó citar en garantía a Asahi por su responsabilidad. La sentencia del Tribunal de Apelaciones de California revocó una sentencia de primera instancia que había declarado que la corte podía asumir jurisdicción sobre Asahi, desde que al poner su mercadería en el "stream of commerce" y llegar ésta a Estados Unidos, aún sin su conocimiento, establecía "contactos mínimos" suficientes para ser demandado, de conformidad con las leyes (long arm statutes) de ese estado. La Suprema Corte de California, a su vez, revocó el fallo de segunda instancia y aceptó que el que los tribunales del estado asumieran la jurisdicción en dicho caso, no violaba la cláusula de debido proceso. El asunto llegó hasta la Suprema Corte de Estados Unidos, la que a su vez revocó el fallo de la Suprema Corte de California, y negó a los tribunales de ese estado competencia en el caso, en una decisión dividida, en que los distintos jueces alegaron argumentos contradictorios sobre la teoría de los contactos mínimos como base de jurisdicción.

88 The United States Law Week, p.4198

89 The United States Law Week, p.4198

90 The United States Law Week, p. 4200

91 Juenger, Curso en Montevideo, 1987

92 The United States Law Week, p.4200

93 Juenger, Curso en Montevideo, 1987.

94 Juenger, id.

95 330U.S. 501,67S.Ct.839, 91L.Ed 1055. Ver respecto a este caso, Reese y Rosenberg, op.cit., p.191. En este caso el actor, domiciliado en Virginia, entabló una demanda a la Gulf Oil Coop., empresa del estado de Pennsylvania ante los tribunales de Nueva York. La Suprema Corte decretó el rechazo de la jurisdicción que pretendía el actor, en base al principio del "forum non conveniens". Según este fallo, un tribunal puede negarse a asumir jurisdicción aunque la misma parezca como legalmente fundada, toda vez que sea notorio que el actor está intentando forzar el juicio en un lugar inconveniente para su adversario.

96 Juenger, curso en Montevideo, 1987.

97 United States Supreme Court, 407 U.S.1 (1972). Zapata Off Shore Co., compañía petrolera norteamericana, contrató con Unterweser, armadora alemana, el remolque de una plataforma petrolera desde Luisiana hasta Italia. El remolcador Bremen, que realizaba el transporte, debió enfrentar una tormenta que causó daños de entidad a la plataforma. Zapata le ordenó volver al puerto de Tampa, Florida, y allí embargó el remolcador haciendo uso de una "in rem action", y pretendió que el subsiguiente juicio por daños y perjuicios se siguiera ante esa jurisdicción. Los abogados de Unterweser se opusieron, alegando una cláusula contractual que establecía la elección de los tribunales ingleses como foro competente.

98 Lowenfeld, op.cit., p.305

99 254 F.2d 297(CA5 1958), cert. dismissed, 359 U.S.180 (1959)

100 "...agreements in advance of controversy whose object is to oust the jurisdiction of the courts are contrary to public policy and will not be enforced" (154F.2d, at.300 301).

101 El texto de la #80 se podría traducir de la siguiente manera: "el acuerdo de las partes relativo al lugar de la acción no puede privar a un estado de jurisdicción judicial, pero dicho acuerdo será validado salvo que sea injusto o no razonable".

102 Juenger, Curso en Montevideo, 1987. Dice el Ministro Burger: "...such clauses are prima facie valid and should be enforced unless enforcement is shown by the resisting party to be "unreasonable" under the circumstances". Y agrega más adelante: "There are compelling reasons why a freely negotiated private international agreement, unaffected by fraud, undue influence, or overweening bargaining power, such as that involved here, should be given full effect". (texto del fallo en Lowenfeld, op.cit., p.293 4).

103 Señala Mr. Chief Justice Burger en el fallo: "After reviewing the contract and making several changes, but without any alteration in the forum selection or exculpatory clauses, a Zapata vice president executed the contract and forwarded it to Unterweser in Germany, when Unterweser accepted the changes, and the contract became effective." (fallo citado en Lowenfeld, op.cit., p.290).

104 Juenger, Curso en Montevideo, 1987; ver texto del fallo en cita 102.

105 ver texto del fallo en Lowenfeld, op.cit.

106 417 U.S.506, 94 S.Ct.2449 (1974).

107 Scoles & Hay, op.cit., p.360.

108 Delaume, op.cit., p.186.

109 Delaume, op.cit., p.188. Agrega Delaume que una de las áreas donde subsiste la referida incertidumbre se refiere a las cláusulas de elección del foro en los conocimientos de embarque sujetos a la U.S.COGSA (United States Carriage of Goods by Sea Act) (id., p.188 y sigts.).

110 El Black's Law Dictionary, Fifth Edition, 1979, pag. 1180, da la siguiente definición de "Restatement of Law": "A series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors think this change should take."

111 Juenger, Curso en Montevideo, 6/4/87, inédito.

112 Alan C. Swan, "Choice of law in international contracts", in The Florida Bar Journal / May 1982, p.409.

113 Beale, Treatise on the Conflict of Laws, p.1079 80; Lando, op.cit., p.24 in fine.

114 Beale, citado por Lando, op.cit., p.25, cita 186.

115 Lando, op.cit., p.25, cita 187. Ej.: Gerli & Co. v. Cunard S.S.Co., 48F.2d 115, 117 (2Cir.1931).

116 citado por Yntema, op.cit., p.349.

117 345 U.S.571(1953) S.Ct.(Lowenfeld, op.cit., p.860).

118 id.

119 U.S.Court of Appeals, 2nd.Circuit, 221 F.2d 189(1955), en Lowenfeld, op.cit.,p.252.

120 Scoles & Hay, op.cit., p.34 35.

121 id.; se refieren a "the right line between excess of rigidity ... and excess of flexibility", citando a Kahn Freund.

122 nótese que no se refiere a la política del foro.

123 Scoles and Hay, op.cit., p.648, #18.10.

124 Conflict Course, UC Davis, Oct.3, 1988 (inédito).

125 En contra, Lowenfeld, op.cit., p.244, quien considera que la autonomía de la voluntad tiene dos limitaciones: debe haber una vinculación razonable entre las partes o la

transacción y la ley elegida, y esa ley no debe ser contraria a ninguna política fundamental de ningún estado que tenga un interés material mayor en el asunto y cuya ley sería aplicable a falta de elección por las partes. La interpretación del texto que hace el Prof. Juenger parece ser la más adecuada.

- 126 F. Juenger, Conflict Course, id.
- 127 Cf. Rest.2nd., Conflict of Laws, American Law Institute Publishers, 1971, p.562.
- 128 Lando, op.cit., p.27.
- 129 Cf. Scoles and Hay, op.cit., p.641 y ver casos en cita 5.
- 130 id., y ver casos en cita 6.
- 131 Comentarios "c" y "e".
- 132 Lando, op.cit., p.28.
- 133 Lando, id., Comentario a #1 104.
- 134 Commercial and Debtor Creditor Law Selected Statutes Ed.1987, Foundation Press, p.9, Official Comment , 3, to #1 105.
- 135 UCC, op.cit., Comment 4.
- 136 UCC, op.cit., Comment 1, p.8.
- 137 Scoles and Hay, op.cit., p.650, fn.H.
- 138 UCC, op.cit., Comment 5.
- 139 Las secciones enumeradas en el texto de la subsección (2) de la #1 105 son:
 - "Rights of creditors against sold goods. Section 2 402.
 - Applicability of the Article on Bank Deposits and Collections. Section 4 102.
 - Bulk transfers subject to the article on Bulk Transfers. Section 6 102.
 - Applicability of the Article on Investment Securities. Section 8 106.
 - Perfection provisions of the Article on Secured Transactions. Section 9 103".
- 140 UCC, Official Comment (1) to Sec.1 105, p.8.
- 141 Scoles and Hay, op.cit., p.650.
- 142 Cf.Nordstrom and Ramerman, The UCC and the Choice of Law, 1969 Duke L.J., p.629, citado en Scoles & Hay, op.cit., p.650, citas 6 y 7.
- 143 Cf. Scoles and Hay, op.cit., p.651.
- 144 "New New York Choice of Law Law", The International Lawyer, Winter 1985, V.19, No.1, p. 371 y sigts.
- 145 Becker, op.cit., p. 372.
- 146 The Company Lawyer, Vol. 6, No.3, p.136 7.
- 147 Lando, op.cit., p.25, Scoles and Hay, Conflict of Laws, Hornbook Series, Ed. 1982, p.634, #18.2, and Hartley, Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study, Ed. 1982, p.113 114.
- 148 Lando, op.cit., p.25, fn.190.
- 149 Ejemplos citados por Lando, op. cit., p.25, fn.191: Seeman v. Philadelphia Warehouse Co., y Owens v. Hagenbeck Wallace Shows Co.
- 150 Scoles and Hay, op. cit., p.634 5, #18.2.
- 151 Lauritzen v. Larsen, 345U.S.571(1953)S.Ct., en Lowenfeld, op.cit., p.860.
- 152 Lando, op.cit., p.25.
- 153 Scoles and Hay, op.cit., p.634 5, #18.2.
- 154 Ejemplos: The Kensington, 183 U.S.263, 269, 22 S.Ct. 102, 46 L.Ed. 190 (1902); Johnston v. Commercial Travelers Mutual Accident Association, 242 S.C.387, 131 S.E.2s 91, 95 (1963); Dunlop Tire & Rubber Corp. v. Rayan, 171 Neb. 820, 108 N.W.2d 84, 88 (1961); Carl Hagenbeck and Great Wallace Show Co. v. Randall, 75 Ind.App. 417, 126 N.E. 501, 502 503, (1920); Mutual Life Insurance Co. v. Mullen, 107 Md. 457, 69 A. 385, 387 (1908); Keatley v. Travelers' Insurance Co., 187 Pa. 197, 40 A.808 (1898), citados en Scoles & Hay, p.638, 3.

155 *Fine v. Property Damage Appraisers, Inc.*, 393 F.Supp. 1304, 1308 (E.D.La.1975); *National Surety Corp. v. Inland Properties, Inc.*, 286 F.Supp. 173, 188 (E.D.Ark.1968); *Ury v. Jewelers Acceptance Corp.*, 227 Cal.App.2d 11, 38 Cal.Rptr.376, 382 (1964), citados en *Scoles & Hay*, p.638, 4.

