

# La autonomía de las partes y la eficacia del contrato internacional<sup>1</sup>

José Tadeo Martínez Campo<sup>2</sup>

## Resumen

Este trabajo analiza el supuesto en que la aplicación del Derecho elegido por las partes conduce a la ineficacia del contrato. El autor estima que, en tales casos, el operador jurídico deberá fraccionar el contrato y separar los requisitos de existencia y validez de este, proceder como si no hubiera habido elección, y aplicar el Derecho del Estado con el cual el contrato –o la parte del contrato– tenga los vínculos más estrechos. Así, el contenido y alcance de los derechos y obligaciones convenidas se mantienen sometidos al Derecho elegido. Para ello analiza la autonomía conflictual y las posibilidades derivadas de esta facultad de las partes, a la luz del sistema venezolano de Derecho internacional privado.

## Abstract

*This thesis analyzes the case in which the application of the law chosen by the parties leads to the ineffectiveness of the contract. The author considers that, in such cases, the legal operator should divide the contract and separate the existence and validity requirements of it, proceed as if there had been no choice, and apply the law of the State with which the contract –or the party of the contract– have the closest connections. Thus, the content and scope of the agreed rights and duties remain subject to the chosen law. To do this, the author analyzes the party autonomy and the possibilities derived from this power of the parties, considering the Venezuelan Private International Law.*

## Sumario

Introducción. I. Nociones preliminares. A. Delimitación del objeto de estudio. B. Planteamiento del problema. C. Objetivos generales y específicos. D. Hipótesis. II. Fines del Derecho internacional privado venezolano. A. Fundamentos contemporáneos del Derecho internacional privado. 1. Objetivos del Derecho internacional privado venezolano. 2. El Derecho internacional privado como un medio para la realización de la “justicia material” o “justicia del caso”. 3. Dicotomía justicia formal / justicia material. 4. Instituciones correctivas. B. Objeti-

---

<sup>1</sup> Trabajo defendido y aprobado con mención honorífica en octubre de 2004. Actuó como tutor el profesor José Alfredo Giral Pimentel y lo acompañaron como miembros del jurado los profesores Tatiana B. de Maekelt y Eugenio Hernández-Bretón.

<sup>2</sup> Abogado, UCV. Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. LL.M., International Legal Studies, Georgetown University Law Center. Diploma, International Contracts, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado, UCV. Senior Counsel. Inter-American Development Bank.

vos específicos del Derecho internacional privado en materia contractual. 1. Protección a las legítimas expectativas de las partes. 2. Reconocimiento de la libertad individual en materia conflictual contractual. 3. Protección a los intereses del Estado más estrechamente vinculado y terceros Estados. 4. Promoción e incorporación a las fuentes formales de la *Lex mercatoria*. 5. Protección al tráfico jurídico internacional. 6. Previsibilidad, certeza y uniformidad internacional del resultado. 7. Axiología de la sentencia. C. Rol del operador de justicia. 1. Aplicación ordinaria del Derecho internacional privado. 2. Corrección de resultados materiales indeseables. III. Contratos comerciales internacionales. A. La calificación del “contrato”. 1. Las materias excluidas de la CIDACI. 2. La falta de definición del ámbito de aplicación de la Ley de Derecho internacional privado y la remisión a la CIDACI. B. La calificación “comercial” del contrato. C. La calificación de la internacionalidad del contrato. 1. El elemento extraño o de extranjería en el contrato. 2. Calificación de los elementos extraños en el contrato. a. Calificación económica. b. Calificación jurídica. b.1. Presencia de al menos un elemento extranjero cualquiera. b.2. Presencia de al menos un elemento extranjero jurídicamente relevante o calificado. c. La cláusula de elección de Derecho como elemento de internacionalización. d. La internacionalidad objetiva del contrato. e. Teoría de las vinculaciones: ¿fuente para la calificación de los elementos extraños relevantes e irrelevantes? D. Derecho venezolano. E. Derecho comparado. IV. Derecho aplicable al contrato internacional. A. Autonomía de las partes o autonomía conflictual en materia contractual. 1. Concepción subjetiva de la autonomía de las partes. a. Corolarios de la concepción subjetiva de la autonomía de las partes. b. Críticas a la concepción subjetiva de la autonomía de las partes. 2. Concepción objetiva de la autonomía de las partes. a. Corolarios de la concepción objetiva de la autonomía de las partes. b. Críticas a la concepción objetiva de la autonomía de las partes. 3. Concepción ecléctica de la autonomía de las partes. a. Regulación de la autonomía de las partes en la legislación contemporánea. b. Influencia de las concepciones subjetiva y objetiva de la autonomía de las partes en el Derecho internacional privado venezolano. B. Relación y diferencias entre la autonomía de las partes y la autonomía de la voluntad. C. Fundamentos tradicionales de la autonomía de las partes. 1. Protección a las legítimas expectativas de las partes. a. Protección a la común intención de las partes. b. Protección a los intereses individuales respectivos de las partes (prestaciones y contraprestaciones protegidas). 2. Promoción y protección al tráfico jurídico internacional. 3. Previsibilidad y certeza de los efectos del contrato. 4. Reconocimiento de la libertad individual de contratar. 5. Otros (armonía internacional de soluciones, pragmatismo judicial). D. Fundamentos especial de la

admisión amplia de la autonomía de las partes. 1. Derecho neutral y derecho perfeccionado. 2. *Lex mercatoria*. E. En contra y como fundamentos especiales para la limitación de la autonomía de las partes. 1. Racionalidad de la elección para el ejercicio de la función adjudicativa. 2. Protección de los intereses del Estado cuyo Derecho guarda las conexiones más estrechas con el contrato de comercio internacional o con una parte del mismo. F. Formas de expresión del *pactum de lege utenda*. 1. Elección expresa del Derecho aplicable. 2. Elección tácita del Derecho aplicable. 3. El equívoco de la voluntad presunta y la elección de Derecho. G. Modalidades legislativas de la autonomía de las partes. 1. Concepciones restringidas de la autonomía de las partes. a. Prohibición total de la autonomía de las partes. b. Exigencia de contactos objetivos entre el contrato y el Derecho escogido. 2. Concepciones amplias de la autonomía de las partes. a. Elección de cualquier Derecho. b. Elección de Derecho en contratos domésticos. 3. Metodología contemporánea para el balance de los resultados: las instituciones correctivas y los objetivos específicos de la autonomía de las partes. H. La autonomía de las partes como libertad individual. I. *Pactum de lege utenda*: un contrato dentro del contrato. 1. Requisitos de eficacia del *pactum de lege utenda*. 2. Existencia y validez del *pactum de lege utenda*. a. La causa y el objeto del *pactum de lege utenda*. b. El consentimiento del *pactum de lege utenda*. J. Autonomía de la voluntad versus autonomía de las partes. K. Derecho aplicable al contrato a falta de elección expresa. V. *Dépeçage* del contrato. A. Fraccionamiento versus unidad. B. Carácter excepcional del *dépeçage*. C. *Lex contractus* versus *Lex partis*. D. Modalidades del *dépeçage*. E. Justificación del *dépeçage*. F. La capacidad de las partes y la forma del contrato como materias excluidas de la Ley del contrato. G. Contradicciones entre los diferentes Derecho eventualmente aplicables al contrato. 1. Contradicción entre los diversos Derechos elegidos por las partes. 2. Contradicción entre el Derecho elegido por las partes y el Derecho normalmente competente a falta de elección. H. Armonización. I. *Dépeçage* conflictual y *dépeçage* material. VI. *Lex in favore negotii*. A. *Lex in favore negotii* y el Derecho internacional privado. B. *Rule of validation* o *validating Law*. C. La sentencia del 10 de diciembre de 1910 (*American Trade Company c. Québec Steamship Co.*). VII. Consecuencias probables de la consagración amplia de la autonomía de las partes. VIII. Validación de la hipótesis. Conclusiones.

## Introducción

Una de las razones del vertiginoso desarrollo del Derecho mercantil internacional y del estudio cada vez más frecuente de los contratos internacionales es, precisamente, el elemento de la internacionalidad, que convierte de

inmediato cualquier Derecho y cualquier foro en inidóneo. Cada vez más, las relaciones jurídicas internacionales demandan un tratamiento especializado, en el cual se preste atención a los diversos elementos extranjeros presentes en la relación y cada vez más, el Derecho Mercantil Internacional se vincula y responde más a las necesidades de los mercados, que a los Estados. Dejar la regulación de las situaciones jurídicas y comerciales internacionales exclusivamente en manos de los Derechos internos, sería un atentado contra el comercio exterior, desde el momento en que las disposiciones de estos pueden resultar anticuadas y muy gravosas para aquellas y terminar por inhibir el tráfico externo. Dentro de ese tráfico mercantil, el contrato internacional es el vehículo por excelencia. Esto ha llevado a enunciar la tesis de la autonomía internacional del contrato, que compartimos a plenitud -defendida entre otros por la Dra. Maekelt en Venezuela- y que atiende a la necesidad de una regulación de fuente internacional para el contrato internacional.

Es por ello, que todo Estado preocupado por el adecuado desenvolvimiento de sus agentes económicos, públicos y privados, en el marco de la economía global, debe comenzar por establecer y fortalecer un sistema jurídico favorable al intercambio transfronterizo de bienes y servicios, lo cual pasa por el tratamiento especializado del aspecto de extranjería o elemento internacional de las relaciones jurídicas y, más especialmente, por el reconocimiento más amplio posible de la autonomía de las partes, así como el reconocimiento de la importancia y sustantividad propia de la *Lex mercatoria*. El comerciante - en el sentido amplio que será expuesto- debe contar con las herramientas necesarias para contratar en escenarios internacionales, que le permitan obtener la máxima satisfacción de sus necesidades.

Resulta en consecuencia imprescindible promover el estudio y desarrollo del área de los contratos internacionales, con miras al establecimiento de las bases jurídicas adecuadas para que el tráfico comercial internacional desde y hacia nuestro foro se vea fortalecido y no frustrado. Es con el afán de contribuir a ese desarrollo que se ha realizado esta investigación.

La explicación de nuestro interés comienza con el fundamento jurídico del Derecho Internacional Privado, pues la diversidad de soluciones jurídicas existente entre espacios normativos distintos constituye el caldo de cultivo propicio para la ocurrencia de problemas capaces de afectar la existencia y la validez del contrato internacional. La posibilidad de conflictos de califica-

ciones en materia contractual (lo que es contrato para unos puede no serlo para otros), la diversidad de soluciones que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos materiales (lo que es válido para unos puede no serlo para otros), la propia internacionalidad del contrato que le conecta con una realidad económica superior y con una multiplicidad de parcelas jurídicas locales (los Estados), conjugado con una libertad amplísima otorgada a los contratantes para elegir el Derecho aplicable, puede conducir –y en efecto conduce– a situaciones confusas cuyo tratamiento desde una perspectiva netamente formal (lógica), conduciría a decisiones técnicamente correctas pero materialmente injustas. Tal sería el caso de un contrato internacional, válido según todos los Derechos con los que se vincula de manera material y efectiva, pero nulo según el Derecho elegido por los contratantes. Movidos por esta inquietud, iniciamos la tarea cuyos resultados presentamos.

Para la resolución de este problema se abordan, entre otras cosas, los objetivos generales del Derecho conflictual venezolano y los objetivos especiales del Derecho conflictual de los contratos; el rol del operador de justicia de cara a la satisfacción de esos objetivos; la calificación de contrato comercial internacional; la autonomía de la voluntad analizada desde la perspectiva subjetiva, objetiva y el eclecticismo de los sistemas legislativos contemporáneos; fundamentos tradicionales y especiales de la autonomía de las partes; fundamentos especiales invocados para limitar la autonomía de las partes; formas de expresión de esa autonomía; concepciones restringidas y amplias de la autonomía de las partes; relación entre la autonomía material y la autonomía conflictual; las instituciones correctivas o preventivas como método para paliar los efectos de la autonomía de las partes; análisis específico del *dépeçage* y su utilidad en el control de la adecuación de las decisiones a la justicia; *lex in favore negotii* y la autonomía de la voluntad. El análisis de estos puntos nos servirá para explicar la influencia de la autonomía de las partes en el proceso valorativo que debe seguir el operador de justicia, a fin de verificar si la aplicación del Derecho elegido por las partes favorece o no la realización de los objetivos generales y específicos de las normas de conflicto venezolanas. Igualmente, se analizarán los remedios disponibles para asegurar el correcto funcionamiento del Derecho Internacional Privado venezolano en materia contractual.

Proponemos una solución fundamentalmente teórica, diseñada para dar sustentación a la resolución de problemas eminentemente prácticos, tal como lo demuestra la jurisprudencia comparada, como son las dificultades concernientes a la preservación de los negocios internacionales.

Finalmente, esperamos que los resultados obtenidos en el curso de esta investigación puedan ser generalizados y, en esa medida, constituir un aporte de utilidad para el Derecho Internacional Privado de los Contratos en Venezuela, contribuyendo por igual a la inteligencia de la autonomía de las partes, los objetivos del Derecho Internacional Privado y el rol del operador jurídico en la realización de los mismos.

## **I. Nociones preliminares**

### **A. Delimitación del objeto de estudio**

Nuestro objeto de estudio es la autonomía de las partes, su influencia en la eficacia del contrato internacional y el rol del operador jurídico en la interacción entre esas dos nociones. Si bien es cierto que el *leit motiv* de esta investigación se subsume, a su vez, en el campo del contrato internacional, no es menos cierto que la autonomía de las partes en sí misma cuenta con sustancia suficiente para escribir numerosos tratados, como lo demuestra la copiosa doctrina existente en el tema. Luego, escapa de nuestro objeto estudiar exhaustivamente el contrato internacional.

Por otra parte, aun cuando se estudian las consecuencias que la autonomía de las partes puede tener en la eficacia del contrato internacional, es conveniente advertir *ab initio* que este trabajo no se dedica al análisis de los requisitos de existencia y validez de los contratos, lo que sería más bien propio de una investigación de Derecho material. En vez de esto, se dan por conocidas las condiciones generales de eficacia del contrato, para ahondar acerca del rol del operador jurídico en la preservación de la eficacia de las relaciones contractuales internacionales.

Al propio tiempo, entre las diversas consecuencias que la elección de Derecho formulada por las partes puede tener, interesa particularmente el caso en que la aplicación de el o los Derechos escogidos por los contratantes comprometa la eficacia de su vínculo contractual, por acarrear la declaratoria de ineficacia del contrato o una de sus partes (inexistencia o nulidad).

Finalmente, el ordenamiento jurídico base para nuestro estudio es el sistema venezolano de Derecho internacional privado (en lo adelante “DIP”), teniendo como instrumentos legales centrales a la Ley de Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo “LDIP”) y la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (en lo sucesivo “CIDACI”), a los que hemos limitado nuestra investigación, sin menosprecio de la existencia de otras fuentes en la materia.

Especialmente, hemos dejado de lado el análisis del Código Bustamante, no porque carezca de valor jurídico o científico, sino porque su tratamiento de la autonomía de las partes es más bien incipiente en comparación con la CIDACI que representa su más acabada expresión en nuestro Derecho y de la cual nuestra LDIP es recipiendaria. Del mismo modo, estimamos que los resultados pueden ser extensibles a la interpretación y aplicación del Código Bustamante, desde el momento en que el propio Bustamante reconoce la supremacía de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales. Si bien es cierto que el estado actual de las ratificaciones de la CIDACI limita su vigencia territorial a México y Venezuela mientras que el Código Bustamante tiene un ámbito territorial de vigencia muy superior, el estado de la técnica indica que el tratamiento de la autonomía de la voluntad avanza hacia los estándares consagrados en la CIDACI. En otras palabras, los principios generalmente aceptados del DIP de los Contratos contemporáneo encuentran su expresión positiva en la CIDACI y, en la propia LDIP, no en el Código Bustamante. Todo lo anterior, sin perjuicio de las referencias a otras normas vigentes del Derecho venezolano.

## **B. Planteamiento del problema**

Con ocasión del estudio de los contratos internacionales, se advierte una situación frecuentemente referida por la doctrina, pero rara vez analizada en profundidad, cuya resolución, lejos de ser unívoca, se presta para un debate extenso.

Numerosos ordenamientos jurídicos, entre ellos el venezolano, reconocen una libertad amplísima a los contratantes para escoger el ordenamiento jurídico aplicable para gobernar su contrato. De hecho, en el estado actual del DIP venezolano, es posible que al operador de justicia venezolano le corresponda resolver un conflicto intersubjetivo de intereses surgido de una relación contractual internacional, aplicando un Derecho cuyo único vínculo con

el contrato sea la voluntad de los contratantes plasmada en la cláusula de elección o *pactum de lege utenda*. Incluso, es posible que la única vinculación del caso con Venezuela sea la sumisión expresa o tácita de las partes al Tribunal local.

Así las cosas, y dado el fundamento jurídico del DIP (diversidad normativa), se puede aseverar que cada vez que las partes de un contrato internacional deciden, en ejercicio de la autonomía conflictual, escoger el Derecho aplicable a su acuerdo de voluntades, pueden elegir un ordenamiento jurídico cuya aplicación conduzca a la ineficacia del contrato (inexistencia o nulidad). Al propio tiempo, el juez puede encontrar otros ordenamientos jurídicos, materialmente vinculados con el caso, que consideren al mismo contrato como existente y válido.

De hecho, los contratantes pueden escoger un ordenamiento jurídico sin más vinculaciones con el contrato que la propia elección de Derecho, cuya aplicación llevaría a declarar la ineficacia del contrato, mientras que en aplicación de otro u otros Derechos efectiva y materialmente vinculados con el contrato (*v.gr.* el Derecho del lugar de celebración, del lugar de ejecución, del domicilio de alguna de las partes, etc.), el mismo sería declarado eficaz (existente y válido). Ese Derecho que valida la relación contractual podría llegar a ser el Derecho normalmente competente, en ausencia de elección de Derecho o, lo que es lo mismo en Venezuela, el Derecho más directamente vinculado con el contrato.

Es suficiente con advertir las complicaciones que surgen de la calificación de contrato: lo que para unos se reputa como un contrato para otros puede no serlo. Luego, un contrato plenamente eficaz para el Derecho de un Estado puede ser enteramente ineficaz para el Derecho de otro u otros y viceversa. Es esa divergencia entre los ordenamientos jurídicos contemporáneos y la amplia libertad reconocida a los contratantes para elegir el Derecho aplicable a su contrato, lo que constituye el caldo de cultivo para la reproducción del problema aquí abordado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre este particular, el profesor Adame Goddard en México, ha señalado que: "...Puede considerarse, a manera de ejemplo, lo que resultaría si los juristas de cada país interpretan la palabra contrato conforme a su propia tradición: para un jurista mexicano, una cesión de créditos, una transferencia de obligaciones, sería un contrato, pero no lo sería una cancelación de deuda o un negocio novatorio que, por ejemplo cambie el lugar de pago o algún otro

De hecho, es necesario reconocer que, en la práctica, una vez que las partes han fijado el contenido y alcance de los derechos y obligaciones que contraen por virtud del contrato, dejan a los abogados la elección del Derecho aplicable. Con frecuencia se le resta importancia a dicha elección durante el período de las negociaciones y su resultado es una elección las más de las veces poco razonada, enteramente imputable a los asesores legales de los contratantes, antes que a ellos mismos. Por ello, no debe sorprender que el resultado de dichas elecciones sea eventualmente errático<sup>2</sup>.

