

El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur¹

Mónica Sofía Rodríguez²

Resumen

En 1991 existían profundas asimetrías en los Derechos internos de los Estados Parte del Mercosur, lo que exigió emprender tareas de armonización legislativa de todas aquellas cuestiones que faciliten la integración y contribuyan a la consecución de sus objetivos. El Tratado de Asunción impone la obligación de armonizar la legislación en las áreas pertinentes. La razón fundamental que la justifica es lograr la ansiada seguridad jurídica, resultando fundamental para cumplir los propósitos del esquema. La falta de armonización legislativa favorece el *forum shopping*, es decir la transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición más favorable, creando un nuevo obstáculo, una barrera para el desarrollo pleno, armónico del mercado común. Una de las materias que requiere una regulación armónica en el ámbito del Mercosur es la referida a la determinación de la ley aplicable, y el alcance de la autonomía de la voluntad en las transacciones contractuales, por ser el contrato internacional un elemento insustituible, ya que facilita y promueve el intercambio tanto de bienes como servicios, a la vez que es un medio adecuado para la circulación de la riqueza.

¹ El presente es un adelanto del trabajo desarrollado en el marco del proyecto SECYT DTC 1024 acerca de “La imperiosa necesidad de lograr la armonización legislativa en materia de derecho aplicable al contrato internacional en el Mercosur”.

² Abogada y Doctora en Derecho Internacional (UBA). Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA), Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo (UBA) y Derecho Concursal Profundizado (UBA). Docente de grado y postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA. en “Derecho Internacional Privado” y “Derecho de la Integración”. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, integrando desde 1998, diversos proyectos de investigación UBACyT. Actualmente integra el Proyecto UBACyT 2010/2012 “El Derecho Aplicable en materia de Contratación Electrónica con Consumidores: Bases para la Armonización Legislativa en el Mercosur”. monicasrodriguez@gmail.com

Palabras clave: autonomía de la voluntad, contratos internacionales, Mercosur.

Abstract

The principle of the autonomy of the will and the private international law work: asymmetries in their recognition and need of legislative harmonization in Mercosur. In 1991 there were profound asymmetries in the internal rights of States parties of Mercosur which demanded to undertake tasks of legislative harmonization of all those issues that will facilitate the integration and contribute to the achievement of its objectives. The Asunción Treaty imposes an obligation to harmonize legislation in the relevant areas. The fundamental reason that justifies is to achieve the desired legal security, proving essential to fulfill the purposes of the scheme. The lack of harmonization of laws, promotes the forum shopping, i.e. the transfer of goods or litigation of a Member State to another in search of a more favorable position, creating a new barrier, a barrier to the full, harmonious development of the common market. One of the subjects requiring a harmonic regulation in the field of Mercosur is to the determination of the applicable law, and the scope of the autonomy in transactions contracts, as the international contract an irreplaceable element facilitates and promotes the exchange of goods and services and is a means of suitable for the circulation of wealth.

Keywords: autonomy of the will, International contracts, Mercosur.

Resumo

Do princípio da autonomia da vontade e o trabalho de direito internacional privado: as assimetrias no seu reconhecimento e a necessidade de harmonização legislativa no Mercosul. Em 1991 houve profundas assimetrias dos direitos internos dos Estados partes do Mercosul que exigia para realizar as tarefas de harmonização legislativa de todas essas questões que facilitará a integração e contribuir para a realização dos seus objetivos. O Tratado de Assunção impõe uma obrigação de harmonizar a legislação nas áreas relevantes. A razão fundamental que justifica é alcançar a segurança jurídica desejado, provando essencial para cumprir os efeitos do regime. A falta de harmonização das legislações, acompanhou o Fórum de compras, ou seja, a transferência de bens ou processos judiciais de um Estado-membro para outro em busca de uma posição mais favorável, criando uma nova barreira, um entrave para o desenvolvimento completo e harmonioso do mercado comum. Um dos temas que requerem um regulamento harmônico no campo do Mercosul é a determinação da lei aplicável e o escopo da autonomia em contratos de transações, como o contrato internacional um elemento insubstituível facilita e promove o intercâmbio de bens e serviços e é um meio de adequado para a circulação de riqueza.

Palavras-chave: contratos internacionais, autonomia da vontade, Mercosul.

La necesidad de una adecuada armonización legislativa en el Mercosur

Suele afirmarse que, con el propósito de consolidar el Mercosur y alcanzar los objetivos de un mercado común, resulta indispensable armonizar una serie de cuestiones

vinculadas con las diversas dimensiones del proceso de integración: económico-comercial, política, social y jurídico-institucional.

Es por demás sabido que en el proceso de integración regional que se iniciara en 1991, existían profundas asimetrías en los Derechos internos de los Estados Parte, por lo que en el Mercosur se requiere emprender las tareas de armonización legislativa de todas aquellas cuestiones que faciliten la integración y contribuyan a la consecución de sus objetivos, por ello es que el Tratado de Asunción impone la obligación de armonizar la legislación en las áreas pertinentes.

La razón fundamental que justifica dicha armonización es lograr la tan ansiada seguridad jurídica, resultando fundamental para lograr los propósitos del esquema, en razón de que las disparidades legislativas posibilitan a los operadores a elegir, al momento de invertir o instalar una empresa, aquel país que le sea más favorable o beneficioso legislativa y jurisdiccionalmente, en detrimento de la integración, viéndose ello como un obstáculo y una vulneración de la igualdad que debe imperar en el área.

Es decir que la falta de armonización legislativa favorece lo que se conoce como *forum shopping*, es decir la transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición más favorable. De esta forma, se crea un nuevo obstáculo, una barrera para el desarrollo pleno, armónico del mercado común.

Por el contrario, la existencia de normas armonizadas genera, promueve certidumbre jurídica de la que deben gozar los operadores para el desarrollo adecuado de sus actividades. Asimismo, para que el intercambio comercial resulte más atractivo en el ámbito del Mercosur, resulta esencial la elaboración, aprobación, y puesta en vigor de normas claras, precisas, eficaces que brinden a los comerciantes y empresas que operen en nuestra región previsibilidad, credibilidad en el sistema y seguridad jurídica, ya que aquellos no solo se mueven en busca de ventajas económicas, sino que además persiguen tales valores. En este sentido, cualquier agente económico apreciará y optará por aquel esquema que posea reglas de juego establecidas en materias que inciden de manera directa en el desarrollo de sus operaciones comerciales: inversiones, contratación internacional, régimen societario, mecanismos de resolución de controversias, insolvencia, entre otros.

Así lo vislumbraron los Estados Parte del Mercosur cuando previeron la necesidad de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes.

Desde que un mercado común tiene por objetivo suprimir las fronteras para permitir la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, algunos de estos ámbitos se relacionan con la política económico-comercial del bloque y, por ende, con el Derecho Internacional Económico, y otros se encuentran vinculados directamente con el Derecho Comercial Internacional.

Frente a la imperiosa necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados Parte, surge un interrogante: ¿cuál es el modo más conveniente de armonización para aplicar en un proceso de integración regional como el Mercosur?

El legislador nacional trata siempre en cada materia de hallar la solución que esté más de acuerdo con la situación económica, social, y política de su propio país, pues de lo contrario sería prescindir de la realidad innegable de que en el mundo existen naciones diferentes, en las que juegan un rol importantísimo las características y costumbres locales de cada país en particular. El legislador regional debe anteponer los intereses y objetivos regionales a los de cada país, pero sin confrontarlos ni vulnerarlos, intentando coordinarlos.

Cabe señalar que en el seno del Mercosur existen acuerdos y protocolos, así como normas de Derecho derivado en distintas áreas tales como defensa de la competencia, defensa del consumidor, Derecho Procesal Internacional, jurisdicción internacional en materia contractual, circulación de personas, integración cultural y educativa, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, medio ambiente, responsabilidad por accidentes de tránsito³, entre muchas otras. Sin embargo, el estado de vigencia de estas normas ha corrido suerte dispar.

Una de las materias que requiere una regulación armónica en el ámbito del Mercosur es la referida a la determinación de la ley aplicable en las transacciones contractuales, ya que el contrato internacional, como acto jurídico bilateral patrimonial, es un elemento insustituible en el ámbito de las relaciones internacionales, especialmente en materia de negocios internacionales ya que facilita y promueve el intercambio de bienes y servicios y es un medio adecuado para la circulación de la riqueza.