156 *B. M. Heede, Inc. v. West India Machinery and Supply Co.*, 272 F.Supp. 236, 241 (S.D.N.Y.1967), citado en *id.*, p.638, 5.

157 *Scoles and Hay*, *op.cit.*, p.639.

158 Ver: *Davis v. Jointless Fire Brick Co.*, 300 F. 1, 4 (9th Cir. 1924); *Forney Industries v. Andre*, 246 F.Supp. 333, 334 (D.N.D.1965); *May v. Mulligan*, 36 F.Supp. 596 (W.D.Mich.1939), citados en *id.*, p.638, 6.

159 153 Mass.553, 27 N.E.665,667(1891), citado en *Scoles and Hay*, *op.cit.*, p.638.

160 *Intercontinental Hotels Corp. v. Golden*, 15 N.Y.2d 9, 254 N.Y.S.2d 527, 203 N.E.2d 210,212(1964), citado en *id.*, p.638, 8.

161 *Naylor v. Conroy*, 46 N.J.Super.387, 134 A.2d 785, 787(1957), citado en *id.*, p.638, 9.

162 *Loucks v. Standard Oil Co.*, 224 N.Y. 99, 110, 120 N.E. 198,201 (1918): "offends our sense of justice or menaces the public welfare", citado en *id.*, p.638, 10.

163 esta es la solución del Restatement 2nd., Conflict of Laws, #187(2)(b)(1971) y de algunos fallos recientes como *Blalock v. Perfect Subscription Co.*, 458 F.Supp. 123 (S.D.Ala.1978), citado en *Scoles and Hay*, *op.cit.*, p.640; y *Lauritzenv. Larsen* (345 U.S. 571, 588 89, 73 S.Ct. 921,97 L.Ed.1254(1953), *Lowenfeld*, *op.cit.*, p.855).

164 *Scoles and Hay*, *op.cit.*, p.648, #18.9.

165 *Lando*, *op.cit.*, p.25, No.47.

166 *Lando* cita los siguientes casos relativos a seguros: *New York Life Ins. Co. v. Gravens*, 178 U.S.389 (1900); *Mutual Life Ins. Co. of New York v. Hathaway*, 106 F. 815 (9 Cir. 1901); *Ragsdale v. Brotherhood of Railroad Trainmen*, 80 S.W.2d 272 (Mo. 1934); *New England Mut. Life Ins. Co. of Boston, Mass. v. Olin*, 114 F.2d 131 (7 Cir.1940); *Mutual Life Ins. Co. v. Mullen*, 69 A.385 (Md.1908); *Jones v. New York Life Ins. Co.*, 32 Okl.339, 122 P.702(1912).

167 294 U.S.532(1835). Ver *Lowenfeld*, *op.cit.*, p.380 y *Lando*, *op.cit.*, p.26.

168 Cf. *Scoles and Hay*. Ejemplos: *Davis v. Jointless Fire Brick Co.*, 300 F. 1(9th Cir.1924); *Blalock v. Perfect Subscription Co.*, 458 F.Supp.123 (S.D.Ala.1978).

169 *Lando*, *op.cit.*, p.25 6.

170 *Lando*, *op.cit.*, p.26, No.47 in fine.

171 *Ehrenzweig*, citado en *Lando*, p.26.

172 *id.*

173 *id.*

174 105 S.Ct.2174 (1985). Ver Título II, Cap. 5, c), donde se desarrolla el caso.

175 *Juenger*, Curso en Montevideo, 20/4/87.

176 Ejemplo: *Business Incentives Co., Inc. v. Sony Corp. of America*, 397 F.Supp.63, 67 69 (S.D.N.Y.1975); *Fairfield Lease Corp. v. Pratt*, 6 Conn.Cir.537, 278 A. 2d 154, 155 56 (1971), citados en *Scoles and Hay*, p.640.

177 Rest.2nd., #187, Comment b, p. 562.

178 *Lando*, *id.*, No.48 in fine.

179 *Juenger*, Curso en Montevideo, 3/4/87.

180 *id.*

181 *id.*

182 *Alfonsín*, Teoría..., p.54, No.35.

183 *Alfonsín*, *id.*, p.58, No.40.

184 *Lando*, *op.cit.*, p.5.

- 185 Alfonsín, Teoría, p.75 y sigts., y Lando, op.cit., p.6.
- 186 Lando, op.cit., p.6.
- 187 Eduardo L. Fermé, op.cit., p. 863 4.
- 188 Lando, op.cit., p.6.
- 189 Lando, id., y Alfonsín, p.73.
- 190 Lando, op.cit., p.17.
- 191 citados por Lando, op. cit., p.18.
- 192 Cass.Civ. 5 Dec.1910, S.1911.1.129.; en Lando, op.cit., p.17, y Batiffol Lagarde, p.260, 262 y 269.
- 193 Lando, op.cit., p.17, No.34.
- 194 Lando, op.cit., p.18, nota 112.
- 195 Lando, op.cit., p.18; Batiffol Lagarde, op.cit., p.259 260.
- 196 Lando, op.cit., p.18.
- 197 Lando, op.cit.
- 198 Lando, op.cit., p.18; Batiffol Lagarde, p.266, No.573: "...les parties localisent seulement leur contrat; le juge en déduit la loi applicable", y p.268.
- 199 Eduardo L. Fermé, op.cit., p.867 8.
- 200 Batiffol Lagarde, op.cit., p. 265.
- 201 Lando, op.cit., p.18.
- 202 Lando, op.cit., p.19.
- 203 Lando, op.cit., p.19.
- 204 Batiffol Lagarde, op.cit., p.273.
- 205 Batiffol Lagarde, id.
- 206 Lando, op.cit., p.19.
- 207 Lando, op.cit.
- 208 Lando, op.cit., p.19, donde cita los siguientes casos: Cass.civ.5 dic.1910, S.1911.1.129; Cass.civ. 28 junio 1966, Rev.Crit.d.i.p. 1967, 334; 23 abril 1969, Rev.crit.d.i.p. 1969, 717; Cour Amiens 9 abril 1968, Rev.crit.d.i.p. 1970, 448.
- 209 id., nota 130.
- 210 Valladao, Haroldo Texeiro. Derecho Internacional Privado Introducción y Parte General. Traducción del Dr. Leonel Pereznieto. Ed.Trillas, Mexico 1987, ps.428 9.
- 211 Rabel, op.cit., ps.367 8.
- 212 Batiffol Lagarde, op.cit., p.266.
- 213 Lando, op.cit., p.21, No.41.
- 214 System des Heutigen Römischen Rechts, VIII, Berlin, 1849, p.110, citado por Samtleben, Separata da Revista de Informação Legislativa, a.22 n.85 jan./mar. 1985, p.261.
- 215 Traité de Droit Romain, Seconde Edition, Tome 8, Paris, 1860, p.205 6.
- 216 op.cit., p.208.
- 217 Savigny, op.cit., p.223 5.
- 218 op. cit., p. 243 4.
- 219 op. cit., p. 223 5.
- 220 op. cit., p.245.
- 221 op. cit., p.246.
- 222 Samtleben, op. cit., p.261.
- 223 Samtleben, op.cit., p. 261, cita a los siguientes autores: Neumann, Moser y Wicki.
- 224 Samtleben, op.cit., p.261 2.
- 225 op. cit., p.262.
- 226 Samtleben, op. cit., p. 262.
- 227 Samtleben, id.

228 Eduardo L. Fermé, *op.cit.*, p.864. El autor advierte además que "todo gira en torno a una supuesta sumisión y cómo, un poco más adelante, dice que ella no es equiparable a un contrato tácito por requerir el contrato una voluntad positiva, de la cual tengan clara conciencia las partes. A continuación reacciona contra el empleo de la palabra autonomía."

229 Lando, *op.cit.*, p.22.

230 Lando, *id.*

231 Lando, *id.*

232 Lando, *id.*

233 Lando, *op.cit.*, p.23.

234 Lando, *id.*

235 Kegel, Gerhard, *Derecho Internacional Privado*, 4a. Ed., 1977, Traducción de Miguel Bentancourt Rey, Ed.1982, p.383 4.

236 Kegel, *id.*

237 Kegel, *op.cit.*, p.384.

238 Kegel, *id.*

239 Kegel, *op.cit.*, p.384 5.

240 Kegel, *op.cit.*, p.385.

241 Delaume, *op.cit.*, p.174, #6.02.

242 Dice el referido art.2 del Código de Procedimiento Civil italiano: "Italian giurisdizione may not be derogated by agreement in favor of a foreign giurisdizione or arbitrators who function abroad, unless it is in respect to a case relating to obligations between aliens, or an alien and a citizen who neither resides nor is a domiciliary of the Republic and the derogation is in a written act". citado por Delaume, *op.cit.*, p.176.

243 Delaume (*op.cit.*, p.177) cita los siguientes casos como ilustrativos de la significación práctica de este problema: *Hoerter v. Hanover Caoutchouc, Gutta Perka & Telegraph Works*, (1893) 10 T.L.R. 103 (C.A.) *Comp. in Canada*, *Westcott v. AlSCO Products of Canada Ltd.*, 26 D.L.R.(2d)281 (1961) and in Australia, *Contractors Ltd. v. M.T.E. Control Gear Ltd.*(1964) S.A.S.R.47.

244 Delaume, *op.cit.*, p.180.

245 Ronald Herbert, "Del Congreso de Lima a la CIDIP III. El Derecho Internacional Privado en América Latina (1878 1984)", *Universität des Saarlandes, Saarbrücken*, 19.Juni 1984, p.7.

246 Herbert, *id.*

247 Gonzalo Ramírez fue el primer profesor de derecho privado internacional en la Facultad de Derecho de Montevideo y Ministro del Uruguay ante el Gobierno argentino (Alfonsín, *Teoría...*, p.279). Cabe recordar aquí las palabras de Nolde (*Recueil*, t.55, p.353, citado en Alfonsín, *id.*, p.279): "La idea perteneció... a un jurista Sudamericano de gran valor, Gonzalo RAMIREZ, que desempeñó en la historia de la codificación del derecho internacional privado en América del Sur un papel análogo al de S.P. MANCINI en Europa".