Habiendo establecido la posibilidad fáctica y jurídica que un mismo contrato sea considerado eficaz (existente y válido) en uno o varios Derechos más o menos vinculados al contrato, e ineficaz (inexistente o nulo) en otro u otros Derechos incluso totalmente ajenos a la relación material subyacente, y que las partes contratantes hayan decidido someterlo a alguno(s) de estos últimos, nos proponemos revisar cuál debe ser la solución aplicable por el operador jurídico, de cara a la realización de la justicia del caso. Lo anterior puede plantearse del siguiente modo:

¿Qué debe hacer el operador jurídico (juez / árbitro), cuando la aplicación del Derecho escogido por las partes conduce a la declaratoria de ineficacia del contrato o de una de sus partes?

Este problema ha sido reiteradamente enunciado por la doctrina nacional y comparada, y en ocasiones resuelto por la legislación y jurisprudencia comparada, aunque no hemos ubicado una explicación suficientemente funda-

---

elemento de un contrato ya existente. Para el jurista francés, la cesión de créditos, la remisión de deudas, y el convenio novatorio no serían contratos si producen efectos inmediatos, pero lo serían si produjeran una obligación de ceder el crédito, remitir la deuda o modificar un contrato, y lo mismo sería para los juristas estadounidenses. Por otra parte, para los juristas de tradición civilística está claro que el cheque, la letra de cambio, las acciones de una sociedad anónima, los conocimientos de embarque y otros títulos y negocios o promesas unilaterales no son contratos, y para los juristas estadounidenses está claro que sí son contratos, como lo son todas las promesas que obligan...". Adame Goddard, Jorge, Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra "contrato" en los principios de UNIDROIT, en: *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM / Universidad Panamericana, 1998, pp. 20-21.

<sup>2</sup> En este mismo sentido, Klotz y Barrett han expresado que: "...Along with dispute resolution, the governing law is one of those issues left for lawyers to deal with at the end of the night, when the businesspeople have long earlier completed the business terms of the agreement...". Ver: Klotz, James / John Barrett, *International Sales Agreements - An Annotated Drafting and Negotiating Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 323.



al contrato le reputen existente y válido, pues creemos que tales consideraciones son variables que se incorporan naturalmente con el desarrollo de tema y que influyen en la solución, más no en el problema.

### **C. Objetivos generales y específicos**

Esperamos proponer una solución concreta en materia de Derecho aplicable a la existencia y validez de los contratos internacionales, de índole teleológica y de naturaleza correctiva más que preventiva, dirigida fundamentalmente a los operadores jurídicos y cuya finalidad sea proveer a estos con una herramienta que les permita corregir las posibles injusticias que la aplicación de Derecho elegido por las partes puede acarrear, esto inserto en el marco del sistema de DIP venezolano, a partir del cual se realiza el estudio.

Para alcanzar esta solución, nos hemos propuesto los siguientes objetivos específicos:

1. Establecer los objetivos generales y específicos de las normas venezolanas de conflicto en materia de contratos;
2. Enunciar y jerarquizar los fundamentos de la autonomía de las partes;
3. Identificar la influencia de las concepciones subjetiva y objetiva de la autonomía de las partes, en el sistema venezolano de DIP;
4. Reafirmar la tesis de la internacionalidad objetiva del contrato, como requisito para el ejercicio de la autonomía conflictual;
5. Reafirmar el papel protagónico de la autonomía de la voluntad o autonomía material, en el gobierno de las relaciones contractuales;
6. Reafirmar el rol predominante de la autonomía de las partes en el DIP de los contratos en Venezuela;
7. Enunciar y proponer soluciones a algunos conflictos de calificaciones propios de la materia contractual;
8. Establecer el Derecho competente para el reconocimiento de la autonomía conflictual o autonomía de las partes;
9. Establecer el Derecho competente para fijar la validez del pacto de elección de Derecho;
10. Confirmar que el sistema venezolano de normas conflictuales es, en materia de contratos, un sistema dual porque recoge normas de conflicto de

inspiración subjetiva y objetiva, pero jerárquicamente organizado y dominado por los principios subjetivistas;

11. Apoyar el reconocimiento e incorporación de la *Lex mercatoria* como fuente de soluciones materiales, como parámetro de referencia para la valoración del resultado y como método de corrección de resultado judicial;

12. Redimensionar el principio de *Lex in favore negotii* y emplearlo como fuente de flexibilización en la interpretación y aplicación de los requisitos de fondo de los actos.

13. Proponer la viabilidad del *dépeçage* judicial del contrato y fundamentarlo dentro del sistema venezolano de DIP.

14. Establecer el contenido y alcance del rol del operador de justicia y los poderes que le son confiados, para el cumplimiento de los objetivos del DIP.

#### D. Hipótesis

Desde muy temprano en la revisión del tema de los contratos internacionales, hemos estimado que la respuesta al problema antes enunciado debí ser favorable al negocio. Así las cosas, hemos realizado la investigación que ahora nos ocupa, movidos por el hilo conductor de la hipótesis abajo enunciada, a cuya validación o invalidación nos dedicaremos en el desarrollo de la tesis, a saber:

Cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes conduzca al operador jurídico a declarar la ineficacia del contrato internacional como un todo o de alguna de sus partes, este deberá fraccionar el contrato y separar los requisitos de existencia y validez del mismo, procediendo respecto de estos como en caso de ausencia de elección, a través de la norma de conflicto supletoria venezolana, aplicando el Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, manteniendo el contenido y alcance de los derechos y obligaciones convenidas sometido al Derecho escogido por las partes, con el fin de proteger las legítimas expectativas de las partes, el tráfico jurídico internacional y favorecer la justicia material o justicia del caso mediante la preservación de la eficacia del negocio, pudiendo valerse para ello del recurso a las normas, costumbres y principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.

La solución enunciada -según esperamos demostrar- representa un método para el control teleológico y a posteriori de la autonomía de las partes, respetuoso del elemento de internacionalidad y, sobre todo, respetuoso de la voluntad de los contratantes que, a la sazón, constituye el fundamento cardinal del DIP de los contratos.

## II. Fines del Derecho internacional privado venezolano

Los fines u objetivos de una disciplina de estudio explican, a un tiempo, el por qué y el para qué de la misma. Luego, a través del análisis teleológico de nuestra disciplina esperamos fijar tanto las razones que fundamentan la aparición de esta área de estudio, como los objetivos que ella pretende alcanzar. Estos objetivos servirán a su vez como parámetro de referencia para el operador de justicia, quien deberá tenerlos en cuenta cada vez que deba valorar los resultados de la aplicación del Derecho extranjero para la resolución de casos de tráfico jurídico externo.

En este propósito, podemos diferenciar entre objetivos típicos del DIP, comunes a todas las normas internacionalprivatistas, y objetivos específicos de cada área del Derecho conflictual<sup>4</sup>. Cualquiera sea la metodología legislativa a través de la cual se exprese (normas imperativas, normas materiales unificadas o normas de conflicto), los objetivos generales y específicos del DIP serán siempre comunes.

El conocimiento de estos fines es esencial para la correcta inteligencia de las normas de conflicto venezolanas aplicables en materia contractual y, muy especialmente, para conocer el verdadero rol del operador de justicia y las herramientas a su alcance para asegurar el cumplimiento de tales objetivos, evadiendo así las injusticias propias del formalismo jurídico riguroso. A su estudio nos dedicaremos de seguidas.

### A. Fundamentos contemporáneos del Derecho internacional privado

Al enunciar el problema que se dilucida en este trabajo, se advirtió como una de sus causas la llamada diversidad normativa, que no es otra cosa, que el fundamento jurídico del DIP. A pesar del desarrollo y profundización de las relaciones internacionales entre los actores del Derecho internacional público, fundamentalmente los Estados, sigue siendo cierto que los ordenamientos jurídicos estatales conservan su independencia y con frecuencia

---

<sup>4</sup> En este sentido, ha señalado Guerra que "...La noción de justicia del DIP venezolano expresado por la LDIP se traduce en el logro de la justicia y la equidad del caso concreto. Para alcanzar tal fin **el operador jurídico debe cumplir con ciertos objetivos, uno genérico y otros específicos...**" (Destacado nuestro). Ver: Guerra Hernández, Víctor Hugo, La noción de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en: *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Caracas, UCAB / Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, Tomo II. p. 517.

ofrecen soluciones divergentes para supuestos de hecho similares, divergencias que a su vez obedecen a las diferencias sociales, culturales, económicas, políticas y religiosas, existentes entre los Pueblos.

Tales diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados tienen poca o ninguna importancia, cuando se trata de la regulación de situaciones jurídicas conectadas con un único ordenamiento jurídico, también llamadas situaciones jurídicas domésticas, pero cobran una importancia fundamental cuando se trata de situaciones jurídicas conectadas con dos o más ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, también llamados casos con elementos extraños, de extranjería, o de tráfico jurídico externo.

Es con ocasión de estos casos, que surgen los tres planteamientos fundamentales del DIP, a saber, determinación de la autoridad competente en la esfera internacional, determinación del Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de actos y sentencias. Bien vale la pena enunciar algunas de las razones por las que un Estado se hace los planteamientos anteriores, en vez de regular dichas situaciones aplicando su Derecho interno o doméstico. Así las cosas, podemos señalar como fundamentos y objetivos del DIP contemporáneo, entre otros:

- (i) La necesidad de reconocer la vigencia y validez de los ordenamientos jurídicos extranjeros para promover la armonía entre los Estados que conforman la comunidad internacional;
- (ii) La necesidad de procurar la eficacia extraterritorial de los derechos válidamente adquiridos;
- (iii) La necesidad de promover la eficacia y el respeto de los actos y decisiones de las autoridades de otros Estados, para asegurar la efectividad de su poder normativo (cooperación entre los Estados);
- (iv) El reconocimiento de que ningún ordenamiento jurídico tiene competencia extraterritorial *ex proprio vigore*, sino en la medida en que las autoridades extranjeras lo reciban;
- (v) El hecho que los ordenamientos jurídicos locales son elaborados pensando en supuestos de hecho normalmente domésticos y que, por tal virtud, ningún ordenamiento jurídico interno puede ser reputado como idóneo para regular los casos de tráfico externo;

- (vi) La necesidad de determinar la competencia procesal internacional de las autoridades del foro conforme a criterios generalmente aceptados, que coadyuven a la satisfacción de algunos de los objetivos ya enunciados; y muy especialmente,
- (vii) El deber de resolver los casos aplicando la solución más justa posible y el reconocimiento de que esa solución no siempre es la que consagra el Derecho propio, especialmente cuando se trata de casos con elementos extraños.

Estos enunciados pueden ser elevados a la categoría de fundamentos u objetivos generalmente aceptados del DIP y resultan normalmente asegurados con la actuación del Legislador. Sin embargo, el cumplimiento efectivo del último de ellos queda especialmente en manos del operador de justicia, toda vez que solo de cara al caso concreto puede resolverse lo que es verdadera y concretamente más justo y es en este objetivo que se centra la atención del DIP contemporáneo.

Sobre este objetivo general tanto la CIDACI como las reglas de LDIP en materia contractual hacen referencia a la “justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. La Dra. Maekelt parece preferir, en general, la referencia a la “solución equitativa del caso”, otros refieren permanentemente ambas ideas<sup>5</sup>. Sin embargo, tal dicotomía a nuestro juicio no está referida verdaderamente a la idea de justicia, sino a dos metodologías diversas para hacer justicia, una estrictamente apegada a las reglas del Derecho positivo (llamada la “justicia” en los textos citados) pero que parece más bien apuntar hacia la garantía de la seguridad jurídica, y otra mucho más flexible y adecuada a la noción de justicia del juez o árbitro de cara a las peculiaridades del caso concreto (llamada “equidad”). Finalmente, nos parece que detrás de estas menciones a la justicia y equidad en la solución del caso concreto, se encierra la

---

<sup>5</sup> En este mismo sentido, se ha pronunciado el profesor Guerra Hernández al decir: “...En nuestra opinión, la referencia a ambos términos debe entenderse como una incorporación deliberada y consciente en la LDIP. El término ‘justicia’ responde a la estructura codificada, formal y conflictual de la LDIP, y de la cual no escapa en general el sistema venezolano por su pertenencia a la tradición civilista. La referencia al término ‘equidad’ llama al análisis del resultado y a la preeminencia de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, ambos conceptos deberían aplicarse coordinada y armónicamente. En caso de conflicto insalvable entre ellos, somos de la opinión que el segundo debe privar sobre el primero, es decir, **aplicar la solución de equidad como la mejor forma de hacer justicia...**” (Destacado nuestro). Ver: Guerra Hernández, La noción de justicia..., ob. cit., p. 504.







disciplina. No se trata de aplicar un Derecho extraño por el mero afán de hacerlo, sino porque con ello se pueden alcanzar soluciones más justas. Por esa misma razón existen mecanismos y resortes para evadir la aplicación del Derecho extranjero, cuando su aplicación contraría los fines del DIP.

Los objetivos generales de nuestra disciplina pueden reconducirse a la noción de justicia en la solución del caso concreto, toda vez que al dictar la mejor solución posible en cada caso se benefician, no solo las partes en litigio, sino los Estados cuyos ordenamientos jurídicos estaban de uno u otro modo involucrados con el caso en especie.

Sobre la calificación de los objetivos generales y específicos de las normas de conflicto venezolanas, debemos pronunciarnos con más detalle, a lo que nos dedicaremos de seguidas.

## **2. El Derecho internacional privado como un medio para la realización de la “justicia material” o “justicia del caso”**

Desde la teoría savignyana de la sede de la relación jurídica, nuestra disciplina ha tenido una importante evolución y se ha llegado a la comprensión de que la necesidad de aplicar un ordenamiento jurídico extranjero (o varios) a una situación jurídica, se basa en el hecho de que este método contribuye a la realización de la justicia en el caso concreto, antes que en la existencia de una verdadera “sede” de la relación. Lo anterior es cierto, muy especialmente, en materia de contratos internacionales<sup>13</sup>.

En un primer momento, se creyó que la pura remisión a un Derecho extranjero producto de la actuación de la norma de conflicto, coadyuvaría a la realización de la llamada “justicia conflictual”. Sin embargo, la Revolución Metodológica Norteamericana y su recepción en el Derecho europeo-continental, sometieron a una dura crítica esta “justicia formal” y propiciaron el

---

<sup>13</sup> En este sentido, Batiffol ha expuesto que “...*Le droit positif a fait l'expérience qu'un contrat ne se localise pas naturellement. Dans la mesure où il consiste essentiellement dans l'échange des consentements, il constitue un événement immatériel qui n'occupe pas, en soi, de place propre dans l'espace. Mais il se manifeste par des événements, échanges de paroles, rédaction d'un écrit, actes d'exécution qui, eux, étant matériels, sont localisés. Dès lors le problème consiste à déterminer lequel de ses événements divers caractérise le mieux la localisation de l'ensemble de l'opération, si on admet qu'elle forme une unité devant être soumise à une seule loi...*”. Batiffol, Henri / Paul Lagarde, *Droit international privé*, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, Tome II. p. 214.

empleo de metodologías distintas, con una orientación marcadamente teleológica.

En el estado actual de cosas, el DIP persigue a través de sus diversos métodos<sup>14</sup> asegurar la realización efectiva de la “justicia concreta”, “justicia del caso” o “solución equitativa del caso”<sup>15</sup>.

Semejante aspiración para algunos puede ser tautológica, toda vez que no podía ser otra la tarea del juez más que la de administrar justicia; para otros esa justicia del caso solo se consigue mediante la aplicación estricta del Derecho competente, en aras de la seguridad jurídica. En respuesta a los primeros, debe tenerse en cuenta que el DIP estudia casos para cuya resolución se debe aplicar, con frecuencia, un Derecho extranjero que es, en esa misma medida, extraño al operador de justicia y que podría contener instituciones desconocidas para el juez, o peor aún, instituciones que contrarias a los principios fundamentales de la *lex fori*, o que desafíen la idea de la justicia (para algunos “justicia material” o “justicia del caso”); asimismo, debemos recordar que el Derecho extranjero declarado competente por la regla de conflicto es, en sí mismo, un Derecho local o interno que no fue confeccionado para dar respuesta a casos plurilegislativos<sup>16</sup>. En respuesta a los segundos, debe decirse que se trata de una crítica de raigambre típicamente europeo-continental, toda vez que resulta muy difícil para un jurista formado en este ámbito, concebir que una sentencia que aplica estrictamente el Derecho positivo pueda ser injusta. Bajo esta concepción, la mera actuación de la ley debería ser siempre justa y si no lo fuere, en todo caso debería ceder ante el mayor valor que representaría la seguridad jurídica (previsibilidad y certeza del resultado). La anterior premisa es falsa con relación al Derecho interno, pero es radical-

---

<sup>14</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 1979. pp. 79-92.

<sup>15</sup> No compartimos esta terminología de “justicia material” o “justicia del caso” por las razones que serán expuestas más adelante, sin embargo, es acogida por la doctrina mayoritaria. En Venezuela, entre otros a favor de esta nomenclatura, ver: B. de Maekelt, Tatiana, Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general de Derecho internacional privado, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional de Derecho Internacional Privado (1996) Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la ACPS, 1998, Serie Eventos; Guerra Hernández, La noción de justicia..., *ob. cit.*, pp. 498 ss.

<sup>16</sup> Fernández de la Gándara, Luis / Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1993, p. 38.

mente falsa cuando se trata del DIP, actuando a través de su método conflictual.

La actuación de la norma indicadora no resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que remite a un ordenamiento jurídico en el que habrá de encontrarse dicha solución. Así las cosas, una vez hallado dicho ordenamiento jurídico, el operador de justicia debe resolver el caso con arreglo a las soluciones y principios que gobiernan ese Derecho, sin perder de vista cuál sea el resultado material obtenido. En otras palabras, sin menosprecio de la sustantividad propia que corresponde a los ordenamientos jurídicos extranjeros, el operador de justicia venezolano debe, una vez determinado el Derecho competente según la regla de conflicto, evaluar el resultado material que su aplicación produciría a la luz de la noción de justicia.

Tratándose de un proceso de valoración del resultado judicial, es razonable esperar que la *lex fori* juegue un rol importante en dicha evaluación, toda vez que la noción de justicia que inspira al juez con frecuencia tendrá arraigo en los valores más íntimos de su propio Derecho.

Por otra parte, la idea de “justicia del caso” es en general muy sencilla de comprender para los operadores de justicia y juristas del mundo angloamericano, toda vez que los sistemas jurídicos descendientes del *Common Law*, son sistemas jurídicos fundamentalmente adjudicativos, en los que la norma no se dicta con antelación al caso, sino que se enuncia o deduce a la luz de los hechos del caso concreto<sup>17</sup>.

Puede decirse, de los comentarios anteriores, que la seguridad jurídica en el DIP juega un rol más bien limitado, toda vez que las normas del Derecho extranjero eventualmente aplicables han sido dictadas por un Estado extranjero y son desconocidas por el propio juez, y a veces por las partes, hasta el momento en que se enfrentan al caso concreto. Luego, mal podría anteponerse la seguridad jurídica a la justicia, en casos en los que ni siquiera el operador de justicia conoce el Derecho que terminará aplicando.

La justicia y la seguridad jurídica no son valores jerárquicamente organizados, sino medios para la garantía de la paz social a los que el legislador apela alternativamente, según las necesidades sociales. En el caso del DIP la justicia prevalece ante la seguridad jurídica, pues la norma indicadora (el método por

---

<sup>17</sup> Vischer, *The Antagonism between...*, ob. cit., pp. 9-10.



pugna entre justicia y seguridad jurídica ha dado lugar a la tradicional dicotomía entre “justicia material” y “justicia formal”, a cuya revisión nos dedicaremos de seguidas.