No obstante la complejidad y extensión de la problemática de la contratación internacional, es posible identificar algunos temas cuya regulación jurídica resulta imprescindible para la promoción del comercio transfronterizo.

Este tema, a pesar de la importancia que reviste para el desarrollo y consolidación del espacio integrado, no ha obtenido aún una regulación autónoma y no es tratado con la misma extensión ni consideración en los Derechos internos de los países miembros del Mercosur, ni en el Derecho interno de los países asociados.

El contrato es internacional cuando en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira e un sistema jurídico determinado. En él pueden producirse dos situaciones: que las partes preseleccionen, en forma expresa o tácita, la ley aplicable, o bien, que ellas no prevean la ley que habrá de regirlas, en cuyo caso estarán sometidas a la ley que determine la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado (DIPr).

³ En este caso, aludimos al Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del Mercosur, firmado en San Luis, el 25 de junio de 1996, en vigor desde el 19 de agosto de 1999.

En esta oportunidad abordaremos solamente la consideración del principio de la autonomía de la voluntad en los ordenamientos de los distintos Estados Parte del Mercosur como así también otros Estados vinculados, efectuando en lo posible alguna comparación con otros espacios integrados.

Autonomía de la voluntad

El vocablo autonomía hace alusión al predominio de la iniciativa propia e implica la ausencia de un mandato externo a la propia dirección hacia la cual se encamina la voluntad individual.

La noción de “voluntad” (del latín *voluntas, voluntatis*) implica un acto intencional y una capacidad que guía nuestras acciones; por ello, en tanto que acto, equivale a la libertad de hacer o de decidir algo con pleno conocimiento.

Para Spota, la autonomía de la voluntad es “el principio que confiere a la voluntad jurídica, la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurígena”.

Alessandri, a su vez, sostiene que la autonomía de la voluntad consiste en: “la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración”.

Etimológicamente “autonomía” designa el poder de gobernarse por sus propias leyes. La autonomía de la voluntad significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. La voluntad es el “órgano creador de derechos”.

La facultad de la voluntad de las partes de ser órgano productor, generador de Derecho, ha sido interpretada en diversos sentidos. Así, la doctrina uruguayaya⁴ distingue dos significados:

- a. que la voluntad del sujeto es una fuente original de Derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, por tal modo que el sujeto crea normas jurídicas *ab initio*, o bien
- b. que la voluntad del sujeto es una fuente derivada capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido lo habilita para ello.

El principio, dogma o teoría de la autonomía de la voluntad tiene aplicación tanto en el Derecho interno, proclamando la libertad de contratación, el respeto de la voluntad de las partes en la interpretación y ejecución del contrato, etc.

⁴ Alfonsín, Quintín, “La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos”, *Revista Información Jurídica*, N° 77, octubre. Cita tomada de Feldstein de Cárdenas, S., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000, pág. 346.

En el campo del Derecho Internacional significa que las partes pueden elegir la ley que habrá de regir sus contratos internacionales. Las partes deciden las reglas, normas jurídicas a las que quedarán sometidas sus obligaciones.

Evolución del dogma de la autonomía de la voluntad

El concepto, principio o dogma de la autonomía de la voluntad ha atravesado por distintas etapas en su desarrollo desde su nacimiento, consolidación, cuestionamiento, crítica, exacerbación y reformulación

1) Período de suceso y de consagración: desde el origen del principio, hasta su consagración donde al amparo del individualismo jurídico dominante en el siglo XIX, alcanza su etapa de hegemonía y esplendor. Logra un dominio total y no reconoce limitaciones legales que la condicionen, limiten o acoten su alcance en interés del bien común ya que el interés general es concebido como la suma de los intereses particulares. Fundamentalmente, el liberalismo económico se sustenta en la creencia de que persiguiendo ventajas personales y si tienen libertad para hacerlo a voluntad, los hombres sirven al mismo tiempo y como inconscientemente a la sociedad. Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues estas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

2) Etapa de crisis: comienza siendo combatido por Von Bar y Brocher, quienes lo critican en nombre de las leyes imperativas y facultativas, hasta autores que plantean su negación o inexistencia, como Pillet y Niboyet.

En este sentido, comienza afirmándose que la autonomía de la voluntad tendría su ámbito de actuación solo en la parte del Derecho que se encuentra regulada por normas facultativas, pero nunca podría desplazar a las normas imperativas del orden jurídico. Otros autores sostienen que, si es el orden jurídico el que determina la imperatividad o disponibilidad de la norma jurídica, el ámbito de aplicación de la autonomía de la de voluntad dependería siempre del sistema jurídico que lo reconozca ya que el derecho no abdica jamás. Entonces, si la posibilidad de su aplicación depende de su reconocimiento y regulación por el régimen jurídico, la autonomía no puede ser vista ni considerada como “fuente generadora de Derecho” y en consecuencia, no existiría como dogma jurídico.

3) Período de reformulación: etapa de equilibrio y de vigencia acotada, donde se reconoce su existencia pero en forma acotada y dentro del margen determinado por la ley, bajo los límites impuestos por el Derecho.

Doumoulin (escuela estatutaria francesa siglo XVI) trata el problema de la ley competente en dos momentos, haciendo circular el concepto de manera intuitiva, son sus sucesores quienes retoman la idea y la transforman en sistema:

- a. En el *Consilium LIII*: en el que analiza el célebre caso Gannay ocupándose de la cuestión de la comunidad conyugal. Se trataba de un matrimonio celebrado y con domicilio conyugal en París que poseía bienes inmuebles dentro y fuera de esa ciudad. Los cónyuges no habían celebrado convención nupcial y se trataba de saber la ley que gobernaba la sociedad conyugal. Doumoulin sostuvo que el régimen patrimonial matrimonial aplicable era el del domicilio conyugal, ya que esa fijación implicaba el ejercicio de la autonomía tácita de la voluntad. Su idea maestra radica en considerar que la comunidad entre esposos que no hicieron contrato no es un régimen impuesto por la ley, sino el resultado de una convención tácita.
- b. En el *Commentaires sur le Code*: distingue entre estatutos legales y los que dependen de la voluntad de las partes. Sostuvo “...*Aut statutum loquitur de his quae concernunt nudam ordinationem vel olemnitatem actus et imper inspicitur statutum vel consuetudo loci, ubi actus celebratur. Aut statutum loquitur de his quae meritum scilicet causae vel decisiones concernunt et tunc aut in his quae pendent a voluntate partium, vel per eas inmutari possunt et tunc incipiuntur circumstantiae voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur, et domicilii contrahentium antique vel recentis et similes circumstantiae aut disponit in his quae non penden a voluntate partium ed a sola potestate legi*”⁵.

Savigny, a su turno, prefiere el concepto de “sumisión voluntaria” al de “autonomía de la voluntad”. Sostiene que el Derecho local aplicable a cada relación jurídica se vincula con la influencia de la voluntad libre de las personas que se someten al imperio de un derecho determinado. La competencia local reposa en la sumisión voluntaria aunque en la mayoría de los casos no es expresada formalmente, y ante la ausencia de una declaración expresa recurre a la “interpretación de una voluntad pasiva”, pero la voluntad expresa puede evidentemente excluir una sumisión tácita.

Sostiene: “...*En cuanto al Derecho local que rige las obligaciones, hay que seguir los mismos principios que para determinar la jurisdicción especial de la obligación; y así la sumisión presunta del deudor que determina a la vez el asiento de la obligación y de la jurisdicción especial debe determinar igualmente el Derecho local aplicable por la íntima relación que existe entre este y la jurisdicción, siempre subordinada a la persona del deudor. Aquel asiento coincide con el lugar de cumplimiento de la obligación, ya sea señalado expresamente por la voluntad de las partes, ya sea por su consentimiento tácito, pero siempre teniendo por fundamento la sumisión voluntaria,*

⁵ Doumoulin, Charles, *Commentaire sur le Code*, Tomo 4, París. Cita tomada de Feldstein de Cárdenas, S., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 7.

principio igualmente atendible en cuanto al Derecho que rige el estado de las personas y los derechos reales... ”⁶.

Según Niboyet: “...Savigny rechaza el vocabulario en vigor, se alza contra la locución recientemente introducida en la materia, y cita lo que este afirma, cuando expresa que los autores modernos tienen la costumbre de apelar a la autonomía que en el Derecho germánico se refiere al privilegio de la nobleza y a algunas corporaciones de reglar ellas mismas sus relaciones particulares por una especie de legislación doméstica... El prefiere hablar de ‘sumisión voluntaria’ como sujeción a un Derecho local determinado...”.