248 Herbert, *id.*; ver también Alfonsín, *Teoría...*, p.278 a 281.

249 Herbert, *id.*, p.8.

250 Herbert, *id.*

251 Herbert, *id.*, p.13.

252 Herbert, *id.*, p.18 y 13, y art.51, literal C de la Carta de la OEA.

253 Ver Goldschmidt, D.I.P. y Boggiano, D.I.P. Los argumentos a favor de la autonomía de la voluntad que realizan esos autores se analizan en el Título III: "Argumentos a favor de la autonomía de la voluntad", del presente trabajo.

254 Fermé, *op.cit.*, p.862 y sigts.

- 255 Weinberg, Inés, "Contratos Internacionales", La Ley, 1984 C, 915.
- 256 Najurieta, María Susana, "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", La Ley, 1986 A, p.1006
- 257 Gastaldi, José, "La Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Argentinas en Torno del Principio de la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Internacionales y de la Regulación de estos", E.D., Tomo 123.
- 258 Comisión No.7, D.I.P., Tema: "La Autonomía de la Voluntad como punto de conexión", X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985, inédito.
- 259 Comisión No.7 citada, y Gastaldi, op.cit., p.2.
- 260 Gastaldi, op.cit., p.2.
- 261 Fermé, op.cit., p.880.
- 262 Weinberg, op.cit., p.3.
- 263 Weinberg, op.cit., p.4.
- 264 X Jornadas, ponencia de la Comisión 7 ya citada.
- 265 ver apartado B, Uruguay, de este trabajo.
- 266 ver, id.
- 267 ver, id., en especial las referencias a las Actas, y Comentarios de Bustamante i Rivero sobre el Congreso del 40.
- 268 Fermé, op.cit., p.879.
- 269 Fermé, id.
- 270 Goldschmidt, D.I.P., 5a. ed., No.314, p.392.
- 271 Goldschmidt, id.
- 272 Boggiano, citado por Fermé, op.cit., p.879, cita 87.
- 273 fallo citado por Boggiano, en D.I.P., p.708 y sigts.
- 274 Sesión de la Comisión II de la CIDIP IV, del 10/7/89, versión inédita. Actas aún no publicadas.
- 275 Opertti, telegrama de fecha 14/2/89.
- 276 Fermé, op.cit., p.880
- 277 Fermé, id.
- 278 Fermé, op.cit., p.880 1, quien cita las conclusiones del plenario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Corrientes, julio de 1975), cuyo texto dice: "De lege lata: 1) En el derecho internacional privado argentino de fuente interna, las partes pueden elegir el derecho aplicable a la validez intrínseca, efectos y consecuencias de los contratos internacionales. 2) Por lo tanto, los arts.1205 y siguientes del Código Civil, referentes al derecho aplicable a los contratos, poseen carácter supletorio del ejercicio de la autonomía de la voluntad. De lege ferenda: Es deseable, en vista del actual proceso de codificación, la incorporación de la autonomía de la voluntad al derecho internacional privado argentino legislado, en materia de contratos internacionales". En el mismo sentido, las VI Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, noviembre de 1977) "aprobaron un despacho en el que se formula una recomendación de lege ferenda tendiente a que los contratos se regulen por la ley que las partes libremente elijan o cuya aplicación dan por descontada". Rechazaron otro despacho de la Comisión, "integrada por prestigiosos internacionalistas, que con la sola disidencia de Kaller de Orchansky, formuló una recomendación de lege lata coincidente en un todo con la que había formulado la Asociación Argentina de Derecho Internacional" (Fermé, id., p.883 4).
- 279 Goldschmidt, D.I.P., ed.1985, No.179a, p.193; y Goldschmidt, El S.O.S. del Derecho Internacional Privado y otros ensayos, Ed.Belgrano, 1979, p.64 5.
- 280 Weinberg, op.cit., p.3.
- 281 Goldschmidt, La Ley, T.142, p.178.
- 282 Goldschmidt, id.

- 283 Tribunal de Trabajo de Zárate, diciembre 9 1970, Rev. La Ley, t.142, p.176.
- 284 Rep. La Ley, suplemento mensual, abril 1984, p.30, sum.156.
- 285 La Ley, T.142, p.184.
- 286 Goldschmidt, La Ley, T.142, p.178 (comentario a la sentencia que se analiza).
- 287 La Ley, T.142, p.184 5.
- 288 La Ley, T.142, p.185.
- 289 Gastaldi, op.cit., p.3.
- 290 Gastaldi, id.
- 291 Boggiano, D.I.P., t.II, Ed.1983, p.697 y 851.
- 292 Boggiano, id.
- 293 Boggiano, D.I.P., t.II, Ed.1983, p.710 711.
- 294 (Fallos 236 404) Boggiano, D.I.P., t.II, Ed. 1983, p. 711 712.
- 295 citado en Boggiano, op.cit., p.711 712.
- 296 publicado en El Derecho, T.33, p.26.
- 297 José Domingo Ray, "La cláusula atributiva de jurisdicción", (Separata de Lecciones y Ensayos No.15), Bs.As., 1960., p.4. Ej.: en el caso "G. Sáenz vs. Mala Real", la Cámara Federal de la Capital, el 6 de junio de 1906, admitió la validez de la cláusula de jurisdicción. Pero la jurisprudencia era oscilante en este punto (Cfr., Alberto C. Cappagli, A medio siglo de "Compte c/Ibarra", en Revista del Colegio de Abogados de Bs.As., año 1986, T.XLVI, No.3, p.88). Así, el mismo tribunal falló el 8 de junio de 1916 declarando la competencia de los tribunales argentinos, en el caso "Regie Generale vs. Hamburgo Sudamerican" (Ray, op.cit., p.6). En el caso "Monte Pagano vs. Eriksen", la Suprema Corte admitió la validez de la referida cláusula, en fallo del 21 de mayo de 1923. Reconociendo la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción, Atilio Malvagni (Contratos de Transporte por Agua, Ed. De Palma, Bs.As., 1956, p.651) cita varios casos.
- 298 Ray, op.cit., p.4 y Cappagli, op.cit., p.88.
- 299 Cappagli, op.cit., p.90.
- 300 Ray, op.cit., p.7.
- 301 Ray, id.
- 302 Ray, op.cit., p.8.
- 303 Ray, id.
- 304 Ray, op.cit., p. 9.
- 305 ver Ray, op.cit., ps.9 a 14.
- 306 Melo, citado en Ray, op.cit., p.9, quien agrega: "He tenido la oportunidad de constatar las injusticias a que da lugar la cláusula atributiva de jurisdicción que se inserta en todos los conocimientos y pólizas de fletamento. Esa cláusula importa en el hecho la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías."
- 307 Ray, op.cit., p.11.
- 308 Ray, op.cit., p.11.
- 309 Ray, op.cit., p.10.
- 310 Ray, op.cit., p.11 12.
- 311 Ray, op.cit., p.13.
- 312 Ray, id.
- 313 Mohorade, p.19, versión inédita.
- 314 Mohorade, id., p.18.
- 315 Mohorade, id., p.19.
- 316 Ray, op.cit., p.13 4.
- 317 Juan Oribe Stemmer, diario El País, 4/4/89.
- 318 Oribe, id., citando expresiones del Presidente de la Asociación de Armadores Noruegos.

319 Ray, op.cit., p.23 y Cappagli, op.cit., p.115 y sigts.

320 citado en Cappagli, op.cit., p.116 117.

321 Cappagli, op.cit., p.88.

322 Cappagli, op.cit., p.89.

323 Malvagni, op.cit., p.653, quien a continuación transcribe el considerando 8o. de la Sentencia, transcripto en cita No. 329.

324 Malvagni, op.cit., p.654.

325 Dice Cappagli (op.cit., p.123) que "el transcurso de medio siglo nos muestra que los principios sentados por nuestra Corte Suprema el 16 de noviembre de 1936, al fallar el caso "Compte c. Ibarra", mantiene plena vigencia."

326 Cappagli, op.cit., p.93. En el mismo sentido, el art.85 de la Constitución uruguaya da competencia a la Asamblea General para "establecer los Tribunales y arreglar la Administración de la Justicia" y "expedir leyes relativas a ...(el) comercio exterior e interior". No obstante ello, la doctrina uruguaya contraria a la autonomía nunca fundó su posición en esta curiosa interpretación constitucional. La fuente de la prohibición de la autonomía fue siempre de origen legal. Desde el primer momento, el derecho positivo uruguayo reglamentó dicho precepto estableciendo: "El contrato de fletamento de un buque extranjero, que haya de tener ejecución en la República, debe ser juzgado por las reglas establecidas en este Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República." (art.1270 C.Comercio) y "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes orientales, es nula por el vicio del objeto. (Artículo 11)." (art.1286 C.Civil). Además, la solución establecida en los arts.2399, 2401 y 2403 del C.Civil, es la de la competencia en materia contractual de las leyes y los tribunales del lugar de cumplimiento de los mismos.

327 Cappagli, id.

328 Cappagli, op.cit., p.96 7.

329 Cappagli, op.cit., p.97. Señaló la Corte: "Que careciendo de marina mercante la nación argentina, forzosamente sus habitantes importadores y exportadores deben someterse a las reglas que el interés y el espíritu nacionalista, y no pocas veces un mal disimulado menosprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país, les dicta en forma de cláusulas prefijadas, impresas e ineludibles de un contrato de adhesión; y así la Constitución Nacional, las Leyes Federales y el Código de Comercio cuando no el mismo Código Penal, a pesar de sus categóricas declaraciones y mandamientos, son letra muerta frente a quienes, monopolizando el transporte, fijan su ley..." (considerando 8o., citado en Cappagli, p.100 y 101).

330 Cappagli, op.cit., p.101.

331 Cappagli, op.cit., p.113.

332 Cappagli, id.

333 El art.603 dice: "Las obligaciones inherentes al contrato de fletamento total o parcial para el transporte de mercaderías, o el transporte de carga general o de bultos aislados en cualquier buque y, en general a todo contrato en que el transporte asume la obligación de entregar la carga en destino, se rigen por la ley del lugar donde han de ejecutarse".

334 Cappagli, op.cit., p.113.

335 Cappagli, op.cit., p.114.

336 El art.614 de la Ley de la Navegación dice: "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.

En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos."