### 3. Dicotomía justicia formal / justicia material

La dicotomía entre justicia material y justicia formal<sup>19</sup>, a nuestro juicio es más bien una dicotomía entre dos tipos de razonamiento, a los que resulta permanentemente expuesto el operador de justicia: el razonamiento lógico y el razonamiento valorativo.

Por una parte, el proceso de elaboración de la decisión judicial está reglado por los principios de la lógica formal. Es el tipo de razonamiento gobernado por los principios de identidad, de no contradicción, del tercero excluido, etc., que con frecuencia se muestra irrefutable, especialmente si quien trata de contrarrestarlo lo hace desde una perspectiva lógico-formal. Ahora bien, la actividad del operador de justicia no puede limitarse a un mero proceso lógico de subsunción de los hechos del caso concreto, en el supuesto de hecho de una norma, para luego invariablemente actuar su consecuencia jurídica. Quienes así piensan, asumen una postura francamente positivista, que si bien es cierto en alguna medida favorece la seguridad jurídica resulta, a nuestro juicio, típicamente exegética y por ello decimonónica.

Por otra parte, en todo proceso de elaboración judicial de la sentencia, el operador de justicia inevitablemente acude a elementos exógenos al texto de la norma jurídica, con el objeto de constatar la adecuación de su aplicación. Elementos que le permitirán concluir si el proceso lógico formal que ha seguido en la elaboración de la sentencia le condujo a un resultado justo o injusto.

Así las cosas, es posible que el operador de justicia concluya que, a pesar de haber aplicado correctamente la ley desde un punto de vista lógico formal, la decisión obtenida es injusta, de tal suerte que la actuación pura y dura de la ley no es, en sí misma, la fuente de la justicia. Para este proceso de valoración

---

<sup>19</sup> En Venezuela, esta clasificación dicotómica de la justicia parece ser recibida por la doctrina mayoritaria. Entre otros, Guerra Hernández ha dicho: “...en materia de Derecho Internacional Privado... pueden distinguirse, al menos en rasgos generales, entre **dos tipos de justicia, la llamada ‘justicia formal’ y la ‘justicia material’...**” (Destacado nuestro). Ver: Guerra Hernández, La noción de justicia..., ob. cit. p. 498.



extranjero, no logra escapar de los principios que gobiernan el Derecho bajo el cual fue formado. Es allí donde se encierra la génesis del conflicto de valoración judicial del resultado de la aplicación de un Derecho extranjero. Esta situación resemblance, en alguna medida, el archiconocido tema de las calificaciones en el DIP.

Especialmente, en el caso venezolano, el artículo 2 LDIP al propio tiempo que le ordena al juez aplicar el Derecho extranjero de acuerdo con los principios que lo gobiernan, le impone el deber de velar que se cumplan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto con lo que, a nuestro juicio, se produce un cúmulo de principios para la valoración del resultado del caso, entre los principios de la *lex causae* y los principios de la *lex fori*.

Podría pensarse que, en casos así, siempre prevalecerá el Derecho del foro, sin embargo, estimamos que esto dependerá de la mayor o menor proximidad que haya entre el foro y la relación jurídico material subyacente, así como de la mayor o menor afinidad que exista entre los sistemas jurídicos que se trata de armonizar.

El dogma de que el operador de justicia, una vez resuelto el conflicto de leyes por la norma indicadora, debía limitarse a aplicar el Derecho indicado cualquiera fuese el resultado de esa aplicación y que fue el desiderátum del Derecho conflictual por algún tiempo, resultado del influjo de la tesis de Savigny, ha sido superado. Precisamente, las acusaciones que hizo la Revolución Metodológica Norteamericana al método conflictual clásico del DIP, más tarde recibidas en el Derecho europeo-continental, se reconducen todas a la justicia<sup>21</sup>.

Nos luce ahora bastante más razonable la crítica, pues en el proceso de elaboración judicial de las decisiones en las que aplican el Derecho interno, los jueces ejercen siempre y con total naturalidad su proceso dual (lógico-

---

<sup>21</sup> En general y sobre los aportes de la Revolución Metodológica Norteamericana, en materia de contratos ver: Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 194 ss.; Dos Santos, Olga María, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, UCV / Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 32-39. En general, sobre la Revolución Metodológica Norteamericana: Juenger, Friedrich, Balance y perspectivas de la década en Estados Unidos, en: *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos "Ramón Carande", 1993.

valorativo), teniendo a la mano normalmente los recursos para corregir el resultado judicial injusto; mientras que, en los albores del método conflictual, todo parecía indicar que una vez encontrado el Derecho competente el juez debía proceder a dictar su decisión en aplicación del Derecho extranjero, quizá desde un punto de vista meramente formal. Y es que podía considerarse una arrogancia, que el juez de un Estado pretendiese evaluar las razones políticas y filosóficas que inspiraron un cierto texto legal extranjero. Es probable que las limitaciones en cuanto a medios de transporte y comunicación hayan influido en esta actitud.

Finalmente se aceptó que la actuación de la norma de conflicto podía remitir a Derechos, cuya aplicación en el caso concreto, podía arrojar resultados injustos y que la incertidumbre acerca de cuál sería el Derecho aplicado por el juez era, en sí misma, contraria a la seguridad jurídica<sup>22</sup>. Asimismo, se concluyó que no debían tolerarse injusticias, so pretexto de respetar la voluntad del legislador, expresada a través de la norma conflictual.

La voluntad del legislador, plasmada en general en las reglas de conflicto, a nuestro juicio, puede resumirse en su intención de procurar la mejor solución posible para los casos que presentan elementos de extranjería, lo que quiere decir, sin lugar a duda, la solución más justa posible. Esta solución se busca entre diversos ordenamientos jurídicos que en sí mismos son nacionales y en esa medida inidóneos, en todo caso, el método conflictual permite acercar un poco más la solución a la justicia.

En conclusión, no existe la justicia del caso en oposición a una pretendida justicia formal, tal enfrentamiento ocurre entre dos tipos de razonamiento y no, como se ha dicho, entre dos tipos de justicias. Así que, cuando se dice

---

<sup>22</sup> En este sentido, Hernández-Bretón ha escrito que: "...El volumen y cuantía de las negociaciones comerciales internacionales que día a día son realizadas en el mundo imponen, como natural exigencia de seguridad y certeza, la utilización de una referencia expresa a una ley o sistema jurídico que regule el contenido de la operación en cuestión. El método conflictualista del derecho internacional privado se presenta ante tal situación como un método plagado de inseguridades que pueden conducir a incongruencias. Por tanto, resulta insuficiente para brindar a los contratantes las ventajas de una protección cierta y efectiva...". Hernández-Bretón, Eugenio, *Contratación internacional y autonomía de las partes. Anotaciones comparativas*, en: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 1995, Año 10, No. 12, 1995. Debemos apuntar que, al igual que la regla de conflicto puede conducir a incongruencias, la autonomía de las partes puede conducir a resultados igualmente incongruentes, como quedará establecido.

que la justicia del caso es un objetivo general de la LDIP, se dice simplemente que la justicia es el valor de preferencia a ser tomado en cuenta en los casos de tráfico externo, en comparación con la seguridad jurídica.

#### 4. Instituciones correctivas

Precisamente para corregir los resultados adversos o indeseables que puede producir la aplicación del Derecho extranjero, por su contrariedad con la noción de justicia del juez, se han desarrollado una serie de mecanismos que están a disposición del juez, llamados por la doctrina patria más autorizada como instituciones valorativas, pero que nosotros preferimos llamar instituciones preventivas o correctivas<sup>23</sup>.

En efecto, una vez que el operador de justicia descubre que la norma de conflicto indica la aplicación un ordenamiento jurídico que produce un resultado materialmente injusto, esto es, justo después que ha realizado su proceso de valoración de la decisión, el DIP le ofrece medios para corregir ese resultado, adecuándolo a la noción de justicia. Entre otros, se encuentran expresamente previstos en nuestra LDIP la armonización o adaptación (art. 7), los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas válidamente creadas (art. 5), la cuestión incidental (art. 6), el reenvío (art. 4), el orden público internacional (art. 8) y, aunque no expresamente regulados en la LDIP, el equilibrio de intereses y la calificación<sup>24</sup>.

En el mismo sentido, somos del criterio que el *dépeçage* judicial del contrato -como quedará establecido- es una importante herramienta para la corrección de los efectos ordinarios de la actuación de la ley indicada por la norma de conflicto en materia contractual, debiendo considerarse de este modo como una institución correctiva o preventiva.

---

<sup>23</sup> Ver: B. de Maekelt, Tatiana, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, UCV, 1984, pp. 140 ss.

<sup>24</sup> En la doctrina patria: B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., pp. 53-54. Ver igualmente Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: institución desconocida art. 3, orden público internacional art. 5, situaciones jurídicas válidamente creadas art. 7, cuestión previa o incidental art. 8 y adaptación art. 9.

## **B. Objetivos específicos del Derecho internacional privado en materia contractual**

Juntamente con la justicia como valor fundamental a cuya realización se orientan las normas de conflicto venezolanas, es posible identificar los objetivos o fines específicos de las normas de conflicto en materia contractual, dentro de las cuales se encuentra consagrada la autonomía de las partes. Como se ha dejado establecido, el objeto de esta investigación es la revisión de la autonomía de las partes, su influencia en la eficacia del contrato internacional y los medios al alcance del operador jurídico para corregir los eventuales efectos adversos. Es por ello por lo que estimamos que el análisis de los objetivos específicos de las normas de conflicto en materia contractual en el DIP venezolano, es indispensable para fijar las bases teleológicas que rigen esta materia y poder determinar, de cara al caso concreto, lo que es la decisión más justa.

En esta parte de la obra, nos proponemos revisar estos objetivos de manera fundamentalmente enunciativa, para vincularlos con las bases de Derecho positivo venezolano que los recogen, toda vez que su desarrollo corresponde a otra parte del presente trabajo.

### **1. Protección a las legítimas expectativas de las partes**

Si existe un criterio respecto del cual hay un acuerdo casi unánime en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y comparada, es que en materia de contratos internacionales el primer objetivo debe ser la “protección de las legítimas expectativas de las partes”. Sobre lo que debe entenderse por esta expresión, nos pronunciaremos más adelante. De momento interesa subrayar que el ordenamiento jurídico venezolano, ha consagrado la autonomía de las partes de una manera amplísima, teniendo como fundamento de primerísimo orden el objetivo antes enunciado.

En este sentido, la CIDACI (art. 7) y la LDIP (art. 29)<sup>25</sup>, consagran con igual amplitud de términos el derecho de las partes de elegir el Derecho aplicable a su relación jurídica.

---

<sup>25</sup> Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI), Ley aprobatoria publicada en la *Gaceta Oficial* No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995, cuyo art. 7 reza: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso, debe desprenderse en

La CIDACI específicamente indica que, a falta de elección expresa, el Derecho aplicable se determinará con arreglo a la elección tácita de las partes, que deberá establecer el juez a partir “...de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales en su conjunto...”. Según entendemos, la doctrina de la elección tácita representa un esfuerzo notable para la preservación de las legítimas expectativas de las partes, toda vez que extrema los esfuerzos que debe hacer el operador de justicia para aplicar al contrato el Derecho que las partes, con su conducta y las cláusulas del contrato en su conjunto, evidencian fue tenido en cuenta al celebrar su convención, con la convicción que de ese modo se evitan sorpresas y se protegen mejor sus expectativas.

Podemos afirmar que la protección a las legítimas expectativas de las partes es un objetivo de primer orden del DIP, sin duda el objetivo fundamental del Derecho conflictual en materia contractual y quizá el único respecto del cual el operador de justicia venezolano encontrará uniformidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y comparada. Puede que haya divergencias metodológicas acerca de la mejor manera de alcanzar ese objetivo, pero en definitiva hoy día debe reconocerse que la protección a las legítimas expectativas de las partes es un principio generalmente aceptado del DIP<sup>26</sup>.

Este objetivo puede decantarse en dos corolarios, el primero de ellos, la protección a la común intención de las partes y el segundo la protección a los intereses respectivos de las partes. Con el contrato cada una de las partes intenta satisfacer ciertas necesidades, bien a través de una prestación que se espera recibir de la otra parte, o bien mediante el cumplimiento del objeto del contrato, en el que una parte no recibe prestaciones de la otra, sino que ambas suman sus esfuerzos para alcanzar un mismo objetivo.

A nuestro juicio, el ejemplo por excelencia del interés común de dos partes contratantes es que su acuerdo de voluntades sea válido y produzca

---

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”. Igualmente, la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP), publicada en la *Gaceta Oficial* No. 36.511, 6 de agosto de 1998, cuyo art. 29 prevé: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

<sup>26</sup> Para Reese “...*The basic policy in contract is protection of the expectations of parties and thus calls for the enforcement of a contract in accordance with its terms...*”. Reese, *General Course...*, ob. cit. p. 126.



la aplicación del Derecho elegido por las partes al contrato internacional. En especial, para equilibrar la autonomía de la voluntad con la autonomía de las partes.

### **3. Protección a los intereses del Estado más estrechamente vinculado y terceros Estados**

Dado el supuesto de ausencia de elección expresa (o tácita en aplicación de la CIDACI), o de ineficacia de la elección hecha, el Derecho que tanto la CIDACI como la LDIP declaran competente, es el que presente los vínculos más directos o estrechos con el contrato<sup>30</sup>. Por esto puede afirmarse que uno de los objetivos del Derecho conflictual en materia contractual en Venezuela es la satisfacción de los intereses del Estado más estrechamente vinculado con la relación jurídica. No por ello debe perder su carácter subsidiario respecto de la autonomía de las partes, de tal suerte que, aún a falta de elección expresa, el principio rector de la materia es el de la protección de las legítimas expectativas de las partes, debiendo quedar los intereses del Estado más estrechamente vinculado supeditados a dichos intereses de las partes<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> LDIP, estipula en su art. 30 como sigue: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”. Por su parte, la CICADI prevé en su art. 9 que: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.- No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

<sup>31</sup> Para corroborar lo anterior, podemos señalar que, si se tratase de intereses fundamentales del Derecho del Estado más estrechamente vinculado o al menos estrechamente vinculado, solo serían tutelados si estuviesen previstos en normas imperativas y su aplicación sería discrecional del operador de justicia, lo que evidencia que tales intereses sí pueden ceder ante la autonomía de las partes. Sobre el ejercicio de esta discrecionalidad, estimamos que el operador de justicia debería valorar cuál decisión contribuye a la realización de la mayor cantidad y calidad de objetivos. Para la toma de esa decisión, resulta de mucha utilidad considerar la doctrina del *Forum non conveniens* como método para la valoración de la decisión judicial, revisado por Dollinger al estudiar el principio de efectividad.



dora como la autonomía de las partes, someten al contrato internacional a las reglas de un Derecho nacional, de suyo inidóneo para gobernar casos de tráfico externo, mientras que estos principios, costumbres y prácticas del Derecho comercial internacional se han desarrollado de modo *ad hoc* para caso con elementos extraños.

En caso de conflicto entre la autonomía de las partes y tales principios, costumbres y prácticas del Derecho comercial internacional, corresponderá al operador de justicia evaluar los demás objetivos del Derecho conflictual de los contratos y hacer una suerte de análisis de contactos para estimar, cuantitativa y cualitativamente, cuál será la mejor decisión. Aún en tales casos, nos atrevemos a afirmar que, en caso de duda, las legítimas expectativas de las partes deben prevalecer.

A favor de su reconocimiento como fuente formal del DIP venezolano, se ha pronunciado Guerra Hernández, para quien la *Lex mercatoria* no solo es una fuente formal del DIP venezolano, sino que la cataloga como una fuente de origen internacional y, por ello, de aplicación preferente a las fuentes o normas internas<sup>34</sup>.

Compartimos parcialmente la opinión del profesor Guerra Hernández. Si bien nos parece que, en efecto, la *Lex mercatoria* debe considerarse como una fuente formal del DIP venezolano en cuanto concierne a la resolución de asuntos contractuales internacionales, sean de naturaleza conflictual o material, como se desprende de los artículos 30 y 31 de LDIP y de los artículos 9 y 10 de la CIDACI, no creemos que deba catalogarse como una fuente formal internacional y, por ende, superior al Derecho interno. Nos parece que esta interpretación puede conducir a soluciones judiciales equívocas y de frágil basamento positivo. En cambio, pensamos que la *Lex mercatoria* sí es una fuente formal del DIP venezolano pero que el recurso a la misma es complementario del Derecho aplicable -no preferente- y que su función es

---

<sup>34</sup> En Venezuela, Guerra Hernández es de la opinión que: "...la *Lex mercatoria* es una fuente formal del Derecho de naturaleza internacional, lo cual nos lleva a su vez a sostener, en primer lugar, su **aplicación preferente a las fuentes o normas internas**; y en segundo lugar, su vigencia y aplicación más allá de la simple voluntad contractual...". (Destacado nuestro). Ver: Guerra Hernández, Víctor Hugo, La nueva *Lex mercatoria* en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, en: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, TSJ, 2003, Colección Libros Homenaje No. 12, p. 345.

servir de apoyo al operador de justicia, para la efectiva realización de las “exigencias de la justicia y equidad” en la solución del caso concreto.

Finalmente, lo que debe quedar claro, y en ello coincidimos plenamente con Guerra Hernández, es que uno de los objetivos del DIP venezolano contemporáneo expresado a través de la CIDACI y la LDIP<sup>35</sup>, ha sido elevar la *Lex mercatoria* a la categoría de fuente formal de nuestro sistema jurídico.

### 5. Protección al tráfico jurídico internacional

Se ha dicho con toda razón, que el DIP en materia de contratos internacionales puede constituir una de las mejores herramientas para fomentar el intercambio de bienes, capitales y servicios, en la medida que se muestre flexible y adaptable a las siempre crecientes y cambiantes necesidades del tráfico jurídico transfronterizo<sup>36</sup>. En el estado actual del fenómeno económico global, la promoción y protección del comercio internacional debe entenderse como un asunto de la más alta prioridad del Estado. Esto puede y de hecho significa un cierto nivel de intervención estatal en las relaciones contractuales que afectan el comercio internacional, pero aun así el criterio rector debe ser el de la protección a las legítimas expectativas de las partes, toda vez que puede que los intereses del Estado no sean compartidos por la comunidad internacional, puede que sea el Estado quien no comparte los intereses de otro Estado cuyo Derecho debe aplicar y, aún en esos casos es muy probable que todos los ordenamientos jurídicos reconozcan el rol protagónico de la autonomía de la voluntad y de la autonomía de las partes para la mejor protección de las legítimas expectativas de las partes.

---

<sup>35</sup> Sobre este particular, Guerra Hernández cita otros textos convencionales y legales vigentes en Venezuela, con la misma orientación en materia de fuentes y el tratamiento de la *Lex mercatoria*. Ver: Guerra Hernández, *La nueva Lex mercatoria...*, ob. cit., pp. 337 ss.