Para Mancini, en la parte voluntaria del Derecho (comprende a las obligaciones y la formación de los contratos), la ley de la nacionalidad es facultativa y el principio rector es el de la libertad, el de la autonomía de la voluntad.

Clasificación

Podemos diferenciar diversos tipos de autonomía.

- Conflictual: elección del Derecho aplicable.
- Material: determinación de las cláusulas específicas en el contrato.
- Expresa: manifiestan la elección efectuada en forma escrita o verbal.
- Tácita: la elección se desprende de actos efectuados por las partes.

La autonomía de la voluntad conflictual, considerada como la autonomía propia del Derecho Internacional Privado (DIPr), consiste en la posibilidad de que las partes convengan el sistema jurídico que gobernará el contrato internacional. Implica la elección del Derecho aplicable a la relación contractual. Las partes pueden solo ejercer su autonomía conflictual dentro de las limitaciones que establece el Derecho Internacional Privado del juez.

La autonomía material implica para las partes la posibilidad de establecer pactos o cláusulas del contrato en aspectos específicos, concretos. Para Goldschmit, la autonomía material consiste en estipulaciones de Derecho Privado, pudiendo distinguirse entre *autonomía material de 1^{er} grado* (sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado -aunque pueden designar un Derecho en subsidio-). Se denomina también autonomía universal y tiene su fundamento en el derecho natural y está limitada por el orden público del juez. En la *autonomía material de 2^o grado* las partes formulan estipulaciones materiales sin someterse a algún Derecho determinado, pero sin declarar su independencia de cualquier Derecho positivo. No significa que deban respetar todos los Derechos elegibles, pero sí que están sometidas al Derecho coactivo común de todos ellos.

Para Antonio Boggiano, las partes crean normas materiales aplicables al contrato internacional que lo rigen como la *lex contractus* y tiene virtualidad derogatoria de las

⁶ de Savigny, Federico, *Sistema de Derecho Romano actual*. Traducido al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley. Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1878, pág. 361.

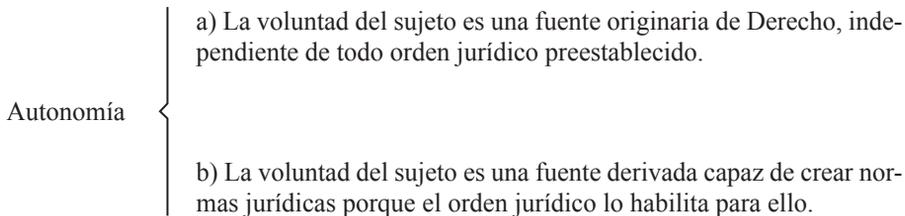
normas dispositivas y conectivas de la *lex fori* y también de las normas imperativas o coactivas tanto del juez como del Derecho extranjero.

Autonomía expresa: las partes eligen la ley a la que desean someter la regulación en su relación jurídica. Las partes manifiestan la elección efectuada en forma escrita o verbal.

Autonomía tácita: no incluyen cláusulas específica, pero la selección resulta en forma cierta y se revela mediante elementos idóneos que conduzcan a la efectiva voluntad de las partes (las sumisiones anteriores a determinada ley, la elección de un idioma, la utilización de figuras contractuales propias de un determinado ordenamiento jurídico, la elección del tribunal, entre otros).

La filosofía imperante detrás de las distintas terminologías empleadas

En el campo del Derecho Internacional podemos concebir la autonomía como:



Vemos, además, que -según la doctrina acepte, adopte una concepción u otra- se ha referido a ella con diversa terminología desde la que puede advertirse la posición tomada a su respecto por cada autor. Así se la ha denominado:

- Autonomía de la voluntad.
- Autonomía de las partes.
- Autonomía del hombre.
- Autonomía de los contratantes.

La aceptación de la autonomía

Las tesis afirmatorias parten de sostener que, en virtud de la voluntad concordante, la ley que han elegido las partes es la que debe regir la sustancia de los contratos internacionales.

Algunos autores entienden que es un axioma jurídico y se dispensan de fundarlo.

Otros, esgrimen los siguientes argumentos:

a) Se trata de un derecho individual inherente a la naturaleza humana: Este argumento fue desarrollado en primera la etapa de su desenvolvimiento, donde se erigió como piedra angular del individualismo jurídico. Se trata de un derecho individual, natural, no derivado de ninguna norma jurídica, en consecuencia, si falta la norma que autorice la

libre elección, o alguna norma la prohíbe, las partes igualmente tienen derecho a elegir la ley. Su alcance es irrestricto, absoluto e ilimitado, ya que por ser un derecho innato del hombre, como derivación del libre albedrío y de la propia naturaleza humana, por ser anterior a la organización social, no puede ser cuestionado, regulado, limitado por el legislador.

Recientemente hemos podido leer que *“analizar la ‘autonomía privada’ o ‘autonomía de la voluntad’ es una consecuencia de la condición de persona, por lo tanto, dicha autonomía no puede ser negada a ninguna persona por el ordenamiento jurídico, quien debe reconocerlo porque se trata de un poder inherente a la condición o naturaleza del ser humano. El principio de la ‘autonomía privada’ es un principio de Derecho porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y dentro de su marco es donde el hombre puede realizarse plenamente; por lo tanto, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad es inderogable por el ordenamiento jurídico. La ley no puede cambiar la naturaleza del ser humano ni distorsionarla ni negarla; la ley, como pensamiento regulador obligatorio de conductas valiosas, sí adecua al objeto por ella mentada; negar la autonomía de la voluntad como principio general de Derecho significa la anulación de la persona, de su espíritu creador y emprendedor”*.⁷

b) Parte de la doctrina considera que la autonomía de la voluntad resulta del derecho de libre contratación que el legislador acuerda a las partes: las legislaciones establecen que las personas tienen derecho de libre contratación, lo cual significa que son libres de consentir o no, y que son libres de estipular el contenido y los efectos del contrato. La elección de la ley está comprendida en la libertad de contratación.

c) Para otros autores es una consecuencia exigida por el comercio internacional: las circunstancias propias del comercio internacional pueden no corresponder a las previsiones normales de Derecho interno. Toda dificultad se evita si los contratantes tienen la precaución de referirse expresamente a una ley determinada. Fundamento práctico o pragmático.

Como ya se habrá advertido y desarrollaremos más adelante, dentro de los autores que afirman la existencia del principio o dogma de la autonomía de la voluntad existen quienes lo sostienen en forma absoluta e ilimitada, y otros autores más moderados, que la aceptan en forma acotada, pudiendo concebirse, entonces con un criterio absoluto o relativo.

Se justifica el reconocimiento en que su reconocimiento otorga:

1) Seguridad jurídica preventiva: las partes pueden ordenar, adaptar, prevenir los comportamientos.

⁷ Carreira González, Guillermo, “Avance de la autonomía de la voluntad en el derecho societario”, *Compendio Jurídico Errepar*, N° 38, marzo 2010, pág. 71 (cita tomada del trabajo de Altamira Gigena, Raúl, “Autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, *Diario Jurídico La Ley*, martes 9 de noviembre de 2010, ISSN 0024-1636).

- 2) Certeza jurídica aplicada: la ley elegida por las partes será aplicable al fondo de la controversia.
- 3) Realización de los intereses de las partes: el contrato puede ser más convenientemente adaptado a sus necesidades.

Las tesis negatorias

Postulan que el contrato no puede ser el origen de la ley aplicable, sino que es la ley la que debe ser la base de sustentación del contrato.

No existe el principio de la autonomía de la voluntad. Se ha cometido el error de confundir este concepto con el de la libertad de estipulaciones, única noción verdaderamente exacta y cuyo contenido es diferente. La voluntad de las partes nunca es superior y ni siquiera paralela a la ley, debiendo siempre actuar dentro del círculo admitido por la legislación competente.