337 Boggiano, D.I.P., T.II, p.903.

338 Cachón y Sienna Carrió, Derecho Internacional Privado, Mdeo. 1901; Varela, Apuntes de Derecho Internacional Privado, Mdeo. 1911, p.1974; Alfonsín, Régimen Internacional de los Contratos, Mdeo. 1950; Vargas Guillemette, Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado, Mdeo. 1943.

339 Actas, p.572 3.

340 id., p.573.

341 El art.6 de ese proyecto decía: "Los contratos se rigen, cualquiera que sea el lugar en que se celebren, por la ley a la cual declaran los contrayentes someterse, siempre que la relación jurídica comprometida en el acto sea de libre contratación." Ver comentarios, en "Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado", por Gonzalo Ramírez, Bs.As., Ed. Félix Lajouane, p.26, y 110 y sigts.

342 Actas, p.573.

343 Tratado de Der.Civil de 1889, arts.32, 33 y sigts.

344 arts.37 y sigts.

345 Alvaro Vargas Guillemette, Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado, 1943, p.4.

346 Vargas, op.cit., pag.70 a 73.

347 El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (Gestación Glosas Interpretación) por José Luis Bustamante i Rivero, Delegado del Perú, 1942; p.144.

348 Bustamante i Rivero, op.cit., ps.147 8.

349 Bustamante i Rivero, op.cit., p.167.

350 Bustamante i Rivero, op.cit., p. 165.

351 "La voluntad de las partes que intervienen en una relación jurídica internacional no puede variar las reglas de competencia legislativa i judicial determinadas en los Tratados". (Bustamante i Rivero, op.cit., p.166)

352 Bustamante i Rivero, op.cit., p. 168.

353 Vargas, op.cit., p.13. En la página 16 se reproduce el Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes, donde se expresa (p.17): "... las disposiciones que nos proponemos incorporar cuentan con el apoyo de la cátedra universitaria, de nuestros jurisconsultos, y han triunfado en los Congresos de Derecho Internacional Privado, constituyendo un legítimo orgullo de nuestra tradición jurídica." Cita luego la autoridad del catedrático de D.I.P. de entonces, Vargas Guillemette, y del Dr. José Pedro Varela, profesor honorario de dicha asignatura, y agrega que "su doctrina reproduce en síntesis ajustada la que se consagró en los admirables tratados de 1889, inspirados por el ilustre jurisconsulto Gonzalo Ramírez."

Agrega el Informe (p.23) "que la síntesis de nuestra doctrina internacional que consagra el proyecto, fue además aceptada y prestigiada por el Instituto de Derecho Internacional de Montevideo, que en sesiones preparatorias que celebró antes de realizarse el 2o. Congreso de Jurisconsultos de Montevideo, prestó su aprobación a los proyectos que luego hizo suyos el Poder Ejecutivo..." El Instituto estaba compuesto entre otros, por los doctores José Irueta Goyena, José Pedro Varela, Alvaro Vargas Guillemette, Pedro Manini Ríos, Juan José Amézaga, Juan Andrés Ramírez y Dardo Regules.

354 Vargas, op.cit., p. 22.

355 Miembro informante de la Cámara de Representantes; Vargas, op.cit., p.32.

356 Santos, Ruben, Arbitraje Comercial Internacional, FCU, 1988, p.296.

- 357 Alfonsín, en su libro Régimen Internacional de los Contratos, Ed. 1950.
- 358 Alfonsín, Régimen Int. de los Contratos, p.27 y 15.
- 359 Alfonsín, id., p.16.
- 360 Alfonsín, id., p.17.
- 361 Alfonsín, Escritos Jurídicos, T. II, parte2, FCU, p. 364, no.16.
- 362 Lando, op.cit., p. 4; Rest.2nd., #187 (2)(a).
- 363 UCC, Sec.1 105, y Tellechea, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Jusprivatista Internacional Contemporánea", en Separata de la Revista de D. Comercial y de la Empresa, En Jun./84, No.29 30, p. 87, no.5.3 y las normas y proyectos a que allí se refiere.
- 364 Alfonsín, Escritos Jurídicos, op.cit., p. 364; Beale, Treatise on the Conflict of Laws, p.1081.
- 365 Boggiano, CIDIP IV, Doc.8/88, p. 42.
- 366 Alfonsín, Régimen I. de los Contratos, p.18.
- 367 Alfonsín, id., p.20.
- 368 Alfonsín, id., p.21 y Batiffol Lagarde, p.259, No.569.
- 369 Valladao, op.cit., p.433.
- 370 Valladao, id., p.434 y 438.
- 371 Yntema, op.cit., p.356.
- 372 Valladao, op.cit., p.438 9.
- 373 ver Comment e to #182, Rest.2nd. y Lowenfeld p.267, (1)(a).
- 374 Alfonsín, Régimen I. de los Contratos, p. 21.
- 375 Alfonsín, id.
- 376 Alfonsín, id., p.22 y Quintana, Actas TM/89, p.672.
- 377 Alfonsín, id., p.24.
- 378 Alfonsín, id., p.26, citando a Lenczowsky.
- 379 Alfonsín, Escritos Jurídicos, op.cit., p.366, No.18.
- 380 Santos, Ruben, op.cit., p.295 y sigts., en que cita el caso 10771, LJU, T.XCIV, p.278: "Royal Insurance c/ Montemar S.A., Cobro de Pesos", con sentencia del Dr. Malherbes, y segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er.Turno (Dres. Maraboto, Nuñez de Balestrino y Parga).
- 381 El caso citado por Santos abrió una corriente jurisprudencial que actualmente presenta una poco frecuente unanimidad. Entre otras, puede verse la sentencia del Dr. Piatniza (No. 16624, autos "La Mannheim c/ Montemar" Ficha 146/87) y segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo civil de 5o. Turno, con sentencia de los Dres. Almirati y Rochón (No. 59, Ficha 491/88). Varias de dichas sentencias se encuentran publicadas en la Revista de Transporte y Seguros No.2, 1989, FCU.
- 382 Sentencia No.147 del 24/5/88 (Ficha 644/87), publicada en Revista de Transporte y Seguros No.2, FCU, 1989, caso 19, p.47.
- 383 Herbert, Ronald, "La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque", en Revista de Transporte y Seguros, No.2, FCU, 1989, p.112.
- 384 citado por Herbert, en Revista de Transporte y Seguros, No.2, FCU, 1989, p.113, de Il Diritto Marittimo, 1982, p.391 y por Santos, op.cit., p.85.
- 385 Parra Aranguren, op.cit., p.157.
- 386 Chalita, G. y Noodt Taquela, M.B., Unificación del DIP, CIDIP I, II y III, Ed. Universidad, 1988, p.27.
- 387 Chalita y Noodt Taquela, op.cit., p.28 30.
- 388 Chalita y Noodt Taquela (op.cit., p.28) señalan como ejemplo el sometimiento de la capacidad para obligarse cambiariamente a la ley del lugar del otorgamiento del acto (art.1, Conv. sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas

Panamá, 1975), que se aparta de la solución de los Tratados de Montevideo y del Código de Bustamante (ley personal), recogiendo la del Restatement.

389 Herbert, "Del Congreso de Lima a la CIDIP III. El Derecho Internacional Privado en América Latina (1878 1984)", Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1984, p.18.

390 Herbert, Clase en la Facultad de Derecho, Montevideo, 19 de octubre de 1987. Santos Belandro, Ruben, en Arbitraje Comercial Internacional, FCU, 1988, Cuarta Parte en especial en p.301 sustenta una posición contraria.

391 Herbert, id.

392 Solari, Pactos Procesales de La Paz, FCU, 1986, p.15.

393 Solari, id., p.21. Goldschmidt (D.I.P., p.459) dice que "hay que distinguir la jurisdicción directa (para deducir una demanda) de la indirecta (para reconocer una sentencia)", distinción que procede de Bartin .

394 Solari, id., p.16.

395 Solari, id.

396 Solari, id., p.18 19.

397 Herbert, "Perspectivas de la Cuarta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado", en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, En. Jun. 1988, Nos.45 46, p.28.

398 Solari, id., p.46.

399 El art.1 de la Convención dice: "Con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sentencia, hubiera tenido competencia de acuerdo con las siguientes disposiciones. ... D. Respecto de acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, que las Partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia."

400 Sesión de la Comisión II del 11/7/89, versión inédita. Actas aún no publicadas.

401 Herbert, sesión de la Comisión II del 11/7/89, CIDIP IV, versión inédita. Esta posición estaba consagrada en el art.5 del proyecto presentado por el delegado uruguayo Dr. Herbert: "Cualquiera sea la ley aplicable al contrato, sea por elección de las partes o por las soluciones subsidiarias previstas en la presente convención, deberá en todo caso darse efecto a las disposiciones imperativas de los países cuyas economías sean directamente afectadas por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, si tales disposiciones deben ser, en esos países, aplicadas cualquiera sea la ley que rija el contrato".

402 Proyecto presentado por Uruguay a la CIDIP IV, art.1, No.2: "La presente Convención no se aplica a las obligaciones contraídas por contratos concernientes a:

a) testamentos y sucesiones; b) regímenes matrimoniales; c) relaciones de familia, matrimonio o alimentos; d) relaciones societarias o internas de las personas morales; e) trusts; f) letras de cambio, cheques billetes a la orden y demás documentos negociables; g) seguros y reaseguros; h) relaciones de trabajo; i) ventas a consumidores; j) transporte de mercaderías. Tampoco se aplica a las obligaciones derivadas de contratos que hubieren sido objeto de una regulación especial por otra u otras convenciones entre los mismos Estados partes con anterioridad o con posterioridad a la presente convención".

403 Boggiano, en sesión de la Comisión II del 11/7/89, versión inédita.

404 Proyecto uruguayo, art.4, No.4: "a) Salvo las hipótesis previstas en los literales "b" y "c" del presente párrafo, se presume que el contrato presenta sus lazos más estrechos con el país donde la parte que debe cumplir la prestación típica tiene su residencia habitual en el momento de su conclusión o, tratándose de una sociedad, asociación o persona

moral, su administración central; salvo que el contrato haya sido concluido en ejercicio de la actividad profesional de dicho contratante en otro país o la prestación deba ser suministrada por un establecimiento del mismo situado en país diferente al de la residencia habitual o administración central, en cuyos casos los lazos más estrechos se presumen con éstos últimos países."