<sup>36</sup> En este sentido, más ampliamente, ver: B. de Maekelt, Tatiana, *La flexibilización de La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, en: *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. Do Nascimento e Silva*, São Paulo, Editora LTr, 2000; y Hernández-Bretón, Eugenio, *La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, en: *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano. IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Caracas, Editorial Vadell Hermanos, 1998.



concreto...”. En este sentido, la LDIP le recuerda al juez el deber de valorar los resultados de la decisión judicial dictada en aplicación del Derecho indicado, bien por la autonomía de las partes o por el principio de proximidad. Tal mención bien podría ser innecesaria, toda vez que el juez siempre valora sus decisiones –incluso en casos domésticos– a la luz de la justicia. Sin embargo, vistas las dificultades ocasionadas por el Derecho conflictual, de cara a la aplicación del Derecho extranjero y los resultados del caso concreto, se estimó conveniente hacer la mención expresa de la justicia del caso. Asimismo, esa coletilla servirá de cortapisa al uso de la *Lex mercatoria* como fuente formal en el Derecho venezolano, evitando que se extienda su uso de manera imprevisible<sup>40</sup>.

Esa valoración de los resultados materiales de la aplicación del Derecho competente debe realizarse con miras a los objetivos generales del DIP y especiales del Derecho conflictual de los contratos, antes enunciados, así como los demás que puedan haber quedado por fuera de esta exposición o que pudieran surgir a futuro. En la medida que los resultados de la aplicación del Derecho indicado coadyuven a la realización de tales objetivos, en esa misma medida la decisión se aproximará a la noción de la justicia “del caso” tan anhelada.

Bien podría ocurrir, como hemos señalado en su momento, que la aplicación de un cierto Derecho permita adelantar algunos objetivos y contraríe otros. En esos casos, el juez deberá realizar un análisis cualitativo y cuantitativo de esos objetivos para resolver si aplica el Derecho extranjero indicado o si hace uso de alguna institución correctiva para superar las dificultades.

Finalmente, como se revisará más adelante, cabe la posibilidad de argumentar que los objetivos especiales del Derecho conflictual venezolano forman parte de los principios esenciales del orden público venezolano, pudiendo

---

internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

<sup>40</sup> Esta condición –realización de las exigencias de la justicia y equidad en el caso concreto– convierte a la *Lex mercatoria* en un factor de corrección de los resultados materiales adversos, y al mismo tiempo, en un factor para la valoración del propio resultado material obtenido con la aplicación del Derecho indicado (por las partes o por el principio de proximidad).

hacer recurso a la excepción del orden público internacional cuandoquiera que la aplicación del Derecho extranjero impida su satisfacción.

### **C. Rol del operador de justicia**

Como ha quedado establecido, la tarea del operador de justicia es todo el tiempo y simultáneamente dual, pues debe respetar los principios de la lógica formal, al propio tiempo que debe efectuar un análisis axiológico que le permita concluir si, finalmente, la decisión a que conduce el Derecho competente es justa.

#### **1. Aplicación ordinaria del Derecho internacional privado**

Dado el caso con elementos de extranjería, la tarea del juez comienza por la actuación ordinaria del DIP: revisión de las fuentes (revisión del Derecho interno en búsqueda de normas de aplicación necesaria, en su defecto revisión de las fuentes según lo previsto en el artículo 1 de la LDIP<sup>41</sup>); determinación del Derecho competente, investigación del Derecho extranjero aplicable (legislación, doctrina y jurisprudencia) y fijación preliminar del resultado que produciría la aplicación de la solución ofrecida por ese ordenamiento jurídico. Una vez que se conoce el resultado eventualmente aplicable al contrato internacional, le corresponde al operador de justicia valorar el resultado producido por la actuación ordinaria del DIP, tomando en cuenta para ello, los principios que rigen el Derecho extranjero aplicado y los objetivos de las normas de conflicto venezolanas. Al mismo tiempo, el operador de justicia deberá confrontar la decisión preliminar, con los principios esenciales del orden público venezolano y, si el juez lo estima prudente y oportuno, también deberá tomar en cuenta las normas imperativas de otros ordenamientos jurídicos que tengan vínculos estrechos con el caso.

Igualmente pensamos que el operador de justicia puede, en su búsqueda por la respuesta más justa posible para el caso concreto, tomar en cuenta los

---

<sup>41</sup> LDIP, art. 1: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los Tratados Internacionales vigentes para Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho internacional privado, generalmente aceptados”.

resultados que produciría la aplicación de otros Derechos, igualmente vinculados con el contrato y que no coinciden con el Derecho aplicable<sup>42</sup>.

## 2. Corrección de resultados materiales indeseables

Hecho todo el proceso anterior, el operador de justicia deberá resolver si la aplicación del Derecho indicado satisface estándares de justicia razonables o si, antes bien, conduce a resultados injustos. Igualmente, deberá decidir si los resultados que produciría la aplicación de algún otro de los diversos ordenamientos jurídicos revisados por el juez mejorarían la calidad de la decisión de cara a la realización de la justicia del caso. Como dijimos con antelación, esa valoración será en primer lugar, el resultado de la confrontación entre el resultado alcanzado y los principios que rigen en el Derecho extranjero aplicado, los objetivos de las normas de conflicto y los principios fundamentales del orden público de la *lex fori*, así como aquellos principios esenciales de otros Derechos vinculados con el caso que estén recogidos en norma imperativas y que el juez haya considerado adecuado y oportuno tomar en consideración en el caso concreto. Como puede verse, alcanzar una decisión justa no es una tarea sencilla, pero se vuelve poco menos que irrealizable si las normas que orientan al juzgador son rígidas e intolerantes. En nuestra disciplina, más que cualquier otra rama del Derecho, la flexibilidad es, en sí misma, el método para la realización de la justicia. Trátase pues de ser tolerantes<sup>43</sup>.

Finalmente, cualquiera sea la respuesta del operador de justicia, deberá hacer constar de manera suficientemente motivada en la sentencia, tanto el proceso lógico como el valorativo que ha seguido, así como las instituciones que hubiere empleado para corregir los resultados injustos del proceso ordinario de actuación del DIP. Esta explicación es fundamental a los efectos de preservar la eficacia de la sentencia.

---

<sup>42</sup> Que el juez tenga el deber de revisar los diversos derechos vinculados con la relación jurídico contractual, es un deber implícito en los arts. 9 y 11 de la CIDACI. Su importancia se potencia por virtud de la amplitud con que se consagra la autonomía de las partes en el DIP venezolano.

<sup>43</sup> B. de Maekelt, La flexibilización..., ob. cit., pp. 265-287.





*fori* que contravenga el espíritu internacional de la misma y que se convierta en óbice a la uniformidad de su aplicación.

Por otra parte, cuando se trate de aplicar las disposiciones pertinentes de la LDIP, el operador de justicia deberá ser igualmente cuidadoso de las circunstancias del caso, toda vez que la calificación *lex fori* puede no ser la más idónea para alcanzar los objetivos de las normas de conflicto venezolanas, podría contrariar los principios del Derecho elegido por las partes y, finalmente, no contribuiría a la armonía internacional de soluciones.

Esta tarea puede ser bastante complicada, toda vez que el juez siempre realiza una calificación preliminar conforme a la *lex fori*, que es la que le permite llegar a la norma de conflicto en su propio Derecho y, si esa calificación indica que la relación material que se somete a su conocimiento no es un contrato, el operador jurídico podría verse tentado a considerar como inaplicables las normas de conflicto venezolanas de índole contractual, declarando improcedente el *pactum de lege utenda*, si lo hubiere o, en todo caso, estimando como improcedente el principio de proximidad a falta de una elección eficaz, sin revisar las disposiciones de los demás Derechos vinculados.

Por esta razón, coincidimos con Adame Goddard en que la calificación del contrato es una fuente segura de discrepancias que, debe ser resuelta a los efectos de asegurar la efectividad de instrumentos como la CIDACI, y de procurar una verdadera armonía internacional de soluciones. Así, creemos que su propuesta de interpretación del término contrato, hecha en el marco de los Principios Unidroit, viene a colación de manera oportuna, toda vez que dichos principios forman parte de la *Lex mercatoria*, a la que podría acudir en búsqueda de conceptos calificadores de índole verdaderamente internacional, incluso para resolver conflictos meramente *internacionalprivatistas* (LDIP art. 30).

Finalmente, es prudente tener siempre en cuenta que, visto el carácter exorbitante de las reglas venezolanas atributivas de jurisdicción, el operador de justicia puede llegar a conocer casos cuya única vinculación con el foro sea la sumisión -expresa o tácita- de sus partes a la jurisdicción del tribunal local. En tales supuestos, el recurso a la calificación *lex fori* para determinar lo que deba entenderse por contrato, puede resultar en franca contravención con todos los ordenamientos jurídicos material y efectivamente vinculados con el

caso y atentar, al final del camino, contra la uniformidad internacional de las soluciones.

### **1. Las materias excluidas de la CIDACI**

La CIDACI ofrece en su artículo 5<sup>30</sup>, un catálogo de situaciones jurídicas que están excluidas de su ámbito de aplicación. En tales casos, si la calificación hecha por el Juez del caso concreto lo hace coincidir con alguna de las materias enunciadas en el artículo in comento, incluso si según la *lex fori* pudiesen calificarse de contratos, deben reputarse excluidas del radio de acción de la convención y quedarán a lo que indiquen las demás reglas de conflicto del foro.

### **2. La falta de definición del ámbito de aplicación de la Ley de Derecho internacional privado y la remisión a la CIDACI**

En el caso venezolano, visto el reducido ámbito geográfico de vigencia de la CIDACI, la generalidad de los casos de contratos internacionales nos referirá a la LDIP, que como hemos visto, regula el tema en 3 artículos, en los que llama la atención la falta de indicación de su propio ámbito material de aplicación. Esto es, no solo es imprecisa la LDIP al referirse a obligaciones convencionales en vez de contratos internacionales,<sup>51</sup> sino que tampoco queda claro cuáles son las materias incluidas y las materias excluidas de dicho ámbito. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la LDIP contiene una herramienta particularmente útil para ejercicios teóricos, pero inaplicada por la jurisprudencia nacional.

---

<sup>30</sup> CIDACI, art. 5: “Esta convención no determina el Derecho aplicable a: a. las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b. las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c. las obligaciones provenientes de títulos de créditos; d. las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e. los acuerdos de arbitrajes o elección de foros; f. las cuestiones de Derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”.

<sup>51</sup> Ver más ampliamente: Ávila Rodríguez, Alcance del término “obligaciones convencionales”..., ob. cit., p. 157-190.







toda vez que el ámbito material de aplicación, tanto de la CIDACI como de la LDIP, que son las reglas que en nuestro sistema admiten la elección de Derecho en materia contractual, están deliberadamente diseñadas para casos de tráfico externo, en los cuales, la relación contractual evidencia contactos con dos o múltiples países. Carecerá de valor, porque la autonomía de las partes nació precisamente para resolver el conflicto de leyes en materia contractual, conflicto que solo puede existir cuando dos o más leyes entran en competencia, con base en criterios de internacionalidad objetivos<sup>59</sup>.

Esta doctrina de la internacionalidad da paso a una clasificación bipartita de los contratos: (i) contratos domésticos y (ii) contratos internacionales. Un contrato será doméstico cuando todos sus vínculos, jurídica y económicamente relevantes, estén asentados en un único país y, en consecuencia, le conectan con un único ordenamiento jurídico. En tales casos podría decirse que no hay un conflicto de leyes y que, por tal virtud, sería innecesaria la actuación de las reglas de conflicto<sup>60</sup>. El ordenamiento jurídico con el cual se conecta la relación cuenta con un conjunto de reglas que suplirían la voluntad de las partes, en todo aquello no regulado expresamente, y que contribuirían a la interpretación del contrato en aquellos puntos vagos u oscuros. Por el contrario, en los contratos internacionales, la relación jurídica material está simultáneamente conectada con dos o más ordenamientos jurídicos que, por una u otra razón, tienen vocación para regir el contrato en cuestión, surgiendo entonces la competencia legislativa a cuya resolución se dedica parte de nuestra disciplina.

La diferencia entre el contrato doméstico y el contrato internacional radica, en este sentido, en la determinación del ordenamiento jurídico que va a regir aquellos aspectos del contrato que la voluntad de los contratantes no ha

---

<sup>59</sup> Sobre este tema se ha dicho: "...Saber cuándo un contrato es internacional resulta imprescindible para determinar adecuadamente el derecho que le es aplicable; además, resulta una *conditio sine qua non*, para que las partes puedan elegir ese derecho, si la autonomía de la voluntad conflictual es aceptada...". Lorenzo Idiarte, Gonzalo, ¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional, en: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht / Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

<sup>60</sup> Para algunos, en materia contractual la regla de conflicto actúa siempre, incluso en los casos domésticos, toda vez que juzgan que es la regla de conflicto la que determina la competencia del derecho aplicable, cualquiera que este sea.

regulado o no podía regular. En un contrato doméstico no podría extenderse el ámbito de la libertad contractual al extremo de que las partes contratantes determinasen, por ejemplo, los requisitos de existencia y validez de sus convenciones, porque a fin de cuentas, tales condiciones generales de eficacia de los contratos son establecidas apriorísticamente por el Estado, como una señal de que, en ausencia de tales condiciones, el Estado mismo podría verse impedido de brindarle tutela jurídica a las consecuencias derivadas del contrato.

En cualquier caso, coincidimos con el Dr. Hernández-Bretón cuando dice que en definitiva la determinación acerca de la internacionalidad o no de un contrato, es un asunto local, que será siempre regido por la *lex fori*, esto es, cada ordenamiento jurídico determinará cuáles son los elementos mínimos para calificar un contrato como internacional.<sup>61</sup> No puede pensarse que la finalidad del DIP sea la derogatoria convencional del Derecho interno de los Estados, razón por la cual, es de crucial importancia el comedido análisis de la internacionalidad, como fuente de la materia prima de que se nutre nuestra disciplina.

### 1. El elemento extraño o de extranjería en el contrato

Nuestro ordenamiento jurídico prevé, en el artículo 1 de la LDIP una consagración peculiar del elemento extraño, cuando dice: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros...”<sup>62</sup>. Habríamos preferido una fórmula más abstracta que incluyese expresamente al Derecho venezolano, como uno de los ordenamientos jurídicos eventualmente vinculados. Sin embargo, el artículo *in comento*, desde el momento en que encabeza a la ley, debe ser tenido como una delimitación clara del ámbito de aplicación de las normas contenidas. En todo caso, aún a falta de esta declaración, el sistema normativo conflictual solo podría aplicarse allí donde hubiese un conflicto, esto es, allí donde dos o más ordenamientos jurídicos estuvieran en contacto con una única relación, respecto de la cual todos tuviesen vocación legislativa.

De entrada, sabemos que lo internacional es aquello que trasciende las fronteras de un Estado, aquello cuyos elementos constitutivos provienen de

---

<sup>61</sup> Hernández-Bretón, Contratación internacional..., ob. cit., pp. 33-34.

<sup>62</sup> LDIP, art. 1.

orígenes geográficos diversos e incluso aquello que, teniendo un origen territorialmente unívoco, proyecta sus consecuencias allende los límites territoriales del lugar donde nace. Así, podemos distinguir entre situaciones jurídicas internacionales por sus orígenes, internacionales por sus efectos e internacionales tanto por sus orígenes como por sus efectos<sup>63</sup>. Ahora bien, esa internacionalidad cualquiera sea el momento de generación de la misma, presenta la misma dificultad: la valoración del elemento extraño. Esa valoración no es otra cosa que la determinación de si, en el caso concreto, el vínculo en cuestión con el Derecho de un tercer Estado es o no suficiente para internacionalizar una situación jurídica.

Al respecto existen dos grandes posturas, cada una de las cuales propugna o rechaza la valoración del elemento de extranjería o elemento extraño. Ahora bien, dando por sentado que la mera cláusula de elección de Derecho aplicable no es suficiente para internacionalizar un contrato, cuya explicación daremos más adelante, sabemos que se deben apreciar otros contactos de dicha relación con ordenamientos jurídicos distintos al Derecho del foro. En este punto, surgen nuevos planteamientos: 1. ¿cualquier contacto con un ordenamiento jurídico extranjero será suficiente?, 2. de ser negativa la respuesta al planteamiento anterior, debemos resolver entonces ¿cuáles contactos con otros Derechos son capaces de internacionalizar un contrato?, y 3. ¿Pueden apreciarse elementos que no sean de índole jurídica, *v.gr.* económicos?

## 2. Calificación de los elementos extraños en el contrato

Somos del criterio que, en todos los casos, se realiza una valoración del elemento de extranjería para determinar si será o no relevante desde el punto de vista del DIP. A favor de la valoración del elemento de extranjería, se puede sostener que, en el estado actual del tráfico jurídico transfronterizo de personas, bienes, servicios y capitales, no puede afirmarse que cualquier elemento de extranjería sea capaz de internacionalizar un contrato, toda vez que entonces, serían muy pocos los contratos verdaderamente domésticos. La globalización ha fomentado una organización de la producción y distribución

---

<sup>63</sup> Para una división clásica y ampliamente difundida en nuestra disciplina ver: Jitta, Josephus, *Método del derecho internacional privado*, Madrid, 1890. pp. 220 ss. Jitta es reseñado por Santos Belandro, Rubén, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de la República / Fundación de Cultura Universitaria, 1996. pp. 32 ss.

de bienes y servicios, que hace que, en el desarrollo de la actividad profesional, comercial o industrial moderna, sea casi imposible no emplear o bienes o servicios de origen extranjero. Es por ello por lo que, aun cuando haya detractores, siempre hay una valoración de los elementos fácticos del caso, que tienen origen extranjero, que intenta resolver si, esa extranjería será o no relevante.

En otras palabras, lo que proponemos es que la extranjería no es en sí misma relevante, que hace falta que sea relevante a la luz del DIP. Y si bien el elemento extraño o de extranjería es la fuente u origen del DIP, no es menos cierto que el DIP tiene diversas áreas de interés y que, según el caso, la jerarquía de esos elementos extraños varía. Así, la determinación de la importancia del elemento extraño es casuística, lo que de suyo encierra un voto de confianza a favor del juez que se encuentra en sintonía con la flexibilización del método del DIP<sup>64</sup>.

Sin embargo, esa tarea de valoración encargada al juez en el caso de los contratos internacionales tiene unas reglas o principios rectores. Así, se esgrimen dos aproximaciones al tema de la determinación de la internacionalidad del contrato a saber: la económica y la jurídica, cada una de las cuales permite por sí sola hacer tal determinación, pero que en ningún caso se excluyen, pudiendo actuar como fuentes complementarias para esta calificación.

#### **a. Calificación económica**

Aun cuando, con especial referencia al Derecho mercantil internacional, en España Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara han señalado con acierto que esta disciplina está constantemente “...inclinada a desligarse de las realidades políticas nacionales y a vincularse a una entidad puramente económica como es el mercado, fundamento para una sociedad económica autónoma, separada de la sociedad civil...”<sup>65</sup>. *Mutatis mutandi*, pensamos que esto ocurre igualmente con el contrato internacional, que a su vez es la herramienta por excelencia de expresión y concreción del Derecho mercantil internacional<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ver en general: B. de Maekelt, *La flexibilización...*, ob. cit.

<sup>65</sup> Fernández de la Gándara / Calvo Caravaca, *Derecho mercantil...*, ob. cit., p. 38.

<sup>66</sup> En opinión de Hernández-Bretón: “...Por otra parte, hoy en día los contratos obligacionales son mucho más que simples instrumentos de nivelación de intereses particulares, ellos son instrumentos conformadores del derecho económico. Ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., p. 38.



En sentido inverso, este análisis puede contribuir para descartar aquellos elementos de conexión con ordenamientos jurídicos extranjeros que, comercialmente hablando, sean irrelevantes<sup>71</sup>.