Los autores han fundado su opinión en los siguientes argumentos:

- a. La validez del contrato no puede depender de la ley que está inserta en el propio convenio porque se configuraría un círculo vicioso. La regulación del contrato se basa en la legislación aplicable y decir que el Derecho aplicable está establecido en el contrato es un contrasentido.
- b. La facultad de elección de la ley aplicable debe moverse en el campo del derecho positivo y del campo social. *“...una voluntad absolutamente autónoma o independiente de toda norma es una pura abstracción, no pertenece a ningún medio social... En realidad solo hay, por el contrario voluntades socialmente condicionadas y que obran en función de la sociedad en que se mueven. El individualismo prescinde de esa realidad y olvida que la voluntad individual solo puede producir efectos a condición de socializarse; esto es, a condición de someterse y ajustarse a las norma jurídicas que condensan el interés social...”* (Gounot).
- c. La facultad de elección no es absoluta, sino que depende de las legislaciones internas que la convierten en fuente de Derecho, autorizando y sancionando la libre contratación (Brocher, Aubry).
- d. La contratación internacional no requiere el uso de este principio porque se maneja satisfactoriamente con las normas preceptivas del Derecho Internacional Privado. Si las partes pudieran descartar la aplicación de la ley normalmente interesada en regir el contrato y sustituirla por la que circunstancialmente les conviniera, la sociedad internacional nunca sabría a qué atenerse, sería imposible prever el régimen de cada contrato.

Criterio absoluto

Coincidente con el período apoteótico se sostiene que el principio de la autonomía es “absoluto”. Las partes son soberanas en la elección de la ley aplicable y en su ejercicio no se le reconocen límites (Laurent). Cualquier ley es susceptible de ser preseleccionada.

No es concebible que un hombre pueda copiar literalmente, con carácter obligatorio, las disposiciones de cualquier legislación y que, en cambio, realice un acto nulo cuando se concreta a decir que las da por insertas como si las hubiera reproducido (Sánchez de Bustamante y Sirvén).

Si los contratantes pueden contratar o no y contratando pueden establecer las condiciones a que quieren sujetar sus obligaciones recíprocas, no encontramos la razón por qué se ha de limitar su elección (Alcorta).

Sin embargo, este autor niega a las partes la facultad de someter el mismo contrato a varias leyes ya que desnaturaliza el vínculo y la ejecución y podría producir una confusión en las aplicaciones.

Criterio relativo

La crítica al principio se da, básicamente, en dos niveles:

- a. En defensa de las leyes imperativas: desde 1894, los internacionalistas sostienen que la autonomía no puede ejercerse en materias regidas por leyes imperativas, lo contrario implicaría quitarles su carácter obligatorio, reservan la autonomía para el campo de las leyes facultativas o supletorias (Aubry, Bartin).
- b. En defensa de las leyes supletorias: es la ley la que confiere su autoridad y que delimita la libertad, la ley no abdica jamás (Brocher).

Limitaciones⁸

Quienes reconocen el carácter relativo del principio, suelen destacar las siguientes limitaciones de las partes para la elección de la ley aplicable a sus contratos.

Internacionalidad objetiva: la elección está sujeta a que se trate de un contrato con elementos objetivos de internacionalidad.

El carácter internacional del contrato estará dado por elementos extranjeros objetivamente considerados y no cuando son las propias partes quienes por su sola voluntad consideran como internacional un contrato puramente interno.

⁸ Para el desarrollo de este punto hemos seguido la obra de la doctora Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995. Ver también de la autora *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

La internacionalidad del contrato es una exigencia, a la vez que una limitación, para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de determinación de la ley aplicable. Por lo tanto, las partes solo podrán elegir el Derecho aplicable a su relación contractual cuanto el contrato tenga elementos extranjeros objetivos (v. gr. que se encuentren ubicados en diferentes Estados el lugar de celebración y la ejecución del contrato, los domicilios de las partes, o que el contrato tenga contactos próximos, vínculos con distintos ordenamientos jurídicos).

Catálogo ofrecido por el legislador: el legislador ofrece una suerte de catálogo de posibilidades entre las que las partes podrán elegir la ley a la que someterán su contrato.

Elección de la ley entre las jurídicamente interesadas: la ley elegida debe guardar relación con algún elemento del contrato. Las partes estarían impedidas de elegir una ley que no posea ninguna vinculación o conexión real y objetiva con el contrato. Es la *theory of real connection* del Derecho anglosajón.

Si el contrato tiene puntos de contacto con diversos Estados, es lícito elegir uno de esos derechos, y en cambio, se debe limitar tal facultad cuando se prevé la aplicación de otro Estado que no posee en forma objetiva vinculación con el mismos.

Orden público internacional: si el contenido de la ley elegida por las partes resulta incompatible con el espíritu del Derecho del juez, el Derecho extranjero elegido será desplazado y será aplicable la ley del juez. Hay autores que confían en esta limitación para proclamar la autonomía absoluta de las partes, en virtud a que siempre queda el orden público internacional como último recurso para corregir las consecuencias perjudiciales de la autonomía.

En rigor de verdad, no resulta un límite propio de la autonomía en materia de contratos, sino que es general a la aplicación local de la ley extranjera ya que el orden público es una excepción a la aplicación obligatoria del Derecho extranjero.

En el ámbito contractual implica que si el contenido de la ley elegida por las partes resulta “incompatible con el espíritu” que informa el Derecho del juez, deberá ser desplazado conforme se lo enuncia en el inciso 2 del artículo 14 del Código Civil argentino.

Fraude a la ley: el fraude aparece donde la autonomía termina y la obligatoriedad de la ley comienza. La ley elegida por las partes puede ser el resultado del propósito de eludir la aplicación del Derecho aplicable al contrato. Dicha limitación funciona como un expediente para descartar la voluntad de las partes y hacer retornar los contratos al régimen adoptado por la judicatura.

La configuración del fraude a la ley en materia contractual impone la aplicación de la ley imperativa que se intentó burlar.

Para autores de la talla de Yangúas Messía, el concepto de fraude no podría mantenerse si la autonomía de la voluntad fuese absoluta, pero no lo es. Ha de moverse dentro de los límites imperativos y prohibitivos fijados por la ley, y el fraude, consiste precisamente en la deliberada aunque sinuosa trasgresión de esos límites, más allá de los cuales el acto humano ya no es lícito y deja de tener validez legal, por lo que el fraude aparece donde la autonomía termina y la obligatoriedad de la ley comienza; no hay contradicción sino delimitación que el fraude no respeta, de los conceptos de libertad y autoridad de la ley.

Número de leyes: los especialistas en Derecho Internacional Privado han debatido arduamente acerca de si la autonomía de la voluntad les permite a las partes preseleccionar distintas leyes para regular los distintos aspectos del contrato, o si, en cambio, podrán elegir una sola ley que lo regirá en su totalidad.

El *depeçage* significa que las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte separable del contrato. El límite está dado cuando solo se permite elegir una única ley aplicable a la totalidad del contrato. La elección de distintas leyes *-depeçage-* conspira contra la unidad del contrato.

Calandrelli sostiene: “...*Las limitaciones que sufre la autonomía en las obligaciones convencionales pueden agruparse en dos clase diversas: las que se refieren a la ley misma de la leyes aplicables, en cuanto a su número y clase, y las que se refieren a las leyes que rigen los diversos elementos que concurren en la formación del mismo. En la primera clase se comprenden: elección o uso de la ley a que los contratantes han querido someterse, cualquiera que sea el país a que dicha ley pertenezca; el número de leyes a que un mismo contrato puede estar sometido por voluntad de las partes que intervienen en su realización. En la segunda clase pueden agruparse: las que se refieren a las personas mismas que intervienen, para conocer su capacidad; las que se refieren a las formas exteriores que deber revestir necesariamente los actos convencionales; las que determinan las prohibiciones que, invocando motivos de orden público, se reserva establecer cada legislación como solución general...*”⁹.

Tiempo de elección: permite elegir la ley aplicable, solamente al momento de la celebración del contrato y se impide su posterior modificación.

Tutela de cierta categoría de personas consideradas jurídicamente más débiles: esta limitación a la autonomía busca recomponer el equilibrio contractual mediante la protección de los más débiles en la negociación. Así, por ejemplo:

- a. Consumidores: en la UE, la Convención de Roma (hoy Reglamento Roma I) establece en el artículo 5 apartado 2 “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º 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”.

⁹ Calandrelli, Alcides, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1911, 1913 y 1915.

- b. Trabajadores: en el artículo 6, apartado 1, la Convención de la UE establece: *“No obstante lo dispuesto en el artículo 3º, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo...”*.

Normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas: su aplicación es exigida de manera inmediata y necesaria, la cual es apriorística y directamente aplicable. Son normas diseñadas para regir dentro del ámbito territorial, pero que debido a especiales consideraciones de política legislativa son aplicadas dentro del campo extraterritorial. Artículo 7 de la Convención de Roma.