"b) Si el contrato tiene por objeto un derecho real o la creación o transmisión de un derecho real o la creación o transmisión de un derecho de utilización de un bien inmueble, se presume que presenta sus lazos más estrechos con el país donde el bien de referencia está situado."

"c) Si el contrato versa sobre prestación de servicios y la eficacia de éstos se relaciona con algún país en especial, se presume que presenta sus lazos más estrechos con éste país."

"d) Las presunciones establecidas en los literales "a", "b" y "c" del presente párrafo sólo podrán ser descartadas, cuando resulte, del conjunto de circunstancias, que el contrato en cuestión presenta lazos más estrechos con otro país."

"e) Si por la naturaleza o el objeto del contrato no pudiere determinarse la prestación típica, las obligaciones que surgen del mismo se regirán por la ley del país con el cual resulte, del conjunto de circunstancias, que el contrato en cuestión presenta lazos más estrechos."

405 Herbert, versión extraoficial; las actas no han sido aún publicadas.

406 Santos Belandro, Ruben, en Arbitraje Comercial Internacional, FCU, 1988, p.297.

407 La utilización habitual de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo internacional que firman nuestros países, es confirmada por Goldschmidt (op.cit., p.199).

408 El art.145 de la ley 15.851 intenta eliminar el control del Poder Legislativo en contratos de préstamo con organismos internacionales, lo que es inconstitucional. Este artículo, no obstante, planteó de inmediato un segundo problema: dichos contratos de préstamo contienen normalmente cláusulas de elección de ley y tribunales extranjeros claramente ilegales en nuestro sistema. Al saltarse la aprobación por ley de esos préstamos, los mismos comenzaron a ser observados por ilegales por el Tribunal de Cuentas.

Siguiendo con la pésima política legislativa de incluir en las Rendiciones de Cuentas disposiciones de todo tipo que resultan así aprobadas sin la más mínima discusión sobre su alcance o conveniencia, se aprobó el art.486 de la ley 15.903, que intenta consagrar estas soluciones contrarias al interés nacional, "legalizando" todas las cláusulas de los contratos de préstamo y derivados, incluyendo expresamente "la solución arbitral de las controversias contractuales" e implícitamente, las cláusulas de ley y jurisdicción contrarias a la soberanía nacional. El intento fue no obstante frustrado por la inclusión en la misma ley 15.903 del art.538, que reestablece la obligación de pasar por el poder legislativo (art.85, inc.6, 185 y 301 de la Constitución) todas las operaciones de crédito. El Poder Ejecutivo dice ahora que nunca advirtió que el art.538 pudiera tener tal extensión. Obviamente nadie sabe que es lo que hay dentro de una Rendición de Cuentas hasta que empieza a aplicarse.

409 En otras épocas y con otra sensibilidad respecto a estos problemas, el estado uruguayo imponía en los contratos de obra pública que debían cumplirse en el país, la cláusula de ley y foro uruguayo. Un ejemplo poco conocido de los beneficios de esta política, se planteó a raíz de un contrato de construcción de obra pública firmado por Uruguay en 1963. Es el caso *Republic International Corp. v. Amco Engineers, Inc.* (516 F.2d 161 (1975), que se refería a los contratos de construcción de las rutas 5 y 26, y en el que el Ministerio de Obras Públicas de Uruguay fue demandado.

La United States Court of Appeals (9o. Circuito) aceptó la excepción de incompetencia justamente en base a las cláusulas del contrato de obra pública que imponían

la jurisdicción y ley uruguaya. No debe considerarse contradictoria la posición contraria a la autonomía de la voluntad con que se considere acertada esta decisión judicial y la anterior política respecto a los contratos que firmaba el estado uruguayo. No se trata de estar en contra de la autonomía de la voluntad como principio filosófico, sino de considerar irrenunciable el derecho de los estados a aplicar su propia ley y sus tribunales en los contra-tos que se cumplen en su territorio.

409 bis Nota: Luego de haber finalizado este trabajo, el sistema jurídico uruguayo ha sufrido un cambio a partir de la entrada en vigencia, el 20 de noviembre de 1989, del Código General del Proceso.

El artículo 539.1, inc.4 exige, para que la sentencia ex-tranjera tenga eficacia en Uruguay, que reúna las siguientes condiciones: "Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios".

La expresión "de acuerdo con su derecho" puede implicar una admisión de la autonomía de la voluntad en la esfera de la competencia indirecta cuando ésta es admitida por el derecho del tribunal sentenciante.

Cabe señalar que ni de la exposición de motivos de los codificadores, ni de la discusión parlamentaria surge que este efecto haya sido querido.

Expresan los codificadores Dres. Gelsi, Torello y Vescovi en la Exposición de Motivos (C.G.P., Ley 15.982, FCU, Colección Texto y Contexto, No.20, Ed. 1988, p. XXXIV): "El capítulo IV trata del reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros, reeditando en líneas generales, el sistema vigente con solamente meras variantes de redacción."

Dadas las enormes consecuencias de esta variación y el hecho de que haya sido aprobada en forma inadvertida, habrá que ver si ésta se mantiene en la próxima y anunciada revisión del nuevo C.G.P.

410 Ver, en este sentido, por ejemplo, Juenger, *Contract Conflicts*, p.298, y Jackson, *id.*, p.63.

411 Beale, *op.cit.*, p.1080.

412 Lando, *op.cit.*, p.37, No.70.

413 Kahn Freund, *op.cit.*, p.199.

414 Swan, *op.cit.*, p.415.

415 *The Unenforceability of International Contracts Violating Foreign Exchange Regulations: Article VII, Section 2(b) of the International Monetary Fund Agreement*, 25 *Virg. Journ. of International Law*, 1985, p. 967.

416 El art. VII Section 2(b) establece: "Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member".

417 Lando, *op.cit.*, No.71.

418 Lando, *id.*

419 Lando, *op.cit.*, p.37, No.72.

420 ver ejemplos en Lando, *op.cit.*, p.37 8, No.72.

421 Lando, *op.cit.*, p.38.

422 Lando, *id.*

423 Juenger, *General Course on Private International Law*, en *Recueil*, *op.cit.*, p.308.

424 Lando, *op.cit.*, p.35, No.66.

425 Goldschmidt, *op.cit.*, p.194.

426 Lando, *op.cit.*, p.35, No.67.

427 Kahn Freund, *op.cit.*, p.200.

- 428 Lando, op.cit., p.36, No.67.
429 Lando, id.
430 Swan, op.cit., p.413.
431 Swan, id.
432 ver en Lowenfeld, op.cit., p.247.
433 Lando, op.cit., p.36.
434 Lando, op.cit., p.36.
435 Lando, op.cit., p.36, No.68.
436 Lando, op.cit., p.36. Coincide con Boggiano, Doc.8/88, p.78.
437 Rest.2nd., Comment f, p.567.
438 Ejemplos dados en "Comment f": cuando es el estado de la ejecución, o de celebración, o del domicilio de una de las partes.
439 Ej.: Lauritzen v. Larsen (ver Lowenfeld, op.cit., p.855).
440 Solari, Pactos..., p.51.
441 Solari, id.
442 Solari, id., p.52.
443 Najurieta, op.cit., p.2.
444 ver Lunz y otro, citado en Lando, citas 305 y 306.
445 Julliot de la Morandière, citado en Lando, op.cit., p.36.
446 Reese, citado por Boggiano, Doc.8/88, p.77.
447 von Meheren, citado por Boggiano, p.78.
448 Boggiano, id., p.78.
449 Swan, op.cit., p.413.
450 Swan, id.
451 Swan, id.
452 Boggiano, Doc.8/88, p.42 y sigts.
453 Tellechea, La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Jusprivatista Internacional Contemporánea, Separata de la Revista de D.Comercial y de la Empresa, En Jun./84, No.29 30, p.89.
454 Lando, op.cit., p.37, No.69.
455 Lando, id.
456 Gastaldi, op.cit., p.2.
457 Reese y Rosenberg, Conflict of Laws Cases and Materials Eighth Edition, p.191 2, caso "Gulf Oil Corp. v. Gilbert" (330 U.S.501, 67S.Ct.839, 91L.Ed.1055), decidido en 1947.
458 Reese y Rosenberg, id.
459 Solari, Pactos..., p.50.
460 Solari, id.
461 Solari, id.
462 Solari, id.
463 Gastaldi, op.cit., p.2.
464 Gastaldi, id.
465 Goldschmidt, El S.O.S. del Derecho Internacional Privado, p.66.
466 Goldschmidt, id.
467 Lando, op.cit., p.38, No.73.
468 Lando, op.cit., p.35.
469 Alfonsín, Teoría, p.561.
470 Lando, op.cit., p.38 y 107.
471 Alfonsín, Teoría, p.561.
472 Boggiano, DIP, p.717.