## **b. Calificación jurídica**

La aproximación tradicional al tema del contrato y su calificación como internacional o no, ha estado cifrada en el análisis de aquellos elementos jurídicamente relevantes que colocan a una situación en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos. De hecho, esa conexión ha sido tradicionalmente evaluada a la luz de los criterios empleados como factores de conexión (*v.gr.* lugar de cumplimiento de la prestación característica, o del pago, lugar de celebración, nacionalidad de las partes, domicilio o asiento de la sede jurídica de las partes, etc.). En una relación contractual pueden presentarse elementos de hecho que –si bien representan factores de conexión empleados en otras áreas del DIP– y que constituyen elementos extraños, no dan pie para calificar al contrato como internacional. Por ello, surgen dos grandes corrientes:

### **b.1. Presencia de al menos un elemento extranjero cualquiera**

Un primer grupo propone que la aproximación a este punto debe ser tan laxa como sea posible, pues lo contrario sería reducir el campo de aplicación del DIP. Así, cualquier elemento extraño en una relación debe ser tenido por bueno para considerar dicha situación jurídica como internacional. En ciertas materias esto puede no tener mayor importancia, pero en el caso que nos ocupa, como es la materia contractual, las consecuencias de esa valoración hacen la diferencia entre la eficacia e ineficacia de la *electio juris*, la actuación subsidiaria del principio de proximidad o la aplicación del Derecho interno. En un análisis estricto de la LDIP, la mención al elemento de extranjería como presupuesto de acción de la norma de conflicto está contenida en el artículo 1 de la misma, según el cual constituyen el ámbito material de la ley aquellos supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros, sin calificar en modo alguno dichos contactos y por supuesto, sin

---

materia de los contratos internacionales no solo presenta problemas de tipo jurídico sino que afecta al comercio mundial...”. Ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit. p. 34.

<sup>71</sup> Comercial en el sentido antes expuesto.

crear ninguna jerarquía entre ellos. Esto, interpretado juntamente con el artículo 29 puede servir de argumento para quienes afirman que cualquier elemento de extranjería presente en una relación contractual es suficiente para calificar la misma de internacional, *ergo* para autorizar la elección de Derecho. Nos parece que esta amplitud en materia contractual resulta inadecuada, aunque debemos aceptar que esa misma amplitud deja una puerta abierta para la valoración de elementos extraños metajurídicos, tales como los económicos.

Otro de los argumentos a favor de una admisión amplísima de los elementos extraños, consiste en que la valoración de dichos elementos, en el estado actual de cosas, deberá ser hecha por el operador de justicia y ello, además que puede servir de resorte al *legeforismo*, produce incertidumbre y acaba con la previsibilidad, objetivos que la autonomía de las partes trata de alcanzar.

Sin embargo, esta concepción nos plantea serias dudas, desde el momento en que contemplamos la posibilidad de que un contrato cuyas consecuencias jurídicas solo pueden afectar el orden interno del Foro, sea regulado por un Derecho extraño. Por ejemplo, imaginemos un contrato de compraventa de maíz, celebrado entre un productor domiciliado en Guárico y un procesador domiciliado en Portuguesa (ambos estados de la República Bolivariana de Venezuela), pagadero en un banco nacional en moneda de curso legal. Parece ser claramente un contrato doméstico, pero digamos que uno de los contratantes es de nacionalidad portuguesa: ¿cómo modifica esto los términos del contrato? Claro está, situaciones como la anterior son casuísticas y su determinación no puede en ningún caso ser hecha por el Legislador, es por ello por lo que debemos confiar en el criterio del operador jurídico para detectar estas situaciones y aplicar la solución más justa posible. En sentido contrario, digamos que todos los vínculos jurídicos del contrato están asentados en el Foro, pues en vez de ser un portugués, se trata de una filial enteramente propiedad de una compañía portuguesa. Dicha filial está domiciliada en Venezuela a los efectos de la ley y sería en consecuencia un contrato doméstico, sin embargo, tal como se lo planteó la casación francesa: dicho contrato ¿no tiene la capacidad de proyectar las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento más allá de las fronteras? Tal parece ser el sentido en el que

apunta el criterio de nuestro Máximo Tribunal, según se desprende del análisis de la internacionalidad en materia de Arbitraje<sup>72</sup>.

### **b.2. Presencia de al menos un elemento extranjero jurídicamente relevante o calificado**

Como contrafigura a la tesis antes referida, existe la posibilidad de argumentar que la internacionalidad del contrato debe ser establecida sobre la base de contactos con otros ordenamientos jurídicos, que sean relevantes a los efectos específicos de la materia contractual. Es una posición que se ha tratado de recoger en moldes convencionales, resultando siempre triunfadora la laxitud en la regulación, por diversas razones (casuismo, dificultad de alcanzar criterios unánimes en un marco regional, etc.). Así, se ha impuesto una metodología más bien flexible.

Las posturas que más se adentran en el tema, llegan a proponer algunos de los criterios a ser tomados en cuenta por el operador de justicia en la valoración de la internacionalidad, eso sí, sin cerrar el listado. Tal es el caso de la Convención de México cuando dice que “...se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte...”. En este caso, la Convención ofrece una guía al intérprete, para la determinación de la internacionalidad, completamente flexible. Sobre la residencia habitual o el establecimiento de las partes en Estados parte de la convención, podría argumentarse que es un índice de mínimo cumplimiento, en el sentido que, si en un contrato la residencia habitual o el establecimiento de una de las partes es su único vínculo con el extranjero, tendrá que considerarse como internacional. En contra, podemos reiterar que un contrato así podría no tener consecuencias económicas ni jurídicas relevantes en el Estado de la residencia o establecimiento de una de las partes<sup>73</sup>.

Sin embargo, la referencia a cualquier contacto objetivo del contrato con dos o más Estados parte, es suficientemente flexible como para dejar –fuera de

---

<sup>72</sup> Ver: Hernández-Bretón, *Lo que dijo y no dijo...*, ob. cit., p. 144-145; y Romero, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 213 ss.

<sup>73</sup> Ni siquiera en materia de capacidad, toda vez que el *dépeçage* se hace para favorecer el negocio. Si el derecho aplicable al contrato, según la ley de conflicto del foro, considera capaz a las partes, el contrato será finalmente válido.

la residencia y del establecimiento- un amplio compás de decisión al operador de justicia. Esta flexibilidad era necesaria para procurar el éxito de la Convención, así como para evitar la fijación apriorística de límites a la noción de internacionalidad.

### **c. La cláusula de elección de Derecho como elemento de internacionalización**

Un primer aspecto para resolver es precisamente si la elección de un Derecho aplicable a un contrato constituye en sí misma un elemento de internacionalidad, un contacto objetivo con el ordenamiento jurídico de un Estado. A favor de esta postura, puede argumentarse que si la fuente de Derecho por excelencia en materia contractual es la voluntad de los contratantes -quienes solo encuentran límites en las normas imperativas y el orden público del foro- y estos en ejercicio libre de su voluntad deciden regular su contrato a través de un derecho específico, no hay nada que se los impida y, esa manifestación de voluntad constituye en sí mismo un vínculo bastante y suficiente entre el contrato y el Derecho escogido. En este sentido, en Venezuela el Dr. Giral Pimentel señala que las partes se encuentran en la mejor posición para someter su acuerdo de voluntades a un Derecho acorde a sus expectativas, afirmando que el mejor Derecho (*better law*) es aquel escogido por las partes, razonamiento que le lleva a afirmar que la mera cláusula de elección es un elemento suficiente para internacionalizar el contrato, entendiendo que el fin último del Derecho contractual es la protección de las legítimas expectativas de las partes<sup>74</sup>.

Coincidimos con esta aproximación teleológica pues creemos que el fin último debe ser la preservación de las legítimas expectativas de las partes, no obstante, nos apartamos de las conclusiones enunciadas toda vez que no pensamos que la mera voluntad de las partes pueda convertir en internacional, lo que por mérito propio es doméstico. Además, la autonomía de las partes es una institución propia del DIP, siendo dentro del ámbito material de este que le corresponde ofrecer soluciones. Así, la justicia o injusticia que puede haber en el respeto a la elección de Derecho formulada por los contratantes

---

<sup>74</sup> A favor de esta postura ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 154 ss.

es directamente proporcional a la necesidad de esa elección y la misma tiene su fuente en la presencia del elemento de extranjería.

En un análisis estrictamente teórico, podría sostenerse que la autonomía de las partes debería ser un principio general de los contratos y admitir, en consecuencia, que en los contratos domésticos las partes pudiesen efectuar elecciones de Derecho, a fin de cuentas, el Foro siempre encontraría protección a través de las normas de aplicación necesaria y los principios esenciales de su orden público. Tal parece ser el sistema recogido en la Convención de Roma<sup>75</sup>. Sin embargo, las consideraciones forenses se imponen y lucen, a nuestro criterio, irrefutables. Aceptar que las partes escojan el Derecho aplicable en materia de contratos domésticos, crearía un estado de incertidumbre poco deseable, especialmente para el operador jurídico, que se vería forzado a dictar cientos o quizás miles de sentencias, sometidas cada una a reglas jurídicas distintas (las combinaciones son infinitas), lo que volvería la administración de justicia una quimera<sup>76</sup>. Entonces es inaceptable la elección de Derecho en los casos de contratos domésticos, limitándolo siempre a los contratos internacionales. Luego, la sola cláusula de elección de Derecho o foro no puede ser entendida como un contacto objetivo con un Derecho extranjero, capaz de imprimirle internacionalidad a un contrato, porque entonces cualquier contrato absolutamente doméstico se tomaría en un contrato internacional a voluntad de los contratantes.

Así, la internacionalidad de los contratos no es ni puede ser la resultante de un capricho de las partes, es imprescindible que existan vínculos materiales y efectivos entre el contrato y al menos dos foros o que, en cualquier caso, dicha vinculación material y efectiva sea una consecuencia futura del desarrollo del contrato, como sería el caso que la ejecución del mismo debiera realizarse en otro foro, o una condición sobrevenida como ocurriría en un

---

<sup>75</sup> Ver más adelante: E. Derecho comparado.

<sup>76</sup> No puede alegarse que el caso de los contratos domésticos ocurre lo mismo por virtud de la libertad de estipulación, toda vez que, en esos casos, los vacíos y ambigüedades del contrato se resuelven con arreglo a la ley del foro, que el juez domina. En los casos que interesan al DIP, por el contrario, tiene que realizar una búsqueda, las más de las veces compleja, debiendo vencer numerosos obstáculos, tales como la barrera idiomática, el acceso a la información, ubicación y constatación de la vigencia de los textos, doctrina y jurisprudencia, sin mencionar las dificultades que entraña la aplicación de una norma, cuya ideología es ajena al operador de justicia.

contrato doméstico por sus orígenes, que sufriera modificaciones que lo convirtieran en un contrato internacional<sup>77</sup>.

De hecho, el empleo del término “objetivo” para calificar los contactos, en opinión de Santos Belandro<sup>78</sup>, misma que compartimos, se hace para excluir expresamente la posibilidad de considerar la mera cláusula de elección como factor de internacionalización y no para excluir lo que tradicionalmente habríamos tenido por elementos subjetivos (como la nacionalidad, el domicilio de las partes, etc.).

#### **d. La internacionalidad objetiva del contrato**

En el sistema de DIP venezolano es una condición *sine qua non* que estemos en presencia de un contrato internacional, para que las partes contratantes puedan escoger el o los Derechos aplicables para la regulación de su acuerdo de voluntades, de otro modo, se entiende que no hay necesidad alguna de regulación dado que el único Derecho con vocación para regular la situación sería la *lex fori*. Por ello, es imprescindible determinar la fuente de internacionalidad del contrato, esto es, el o los elementos bastantes y suficientes para convertir al contrato en internacional.<sup>79</sup>

La “internacionalidad objetiva del contrato” se erige como un parámetro de referencia mínima el cual, si bien no define al contrato internacional, sí que nos dice que cosa no es un elemento atributivo de internacionalidad excluyendo, en consecuencia, la sola voluntad de los contratantes como fuente de extranjería. La mera cláusula de elección de Derecho no le insufla internacionalidad al contrato, es preciso que la relación contractual tenga vínculos - independientes de la voluntad de los contratantes- con dos o más ordenamientos jurídicos. Esto ha llevado a una importante representante de doctrina del Sur a afirmar, con acierto, que la internacionalidad objetiva del contrato es una exigencia y al mismo tiempo una limitación al ejercicio de la

---

<sup>77</sup> Piénsese en un contrato en el que el lugar de cumplimiento es modificado válidamente, siendo ahora cumplidero en el territorio de un Estado extranjero, o que se produzca una subrogación personal activa o pasiva, que incorpore a una persona domiciliada o con establecimiento en un Estado extranjero, etc.

<sup>78</sup> Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 31.

<sup>79</sup> En contra de esta doctrina, parece apuntar la Convención de Roma, cuando consagra la posibilidad de elección de Derecho sin supeditarla al elemento de internacionalidad. Ver más adelante: E. Derecho comparado.



lugar de ejecución de alguna de las prestaciones pactadas esté ubicado en país extranjero, o el caso de los contratos internacionales sobrevenidos.

El presupuesto lógico exigido por el Derecho para el ejercicio de la autonomía conflictual es la existencia, precisamente, de un conflicto de leyes, el cual solo puede estar presente allí donde hay elementos extraños que conectan la relación jurídica –de manera relevante– con dos o más ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes. Así, la teoría sobre la internacionalidad objetiva del contrato atiende a una necesidad de los foros de fijar límites a la libertad de las partes contratantes y resguardar un ámbito mínimo de aplicación de sus propias reglas.

En conclusión, la autonomía de las partes, por cuya virtud le es dado a los contratantes decidir el o los Derechos aplicables para gobernar su relación contractual y que constituye un principio generalmente aceptado e incorporado en los más variados ordenamientos jurídicos, no es una libertad absoluta y su ejercicio está frecuentemente limitado de diversas maneras, siendo la más importante la llamada internacionalidad objetiva del contrato.

**e. Teoría de las vinculaciones: ¿fuente para la calificación de los elementos extraños relevantes e irrelevantes?**

La Teoría de la Vinculaciones, tradicionalmente empleada para resolver la cuestión del Derecho aplicable podría contribuir –de un modo insospechado– contribuir al análisis de los contactos entre un contrato y cada uno de los ordenamientos jurídicos con los cuales está ligado, a fin de jerarquizarlos y decidir en consecuencia cuáles tendrían la capacidad de internacionalizar una situación jurídica y cuáles no. La importancia de esta determinación radica en el hecho que, si admitimos el empleo de esta teoría para valorar los diversos contactos de un contrato con otros Derechos y establecer así su internacionalidad, podríamos superar uno de los inconvenientes derivados de la laxitud de la LDIP venezolana y de otros instrumentos de fuente internacional e interna que, regulando el contrato internacional, no alcanzan a precisar el alcance de esa internacionalidad.

Una interpretación meramente formal, que no valorativa, de la legislación venezolana en materia de DIP de los Contratos, podría concluir que un contrato celebrado y ejecutado enteramente en Venezuela, cuyas consecuencias jurídicas y económicas no trascienden más allá de los límites geográficos de

la República, puede ser internacional si, por ejemplo, uno o ambos contratantes tienen nacionalidades distintas.

Por el contrario, si apeláramos a la teoría de las vinculaciones, o las *no-rules* según el Prof. Juenger, podríamos llegar a una conclusión distinta si el operador de justicia, además de los índices de conexión objetivos, pudiese acudir a la valoración de los elementos subjetivos en la tesis del Informe Siqueiros<sup>82</sup>, esto es, las diversas teorías que se han empleado, especialmente desarrolladas por la Revolución Metodológica Norteamericana, para resolver el conflicto de leyes<sup>83</sup>.

Este análisis podría permitir desentrañar, si los elementos de contacto con un Estado son verdaderamente relevantes a los efectos del sistema jurídico con el cual le conectan, si los intereses políticos de ese Estado se verían más o menos afectados con el reconocimiento o exclusión de un vínculo que conecta una relación jurídica con ese Estado, si el reconocimiento del carácter extraño a un contacto adelanta el cumplimiento de alguna función o utilidad de cara al Derecho con el cual le vincula, si ese reconocimiento contribuye a la mejor solución posible del caso, en fin, la determinación de si un elemento extraño es lo suficientemente valioso como para hacer surgir un verdadero conflicto de leyes entre varios Estados.

#### D. Derecho venezolano

Un contrato en el que las partes tienen sus domicilios en Estados parte distintos, es internacional según la calificación de la Convención de México, por ejemplo, y sin embargo puede que sus efectos jamás trasciendan la frontera del lugar de celebración del contrato. Luego, formalmente hay un contrato internacional (factor de conexión jurídico), pero materialmente sus consecuencias pueden no tener ningún viso de internacionalidad por no afectar en modo alguno el comercio internacional (factor de conexión económico).

---

<sup>82</sup> Siqueiros, José Luis, *Ley aplicable en materia de contratación internacional*, Rio de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, 3 de julio de 1991, p. 19.

<sup>83</sup> Entre otras la teoría del agrupamiento de contactos del Juez Fuld (que reconduce al análisis de los contactos objetivos), la teoría del análisis de intereses o interés gubernamental de Currie, la teoría de la ley más perjudicada de Baxter, la teoría de la mejor ley de Leflar, la teoría funcional de Weintraub, etc. Para una referencia más amplia, en la doctrina nacional ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 191-205.

A su vez, los contactos del contrato con dos o más ordenamientos jurídicos podrían clasificarse en subjetivos y objetivos, atendiendo al sustrato de proveniencia. Así, la nacionalidad de las partes, el domicilio, la residencia y la sede o establecimiento de las personas morales, constituirían los elementos o contactos subjetivos, mientras que el lugar de celebración, lugar de ejecución de la prestación característica, lugar de la prestación dineraria, lugar de ubicación del bien, etc., constituirían ejemplos de los contactos objetivos, en tanto dependen de las condiciones propias del acuerdo de voluntades y no de las partes contratantes. Esta clasificación es cónsona con el criterio tradicional de la doctrina civilista conforme al cual, lo subjetivo es aquello relativo a los sujetos o al sustrato personal de las relaciones jurídicas. No obstante, en nuestra materia es conveniente hacer una precisión, dada la influencia de la doctrina de la *internacionalidad objetiva del contrato*, cuando hablamos de contactos objetivos en el marco de la Convención de México, Derecho vigente en nuestro foro y fuente de inspiración de las reglas contenidas en la LDIP, debemos entender que se refiere a cualquier contacto del contrato (subjetivo u objetivo) distinto de la mera cláusula de elección<sup>84</sup>.

La posición americana recogida en la CIDACI, en la cual el principio parece ser de raigambre más internacionalprivatista que en el sistema europeo de la Convención de Roma, desde el momento en que considera que la verdadera explicación del tema de la autonomía conflictual en materia contractual tiene su origen en la internacionalidad, elemento extraño o de extranjería, que hace inmediatamente inidóneo a todos los Derechos estatales para regular supuestos internacionales. Es esa falta de vocación para regular supuestos con elementos de extranjería la que abre las puertas a la elección de Derecho, para que los contratantes puedan dotar su negocio jurídico de un régimen más flexible y cónsono con la naturaleza de su relación.