Rechazo del reenvío: se considera que la ley elegida por las partes es la ley sustancial del Estado, con exclusión de sus normas de conflicto.

Panorama del sistema de Derecho Internacional Privado argentino

El sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, a pesar de la ausencia de una disposición que expresamente consagre la libertad de elección del Derecho o ley aplicable a los contratos internacionales, ha dado origen a distintas líneas de pensamiento de la doctrina y de la jurisprudencia argentina que se han inclinado por su aceptación.

Por el contrario en la fuente convencional, específicamente dentro del ámbito de aplicación de los Tratados de Montevideo, el artículo 5 del Protocolo da tratamiento expreso a la autonomía de la voluntad de las partes, optando por una redacción no exenta de producir diferentes interpretaciones.

Parte de la doctrina afirma que si bien se han hecho interpretaciones morigeradoras de la disposición en cuestión, la interpretación negatoria es la que mejor se compadece con el contexto internacional en el que se desarrollaron los célebres tratados, en el que se priorizaba la idea que permitir la elección del Derecho aplicable a los contratos internacionales era sucumbir a los poderosos (Feldstein de Cárdenas).

Fuente interna

Código Civil argentino

Como ya adelantáramos, el Código Civil no contiene una norma que expresamente recepte el principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional, es decir como facultad de elegir la ley aplicable al contrato, ya que su redacción es anterior a su afianzamiento doctrinario.

Esta ausencia ha separado a la doctrina y a la jurisprudencia argentinas en dos tesis o posturas según se sostenga la admisión del principio dentro del Derecho argentino (tesis afirmatoria) y la que postula su rechazo (tesis negatoria).

Los defensores de la tesis afirmatoria recurren al artículo 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”.

La norma refiere, recepta la libertad de contratación, es decir la facultad de las partes de decidir libremente si contratar o no contratar y en caso de hacerlo, establecer las pautas, estipulaciones, cláusulas, que consideren apropiadas para regular sus derechos y obligaciones. Así, el contrato se convierte en fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes intervinientes.

Si bien el artículo no hace mención a la posibilidad de elegir la ley aplicable al contrato en el ámbito internacional (solo las faculta a determinar su contenido), nada obstaría a que ellas decidieran incorporar de común acuerdo en el texto del contrato las normas de un Derecho determinado, una ley específica, a la que se estarían sometiendo voluntariamente “como a la ley misma”.

Entonces, si ellas pueden incorporar íntegramente al contrato el texto de una ley, y quedarían sometidos a esas cláusulas y estipulaciones que se les aplicaría en forma obligatoria, nada obstaría para posibilitar su mera remisión, estableciendo que las estipulaciones de una determinada ley quedan incorporadas al contrato, o que las partes se someten, o someten el contrato a ese Derecho. Quien puede lo más, puede lo menos.

Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (MJyDH)

El capítulo V (artículos 68 a 80) del Título III se dedica a determinar la ley aplicable a los contratos. Regula tanto la elección del Derecho por las partes (autonomía de la voluntad) y sus límites. Se ha seguido la postura más acorde a la CIDIP V (que no se encuentra vigente por falta de ratificaciones suficientes) que a los Tratados de Montevideo.

La autonomía de la voluntad reconocida en el Proyecto en toda su amplitud, le permite a las partes el empleo del *depeçage*, así como la modificación del Derecho aplicable en cualquier momento, inclusive durante el proceso.

El empleo del término “Derecho” en lugar de “ley” permitirá a las partes elegir no solamente la legislación perteneciente a un ordenamiento jurídico nacional sino también a la “*lex mercatoria*”. Si bien el artículo en su último párrafo dispone que por “Derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el Derecho interno del país de referencia”, esta disposición procura evitar el reenvío que las normas de conflictos pueden ocasionar, y la frase “salvo pacto en contrario”, podía permitir a las partes la mentada elección.

Se introduce expresamente la posibilidad de que las partes puedan generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del Derecho aplicable dándole amplia cabida a la autonomía material. No se aclara

que la autonomía material debe ser expresa, lo cual da lugar al ejercicio de la autonomía material tácita (fallo de la CSJN Tactician).

Artículo 69: *“La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso.*

Las partes pueden elegir el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por Derechos diferentes.

La elección puede recaer en el Derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso.

La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Por Derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el Derecho interno del país de referencia”.

En cualquier momento, las partes pueden acordar que el contrato quede sometido total o parcialmente a un Derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no este elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato ni los Derechos de terceros (art. 73).

Asimismo, recepta la llamada autonomía material al establecer que: *“Haya o no elección de Derecho aplicable las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del Derecho aplicable”* (art. 70), *“previando además que en materia contractual son aplicables los principios y usos de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos”* (art. 4).

Establece, además, el alcance del ejercicio de la autonomía en algunos contratos específicos que por sus características particulares así lo requiere, previendo: *“El contrato de transporte de cosas se rige por el Derecho elegido por las partes...”* (art. 77), *“Los contratos de trabajo se rigen por el Derecho elegido por las partes, o por el Derecho del lugar de cumplimiento o por el del lugar de celebración, el que fuera más favorable al trabajador”* (art. 80). En lo que respecta a los contratos de intermediación y representación remite a las soluciones de la Convención de La Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y a la Representación, que en lo puntual establece que: *“La legislación interna elegida por las partes, regirá la relación de la representación entre el representado y el intermediario. La elección de esta legislación deberá ser expresa, o surgir con razonable certeza de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso”* (art. 5).

El proyecto veda el ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo, es decir, excluye la posibilidad de determinar la ley aplicable al establecer

en el artículo 79 *in fine* que “En los contratos con consumidores no se aplican los artículos 69 a 73”.

En cuanto a las limitaciones en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se dejan a salvo las que denomina normas argentinas dictadas para preservar el interés público.

Panorama del Derecho Interno Privado en los países del Mercosur

Código Civil de Brasil

Artículo 427: “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”.

Se sostiene que, en el campo de la ley aplicable al contrato, las partes no escogen el Derecho, pero sí el lugar de realización del convenio sujetando el acto, a la ley vigente en el referido lugar¹⁰.

Por lo tanto, celebrado el contrato en Brasil, “*las obligaciones derivadas del mismo están sujetas, a la ley brasileña, en las materias en que esta es imperativa, y a la voluntad de las partes, si la ley brasileña fuera supletoria o dentro de los límites en que ella no fuere imperativa. Cuando la ley brasileña fuere supletoria, nada impide a las partes, pudiendo decidir la materia de acuerdo con su libre albedrío, recurran al criterio establecido por la ley extranjera, pues la libertad contractual admite la solución de los problemas y litigios de acuerdo con el criterio fijado por las partes, que puede ser el adoptado por una ley extranjera*”¹¹.

El acuerdo de la doctrina brasileña es claro y pacífico en la materia, permitiendo el desplazamiento de las normas supletorias del Derecho brasileño y su substitución, en virtud de la declaración de la voluntad de las partes, por normas de Derecho Extranjero, creándose así “un régimen contractual, cuya eficacia prevalece, dejando salvo el orden público¹².”

Código Civil de Uruguay

Artículo 1.291: “*Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.*”

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

¹⁰ de Castro, Amilcar, “Dereito Internacional Privado”, *Revista Forense*, Vol. 2, Río de Janeiro, 1956, pág. 174.

¹¹ Wald, Arnold, “Validez de los convenios sobre fuero del contrato y validez de la ley extranjera a los convenios celebrados en Brasil”, www.juridicas.unam.mx

¹² Espínola y Espínola Filho, A, *Lei de introducao ao Código Civil comentada*, Vol. 2, Freitas Bastos, 1944, pág. 201.

Artículo 1.294: “Las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento, revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”.

En Uruguay, si bien no hay unanimidad y modernamente se está desarrollando una cierta tendencia en favor del reconocimiento de los pactos de *lege utenda*, en especial a partir de la ratificación de la Convención de Viena de 1980, no obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia son todavía contrarias a su aceptación.

Se argumenta que la normativa de Derecho Internacional Privado de fuente interna -reunida fundamentalmente en el Apéndice del Código Civil uruguayo-, es prácticamente una copia de las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Por lo tanto, si estos instrumentos son interpretados en el sentido de rechazar los pactos de *lege utenda*, lo mismo cabe hacer respecto de la normativa de fuente interna¹³.

Paraguay

Artículo 669: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos”.

Artículo 715 CC: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprometidas”.