- 473 Boggiano, DIP, p.705.
- 474 Gastaldi, op.cit., p.2.
- 475 Weinberg, op.cit., p.3.
- 476 Weinberg, id.
- 477 Boggiano, DIP, p.705.
- 478 Boggiano, id., ps.705 y 717. Aclara Boggiano que tales normas de policía extranjeras "son inderogables. Pero no por ser normas de policía del derecho legalmente elegido (arts.1205 a 1214, C.C.) ni por ser normas de policía del derecho elegido por las partes, sino porque tales normas de policía extranjeras pertenecen a un país con el cual el contrato presenta una conexión económica decisiva, de modo que las partes no pueden excluirlas con eficacia en la Argentina (art.1208, C.C.)" (id., p.717)
- 479 Boggiano, D.I.P., T.II, p.849 850.
- 480 Boggiano, op.cit., p.850.
- 481 Boggiano, id.
- 482 Boggiano, id.
- 483 Boggiano, op.cit., p.711.
- 484 Bieberstein, "Limitation of Party Autonomy in Private International Law Rules of "Jus Cogens" in Laws Protecting Agents and Distributors", Hans Smit, et al., pag. 118.
- 485 von Bieberstein utiliza aquí alternativamente los términos "ius cogens", "mandatory provisions" y "provisions of immediate application".
- 486 Bieberstein, id.
- 487 Herbert, Curso Río/87, p.24, inédito.
- 488 Limitations of Party Autonomy in Private International Law by Rules of "Ius Cogens" in Laws Protecting Agents and Distributors, in International Contracts (Hans Smit et. al., eds), 1981, p. 103.
- 489 Señala el profesor von Bieberstein, como ejemplos de esta tendencia, el art.7 del Proyecto de la Convención de la CEE sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y No Contractuales; y el art.16 de la Convención de La Haya de 1978 sobre la Ley Aplicable a la Agencia (op.cit., p.103 104).
- 490 en Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts, The Transnational Law of International Commercial Transactions (Horn et. al., eds.), p. 10 11.
- 491 Operti, telegrama de fecha 14 2 89.
- 492 Operti, id.
- 493 Lando, op.cit., p.108, No.202.
- 494 Lando, id., p.112, No. 209.
- 495 Lando, id.
- 496 Goldschmidt, "Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una Teoría General del Derecho Internacional Privado Interamericana", p.148.
- 497 Gonzalo Parra Aranguren, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)", p.177.
- 498 Parra Aranguren, id.
- 499 Parra Aranguren, id., p.178.
- 500 citado en Parra Aranguren, id. Operti recordó las palabras del maestro uruguayo Quintín Alfonsín: "un tratado que recibe la cláusula de orden público lleva en sí la vida y la muerte: la vida en materia de conceptos y la muerte en la norma de orden público".
- 501 Parra Aranguren, op.cit., p.180.
- 502 Parra Aranguren, id., p.177.
- 503 Parra Aranguren, id., citando a Goldschmidt.
- 504 Goldschmidt, Normas..., p.152.

- 505 Parra Aranguren, op.cit., p.184 5.
- 506 Operti, citado en Parra Aranguren, id.
- 507 arts. 3 (3), 4, 6 y 7; ver Jackson, "Contract Conflicts The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations A Comparative Study", Ed.1982, p.64.
- 508 art.16, y Jackson, id.
- 509 Jackson, op.cit., p.65.
- 510 North, Contract Conflicts, p.18.
- 511 citado en North, op.cit., p.19.
- 512 North, op.cit., p.19.
- 513 Jackson, op.cit., p.66.
- 514 Jackson, op.cit., p.65.
- 515 North, op.cit., p.18.
- 516 North, op.cit., p.19.
- 517 North, op.cit., p.18.
- 518 Jackson, op.cit., p.68.
- 519 224N.Y.99, 120N.E.198(1918); Lowenfeld, op.cit., p.41 y sigts., y Jackson, op.cit., p.69.
- 520 Cardozo, citado en Lowenfeld, op.cit., p.43.
- 521 Cardozo, id., p.44.
- 522 Lando, op.cit., p.39.
- 523 Rabel, op.cit., p.551.
- 524 Lando, op.cit., p.41, No.77.
- 525 Lando, op.cit., No.79.
- 526 Herbert, Curso Río, 1987, p.21 2, versión inédita.
- 527 Morris, op.cit., p.218.
- 528 Boggiano, Doc.8/88, p.45.
- 529 Herbert, Curso Río 1987, p.21 22, inédito.
- 530 Herbert, id.
- 531 Symposium, op.cit., p.707.
- 532 Lando, op.cit., No.71.
- 533 versión inédita de las sesiones de la Comisión II de la CIDIP IV, Montevideo, julio de 1989. Actas oficiales aún inéditas.
- 534 Georges R. Delaume, "Law and Practice of Transnational Contracts", p.175.
- 535 ver Delaume, op.cit., p.179.
- 536 Delaume, op.cit., p.180, donde cita los casos No.24/76, Soc. Estasis Salotti di Colzani v. Ruwa Polsteremaschinen GmbH (1976) ECR 1831, y No.25/76, Soc. Galeries Segoura v. Soc.Rahim Bonabdarian (1976) ECR 1851.
- 537 El referido art.17 dice: "Such an agreement conferring jurisdiction shall be either in writing or evidenced in writing or, in international trade or commerce, in a form which accords with practices in that trade or commerce of which the parties are or ought to have been aware".
- 538 Hartley, Contract Conflicts, p.111.
- 539 Hartley, id.
- 540 Hartley, id., p.112.
- 541 Hartley, id.
- 542 Hartley, op.cit., p.112 113.
- 543 ver Hartley, op.cit., p.113.
- 544 Lowenfeld, op.cit., p.380.
- 545 sentencia citada en Lowenfeld, op.cit., p.381.
- 546 sentencia citada en Lowenfeld, op.cit., p.381 2.

- 547 sentencia citada en Lowenfeld, id.
- 548 151 F. Supp. 465 (1957).
- 549 ver Hartley, op.cit., p.113 4.
- 550 ver Hartley, id.
- 551 221 F. 2d 189 (1955).
- 552 ver Hartley, op.cit., p.114.
- 553 citado en Hartley, op.cit., p.114.
- 554 Reese y Rosenberg, "Conflicts of Laws, Cases and Materials", 8th.Ed., 1986, Supplement, p.1.
- 555 Juenger, Curso en Montevideo, 20/4/87.
- 556 Reese y Rosenberg, op.cit., p.4.
- 557 Juenger, Curso en Montevideo, 20/4/87.
- 558 Juenger, Curso en Montevideo, 20 de abril de 1987, y en Davis, 9 de noviembre de 1988, versiones inéditas.
- 559 Juenger, id.
- 560 Contracts Cases and Comment John P. Dawson William Burnett Harvey Ed.1977, p.296.
- 561 J.P. Dawson & W.B. Harvey, id.
- 562 J.P.Dawson & W.B. Harvey, id., p.297.
- 563 El Congreso Federal aprobó una ley en 1956, la Automobile Dealers' Day in Court Act, que proporciona una indemnización por pérdidas sufridas por un concesionario de automóviles como consecuencia de la falta de "buena fe" en la conducta del fabricante respecto al cumplimiento o la terminación de la concesión (op.cit., p.298).
- 564 Corbin on Contracts, vol.1, Section 128, Ed.1963, p.554.
- 565 Corbin, op.cit., p.551 3.
- 566 Corbin, op.cit., p.554.
- 567 Ej.: Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 161 A.2d 69, 85, 32NY358 (1960), en Corbin, op.cit., p.554.
- 568 US District Court, Southern District of N.York, 410 F.Supp.1339 (1976), Lowenfeld, op.cit., p.265.
- 569 citado en Lowenfeld, id.
- 570 citado en Lowenfeld, op.cit., p.265.
- 571 citado en Lowenfeld, id.
- 572 citado en Lowenfeld, id.
- 573 citado en Lowenfeld, op.cit., p.267.
- 574 24 N.Y.2d372, 300N.Y.S.2d 817, 248N.E.2d 576(1969). Citado en Lowenfeld, op.cit., p.266.
- 575 ver posición del Dr.Herbert, en cita 487.
- 576 von Bieberstein, op.cit., p.98.
- 577 von Bieberstein, op.cit., p.105.
- 578 von Bieberstein, op.cit., p. 119.
- 579 Lando, op.cit., p.39, No.75.
- 580 Lando, id.
- 581 Lando, id.
- 582 Lando, op.cit., p.40, No.76.
- 583 Marcelo Solari Barrandeguy, "El Derecho Extranjero y su Tratamiento Procesal en el Sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo", R.U.D.I., No.4, p.288.
- 584 Lando, op.cit., p.40.
- 585 Lando, op.cit., p.41.
- 586 Boggiano, Dip, p.713.

- 587 Boggiano, id., p.714.
- 588 Boggiano, id.
- 589 Lando, op.cit., p.41, Nos.77 y 78.
- 590 Lando, id., p.41, No.79.
- 591 Lando, id.
- 592 Lando, id.
- 593 Lando, id., p.42.
- 594 Lando, id.
- 595 Lando, id., p.42.
- 596 Lando, id.
- 597 Revista del Colegio de Abogados de Bs.As., 1986, Tomo XLVI, No.3, "A medio siglo de Compte c. Ibarra, Alberto C. Cappagli, ps.109 y 115; y Ray, op.cit., p.9.
- 598 Cappagli, id.
- 599 Morris, citado en Lando, op.cit., p.39, No.74.
- 600 Morris, id.
- 601 Cf.Lando., id.
- 602 Como dice Rabel (Conflict of Laws, p. 365), la elección de la ley por las partes "endeavors to obviate the unpredictable findings of unforeseeable tribunals and to consolidate the contract under one law while negotiation is in course." Ver también F.K.Juenger, General Course on Private International Law (1983), en Recueil des Cours, 1985, IV, Tome 193, p.182.
- 603 Kahn Freund, General Problems of Private International Law (Ed.1976), p.195.
- 604 Kahn Freund, id., p.197.
- 605 Kahn Freund, id., p.201.
- 606 Kahn Freund, id.
- 607 Kahn Freund, id.
- 608 Scoles and Hay, op.cit., #18.1; idem. Boggiano, CIDIP IV, Doc.8/88, p.41 a 43.
- 609 Boggiano, CIDIP IV, Doc.8/88, p.41 a 46.
- 610 407 U.S. 1 (1972).
- 611 Boggiano, DIP, p. 714.
- 612 Revista de Transporte y Seguros, No.1, FCU, p.151.
- 613 id., Fernando Aguirre Ramírez, en "Algunas Reflexiones sobre el Reciente Simposio Internacional sobre Responsabilidad Civil en el Transporte Terrestre", p.151 y 152, donde expresa: "En los dos extremos existen sentencias que las rechazan "in limine", o que las aceptan sin mayor examen.
- "La primera sostiene que tal pretensión violaría principios de orden público. (Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8o. Turno Fernandez Rey Sentencia No.294 del 25 de junio de 1980. Segunda Instancia confirmatoria del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. Turno Silva Delgado, Addiego Bruno, Colombo, discordo: Galagorri en Sentencia No.475 del 21 de diciembre de 1981).
- "Recoge en ello una vieja tesis de Jiménez de Aréchaga, expuesta en la época anterior a la aparición de las convenciones de la década del veinte, en el mundo internacional (Jiménez de Aréchaga, Justino E. en RDJA, T.13, p.42).
- "La segunda, minoritaria, ha sostenido la admisión de las cláusulas sin mayor exámen ni exigencias. (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno Torello, Etchart, Clavijo en Sentencia No.356 del 3 de diciembre de 1980, revocando una sentencia de primera instancia de Calzada No.708 del 31 de diciembre de 1979, Jdo. Ldo. de 1a. Instancia en lo Civil de 9o. Turno contraria a la validez de las cláusulas).