En el caso de la Convención de México, contamos con el trabajo preparatorio elaborado por el Dr. José Luis Siqueiros, el cual además de servir de base para la construcción de la convención, explica el contenido y alcance de la misma. Existe la convicción entre los Estados contratantes que la autonomía de las partes es un principio de general aceptación, cuya utilidad y justicia es inobjetable, sin embargo, también se piensa que debe ser matizado con algu-

---

<sup>84</sup> En este sentido ver: Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 13-18.



### E. Derecho comparado

En el marco de la Convención de Roma se recogió una solución que refleja nítidamente una de las posturas que hemos venido señalando: la máxima amplitud en la consagración de la autonomía conflictual. La sección 3, artículo 3 de la Convención sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales celebrada en Roma de 1980, preceptúa que la elección de un Derecho extranjero, seguida o no de una elección de un tribunal extranjero, en un contrato en el cual todos los demás elementos relevantes al momento de la elección están conectados con un único Estado, no puede afectar la aplicación de las normas de ese Estado que no puedan ser derogadas por vía contractual, denominadas a los efectos de la convención “*mandatory rules*”.

La interpretación de la norma nos obliga a concluir que las partes pueden escoger el Derecho aplicable a su contrato, aun cuando este sea absolutamente doméstico, encontrando como único y verdadero límite las normas de aplicación necesaria y el orden público del Derecho normalmente competente. La regla *in comento* no hace otra cosa que calificar la cláusula de elección de Derecho, como un contacto suficiente con un ordenamiento jurídico extranjero para admitir el *pactum de lege utenda*.

Podría pensarse que esta postura adolece de una seria petición de principios, ya que si, como hemos venido afirmando, el presupuesto lógico de la autonomía conflictual es la existencia del elemento de extranjería, el ejercicio de dicha autonomía no podría jamás considerarse como tal. No obstante, no existe tal petición de principios, al menos no en el sistema de autonomía de las partes como es planteado por la Convención de Roma, lo que debe ser analizado en el marco de integración regional en el cual se elabora y suscribe dicho instrumento.

El reporte Giuliano / Lagarde, preparado sobre la Convención de Roma, al comentar esta disposición, explica que la misma fue la resultante de dos grandes corrientes:

1. La primera sostenía que la mera cláusula de elección de Derecho no podía *per se* producir ningún efecto, si el contrato no presentaba ningún otro contacto objetivo con un foro extranjero al momento de la elección;
2. La segunda corriente, liderada por los representantes del Reino Unido, sostenía que ese elemento adicional sería un verdadero obstáculo a la

autonomía conflictual en situaciones en las cuales dicha elección podía mostrarse como “justa, hecha de buena fe y orientada a la satisfacción de intereses dignos de protección”.

Para los seguidores de esta última corriente, los casos de desaplicación de las cláusulas de elección debían ser más bien excepcionales, como en el caso del respeto a las reglas de aplicación necesaria (*mandatory rules*) de un Derecho conectado con el contrato, pero distinto del escogido. La solución fue consagrar la autonomía de las partes con máxima amplitud, salvedad hecha de aquellos casos en los cuales el contrato, al momento de celebración, tuviese todos sus contactos relevantes situados en un único Estado, caso en el cual se respetaría la elección de Derecho formulada por las partes, pero supeditándola siempre a la observancia de las normas de aplicación necesaria de ese Estado.

Buena parte de la justificación de esta postura radica en la diferente aproximación teleológica que hacen los autores anglosajones al tema de la autonomía de las partes. Tal como lo plantean, la autonomía conflictual no es sino una prolongación de la autonomía de la voluntad, que por ende, no debe estar sometida a más límites que los propios de la libertad de contratación<sup>89</sup>. Así las cosas, las partes son libres de contratar y fijar el contenido y alcance de sus derechos y obligaciones, sin más limitaciones que las previstas en la ley, el orden público y las buenas costumbres, lo que en el ámbito conflictual significa que los contratantes pueden escoger el Derecho aplicable a su contrato, en cualquier caso, siempre y cuando respeten las normas de aplicación necesaria y el orden público internacional de él o los Derechos efectivamente vinculados con el contrato.

En conclusión, el Sistema de Roma admite la autonomía conflictual inclusive en materia de contratos domésticos, resguardando siempre las *mandatory rules* (calificadas en el propio art. 7 de la Convención), y no podemos afirmar que esta laxitud sea producto de un instrumento circunscrito al ámbito común europeo, porque la Convención de Roma es de aplicación universal (art. 2 de la Convención), luego, se trata verdaderamente de un sistema conflictual en materia contractual que admite la elección de cualquier Derecho, y que puede ser aplicable incluso en casos netamente domésticos.

---

<sup>89</sup> En este sentido ver: North, *Private International Law...*, ob. cit., p. 153.

Podría argumentarse que una interpretación concordada y armoniosa del artículo 3.3 con el artículo 1.1, llevaría a la imperiosa conclusión de que el sistema de Roma se construye sobre la base de un presupuesto: la relación contractual de que se trate debe entrañar un conflicto de leyes. En este sentido el Reporte Giuliano / Lagarde señala:

*It must be stressed that uniform rules apply to the abovementioned obligations only 'in situations involving a choice between the laws of different countries'. The purpose of this provision is to define the true aims of the uniform rules... These are situations which involve one or more elements foreign to the internal social system of a country (for example, the fact that one or all of the parties to the contract are foreign nationals or persons habitually resident abroad, the fact that the contract was made abroad, the fact that one or more of the obligations of the parties are to be performed in a foreign country, etc.), thereby giving the legal systems of several countries claims to apply. These are precisely the situations in which the uniform rules are intended to apply. Moreover, the present wording of paragraph 1 means that the uniform rules are to apply in all cases where the dispute would give rise to a conflict between two or more legal systems. The uniform rules also apply if those systems co-exist within one State...*<sup>90</sup> (Destacado nuestro).

Adicionalmente, el sentido del artículo 3.3 de la Convención podría reconducirse a afirmar que la elección de Derecho formulada en un contrato doméstico en sus orígenes es válida siempre y cuando el contrato devenga en un contrato internacional por haber adquirido elementos extraños sobrevenidos. El Dr. Carlos Esplugues Mota es también de la opinión de negar la posibilidad de la elección de Derecho en los contratos domésticos<sup>91</sup>.

No obstante, hay importantes representantes de la doctrina que han señalado y celebrado esta “cualidad” de la Convención de Roma, argumentando que las partes en un contrato doméstico podrían estar interesadas en escoger un Derecho extranjero por virtud de la especialidad o perfeccionamiento de ese sistema normativo con respecto a cierta materia. Por ejemplo, la elección de Derecho inglés en materias de almirantazgo, seguros, etc. No en vano, la defensa más sólida de esta posición provino de los representantes del Reino Unido.

<sup>90</sup> Giuliano / Lagarde, Report on the Convention..., ob. cit., p. 364.

<sup>91</sup> Opinión expresada en el curso que sobre Derecho Internacional Privado de los Contratos Internacionales dictó en la Universidad de Castilla La Mancha, enero de 2003.

Finalmente, no obstante, su vocación universal, no se trata de un instrumento abierto a la suscripción para los Estados de la comunidad internacional, sino que procura uniformar el Derecho de la Comunidad Europea, estando dirigido a sus miembros. Luego, vistas las características y profundidad del proceso de integración que está viviendo Europa, lo que para nosotros es una regla de conflicto que trata de resolver el tema del Derecho aplicable a los contratos internacionales, para ellos para ellos puede convertirse en un asunto comunitario, en el cual el interés primordial es la uniformidad de las soluciones y donde lo doméstico puede ser un obstáculo, que a fin de cuentas es dejado de lado para abrir paso a la globalización.

#### **IV. Derecho aplicable al contrato internacional**

##### **A. Autonomía de las partes o autonomía conflictual en materia contractual**

La autonomía de las partes, también referida como autonomía de la voluntad en el ámbito hispanoparlante, e incluso en el mundo europeo-continental, con exclusión de Alemania, constituye hoy día una regla generalmente aceptada y recogida por los más diversos ordenamientos jurídicos, representa el reconocimiento de la libertad individual de contratación en el específico campo del Derecho conflictual, conforme al cual se autoriza a las partes contratantes a escoger el o los ordenamientos jurídicos a los cuales desean someter su acuerdo de voluntades y su objetivo más importante, es dotar a las partes con un instrumento que les permita asegurar la previsibilidad y certeza de las legítimas expectativas que se formaron con su contrato. Como señala el Dr. Hernández-Bretón es la actuación del principio de libertad contractual en el mundo del DIP, su finalidad es resolver el conflicto de leyes y está subordinado al reconocimiento por parte de las leyes del Foro<sup>92</sup>.

A pesar del indistinto uso que en nuestro Derecho y en general en el Derecho iberoamericano se hace de ambas expresiones, autonomía de la voluntad /

---

<sup>92</sup> Aunque creemos que su finalidad es mucho más amplia que la mera solución del conflicto de leyes, ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit. Igualmente, sobre la aceptación mayoritaria en la doctrina venezolana de la autonomía de las partes, antes de la LDIP y de la CIDACI, ver: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. s/n, 12 de marzo de 1970 (*Quiebra de la C.A. Canal Once Televisión*), con ponencia del Dr. Gonzalo Parra Aranguren; en el mismo sentido: Hernández-Bretón, Eugenio, Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual: ensayo de Derecho internacional privado, en: *RFCJPUCV*, 1988, No. 71, p. 384, nota al pie de página No. 6.

autonomía de las partes, es conveniente acotar la distinción hecha por la doctrina alemana al respecto, expuesta por el Dr. Hernández-Bretón en Venezuela<sup>93</sup>, conforme a la cual la autonomía de la voluntad es el género, noción propia del Derecho material (interno) y referida a la libertad de los individuos para decidir si contratan o no, con quien lo hacen y en cuáles términos y condiciones, mientras que la autonomía de las partes es una especie, propia del DIP y referida a la libertad de las partes contratantes de escoger conforme a cuál Derecho(s) regir su acuerdo de voluntades<sup>94</sup>.

Pero antes de fijar una postura definitiva sobre la noción de la autonomía de las partes es conveniente revisar las diversas aproximaciones filosóficas que se han hecho al tema, toda vez que son fundamentales al momento de fijar el contenido y alcance del poder reconocido a las partes por intermedio de la autonomía conflictual<sup>95</sup>.

### 1. Concepción subjetiva de la autonomía de las partes

Es cronológicamente la primera concepción teórica contemporánea sobre la autonomía de las partes, y está inicialmente influenciada por las doctrinas libertarias e individualistas decimonónicas. Así, el fundamento primigenio para el subjetivismo fue la libertad individual, misma que parecía ser irresistible y casi ilimitada en pleno apogeo del individualismo.

Para el subjetivismo, la autonomía conflictual no es solo una consecuencia de la libertad individual, sino que es la libertad individual misma pronun-

---

<sup>93</sup> Para mayor referencia ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit. pp. 29 ss.

<sup>94</sup> La expresión autonomía de la voluntad fue acuñada para el Derecho internacional privado, por Weiss en 1886. Para mayor referencia ver: Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 57 ss.

<sup>95</sup> El maestro uruguayo Quintín Alfonsín, explicaba que: “el término autonomía tiene dos significados: 1, puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente original del derecho, esto es, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea normas jurídicas ‘ab initio’; y 2, puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello. En el primer caso, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho subjetivo absoluto, y en el segundo caso, es un derecho subjetivo derivado del orden jurídico que lo acuerda...”. Con esta sencilla exposición, Alfonsín nos prepara el terreno para el análisis de las dos concepciones que se pronuncian de modo bipolar sobre la autonomía de la voluntad conflictual: el subjetivismo y el objetivismo. Ver: Alfonsín, *Escritos...*, ob. cit., p. 351.

ciándose sobre un asunto jurídicamente relevante y del interés de todos los individuos vinculados por el contrato.

Al considerar la autonomía de las partes como una forma de expresión de la libertad individual, se llega a postular que la misma es la fuente suprema de toda normatividad y, en consecuencia, las partes eran libres de resolver si su acuerdo de voluntades sería gobernado supletoriamente por un Derecho o no, eran libres de escoger a cuál Derecho, e incluso eran libres de resolver cuáles normas del Derecho elegido no serían aplicables y cuáles no<sup>96</sup>.

En medio de esta concepción amplísima, se enuncian una serie de corolarios que explican sobradamente los aportes del subjetivismo.

#### **a. Corolarios de la concepción subjetiva de la autonomía de las partes**

.- La voluntad de las partes es la fuente suprema del efecto vinculante que los contratos tienen entre ellas, razón por la cual, esa voluntad es autónoma e independiente de cualquier Derecho positivo<sup>97</sup>.

Si la voluntad es verdaderamente la fuente del poder normativo de la ley, como llegó a exponerse en el fragor del siglo XIX, allí donde no hay voluntad, no hay sumisión, ergo no hay poder vinculante de la norma sobre el sujeto, sin el consentimiento del sujeto mismo.

.- El individuo es el sujeto de la tutela jurídica. Es el individuo y no el Estado, el merecedor de esa tutela y los límites al ámbito de su libertad deben ser mínimos y de interpretación restrictiva.

---

<sup>96</sup> Decía Alfonsín que para el subjetivismo "...cuando el contrato es extranacional, la voluntad de las partes no queda sometida a ninguna legislación preceptiva ni reducida al marco de ningún orden público interno. Tal es la opinión de la jurisprudencia europea actualmente dominante y tan tenazmente defendida por SURVILLE, LEREBOURS-PIGEONNIERE, PERROUD, KAYSER: el orden público nacional solo limita la voluntad de las partes cuando conciertan contratos nacionales, pero cuando conciertan contratos extranacionales, las partes no tiene porque respetar límite legal alguno: todo lo pueden estipular libremente, incluso el orden público al que, por consecuencia de haber elegido cierta ley, se someten voluntariamente...". Alfonsín, *Escritos...*, ob. cit., pp. 355-356. A favor podría complementarse diciendo que, las partes en un contrato doméstico se han sometido voluntariamente a las normas imperativas del mismo con antelación a la celebración del contrato. Se convierten así en una suerte de condiciones generales de contratación que resultan previamente aceptadas por todos los ciudadanos, en la medida que desean asegurar la efectiva tutela judicial de los derechos contractualmente adquiridos.

<sup>97</sup> Alfonsín, *Escritos...*, ob. cit., pp. 351 ss.

Son los intereses individuales los que deben prevalecer, toda vez que el Estado está concebido y organizado en función de la mejor protección de esos intereses. En caso de duda, debe preferirse el interés individual a los intereses del Estado expresados a través de la ley.

.- El individuo es un *príus* del Derecho y su voluntad es un elemento esencial para la existencia y validez del orden jurídico, por lo que el individuo tiene el poder de –en palabras de Santos Belandro– “desprenderse o ser indiferente” a cualquier orden jurídico.

La voluntad de los individuos es la fuente de existencia y validez del orden jurídico, al igual que es la fuente del contrato, por ello, cuando el contrato y la ley entren en contradicción, deberá resolverse a favor del contrato, toda vez que representa una expresión posterior y más especializada de la voluntad de los individuos que la ley.

.- La elección del Derecho aplicable a un contrato, solo tiene el efecto de incorporar las normas de ese Derecho al contrato, como una suerte de absorción por obra de la voluntad de los contratantes<sup>98</sup>.

No puede entenderse que la voluntad quede sometida al Derecho elegido por las partes, toda vez que su aplicación es producto de una decisión espontánea –pudiera decirse graciosa– de las partes, quienes por tal elección no renuncian a su libertad. Así, en palabras de Santos Belandro, parafraseando a Batiffol: “...el contrato no tiene norma legal predestinada, ya sea para regirlo, para anularlo o para paralizar su ejecución, por lo que queda fuera del sistema de los conflictos de leyes”<sup>99</sup>.

.- Si la elección de Derecho funciona por incorporación, y no por sumisión, quedan descartadas automáticamente todas las normas que anulen el contrato.

---

<sup>98</sup> En este mismo sentido, López Herrera, cita a Pedro Itriago Chacín, quien dice: “...Han podido las partes en el territorio de la República, por ejemplo, adoptar las disposiciones de una ley extranjera para regir su convención, caso en el cual valdrán, no como tal ley extranjera, sino como cláusula contractual, como manifestación del acuerdo de las partes. Admítase que no necesitan insertarlas, bastándoles expresar que se remiten a ellas...”. López Herrera, *El contrato ...*, ob. cit., p. 88.

<sup>99</sup> Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 36.

No podría tolerarse que las partes, en ejercicio de su voluntad, incorporasen a su contrato una cláusula en la que expresan que todo o parte de lo que han convenido es nulo o anulable<sup>100</sup>.

.- Visto que la voluntad de las partes tiene por efecto incorporar las reglas de un orden jurídico dado al contrato, debe admitirse el efecto congelante de la elección de Derecho.

No podría admitirse que los cambios experimentados por la legislación elegida, con posterioridad a la celebración del contrato afectasen el contenido y alcance de las prestaciones y contraprestaciones pactadas, ni la validez del negocio. Por esta razón, así como en aras de la seguridad jurídica, debía reconocerse que la elección de Derecho se refería al Derecho indicado, tal como se encontraba al momento de hacer la elección.

.- Siendo la voluntad el fundamento de existencia y validez del contrato por excelencia, y que por ello no tenía una sede territorial sino puramente psicológica, los contratantes eran libres de elegir cualquier Derecho, con total prescindencia de los vínculos entre el contrato y el Derecho elegido.

.- Tratándose de una incorporación al contrato de las normas del Derecho elegido por las partes, y visto el amplísimo poder reconocido a la autonomía de la voluntad, las partes podían elegir las normas que interesaban a su acuerdo, esto es, realizar un *dépeçage* del contrato, excluyendo las normas imperativas e incluso aquellas que anularían el contrato.<sup>101</sup>

Señala Santos Belandro que: "...la exclusión de toda nulidad significaría que el contrato es válido en sí mismo, intrínsecamente...". Por otra parte, este poder amplísimo que les permite escoger unas normas u otras conduce al reconocimiento del *dépeçage* del contrato por medio del cual, la voluntad de

---

<sup>100</sup> Para quienes sostienen que es lo mismo en el caso de los contratos domésticos, puede decirse que sería verdaderamente lo mismo, si las partes en un contrato de compraventa de un inmueble incluyesen una cláusula final que dijese: "Todo lo antes dicho es nulo y sin ningún efecto". Semejante absurdo anularía del todo la causa del contrato y admitiría que la celebración del contrato ha sido enteramente ociosa, desnaturalizándole toda vez que le dejaría sin una función económico-social.

<sup>101</sup> Para mayor detalle del subjetivismo en relación con el *dépeçage* del contrato internacional, ver: Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 82-85.

los contratantes es capaz de someter las diversas partes de un contrato a los diversos Derechos que resulten convenientes<sup>102</sup>.

Finalmente, Santos Belandro resume los postulados del subjetivismo del siguiente modo:

La contractualización de la norma legal, la ausencia de un vínculo entre la ley y el contrato, la posibilidad de elegir varias leyes para regularlo simultáneamente, la fijación del contenido legal al momento de celebración del contrato y la imposibilidad de anularlo, son pues, las principales características de la corriente subjetiva.

### **b. Críticas a la concepción subjetiva de la autonomía de las partes**

El grueso de las críticas en contra del subjetivismo, pueden resumirse en el excesivo individualismo de la tesis subjetiva, que llega al absurdo de estudiar al hombre y su voluntad, con total abstracción de su inevitable ubicación y sumisión al contexto social. Así las cosas, las críticas denuncian permanentemente el divorcio entre el subjetivismo y la realidad. Asimismo, hay importantes visos de positivismo en las posturas adversas, como quedará establecido de seguidas<sup>103</sup>.