El Dr. Silva Alonso afirma que sería absurdo considerar que la ley paraguaya obstaculiza la elección del Derecho aplicable cuando este no afecta el orden público ni las buenas costumbres del Paraguay, y la misma línea de pensamiento sigue Dr. Ruiz Díaz Labrano.

El Dr. Moreno Rodríguez entiende que la aceptación de la autonomía de la voluntad también se observa en la ratificación de diversos instrumentos internacionales como ser la Convención de Nueva York de 1958 y el Protocolo de Buenos Aires de 1994.

No obstante la postura no es pacífica ya que otros sostienen: “Los juristas propulsores del principio de la autonomía de la voluntad demuestran una notable intención de encontrar justificativos para la admisión del mismo a través de una interpretación de las normas del Dopr paraguayo. Sin embargo, y a pesar de haber analizado todos los instrumentos integrantes del sistema de Dopr, dicha solución, en mi opinión no se condice con el orden jurídico del Paraguay¹⁴.”

¹³ Hargain, Daniel, “Problemática jurídica de la contratación internacional en el Mercosur”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2003. www.hargain.com.uy

¹⁴ Pisano, Beatriz: “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado paraguayo <http://ce-dep.files.wordpress.com/2009/02/autonomia-de-la-voluntad-en-el-dopr-paraguayo.pdf>”

Otras posiciones en el área

Chile

El principio de la libertad contractual o autonomía privada está expresado en el artículo 1437: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones”*;

Art. 1.445: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”*.

Principio de *Pacta sunt servanda*.

Art. 1.545: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Art. 553: *“Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan”*.

Colombia

La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho conforme lo establecen el Preámbulo y el art. 13 de su Constitución Política. Ello explica la previsión del art. 16 de la Constitución colombiana, según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por este, y que se denomina autonomía personal.

Una de dichas libertades es la económica o libertad de empresa, que los regímenes democráticos someten al límite del bien común, en armonía con el principio de la prevalencia del interés general (arts. 333 y 2° C. Pol.), de la cual emana la libertad de contratación, es decir, la libertad de celebrar acuerdos con otras personas, con efectos vinculantes, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación y la satisfacción de las necesidades. Esta modalidad de la autonomía del individuo se ha denominado autonomía de la voluntad privada en el campo del Derecho Privado, esto es, en la rama del Derecho que regula las relaciones entre los particulares, en un plano de coordinación o paridad.

En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los arts. 16, en virtud del cual “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, y 1602, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta regulación sería modificada a partir del Acto Legislativo N° 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (art. 10) y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares (art. 11).

Dicha orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al establecer el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (art. 58) y la libertad de empresa (art. 333), se reitera la función social de la propiedad (art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (art. 334).

Asimismo, respecto del significado y la evolución de dicha autonomía, la Corte Constitucional ha señalado:

“Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. Tal institución, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor”¹⁵.

El Dr. Jaime Araujo Rentería, Magistrado Ponente de la sentencia transcrita continúa analizando que por otra parte, *“desde el punto de vista económico, se partía de la base del postulado ‘laissez faire, laissez passer’ (dejar hacer, dejar pasar) como principio rector de la actividad del Estado y se consideró que la autonomía de la voluntad privada era el mejor medio para establecer relaciones útiles y justas entre los individuos, teniendo en cuenta que ningún ser humano razonable prestaría su consentimiento a compromisos que le ocasionaran perjuicio y tampoco sería injusto consigo mismo; en este último sentido, uno de los exponentes de la doctrina jurídica de esa época expuso una fórmula célebre según la cual ‘qui dit contractuel dit juste’ (‘quien dice contractual dice justo’).*

¹⁵ Sentencia C-993/06, Referencia: D-6349. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1.509, 1.510 (parcial) y 1.511 (parcial) del Código Civil. Demandante: Nicolás Ernesto Lozada Pimiento. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil seis (2006).

Por este mismo aspecto, en relación con la utilidad social, los sostenedores del liberalismo piensan que el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económicos. La ley de la oferta y la demanda en el mercado de bienes y servicios, que presupone la concurrencia y por consiguiente la libertad, asegura no solamente la adaptación del precio al valor sino también la adaptación de la producción a las necesidades. En forma más general, existen automatismos económicos o armonías naturales. ...

4. Dicha concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a estos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones”.

Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

Fuente convencional

Ámbito americano

La consideración de los contratos comerciales internacionales desde una visión regional, plantea algunas dificultades derivadas de la diversidad de las familias jurídicas a las que pertenecen los diferentes Estados de la región.

Se ha sostenido acertadamente que si a lo anterior se agrega la diferencia, en muchos casos abismal, de poder económico de esos mismos Estados, puede concluirse que si el acuerdo regulatorio al que pueda arribarse, se limita a ser un mero reflejo de tales diferencias, la solución que se alcance no logre acaso la equidad y el equilibrio de intereses propios de una fórmula concertada.

Los documentos internacionales consensuados y vigentes hasta fecha, adoptan posiciones disímiles respecto a la aceptación o rechazo del principio de la autonomía de la libertad.

Sus defensores, se fundan en el silencio del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Sus detractores, partidarios de la tesis negatoria en el Derecho argentino, se basan en las normas específicas del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (artículo 5).

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Ley 3.192)

No incorpora en forma expresa el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de contratación en el orden internacional. Ello ha dado la posibilidad a la doctrina para interpretar ese silencio de manera diversa.

Así por ejemplo, parte de la doctrina argentina, (Boggiano, Antonio) ha considerado que en nuestro país y en la órbita del Tratado de Montevideo de 1889 es factible la elección del Derecho aplicable al contrato en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional, por cuanto al no haber norma expresa en el tratado que impida la elección de la ley aplicable al contrato, las partes quedan facultadas para el ejercicio de su autonomía, claro está, dentro del límite del orden público, la moral pública y el derecho de los terceros, ajenos al acuerdo, de no resultar dañados o perjudicados por el mismo¹⁶.

En contra de esta interpretación se encuentran Feldstein de Cárdenas, Ciuro Caldani, entre otros, porque consideran que ella, es contraria al acuerdo arribado en el Congreso Sudamericano de 1888/1889, e implica desconocer los términos del debate originado en su ámbito.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en autos Gobierno de la República de Perú c/ SIFAR, consideró que era innecesario analizar 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, ello en virtud que "...el convenio libremente pactado constituye el Derecho aplicable y demuestra la improcedencia de la devolución perseguida por la demandada".

El debate también dividió a la doctrinaria uruguaya, en razón a que la redacción del artículo proyectado, que en definitiva no fue incorporado, correspondía al prestigioso plenipotenciario uruguayo.

Quizá la transcripción del debate originado en el Congreso en torno a este tema nos dé un poco de claridad respecto a la real intención de los congresistas y, en definitiva, a la solución arribada.

Del Acta n° 29 de la Sesión del 28 de enero de 1889¹⁷, que fuera presidida por el Doctor Ildefonso García Lagos, extraemos: "*El Señor Presidente cree que en este título debería establecerse la libertad de los contratos, la cual es sostenida por algunos autores. Agregó: que esta doctrina es sustentada por el Señor Doctor Ramírez, quien en su libro consigna que la regla es que los contratos deben regirse por la ley a que*

¹⁶ Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

¹⁷ *Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, instalado en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausurado el 18 de febrero de 1889. Publicación ordenada por el Gobierno de la República Argentina, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1894.

las partes se hayan sometido voluntariamente, y que solo a falta de dicha declaración regirá la ley del lugar de cumplimiento.

Entiende que habría conveniencia en determinar en un Tratado de Derecho Internacional Privado, aquel principio que es de Derecho Civil interno o común.

El Señor Doctor Quintana dijo: que la Comisión abrigó por algún tiempo la idea indicada por el Señor Presidente, pues creía que, en efecto, podía empezarse el título con la declaración de que las partes estaban en la libertad de adoptar la ley que hubiera de regir la forma, la existencia, etc., del contrato. Pero ella volvió sobre esa idea teniendo presente que tal libertad no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones del orden público relativas a los contratos y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley. Ahora bien, teniendo que escogerse esa ley, ella no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones. Debo agregar, dijo, que el Señor Doctor Ramírez tuvo la deferencia de aceptar las ideas de la Comisión.

El Señor Doctor Ramírez. La lealtad me obliga a declarar que no ha sido una deferencia de mi parte el haber adherido a la supresión del artículo a que se refiere el Señor Plenipotenciario Doctor Quintana. Creo 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.