"La tendencia mayoritaria tiende a plantear el problema en términos de autonomía de la voluntad, haciendo recaer en quien alega la limitación, la carga de la prueba de la existencia de consentimiento válido del cargador respecto a ellas.

"En especial, no se admite que un conocimiento unilateral, pruebe la existencia de un contrato de transporte subyacente que contuviera dichas estipulaciones. El problema se ha centrado en la existencia de firma de ambas partes en el mismo, lo que descarta la aplicación de las cláusulas en la mayoría de los casos. (Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 16o. T. Alonso de Marco en Sentencia No.753 del 30 de diciembre de 1981. Confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Civ. de 2o.T. Addiego, Silva Delgado, Galagorri en Sentencia No. 287 del 13 de setiembre de 1982).

"(En una variación de esta posición, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er.Turno ha hecho cuestión, más que en la firma, en la existencia de "estipulaciones expresas independientes de los contratos tipos" Marabotto, Uriarte y Pereira de Ballestrino en Sentencia No.19 del 16 de marzo de 1983).

"Esta tendencia es complementada por un consenso, también mayoritario, que lleva a excluir y a negar validez a las cláusulas de exoneración total de responsabilidad. (Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 5o. T. Rodríguez de Vecchi Sentencia No.42 del 23 de febrero de 1979. Segunda instancia confirmatoria del Tribunal de Apelaciones de lo Civil de 1er. Turno Olmedo, D'Angelo, Cabezas en Sentencia No. 11 del 16 de febrero de 1981).

"Complementaria de esta posición es la de un grupo de sentencias que sostienen la necesidad de extender la declaración de nulidad de este tipo de estipulación, por abusiva, toda vez que contenga límites ínfimos, y que no sean acordes con los internacionalmente aceptados como razonables. (Jdo. Ldo. de 1a. Inst. en lo Civ. de 13o. T. Bermudez en Sentencia No. 369 del 8 de octubre de 1984).

614 Jackson, op.cit., p.75.

615 Jackson, id., p.76.

616 Lando, op.cit., p.33.

617 Lando, id.

618 Lando, id.

619 Lando, id.

620 Simposio, Conflicts of Law in Contracts between Developed and Developing Nations, en 11 Georgia Journal of International and Comparative Law Fall'81, p.697.

621 Simposio..., id.

622 Simposio..., p.698.

623 Alan C. Swan, "Choice of law in international contracts", in The Florida Bar Journal /May 1982, p.411.

624 Swan, id.

625 Swan, id.

626 Swan, id.

627 Swan, id.

628 Swan, id., p.412.

629 Supreme Court Validation of Forum Selection Clauses, 19 Wayne L.Rev.49,50(1972), citado en Symposium, id., p.698.

630 Juenger, Curso en Montevideo, 30/3/87.

631 Opertti, id.

632 Simposio..., p.698.

633 Swan, op.cit., p.412.

634 Swan, id.

635 Swan, id.

636 Swan, id., p.415.

- 637 Swan, id.
- 638 Goldschmidt, op.cit., p.200 1.
- 639 Argumento invocado, por ej., por Harlan en el caso "Siegelman v. Cunard White Star" (ver cita 117).
- 640 Boggiano, op.cit., p.702.
- 641 Sin duda esa debe ser la razón por la cual los armadores incluyen siempre en sus conocimientos de embarque para contra-atos de transporte con lugar de cumplimiento Uruguay, cláusulas que intentan (infructuosamente, gracias al sistema vigente) conducir a los importadores uruguayos a litigar a lugares tan accesibles y convenientes como Tokio, Londres o Nueva York.
- 642 Boggiano, DIP, p.702.
- 643 Cfe. Fromm, Erich, "El Miedo a la Libertad", Ed.Bodoni Saic, Buenos Aires, 1963, p.99 a 103.
- 644 Diez Alegría ("Yo Creo en la Esperanza", Ed.Desdée, Bromer Bilbao, 1972, p.93) traduce estos términos como "amor" (Lucas 10/25), "comunidad" (Hechos 2 44 y 4 32/33) y "nivel de vida decoroso" (Corintios 9 8).
- 645 Cfe. Aguirre Ramírez, Fernando, Introducción a la Axiología Jurídica, FCU, Mdeo. 1976, p.227.
- 646 Cfe. Fromm, Erich, El Miedo a la Libertad, p.108 y sigts.
- 647 Boggiano, Antonio, DIP, T.II, p.702, Ed.De Palma, Bs.As.1983.
- 648 Boggiano, idem.
- 649 Paulo VI, "Populorum Progressio" No.23 (Ed.Supl.F.D.), p.14). "Pero por desgracia dice la Encíclica sobre estas nuevas condiciones, ha sido construído un sistema que considera al provecho como motor esencial del progreso económico, la con-currencia como ley suprema de la economía, y la propiedad privada de los medios de producción como derecho absoluto, sin límites, ni obligaciones sociales correspondientes. Este libe-ralismo sin freno que conduce a la dictadura, justamente fue denunciado por Pio XI como generador de "el imperialismo inter-nacional del dinero" (Encíclica Quadragesimo Anno AAS 23 p.212). No hay mejor manera de reprobar tal abuso que recordan-do solemnemente una vez más que la economía está al servicio del hombre" (idem, No.26, p.15).
- 650 Boggiano, CIDIP IV, Doc.8/88, p.46.
- 651 Boggiano, D.I.P., T.II, p.701.
- 652 Boggiano, id., p.702.
- 653 Goldschmidt, D.I.P., Quinta edición, 1985, p.198, No.182.
- 654 ver también, en relación a este tema: Goldschmidt, "La Procuración del Tesoro de la Nación y los Préstamos y Garantías Internacionales", en Rev. El Derecho, T.96, ps.845 52.
- 655 Goldschmidt, op.cit., p.198.
- 656 "Comentarios al Proyecto de la C.T.M.", Julio Vidal Amodeo y Fernando Aguirre Ramírez, y CIDIP IV, Doc.10/88, Solari y Bendomir, p.81 2.
- 657 Mohorade, op.cit., p.17.
- 658 Goldschmidt, op.cit., p.199.
- 659 Goldschmidt, op.cit., p.202 y 676.
- 660 Cf. Solari, y Vidal & Aguirre, ver cita No.656.
- 661 Santos Belandro, Ruben, en Arbitraje Comercial Internacio-nal, FCU, 1988, p.297.
- 662 Tampoco es aceptable ocultar el problema con la frase habitual de "para eso está el seguro", que usó el profesor español Quintana Calvo durante la polémica generada en el Simposio Internacional sobre Responsabilidad Civil del Trans-porte Terrestre organizado

en Montevideo en 1988 ("Responsabilidad en el Transporte Multimodal de Carga y en el Contrato de Viaje", p.144).

En un país en el que más de la mitad de los seguros de carga los realiza el Banco de Seguros del Estado, tal argumento carece de sentido, ya que las pérdidas las pagará toda la comunidad.

Ni siquiera en el caso de que sean las compañías privadas autorizadas a actuar en el país las que realicen el seguro el problema mejora: "Si el seguro de la carga paga el costo de un siniestro concreto, no lo soportará el importador concreto pero se repartirá entre todos los importadores en un aumento general de las primas en el período subsiguiente ..." (Aguirre Ramírez, Fernando, "Algunas Reflexiones sobre el Reciente Simposio Internacional sobre Responsabilidad Civil en el Transporte Terrestre", Revista de Transporte y Seguros No.1, año I, p.150, FCU, 1988).

662 bis Roberto Mac Lean U., El Derecho del Comercio Internacional, Ed. Temis, Colombia, 1982, p.12.

663 Así por ejemplo el seguro es un campo donde ello es evidente, ya que si el negocio de exportación se pacta CIF (y la póliza viene ya contratada de origen con una compañía no residente) las cláusulas de jurisdicción y ley van a tener el mismo efecto desanimante para el importador local defraudado.

664 Juenger, Curso en Montevideo, 1987. En el caso Bier se demandaba a una empresa francesa, por los daños sufridos en las cosechas holandesas, como consecuencia de la contaminación del Rin por ella provocada al descargar desechos industriales en el referido río. Señalaba Juenger que dadas las características geográficas y ecológicas del problema, los jueces holandeses se verían más propensos a conceder los daños a los cultivadores holandeses que los tribunales franceses.

664 bis Herbert, versión inédita.

665 A veces se excluyen expresamente del régimen de excepción que protege a la parte más débil, situaciones que deberían estar incluidas, como por ejemplo el art. 5 (4)(a) de la Convención de Roma del 80, que excluye del régimen de los contratos con consumidores al contrato de transporte, quedando este, según Schultsz (Contract Conflicts, P.M.North, Ed.1982, p.190.), "dentro del ámbito de la Convención, estén o no documentados en un conocimiento de embarque". Si bien el contrato de transporte no encaja en el concepto que da dicho art.5 (1) de contratos celebrados por consumidores, representa un caso típico de desigualdad de las partes, que debería estar excluido del ámbito de la autonomía de la voluntad. Los consignatarios, como consumidores del servicio, no tienen posibilidades de negociar las cláusulas del conocimiento, ni de optar por otras condiciones, pues estas son establecidas de manera uniforme por todos los prestatarios del servicio de transporte.

666 11 Georgia Journal of International and Comparative Law, Fall'81.

667 Simposio..., op.cit., p.589.

668 Simposio..., id.

669 Symposium Conflicts of Law in Contracts between Developed and Developing Nations, in 11 Georgia Journal of International and Comparative Law Fall'81: Alice M. Vickers, p.618 620.

670 Simposio..., id., p.633.

671 Simposio..., id., p.620.

672 Simposio..., id., p.621.

672 bis Mac Lean, op.cit., p.1.