## **2. Concepción objetiva de la autonomía de las partes**

En respuesta a los postulados absolutos de la concepción subjetiva de la autonomía de las partes en el DIP, se produce una contundente y acérrima reacción de la doctrina. Esta particular inteligencia de la autonomía de las partes, a diferencia de la anterior, se funda en el ordenamiento jurídico en su dimensión objetiva, esto es, en la norma. Para los objetivistas, la autonomía de la voluntad solo es capaz de producir efectos jurídicamente relevantes, por virtud de su regulación en una norma que así lo prevé y que se convierte en medida de su licitud o ilicitud. Así las cosas, el contrato no es más la divina

<sup>102</sup> En el mismo sentido, ver: Hernández-Bretón, La contratación mercantil..., ob. cit., p. 13.

<sup>103</sup> En este sentido, Alfonsín decía que el fundamento de la autonomía de las partes en la libertad individual, con sus corolarios, "...solo es posible sostenerlo evadiéndose del campo del derecho positivo y evadiéndose, por ende, del campo social. Así lo señala Gounot: 'El derecho no nace "*ex voluntate*", sino "*cum voluntate*"; una voluntad absolutamente autónoma e independiente de toda norma es una pura abstracción, no pertenece a ningún medio social y solo depende de sí misma en la organización de su vida jurídica... 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 normas jurídicas que condensan el interés social'...". Ver Alfonsín, *Escritos...*, ob. cit., pp. 354-355.

creación de la voluntad de las partes, sino un instrumento previsto por el ordenamiento jurídico para encausar el tráfico jurídico, en el que la voluntad juega el papel que la ley le asigna. Cronológicamente es una concepción posterior y contestataria frente al subjetivismo.

#### **a. Corolarios de la concepción objetiva de la autonomía de las partes**

- La ley es la expresión misma del poder normativo, fuente de validez de toda norma al interior de la sociedad, incluido el contrato como ley de las partes.

Si algún efecto jurídico tiene el contrato, es por virtud de su adecuación al supuesto de hecho de una norma legal que le ha concedido al individuo esa pequeña cuota de poder normativo que, en todo caso, estará supeditada al ordenamiento jurídico de donde dimana su validez. Por su parte, los individuos deberán ajustar sus conductas a los preceptos de dicho ordenamiento si acaso aspiran al reconocimiento y tutela que el Estado puede ofrecer a su situación jurídica. Sin el aval de un ordenamiento jurídico, no podría un contrato “comprometer el recurso a la fuerza pública y a la autoridad jurisdiccional”<sup>104</sup>.

- La elección de Derecho aplicable a un contrato internacional, solo es posible porque una norma de DIP le reconoce expresamente a las partes ese poder.

Así las cosas, desde el momento mismo de su nacimiento, la autonomía conflictual está subordinada a la ley, esto es, a la norma que reconoce a las partes ese poder específico.

- Tratándose la ley del ente superior de todo orden jurídico, del que dependen la validez y efectos de la voluntad de los individuos, esta última no podría elegir la incorporación de unas u otras normas de un orden jurídico.

En esta concepción de la autonomía de la voluntad, la libertad concedida al individuo es la de someterse al imperio de una ley extraña, por virtud de cuya sumisión, el contrato será atendido por las disposiciones supletorias e imperativas del Derecho indicado. No hay una incorporación de normas al contrato, como si de cláusulas del mismo se tratase. La *electio juris* es una verdadera sumisión al poder normativo de un cierto orden jurídico.

---

<sup>104</sup> Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 38.

Sin embargo, reconoce el objetivismo, la autonomía de la voluntad sí podría escoger si se somete o no a las normas supletivas o facultativas contenidas en un ordenamiento jurídico.

.- Si existe un conflicto de leyes que amerita una solución, es porque los diversos ordenamientos jurídicos con que se conecta el contrato tienen eficacia *ex proprio vigore* y no por virtud de la autonomía de los contratantes.

Si la voluntad de las partes fuese la única explicación para la aplicación de un ordenamiento jurídico, entonces nunca habría un verdadero conflicto de leyes o, peor aún, el conflicto de leyes sería gobernado por las leyes principales de la economía: oferta y demanda.

.- El *pactum de lege utenda* no puede ser considerado como un vínculo capaz de conectar el contrato con otro ordenamiento jurídico, por mérito propio.

Si la autonomía de la voluntad de los sujetos no tiene el poder de sustraerlos del ordenamiento jurídico, quiere decir que esa autonomía no es capaz de internacionalizar al contrato *per se*. Lo contrario sería admitir que los sujetos tienen plena libertad de decidir a cuál ordenamiento jurídico someterse, incluso en contratos domésticos. Así, está proscrita la elección de Derecho en los casos que no tengan vínculos materiales y efectivos con dos o más ordenamientos jurídicos. Es necesaria la localización del contrato con fundamento en vínculos objetivos e independientes de la voluntad de las partes, o más específicamente, de la elección de Derecho aplicable.

.- No puede haber un contrato sin ley, tanto como no puede haber una persona completamente desconectada de cualquier Derecho.

Todas las personas están vinculadas, por múltiples factores, con uno o más ordenamientos jurídicos. El solo hecho de existir en un lugar y momento dado, significa que se está geográficamente ubicado y eso nos conecta con algún juego de reglas, nacionales o internacionales, destinadas a fomentar la paz y la armonía social, bien de una nación o del concierto de las naciones. En este sentido, la teoría de la sede de la relación jurídica es fundamentalmente objetiva. Sin embargo, no debe olvidarse que el propio Savigny admitía la autonomía de la voluntad en materia contractual con máxima laxitud<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Puede observarse desde Savigny que la necesidad de emplear ambas concepciones es, particularmente clara en el conflicto de leyes en materia contractual. Savigny utilizó tanto la autonomía de la voluntad, con una admisión amplísima y marcadamente subjetiva, como la

.- Entre el Estado y el individuo, deberá preferirse al primero, toda vez que representa los intereses colectivos.

Los intereses individuales deben ceder ante aquellos intereses colectivos recogidos en las leyes de un Estado (leyes de policía, normas de Derecho material de aplicación necesaria), o ante los principios generales que fundamentan la estructura del orden jurídico mismo, u orden público internacional (que también atiende a intereses colectivos).

.- Con la elección de Derecho, las partes subordinan su relación a un ordenamiento jurídico dado.

Hecha la elección de Derecho, se entienden aplicables todas las disposiciones del ordenamiento jurídico escogido. Se trata de un sistema jurídico y como tal debe ser aplicado. No pueden los contratantes substraerse al poder normativo del Derecho elegido ni fraccionarlo a su antojo.

#### **b. Críticas a la concepción objetiva de la autonomía de las partes**

El objetivismo le resta toda autoridad a la voluntad de las partes y exagera los poderes del Estado, cayendo en el extremo opuesto del subjetivismo. En ese caso, sería el Estado el que podría incurrir en excesos que comprometerían de un modo más grave, no solo los intereses de las partes, sino los intereses colectivos, por el ejercicio absoluto y arbitrario del poder. También se olvida esta tesis que, a pesar de las normas de conflicto, la remisión a un Derecho extranjero sigue siendo sumisión del caso a un Derecho interno o local, en esa medida inepto para regir situaciones con elementos extraños y que la *electio juris* ha sido admitida como un método para que los contratantes alcancen el Derecho más adecuado posible, a pesar de las limitaciones impuestas por su propia esencia nacional.

La existencia del contrato sin ley, tan ampliamente negada por la doctrina objetiva, resulta parcialmente corroborada por los hechos. Esto es, la inmensa mayoría de los contratos que gobiernan el intercambio de bienes y servicios, en el Derecho interno e internacional, nacen, producen plenos efectos y se extinguen con arreglo exclusivo a la voluntad de los contratantes. Solo cuando surge un conflicto, el recurso a la ley es inevitable y, aún en ese

---

conexión objetiva, pero con carácter subsidiario y sin perder de vista los aspectos subjetivos. Ver: Savigny, *Diritto romano...*, ob. cit., pp. 256-257.

caso, debe observarse estrictamente la voluntad concurrente de las partes, expresada en el contrato. En la vida real, muchos contratos transitan de principio a fin, sin una sumisión lógicamente sustentable a ningún Derecho, como no sea la propia voluntad de las partes. Que sea probable que sus efectos no fuesen judicialmente exigibles, no quiere decir que económicamente no haya existido y, no debe perderse de vista, que el contrato satisface necesidades que, a su vez, son el objeto de estudio de la economía. No se trata de denunciar una cifra negra de contratos irregulares, sino de subrayar que, en la mayoría de las ocasiones, las nulidades están supeditadas a la propia voluntad de las partes quienes pueden confirmar o ratificar el contrato, o simplemente abstenerse de denunciar judicialmente el contrato, decisión que normalmente tomarán, guiados por razones económicas (necesidades)<sup>106</sup>.

### 3. Concepción ecléctica de la autonomía de las partes

En medio de estas dos concepciones se encuentra el equilibrio. Batiffol en Francia, trató de elaborar una tesis intermedia en la que la autonomía de las partes se convertía en un factor de localización, que debía ser valorado juntamente con los demás vínculos del contrato, para descubrir cuál era la sede de la relación contractual. Batiffol tiene el mérito de haber advertido que una autonomía de las partes irrestricta podía conducir a excesos y absurdos (por ejemplo, la elección de un Derecho ajeno al contrato que lo declarase nulo), tanto como una estricta sumisión al Derecho objetivo destruía la previsibilidad y certeza de los resultados del contrato. A nuestro juicio, se le restó mucha importancia a la autonomía al convertirla en un mero elemento de localización (aunque fuese el más importante). Su doctrina fue determinante de la suerte de la autonomía de las partes en el Derecho francés, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es conveniente destacar que, aunque Batiffol le diera una importancia de primer orden al Derecho indicado por las partes, en su concepción el juez tenía el poder de corregir los resultados absurdos que esa indicación produjese, apartándose de la indicación hecha por los contratantes<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Código Civil venezolano, arts. 1.346 ss.

<sup>107</sup> Para mayor referencia ver: Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 38-41. Igualmente, Batiffol, Henri / Paul Lagarde, *Droit international privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, Tome II.

Ahora bien, no es sino a través del estudio de las normas conflictuales de los contratos en la legislación comparada, que se evidenciarán los aportes más importantes de cada teoría que, en su expresión legislativa han adquirido siempre visos eclécticos.

#### **a. Regulación de la autonomía de las partes en la legislación contemporánea**

La autonomía de las partes o autonomía conflictual es uno de los principios generalmente aceptados por el DIP a nivel mundial y recogido, bien por la jurisprudencia o bien en normas de Derecho positivo, en la mayoría de los países y aceptado por la doctrina contemporánea casi unánime.

En la actualidad se procura alcanzar un equilibrio entre el individuo y el Estado, mediante la definición de áreas de preponderante influencia para cada uno, tal como ocurre con el equilibrio e interacción entre lo público y lo privado. En general se hacen a un lado los dogmas y las concepciones rígidas, para darle paso a criterios más flexibles que permitan valorar, caso por caso, el juego de los intereses individuales y colectivos, públicos y privados. Por otro lado, existen áreas en la contratación, más bien restringidas, en las que el libre juego de la voluntad para la elección de Derecho está proscrito de modo apriorístico, en aras de la protección de intereses superiores (por ejemplo, seguros, negocios sobre inmuebles, etc.)<sup>108</sup>.

La mayor o menor amplitud con que se admite la autonomía de las partes en la legislación y jurisprudencia comparada, es el mejor índice de la influencia que cada orden jurídico ha recibido de ambas posturas. Sin embargo, nos atrevemos a afirmar que como regla general la doctrina objetiva solo ha servido para matizar o suplir a la doctrina subjetiva, que sigue siendo la predominante en cuanto concierne a nuestro objeto de estudio.

#### **b. Influencia de las concepciones subjetiva y objetiva de la autonomía de las partes en el Derecho internacional privado venezolano**

El sistema venezolano moderno de DIP de los contratos, tal como resulta de la interacción de la LDIP y la CIDACI, está fundamentalmente influenciado

---

<sup>108</sup> Dos empresas extranjeras, que importan y exportan bienes desde y hacia Venezuela, celebran un contrato de colaboración empresarial que integrará sus operaciones a nivel regional. Sus elementos extraños son de una importancia incuestionable. Sin embargo, una elección de Derecho no podría hacerles escapar de las normas contra la cartelización y las concentraciones económicas.

por la doctrina subjetiva, al igual que la doctrina mayoritaria venezolana. Veamos:

El criterio principal para la determinación del Derecho aplicable a un contrato internacional es la autonomía de la voluntad, consagrada en los términos más amplios posibles<sup>109</sup> y con carácter vinculante (no es un factor de localización sino una verdadera elección)<sup>110</sup>.

En efecto, bien sea bajo la CIDACI o la LDIP, las partes de un contrato gozan de la más amplia autonomía para escoger el Derecho aplicable a su acuerdo de voluntades: (i) pueden escoger cualquier Derecho vinculado o no con el contrato; (ii) pueden escoger dos o más Derechos para cada parte separable del contrato; (iii) pueden escoger el Derecho aplicable para una única parte del contrato; (iv) la elección del Derecho aplicable puede ser hecha en cualquier tiempo; (v) pueden modificar el Derecho elegido; (vi) pueden hacer una indicación de Derecho con efectos materiales (incorporación); (vii) pueden excluir la aplicación de un Derecho en particular, etc.<sup>111</sup>.

La elección de Derecho hecha por las partes tiene efectos vinculantes para el Tribunal venezolano. No se trata de un mero factor de localización, es una verdadera elección que somete el contrato al sistema jurídico elegido, lo que de suyo encierra el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes.<sup>112</sup> Por su parte, el operador jurídico no podrá desaplicar el Derecho elegido por las partes (hay excepciones como quedará establecido).

Es un lugar común en la doctrina nacional y comparada afirmar que la autonomía de las partes persigue la protección de las legítimas expectativas de las partes, formadas en virtud del libre juego de sus voluntades. Otros argumentos se invocan, los que serán analizados en detalle más adelante, pero no queda duda que el principio base del Derecho conflictual de los contratos es

---

<sup>109</sup> En palabras de la Exposición de Motivos de la LDIP: “Entre estas orientaciones -las de la Ley- destacan: la total libertad de la voluntad de las partes para escoger el Derecho aplicable...” En el mismo sentido y con una indiscutible postura subjetivista, la Dra. Maekelt expone: “...En relación a las obligaciones convencionales se destaca la consagración del principio de la autonomía de las partes, para la determinación del Derecho aplicable, sin establecer restricción alguna”. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 100, 145.

<sup>110</sup> CIDACI, art. 7; LDIP, art. 29.

<sup>111</sup> Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit. pp. 73 ss.

<sup>112</sup> El poder de la voluntad de darse su propio gobierno llega así límite de elegir el sometimiento o subordinación de la propia voluntad a reglas heterónomas.

el respeto a la voluntad de los contratantes y la protección de sus legítimas expectativas.

El subjetivismo de nuestra doctrina es advertido por Santos Belandro, cuando refiere que:

En la Reunión de Expertos de Tucson, el profesor Parra Aranguren abogó para que se reconociera en la Convención a los celebrantes, la posibilidad de pactar una elección de ley aplicable no necesariamente vigente al momento de la celebración del contrato y además que ellas pudieran establecer que dicha ley podía quedar intocada por las modificaciones o derogaciones futuras que impusiere el Estado que la aprobó. Esta postura doctrinaria -muy afín a la corriente subjetiva pura- significaría contractualizar totalmente al Derecho objetivo...

Acierta Santos Belandro al señalar que esta es una postura marcadamente subjetivista, sin embargo, coincidimos con el Dr. Parra en que la voluntad de las partes de someterse a un ordenamiento jurídico tal como está al momento de su elección debe tener algún efecto. Cuando menos debería reconocerse a una cláusula de ese tipo, para preservar las legítimas expectativas de las partes, que es de naturaleza mutable: puede pasar de ser una verdadera cláusula de elección, a ser una cláusula de incorporación o cláusula material. Dicho de otro modo, puede entenderse que las partes al emplear una *freezing clause* efectúan una elección de Derecho válida, pero cuya naturaleza conflictual o material está sometida a una condición simultáneamente resolutoria y suspensiva: si la legislación indicada por las partes es modificada, se resuelven los efectos de su carácter de elección conflictual, y comienza a producir efectos como una cláusula de elección material aplicándose las disposiciones del Derecho indicado, por incorporación al contrato, tal como fueron conocidas y queridas por las partes al contratar<sup>113</sup>.

La recepción de las ideas del subjetivismo en nuestro sistema es todavía más clara en la CIDACI<sup>114</sup>. La Convención señala que las partes deben hacer su elección en forma expresa, pero que, en ausencia de esa expresión, puede considerarse una elección tácita. En efecto, a falta de acuerdo expreso se prevé que "...debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de sus cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto...". Esto pone en evidencia la importancia especial que se le asigna a los individuos y

<sup>113</sup> En este sentido, ver: Esplugues Mota, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 84.

<sup>114</sup> Ver: CIDACI, art. 7.

a su voluntad en la determinación del Derecho aplicable para regir su convención. Si llegare a faltar la voluntad expresa, el operador de justicia tiene que cerciorarse que las partes no hayan manifestado tácitamente su preferencia por un cierto ordenamiento jurídico, pues si lo hicieren, a pesar de su carácter tácito, tendrá preferencia a los demás criterios de selección de la ley aplicable (principio de proximidad). En otras palabras, la Convención le dio preferencia incluso a la voluntad tácita de las partes, por encima de los criterios empleados directamente por el legislador para resolver el conflicto de leyes en caso de duda<sup>115</sup>.

Igualmente, el artículo 7 primer párrafo de la CIDACI admite ampliamente el derecho de las partes de fraccionar el contrato, con lo que se le reconoce el poder a la voluntad de los contratantes de señalarle límites a los ordenamientos jurídicos elegidos, con relación al contrato (ese poder puede definir el radio dentro del cual las normas del Derecho elegido, supletorias o imperativas, pueden actuar). En otras palabras, el *dépeçage* o fraccionamiento del contrato es típicamente subjetivo y representa un verdadero avance en nuestra materia. Si bien nuestra LDIP no prevé expresamente esta figura, a nuestro juicio no queda duda que se trata de una institución general del DIP cuya aplicación debe ser reconocida al operador de justicia venezolano, cuando menos por vía de los principios generales del DIP venezolano habida cuenta de su recepción en la CIDACI, ley de la República.