Decía el artículo sexto del proyecto: 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”.

Para que este artículo tenga aplicación a los casos ocurrentes, es necesario determinar lo que es o no es de libre contratación.

Ahora bien: ¿cómo se resuelve esta cuestión según el sistema adoptado en mi proyecto? Por la ley de la ejecución del contrato de acuerdo con la doctrina sustentada por Savigny, que hace regir el derecho de las obligaciones por la ley del lugar de su cumplimiento.

Las leyes de carácter prohibitivo quedan siempre salvadas porque es claro, que si la ley del cumplimiento del contrato rige todas las relaciones jurídicas del acto, a esa misma ley deben subordinarse los contratos que afectan principios de orden público.

Son el lugar del cumplimiento de los actos jurídicos, la libertad de las partes para contratar no está limitada en ningún sentido, el principio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes tendría que respetarse sin restricción alguna, pero de acuerdo con el mismo principio de Savigny, ninguna relación jurídica podría ser declarada subsistente en contravención a los principios del orden público del lugar de cumplimiento del contrato. ¿Por qué? Porque en el proyecto de la mayoría y en el

mío, se acepta que las obligaciones se rigen por la ley del lugar en que se cumplen y no por la ley del país en que se contraen.

El artículo es indispensable, dado el sistema de la Comisión en minoría, que establece, que todos los contrato se rigen por la ley del lugar en que se celebran... ”¹⁸.

No obstante lo interesante del debate, detenemos en este punto su transcripción ya que a continuación se adentra en la discusión respecto a la conveniencia de la adopción de la ley del lugar de ejecución o de celebración y la *locus regit actum*, en tanto que nuestro objetivo en esta oportunidad es el tema de la autonomía de la voluntad.

Sin desmerecer la importante doctrina que sostiene que al descartarse la norma proyectada evidenciaría el disfavor o acuerdo en contra de su aceptación, nos permitimos no extraer tal conclusión en atención a la transcripción efectuada.

Adoptar en forma expresa la autonomía de la voluntad en el texto de un artículo, hubiera significado imponerla en todos los países aunque su ordenamiento jurídico nacional no receptara el principio. Creemos que se evidencia en el debate la intención no de su rechazo, sino por el contrario, su aceptación pero en forma limitada, acotada, en los términos y alcances establecidos por la ley que resulte aplicable, que según el propio Tratado es la del lugar de ejecución o cumplimiento del contrato. En definitiva el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 no tuvo por intención desechar la posibilidad de que las partes seleccionen la ley aplicable a su contrato, si no acotarla, limitarla a lo que esté permitido por la ley del lugar de su ejecución, en respeto al orden público de ese Estado.

Adherimos entonces, a la corriente doctrinaria que opina, considera que en el marco de este Tratado no puede negarse a las partes la elección de la ley aplicable a su contrato, solo limita su alcance a lo establecido por la ley del lugar de ejecución del contrato. Ello no solo en el derecho argentino, por respeto al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, sino también a los términos en que se desarrolló el debate de los Plenipotenciarios asistentes.

Protocolo Adicional al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (Decreto Ley 7.771)

Artículo 5: “*La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley*”.

La doctrina argentina sostiene que este artículo erradica toda duda respecto al rechazo definitivo del principio.

¹⁸ A los fines de hacer patente la riqueza del texto trascrito, hemos respetado la redacción e impresión original.

No obstante podemos efectuar algunas consideraciones a su respecto. Primero recordar que el Protocolo Adicional lo es a todos los tratados y materias reguladas (civil, comercial, procesal) por cuanto es lógico entender que la elección de las partes no pudo prosperar frente a normas imperativas en dichas materias. Sin embargo es clara la última parte del artículo analizado en cuanto expresa “salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”, por cuanto, reiteramos el razonamientos en el sentido que, en materia de contratos internacionales, la autonomía prospera cuando ella es posible conforme la ley del lugar de ejecución, determinada por el tratado.

En este sentido, la admisibilidad de los pactos de *lege utenda* termina siendo resuelta por el ordenamiento jurídico interno del país cuya ley sería aplicable si no mediara pacto alguno¹⁹.

Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley 23.916):

Artículo 7: “1. *El contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las partes. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes contemplada en su conjunto. La elección podrá limitarse a una parte del contrato.*

2. *En cualquier momento las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no esta elegida por las partes. El cambio de la ley aplicable que acuerden las partes una vez concertado el contrato no obstará a la validez formal de este ni a los derechos de terceros”.*

Ámbito americano

Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV) 1989

Establece las bases y propuestas para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional: “*Los contratantes podrán 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. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros... El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.*

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) 1994 (No ratificada por Argentina)

¹⁹ La importancia de la normativa de Derecho Internacional Privado en las experiencias integrativas -con especial referencia al Mercosur- Artículo publicado en Cuaderno de Negocios Internacionales e Integración (Revista de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay), N° 51-53. Montevideo, año 2005.

Artículo 7: “El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable”.

Artículo 8: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato que- de sometido en todo o en parte a un Derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no este elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

Reconoce las limitaciones tradicionales de orden público, leyes de policía, rechazo del reenvío. No introduce restricciones en materia de contratos celebrados por consumidores o trabajadores.

El hecho que nuestro país no la haya ratificado no debe interpretarse como una postura contraria a la aceptación de la autonomía de la voluntad, sino a la extensión, sumamente amplia, con que fue reconocida.

Ámbito europeo

Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

Artículo 3: “Libertad de elección. 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

El 4 de julio 2008 se publicó en el DO L 177/6 la versión oficial del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

EL texto comunitario entra en vigor el 17 de diciembre de 2009 y se aplica a los contratos celebrados después de esta fecha.

Este instrumento permite a las partes elegir normas que no tengan un origen estatal, con el punto de mira puesto en un “futuro instrumento contractual europeo opcional”, anunciado, como objetivo, a largo plazo.

Las modificaciones propuestas al artículo 3, invitan al juez a buscar la voluntad tácita real en vez de una voluntad puramente hipotética: por un lado, sugieren tomar en consideración el comportamiento de las partes y, por otro, tienden a clarificar la función de una elección de foro, de tal modo que aumente la previsibilidad jurídica.

Con el fin de reforzar aún más la autonomía de la voluntad, el apartado 2 autoriza a las partes a elegir, como legislación aplicable, un Derecho no estatal.

La formulación elegida tiene por objeto autorizar, en particular, la elección de los principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o un posible futuro instrumento comunitario opcional, prohibiendo al mismo tiempo la elección de la *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, o de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas por la comunidad internacional. Tal como ocurre con el apartado 2 del artículo 7 del Convenio de Viena sobre la venta internacional de mercancías, el texto indica cómo proceder cuando algunos aspectos del Derecho de los contratos no sean expresamente resueltos por el Derecho no estatal elegido.

Nuevos avances en el ámbito internacional

Del 15 al 17 de noviembre de 2010 se llevó a cabo la segunda reunión del Grupo de Trabajo sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales en La Haya, Países Bajos, a fin de elaborar un proyecto de instrumento no vinculante en esta materia.

El grupo de trabajo está integrado por expertos de diferentes nacionalidades que actúan en calidad personal. Cabe destacar que entre estos expertos se encuentran dos de la región: Lauro Gama E. Souza (Brasil) y José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay), ambos miembros del Consejo de la ASADIP

El proyecto promueve el principio de la autonomía de las partes para designar la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. En este sentido ha propuesto el siguiente texto:

“Le contrat est régi par la loi ou les règles de droit choisies par les parties. Ce choix peut être fait à tout moment.”

*[Aucun lien n’est requis entre la loi désignée et les parties ou leur transaction.
/ Les parties peuvent choisir quelque loi que ce soit, qu’elle soit ou non liée avec elles ou leur transaction.]*

En su segunda reunión, el grupo acordó de manera preliminar un número de disposiciones del futuro instrumento, entre ellas, las relativas a la existencia y validez material del consentimiento de las partes, los acuerdos tácitos o expresos de ley aplicable, la designación de leyes no estatales en la elección de ley aplicable, la excepción de orden público y las normas de carácter imperativo.

Conclusiones

No obstante que los Estados Parte del Mercosur tienen decisión política de integrarse económicamente, ello ni significa prescindir de sus características particulares en lo social, político, económico y jurídico. Por estas razones se afirma que es conveniente buscar la armonización de la legislación -no la unificación- en el ámbito de los países del Mercosur, aun cuando en la Unión Europea se haya utilizado otro método.