673 Lando, op.cit., p.33.

674 Simposio, id., p.631.

675 Roffe, citado en Simposio, p.631.

- 676 Simposio, p.631.
 677 Jackson, op.cit., p.63.
 678 Simposio..., p.631 2.
 679 Lando, op.cit., p.37, citando a Jessel, M.R. en *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875), L.R.19Eq.462.
 680 "In practice, foreign based enterprises operating in developing countries often insert both choice of law and choice of forum clauses in their contracts in an attempt to obtain the law most advantageous to the enterprise." Symposium, op.cit., Cindy Noles, p. 694.
 681 Simposio..., id., p.693: "The effect given to choice of forum clauses has special significance with regard to contracts involving developing countries".
 682 Brown, *Changing the Rules: International Law and the Developing Countries: The ABA Workshops of 1977*, 12 *Int'l Law*.265,272(1978), citado en Simposio, id., p.697.
 683 Simposio..., id., p.707, y Nadelmann (id., nota 106), que expresa: "Even outside the contract of adhesion field, abuse of such clauses is widespread. In today's economy, equal bargaining power cannot be 'presumed'".
 684 Greenhill, *UNCTAD: Control of Restrictive Business Practices*, 12 *J.World Trade L.*67, 70(1978), citado en Symposium, p.693.
 685 Simposio..., id.
 686 Scoles & Hay, op.cit., p.279.
 687 Scoles & Hay, id., p.281.

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACION INTERNACIONAL

INDICE

INTRODUCCION	1
TITULO I. EVOLUCION HISTORICA Y DERECHO COMPARADO.....	2
CAPITULO 1. DERECHO ANGLOSAJON.	
A. INGLATERRA.	
a. Orígenes de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.	
b. Formulación moderna del principio de la autonomía de la voluntad en Inglaterra.....	4
c. Argumentos en favor de la autonomía de la voluntad y críticas.....	5
d. Problemas derivados de la libertad amplia.....	6
e. Reacción de la jurisprudencia.	
f. Restricciones a la autonomía de la voluntad en la legislación más reciente.....	7
g. Conclusión.	
B. ESTADOS UNIDOS.	
B.1. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y EL DERECHO INGLES.....	8
B.2. ELECCION DEL TRIBUNAL COMPETENTE.....	9
a) Principios tradicionales de competencia.	
a.1. Jurisdicción "in personam" y jurisdicción "in rem". El caso "Pennoyer v. Neff".....	10
a.2. Jurisdicción "quasi in rem".....	11

a.3. Los "contactos mínimos" como base de jurisdicción. El caso "International Shoe Co. v. Washington".....	11
b) Tendencias modernas.	
b.1. Shaffer v. Heitner.....	12
b.2. Asahi Metal Indus. Inc. v. Superior Court.	
b.3. Forum shopping y Forum non conveniens.....	13
c) Reconocimiento de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción, dentro de ciertos límites. El caso "Bremen v. Zapata Off Shore".....	14
c.1. Situación de la jurisprudencia antes de 1972.	
c.2. Modificación de la jurisprudencia en materia jurisdiccional.	
B.3. ELECCION DE LA LEY APLICABLE.....	15
a) Introducción.	
b) El Primer Restatement (1934).....	16
b.1. Lauritzen v. Larsen.	
b.2. Siegelman v. Cunard White Star.	
c) El Segundo Restatement (1971).....	17
d) El U.C.C. (1978).....	19
B.4. NECESIDAD DE PONER LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS PARTES.....	21
B.5. SOLUCIONES DISTINTAS PARA DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS.....	22
a) "Contracts tainted with dirigism".	
b) "Free contracts".....	23
c) "True adhesion contracts".	
d) "Pseudo adhesion contracts".	
e) Otras posiciones.....	24
f) Conclusiones.	
CAPITULO 2. DERECHO CONTINENTAL (EUROPA OCCIDENTAL).	
A. ORIGENES.	
a) Bartolo de Sassoferrato.....	25
b) Dumoulin.	
B. FRANCIA.....	26
B.1. Posiciones en la Doctrina.	
B.2. Posición de la Cour de Cassation.	
B.3. Intento de conciliar ambas posiciones.....	27
B.4. Críticas.....	28
B.5. Posición actual de la Cour de Cassation.	
C. ALEMANIA.....	29
C.1. Savigny.	
C.2. Evolución Posterior.....	30
D. LA EUROPA DE LA COMUNIDAD.....	31
D.1. Hacia un derecho federal.....	32
D.2. Variaciones nacionales.	
D.3. Aceptación de la autonomía y sus límites.....	33
D.4. Conclusiones.	
CAPITULO 3. DERECHO CONTINENTAL (LATINOAMERICA).....	
A. ANTECEDENTES.	
B. ARGENTINA.....	35
B.1. INTRODUCCION.	
B.2. POSICION DE LA DOCTRINA JUSPRIVATISTA.....	36

a.	Posición de la cátedra.	
b.	Normas de fuente interna.	
c.	Normas de fuente internacional.....	37
d.	Jurisprudencia.	
B.3.	POSICION DE LA DOCTRINA MARITIMISTA.....	41
a.	Introducción.	
b.	Evolución histórica.	
c.	La Conferencia de Buenos Aires de 1922.....	42
d.	El Congreso de Montevideo de 1939.....	46
e.	Jurisprudencia "Compte c/ Ybarra"	46
f.	Ley de Navegación (No. 20.094).....	47
g.	Conclusiones.....	48
C.	URUGUAY.	
C.1.	EL CONGRESO DE 1889.....	49
C.2.	EL CONGRESO DE 1939.....	50
C.3.	LA LEY VARGAS (No. 10.084).....	51
C.4.	LA POSICION DE ALFONSIN.....	53
C.5.	JURISPRUDENCIA.....	55
D.	LAS CONFERENCIAS ESPECIALIZADAS INTERAMERICANAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP).....	58
D.1.	ANTECEDENTES.	
D.2.	LAS CIDIP I y II (1975 y 1979).....	58
D.3.	LA CIDIP III (1984).....	59
D.4.	LA CIDIP IV (1989).	
E.	CONCLUSIONES.....	61
	TITULO II. AUTONOMIA IRRESTRICTA O LIMITADA.....	64
	CAPITULO 1. INTRODUCCION.	
	CAPITULO 2. LIMITES MAS FRECUENTEMENTE ADMITIDOS EN EL DERECHO COMPARADO.....	65
a)	Solución taxativa.....	66
b)	Ley con "alguna conexión" con el contrato.	
c)	Interés legítimo.....	67
d)	Interés del comercio internacional.	
e)	Interés razonable.	
f)	"Buenas razones" para la elección.	
g)	"Base razonable" para la elección.	
h)	Orden público del foro.	
i)	Normas y principios internacionalmente imperativos.	69
j)	"Vinculación internacionalmente razonable".	
k)	Buena fe.	
l)	Que no se establezca en forma abusiva.....	70
m)	"Los principios superiores a los intereses individuales".	
n)	"Que las partes se encuentren en situación de igualdad".	
	CAPITULO 3. ORDEN PUBLICO Y NORMAS DE APLICACION INMEDIATA COMO LIMITE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD... 71	
a)	Orden público "a posteriori" o aspecto negativo del orden público.	
b)	Orden público "a priori", normas de aplicación inmediata o aspecto positivo del orden público.	

c) Límites: Principios de orden público del Derecho Internacional Privado del juez y normas de policía del Derecho Internacional Privado del juez y del país al cual el contrato está estrechamente vinculado..... 72

d) Otros límites: Las normas de policía de los Estados vinculados de alguna manera al contrato..... 73

d.1. La Conferencia de La Haya de 1986.

d.2. Tendencia en el Common Law..... 74

d.3. Tendencia en las CIDIP.

d.4. La Convención de la C.E.E. sobre la ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales Roma, 1980..... 76

e) Criticas y Conclusiones.

CAPITULO 4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA ADMISION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS PAISES EN DESARROLLO.. 79

a) Reconocimiento del problema aun por parte de los partidarios de la autonomía de la voluntad.

b) La desigualdad de poder de negociación de las partes aparece incluso en contratos comerciales internacionales, como problema permanente para los países en desarrollo.80

c) Falta de opciones.

CAPITULO 5. PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES COMO LIMITE A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION DE LOS PAISES DESARROLLADOS..... 83

a) Antecedentes.

b) Jurisprudencia favorable a tener en cuenta la desigualdad como límite a la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores y trabajadores..... 84

c) Jurisprudencia contraria a tener en cuenta la desigualdad como límite a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales..... 86

d) Nuevas tendencias que dan relevancia a la desigualdad entre las partes aun en contratos entre empresas comerciales..... 87

d.1. Abusos desde posiciones dominantes.

d.2. Tendencia de la jurisprudencia.

CAPITULO 6. LIMITACIONES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DERIVADAS DE LA INVOCACION DE POLITICAS FUNDAMENTALES Y LA DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS COMERCIALES Y LOS QUE NO LO SON..... 90

a) Las políticas fundamentales.

b) ¿Es suficiente con diferenciar distintos tipos de contratos?..... 92

c) Los intereses del comercio internacional e intereses de consumidores y trabajadores..... 93

CAPITULO 7. CRITICAS Y CONCLUSIONES..... 94

TITULO III. CONSIDERACION CRITICA DE LA TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD..... 97

CAPITULO 1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD..... 97

CAPITULO 2. EXPOSICION Y CRITICA.

A. Certeza y Previsibilidad.

B. Supuesta necesidad de libertad de las partes..... 101

C. Desconfianza de las empresas de los países desarrollados respecto a los sistemas jurídicos de los países en desarrollo..... 102

D. Necesidad del comercio internacional..... 104

E. Conveniencia de facilitarle la tarea al legislador y al juez.....	106
F. Curiosa fundamentación teológica.....	107
G. Sumisión pasiva y resignada ante ciertas imposiciones.....	108
H. Supuesta obsolescencia de la soberanía y del interés nacional.....	110
CAPITULO 3. CONCLUSIONES.....	112
TITULO IV. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN UN MUNDO DIVIDIDO NORTE SUR.....	113
CAPITULO 1. ¿QUE ES LO QUE DETERMINA LA PREFERENCIA POR UNA U OTRA POSICION?	
A. Dos realidades distintas y contrapuestas.	
a. Países en desarrollo.....	114
b. Países desarrollados.	
c. ¿A quien conviene la admisión de la autonomía de la voluntad?	
B. Imposibilidad de dejar de lado la propia contextualidad que determina una particular perspectiva.	
C. Problemas que plantean los Convenios Internacionales y el Derecho Uniforme.....	115
CAPITULO 2. CONCLUSIONES.....	116