En este sentido se ha expresado el Panel N° 2 en su sesión plenaria en el punto Armonización de normas procesales en el Mercosur, del XIX Congreso Nacional de

Derecho Procesal reunido. Donde se sostuvo: “...1. *La alternativa entre uniformidad y armonización, es conveniente optar por la segunda, se debe encarar la armonización en forma gradual, sin apresuramientos inconvenientes.* 2. *Existe una doble vía para lograr la armonización: a) Protocolos complementarios. b) Códigos modelos...* 3. *Son necesarias garantías de la armonización: a) contra las modificaciones unilaterales de los textos armonizados, b) De la interpretación y aplicación uniforme*”.

Parecería que en la propuesta sostenida en el referido Congreso, se están confundiendo los mecanismos de armonización o armonía legislativa (mediante la utilización de normas de conflicto sin modificación de Derecho sustancial) y la uniformidad (mediante la utilización de normas directas y adopción de idénticas soluciones de fondo).

La armonización mediante el empleo de normas de conflicto solo conduce a la adopción de idénticos criterios de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales, pero no implica la adopción de igual solución en cuanto al sistema de verificación, la clasificación de los créditos, la distinción de acreedores locales, o extranjeros, etc. Por lo tanto, no implicaría indefectiblemente la adopción de idéntica solución de fondo que deba ser “garantizada y uniformemente interpretada y armonizada”.

Por otra parte, consideramos que si bien los “temores a encarar la elaboración de un texto uniforme” parecerían resultar válidos, las garantías pretendidas de “protección contra las modificación unilateral del texto armonizado, y de interpretación y aplicación uniforme” solo pueden obtenerse mediante un texto único.

Si bien es cierto que cualquier Estado queda internacionalmente obligado con la firma, ratificación, adopción, de cualquier texto internacional o regional, conserva siempre su derecho a denunciarlo, y eventualmente hasta de incumplirlo (generando las responsabilidades internacionales del caso). Pero nada puede obstar, impedir, sin afectar su soberanía, modificar su legislación interna en sentido contrario al compromiso internacionalmente asumido.

Esto nos conduce a la pregunta inicial: ¿cuál es el modo más conveniente de armonización para aplicar en un proceso de integración regional como el Mercosur?

En el camino hacia la armonización regional, no obstante el paso continuo y firme, debe actuarse de manera prudente, para garantizar la seguridad.

- Un texto normativo específicamente elaborado para el área del Mercosur garantizará la certidumbre jurídica, no solo referente a la ley aplicable y la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, sino también al desenvolvimiento de los negocios regionales, a la atracción de nuevas inversiones, y contribuirá al afianzamiento del área integrada.

- Para la elaboración de dicho marco normativo debe considerarse especialmente las realizaciones en otras áreas integradas, como así también antecedentes latinoamericanos por constituir instrumentos particulares altamente valiosos. No obstante ello, en la elaboración del marco jurídico del Mercosur no podrá adoptarse el método del modelo matemático, y deberán tenerse especialmente en cuenta las variables, políticas, económicas, sociales, culturales, y los objetivos propios fijados en el área. El cauce más idóneo para superar las asimetrías el de la ley especial, que deberá elaborarse teniendo en cuenta el método de campo.
- En las áreas integradas en general, es conveniente arribar a la unificación legislativa mediante la elección de normas directas, ya que la utilización del Derecho interno al que se arribe a través del empleo de la norma de conflicto, podría dar distintas soluciones a una misma situación, según sea de aplicación el Derecho de uno u otro Estado Parte.
- No observo serios obstáculos para la admisión en el ámbito del Mercosur de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales, ya que se evidencia una tendencia a su aceptación por parte, incluso de los Estados que antaño se mostraban como detractores o reticentes al principio. Así vemos, como, más allá de los tradicionales debates respecto a la interpretación de los textos de Montevideo, Uruguay y Brasil, por ejemplo, han comenzado a aceptarlo en los foros internacionales que prevén su incorporación en un texto uniforme internacionalmente, lo que hace presuponer, su aceptación en el ámbito regional.
- Es por ello, que considero oportuno, hasta necesario, para el buen desenvolvimiento de los negocios en el área, la aceptación, reconocimiento, regulación de la autonomía de la voluntad en materia de contratos regionales e internacionales, en el ámbito territorial del Mercosur.

Bibliografía

Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado, instalado en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausurado el 18 de febrero de 1889. Publicación ordenada por el Gobierno de la República Argentina, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1894.

Altamira Gigena, Raúl, “Autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, *Diario Jurídico La Ley*, martes 9 de noviembre de 2010, ISSN 0024-1636.

Basz, Victoria, “Armonización Legislativa en áreas integradas”, *Revista Temas de Derecho Privado*, N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.

Biocca, S.M.; Cárdenas, S.L. y Basz, V., *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Universidad, 3ª ed., 2003.

Calandrelli, Alcides, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, pág. 1911, 1913 y 1915.

De Castro, Amílcar, “Dereito internacional privado”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1956.

Espínola, E. y Espínola Filho, E., *A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, Vol. 2, São Paulo, Freitas Bastos, 1944.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Guía de estudio de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Estudio, 2009.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Contratos internacionales: contratos celebrados por ordenador autonomía de la voluntad lex mercatoria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Rodríguez, Mónica Sofía, *Guía de estudio de Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Estudio, 2010.

Feldstein de Cárdenas, Sara L.; Scotti, Luciana B.; Rodríguez, Mónica S. y Medina, Flavia A., “Contratación electrónica: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado”, España, 2008, ISBN 13: 978-84-691-6788-5.

Feldstein de Cárdenas, Sara L.; Rodríguez, Mónica S.; Medina, Flavia A.; Laje, Rodrigo y Scotti, Luciana B., “Comercio electrónico y turismo: responsabilidad de las agencias de viajes on-line en el Mercosur, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración”, *elDial.com*, Albremática, 24/10/2008.

Feldstein de Cárdenas, Sara L.; Scotti, Luciana B.; Rodríguez, Mónica S. y Medina, Flavia A., “El Derecho Internacional Privado ante los desafíos de las nuevas tecnologías, Ponencia presentada para la Comisión III. La abogacía y los desafíos del siglo xxi - Nuevas realidades, los cambios habidos por la Revolución tecnológica científica, Colegio de Abogados de San Isidro, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración”, *elDial.com*, Albremática. 22/10/10, año XIII.

Feldstein de Cárdenas, Sara L.; Medina, Flavia A.; Rodríguez, Mónica S.; Scotti, Luciana B. y Cárdenas, Yamila C., “La contratación electrónica bancaria: ¿una tierra de nadie, de algunos o de todos?, Suplemento de Derecho de Alta Tecnología”, *elDial.com*, Buenos Aires, Albremática, 1º de julio de 2008.

Gago, Fernando, “Contrato en Internet. Ley aplicable-Autonomía de la Voluntad”, *Revista Jurídica La Ley*, 2000-C, 1053.

Hargain, Daniel, “Problemática jurídica de la contratación internacional en el Mercosur”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, Toledo*, 2003. www.hargain.com.uy.

Pisano, Beatriz, “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado paraguay” [en línea]. *Blog del CEDEP*. <http://cedep.files.wordpress.com/2009/02/autonomia-de-la-voluntad-en-el-di-pr-paraguayo.pdf>

Rodríguez, Mónica Sofía, “Arbitraje en Internet. Primera Parte”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, N° 49, *elDial.com*, Albremática, noviembre de 2009, pp. 1-31.

Rodríguez, Mónica Sofía, “Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica” [en línea]. Resultado del informe de Avance del Proyecto de Investigación desarrollado en el Departamento de Investigación UCES, julio 2008-diciembre 2009, pp. 1-86. Publicado en <http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigacion/archivos/informe-para-web-monica-rodriguez.pdf>.

Rodríguez, Mónica Sofía, “Arbitraje en Internet. Segunda Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración”, *elDial.com*, N° 50, Albremática, marzo de 2010.

Savigny, Federico de, *Sistema de Derecho Romano actual*. Traducido al Castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

Wald, Arnold, “Validez de los convenios sobre fuero del contrato y validez de la ley extranjera a los convenios celebrados en Brasil” [en línea]. *Sitio oficial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. www.juridicas.unam.mx

Artículo recibido: 31/03/2011

Aceptado para su publicación: 30/05/2011