La circunstancia que las partes devienen autorizadas para escoger cualquier Derecho, sin necesidad de que el mismo tenga vínculos o contactos objetivos con el contrato, es otra evidencia más del influjo subjetivo de nuestro sistema. En contraposición, sistemas como el español o el norteamericano, admiten la autonomía de las partes, pero limitan las posibilidades de elección de las partes contratantes a los Derechos que estén objetivamente vinculados con el contrato. Con este límite, se reconoce que la voluntad de las partes *per se* no es capaz de atribuirle competencia legislativa a un Derecho, que requiere para ello contactos o vínculos materiales y efectivos distintos de la voluntad de los contratantes. Entre otras críticas puede señalarse que el contrato es, en su totalidad, el resultado de las voluntades de dos o más personas quienes deciden si contratar o no, con quién lo hacen y fijan el contenido de sus pres-

---

<sup>115</sup> Voluntad tácita que no presunta.

taciones y contraprestaciones; toda vez que cuando deciden celebrar un contrato en el extranjero, o cuando deciden que el contrato sea cumplido en el extranjero, lo mismo que si aceptan contratar con una persona domiciliada en el extranjero, etc., también lo hacen en ejercicio autónomo de su voluntad. Otra de las características típicas del subjetivismo recibidas por nuestro sistema, es la exclusión del reenvío en materia contractual, expresamente recogida en el artículo 17 de la CIDACI. Con ello se admite que las partes no solo pueden definir a qué partes del contrato podrán aplicarse las disposiciones de cierto Derecho, sino que se acepta que –con la elección de Derecho– quedan excluidas las normas de conflicto del Derecho indicado. Se ha argumentado a favor de esto, que cuando las partes eligen un Derecho extranjero lo hacen en búsqueda de previsibilidad y certeza y que, la remisión a sus normas de conflicto acabaría con esa aspiración. También se ha dicho que la elección de un Derecho extranjero se hace habida cuenta de las soluciones contenidas en sus reglas materiales y no de sus normas de conflicto. Todo esto no es más que la recepción del subjetivismo en el sistema de DIP venezolano, respecto de la autonomía de las partes.

En nuestra doctrina encontramos otro ejemplo de marcada inclinación subjetivista en el Dr. Giral, quien hace una afanada exposición en contra de la doctrina de la internacionalidad objetiva del contrato y a favor de la más amplia recepción de la autonomía de las partes, que le lleva –entre otras conclusiones– a considerar admisible la validez de una elección de Derecho hecha en un contrato doméstico<sup>116</sup>.

En un extremo de la interpretación, podría afirmarse que, tanto del texto de la CIDACI como de la LDIP, es posible admitir que las partes sometan su acuerdo de voluntades a la aplicación de la *Lex mercatoria*, lo que podría concluirse de una lectura laxa de los artículos 31 de la LDIP y 10 de la CIDACI. Idénticos en su regulación, le ordenan al juez aplicar “...cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial

---

<sup>116</sup> Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., p. 154. Igualmente, se ha señalado a favor de esta amplitud, que los mismos argumentos empleados para la elección de cualquier Derecho en el DIP, p. ej., los criterios de especialidad o perfeccionamiento del Derecho elegido deberían valer. En este sentido, tal como expusimos con ocasión de la opinión del Dr. Parra, deberían reconocérsele efectos a dicha expresión de la voluntad de los contratantes, cuando menos a título de incorporación de las disposiciones supletorias o facultativas del Derecho indicado.

internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación...”. No queda clara la expresión “cuando corresponda”, pero puede alegarse que el caso más claro en que correspondería esa aplicación es justamente el caso en que haya sido elegido por las partes. A ello podría agregarse el artículo 3 de la CIDACI y la circunstancia, tantas veces referida, que la aplicación de un Derecho estatal solo resuelve parcialmente las necesidades de regulación del contrato internacional. No faltará quien diga que la Convención solo permite la elección de un Derecho estatal (arts. 2, 9 y muy especialmente el art. 17 de la CIDACI).

Como muestra culminante del carácter predominantemente subjetivo de nuestro sistema, la Dra. Maekelt apoya firmemente la tesis de la autonomía internacional del contrato, esto es, respetar la internacionalidad del contrato evitando supeditarlos a los Derechos internos y fomentando, en cambio, su sumisión a otras fuentes como la *Lex mercatoria* y los principios generales del Derecho comercial internacional<sup>117</sup>.

Finalmente, nuestra hipótesis de trabajo no hace más que inscribirse en este carácter eminentemente subjetivo del tema, para proponer la preservación del negocio cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes conduzca a la declaratoria de ineficacia de todo o parte del contrato, con especial recurso al principio de proximidad como parte del método para efectuar dicha valoración, al *dépeçage* judicial como método de corrección y a la realización de los objetivos de las normas de conflicto venezolanas.

Como aportes del objetivismo al sistema conflictual en materia contractual en Venezuela, pueden señalarse entre otros los siguientes:

Por virtud de la cláusula de elección, las partes -y su contrato- quedan sometidas al Derecho indicado, como un ordenamiento jurídico con toda su fuerza normativa, incluyendo sus normas imperativas. Por otro lado, las

---

<sup>117</sup> Al comentar la CIDACI, la Dra. Maekelt ha concluido que “Sus méritos específicos, tales como la amplia aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes, introducción del factor de conexión: ‘vínculos más estrechos con el caso’ (principio de la proximidad) y **la autonomía internacional del contrato, sin supeditarlos al Derecho interno de cada Estado y ofreciendo la posibilidad de someterlos a otras fuentes, como la *Lex mercatoria* y los principios generales del Derecho comercial internacional**, son elementos que convierten esta Convención en uno de los instrumentos más útiles para incrementar el desarrollo de las relaciones comerciales de la región y fuera de ella, así como en el ejemplo de la evolución del Derecho Internacional Privado del siglo XX”. (Destacado nuestro). B. de Maekelt, *La flexibilización...*, ob. cit. p. 287.

disposiciones imperativas y el orden público internacional del foro deben respetarse, lo que subraya que el carácter normativo de las leyes no dimana de la voluntad de los individuos y que esta última, a su vez, puede quedar sometida a los preceptos de la ley. Igualmente, se le confiere al juez la discrecionalidad para resolver, en el caso concreto, la aplicación de las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. En este sentido se expresa la CIDACI en su artículo 11.

A falta de una elección de Derecho válida, se aplicará el Derecho que tenga los vínculos más estrechos con el contrato. Esta solución, conocida como el principio de proximidad, también está orientada a la protección de las legítimas expectativas de las partes, pero se construye sobre la idea de la localización del contrato (heredera de la sede de la relación jurídica de Savigny). En este sentido, el criterio subsidiario empleado en la generalidad de los ordenamientos jurídicos modernos, para suplir las carencias de la autonomía de las partes, es de inspiración objetiva.<sup>118</sup>

La CIDACI expresamente autoriza al juez, aunque de modo excepcional, para realizar el *dépeçage* del contrato internacional y someter una parte del mismo a un Derecho distinto del indicado por la *lex contractus*, si esa parte del contrato demuestra un vínculo más estrecho con otro Derecho. Si bien el *dépeçage* es típicamente subjetivo, en este caso se reconoce la importancia de la localización a los efectos de atribuir la competencia legislativa, lo que tiene un tinte en sí mismo ecléctico y pasa por el reconocimiento que la norma de conflicto siempre indica un Derecho nacional como el Derecho aplicable. Algún sector de la doctrina considera que este *dépeçage* está limitado a los casos de actuación del principio de proximidad y no a los casos de elección de Derecho por las partes, sin embargo, somos del criterio que ese poder es conferido al juez no solo por virtud de la localización –que deviene una justificación– sino por causa del deber de procurar la realización de la justicia. Por ello, debería reconocerse este poder al operador jurídico, incluso cuando las partes hubieren hecho una elección de Derecho.

En Venezuela, la Dra. Maekelt ha sostenido, con bastante acierto a nuestro juicio, que el principio de proximidad (criterio objetivo) puede emplearse

---

<sup>118</sup> Algunos sistemas, extremando el criterio subjetivo, llegaron a postular como solución a la falta de voluntad expresa o tácita, una investigación de la voluntad presunta de las partes, todo con el afán de someter el contrato al imperio de la “voluntad”.

para revisar y controlar los resultados producidos por la autonomía de las partes (criterio subjetivo), esto es, como un criterio de valoración de la justicia del caso. En este sentido, una de las razones por las cuales Batiffol le restó fuerza a la autonomía de las partes para convertirla en un mero elemento de localización fue, precisamente, que de ese modo el operador de justicia podía controlar los efectos de una elección caprichosa o errática. Un caso de ello sería, por ejemplo, que el Derecho escogido anulase el contrato. El planteamiento es válido y posible, pero Batiffol escoge un método apriorístico para resolverlo que, en esa misma medida, es contrario a la flexibilidad y a la tolerancia como paradigmas del DIP contemporáneo. Nos luce más adecuada, por su flexibilidad, la propuesta de la Dra. Maekelt, que ofrece mejores posibilidades de alcanzar los objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas, cuando en sus comentarios al régimen de la Convención de México dice que:

...Otro paso adelante es el hecho que el principio de la relación más significativa no solo se pueda aplicar a falta de manifestación de la autonomía de las partes, sino también en aquellos casos en que las partes hayan determinado el Derecho, supuesto en el que podrá revisarse dicha elección en función de la relación más significativa, con el objeto de lograr la justicia material del caso concreto...<sup>119</sup>.

El reconocimiento del Derecho de las partes para elegir el Derecho aplicable a su acuerdo de voluntades, así como la validez misma de esa elección, son determinadas por un ordenamiento jurídico local.

Finalmente, y en consideración al hecho que la decisión a ser dictada por el operador de justicia deberá ser eventualmente ejecutada en algún foro, es prudente que, en la evaluación del Derecho elegido por las partes, o indicado por el principio de proximidad, se tomen en cuenta las posibilidades de ejecución de dicha decisión. Esta es una postura típicamente objetiva, toda vez que reconoce, entre otras cosas, que la voluntad de las partes no tiene el poder de doblegar a ningún ordenamiento jurídico y que, antes bien, esa voluntad debe cumplir ciertos requisitos para recibir tutela por parte del Estado. Es el llamado principio de efectividad, enunciado por Dollinger

*...In choosing the applicable law a court should consider the enforceability of the decision based on that law. In other words, a choice of law that leads to a result that will not be enforced in the jurisdiction where it would normally*

---

<sup>119</sup> Ver B. de Maekelt, La flexibilización..., ob. cit., p. 266.

*have to be enforced is not a good choice. Professor Wilhelm Wengler, in his course at this Academy, has set this idea in a very clear manner: "Every forum should apply to every legal question... the appropriate rule enacted by the state which has the greatest chance to ensure the carrying into effect of its rule... So effectivity is a principle that can either lead a court to choose another law that the normally applicable according to its conflict provisions, or can result in a jurisdictional solution, for example, the decliner of the exercise of jurisdiction..."*<sup>120</sup>.

La autonomía de la voluntad no sustrae al contrato del mundo real, por ello, tampoco lo sustrae del respeto a los parámetros de mínima observancia fijados por los diferentes Derechos vinculados con un contrato, esto es, las normas imperativas o leyes de policía. Así las cosas, la elección de Derecho formulada por los contratantes no deroga las disposiciones imperativas de la *lex fori*. Para algunos, ni siquiera puede ser usada para escapar de la aplicación de las normas imperativas que hubieran sido aplicadas, si no hubiese habido elección voluntaria.

En vista de lo anterior, podemos concluir que el sistema venezolano de DIP de los Contratos está construido principalmente en criterios de inspiración subjetiva; que estos criterios subjetivos deben ser la brújula para el funcionamiento de las normas de conflicto venezolanas; que esta influencia de los criterios de inspiración subjetiva ha sido el motor de la flexibilización de nuestras reglas en la materia; que el recurso a criterios de inspiración objetiva es más bien de índole (i) contralora, para asegurar la realización de la justicia y (ii) subsidiaria, toda vez que el criterio principal y más próximo a los objetivos de las normas venezolanas, es el de la autonomía de las partes; que, finalmente, el operador de justicia está legitimado para apelar incluso a la *Lex mercatoria* para resolver el caso concreto conforme a los ideales de justicia y equidad en el caso concreto.

---

<sup>120</sup> Nos parece que, aun cuando la doctrina del *forum non conveniens* no sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico como válvula para la declinación de la jurisdicción, sí podría ser aceptado como un mecanismo para la desaplicación total o parcial de la ley aplicable a un caso concreto, haya sido elegida por las partes o establecida por el principio de proximidad. como expresa Dollinger, cuando su aplicación comprometa el reconocimiento de la decisión por parte del Estado que tiene las mejores probabilidades de hacer cumplir la decisión. Ver: Dollinger, Jacob, *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*, The Hague / Boston / London, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 268-272.

## **B. Relación y diferencias entre la autonomía de las partes y la autonomía de la voluntad**

Ya se ha dicho que, por virtud de la autonomía de la voluntad, los individuos son libres de decidir si contratan o no, con quien lo hacen y el contenido y alcance de sus compromisos. En los contratos domésticos, esto significa, en alguna medida una *electio juris*, por virtud de la cual los contratantes son libres de: (i) dejar la regulación de su contrato –o partes del mismo– al régimen supletorio de la ley; o (ii) crear por su propia voluntad las reglas que habrán de gobernar la mayor parte de su relación jurídica. Decimos la mayor parte, toda vez que el ordenamiento jurídico local, siempre tendrá un nivel de intervención en el control de las relaciones jurídicas –aunque sea mínimo– fijándole límites, internos o externos, por obra de las normas imperativas y el orden público (interno).

Dicho lo anterior, debemos admitir que los contactos entre la autonomía de la voluntad y la autonomía de las partes son innegables, sin embargo, ameritan alguna revisión.

En los contratos domésticos las partes contratantes ejercitan su autonomía de la voluntad en los términos ya señalados y, cuando fallan en su regulación (vacíos o ambigüedades), quedan a la suerte de las normas supletorias del único Derecho con el cual se vincula su relación jurídica. Esto es así, porque tratándose de un contrato doméstico, sus efectos solo son jurídicamente relevantes de cara al ordenamiento jurídico del foro, en la medida que el respeto o irrespeto a la disciplina del contrato solo es capaz de afectar la armonía social dentro de ese Estado. En los contratos internacionales las partes contratantes también ejercitan su autonomía de la voluntad, toda vez que resuelven si contratan o no, con quién lo hacen en qué términos y condiciones y el contenido de sus prestaciones y contraprestaciones (derechos y obligaciones), pero al igual que ocurre en el contrato doméstico es siempre posible y, por cierto frecuente, que en el contrato queden aspectos de la relación jurídica sin una regulación expresa, o que alguna parte del contrato sea de difícil inteligencia. Así las cosas, hay ocasiones en las que el contrato internacional, al igual que el contrato doméstico, queda a la suerte de las reglas supletorias.

En este sentido, la dificultad en el contrato internacional consiste en que no está claro cuál debe considerarse ese orden jurídico supletorio, toda vez que el contrato es capaz de producir sus efectos en diversos Estados. Así las cosas,

uno de los propósitos de la autonomía de las partes y, en general de las normas de conflicto en materia contractual, es fijar ese Derecho que debe regular de manera supletoria el contrato internacional.

En los contratos domésticos, la autonomía de la voluntad es capaz de crear normas *inter-alia* susceptibles de ser amparadas por el ordenamiento jurídico y de ser exigibles por intermedio de órganos del aparato estatal, en tanto en cuanto esa voluntad sea ejercida conforme a ciertos parámetros preestablecidos por el ordenamiento jurídico, que condicionan la existencia y validez del mismo, esto es, en ausencia de los cuales el Estado podría verse impedido de respaldar el contrato –o una parte del mismo– y hacerlo cumplir. Asimismo, las partes de un contrato internacional pueden aspirar a que las normas que han creado para gobernar su convención sean amparadas por algún ordenamiento jurídico y que, en caso de ser necesario, intervenga algún órgano del aparato estatal para asegurar la ejecución del contrato internacional.

En este caso, la primera dificultad surge de la propia internacionalidad del contrato, toda vez que la función económico-social que cumple el contrato en el escenario internacional desborda todos los marcos normativos locales. Dicho de otro modo, las necesidades del contrato internacional muy difícilmente pueden ser satisfechas a cabalidad por un ordenamiento jurídico local y, a la inversa, vista sus propias características es también difícil que un contrato internacional satisfaga todas las exigencias que hacen los derechos locales.

La solución ideal sería una regulación uniforme del Derecho material, de vigencia universal, pero ello luce poco menos que imposible. Al menos, no es algo que nuestra generación parezca llamada a presenciar. Por ello, el método conflictual sigue siendo la alternativa, eso sí, en su variante neoclásica, enriquecida con criterios flexibilizadores e instituciones correctivas que permitan acercar las decisiones al ideal de justicia.

Es en este escenario que, junto con la autonomía de la voluntad, se desarrolla la autonomía de las partes, como un método para la determinación del Derecho que habrá de gobernar supletoriamente los vacíos del contrato, que habrá de asistir en la interpretación de sus cláusulas y que servirá las bases para evaluar la eficacia del negocio jurídico contractual.

Luego, en el contrato internacional se pueden encontrar en juego, simultáneamente, la autonomía de la voluntad por cuya virtud los contratantes fijan

el contenido de las prestaciones y contraprestaciones que se prometen (derechos y obligaciones) y las modalidades para su ejecución (término y condición), y la autonomía de las partes que se encarga de señalar el Derecho que deberá ser tenido en cuenta para llenar los vacíos que la autonomía de la voluntad no alcanzó a regular, así como para resolver las dudas surgidas en la interpretación de esa voluntad, al mismo tiempo que indica el ordenamiento jurídico que debería gobernar los requisitos de eficacia del contrato y del *pactum de lege utenda* en sí mismo.

Así, una diferencia de meridiana importancia, es que la autonomía de la voluntad no es capaz de señalarse a sí misma los requisitos de eficacia que debe cumplir, mientras que la autonomía de las partes no solo fija el Derecho supletorio de la autonomía de la voluntad, sino que indica el Derecho conforme al cual se evaluará la eficacia de esa voluntad y, todavía más, la eficacia de la propia autonomía de las partes (excepción hecha de la existencia del *pactum de lege utenda* y del contrato como un todo, que admiten un *dépeçage* para aplicar la ley de la residencia o establecimiento de la parte que dice “no haber consentido”). Por otro lado, la autonomía de la voluntad es capaz de escoger o desechar las reglas facultativas del Derecho local, pero no podría excluir la aplicación de las leyes en que esté interesado el orden público. La autonomía de las partes, en cambio, no solo sirve para excluir las leyes facultativas del foro y suplirlas con unas extranjeras, sino que tiene el poder de derogar en general la aplicación del Derecho material del foro para la resolución de la controversia.

Como ha quedado establecido, la regla general es que la elección de Derecho produce una sumisión de las partes y del contrato a un ordenamiento jurídico estatal, y no una mera incorporación de sus reglas al contrato, luego, esto condiciona la eficacia del contrato mismo al cumplimiento de las exigencias fijadas por el Derecho elegido. Puede argumentarse que esto es artificioso, toda vez que la razón por la cual se aplican esos requisitos de eficacia, pudiera ser únicamente la elección hecha por las partes contratantes y que ello conllevaría un reconocimiento de poder a la autonomía de las partes, de tinte demasiado subjetivista. Sin embargo, debemos recordar que, en el subjetivismo puro, el contrato llega a ser considerado intrínsecamente válido, por lo que la sola circunstancia de que estemos hablando de la elección del Derecho aplicable para fijar los requisitos de existencia y validez es, en sí misma,

típicamente objetiva. Asimismo, hablar de sumisión voluntaria a un ordenamiento jurídico y no de incorporación, es otro de los matices que aporta el objetivismo y que se admite hoy día en forma general por la doctrina.

A todo evento, como expusimos con antelación, la determinación final sobre si la elección de Derecho hecha por las partes debe ser considerada como una sumisión al Derecho indicado o una mera incorporación, dependerá de las exigencias de la justicia y la equidad en el caso concreto.

Es en este mismo tema de la interrelación autonomía de la voluntad / autonomía de las partes, que se puede evaluar el tema del contrato sin ley. Una de las conclusiones más intimidantes del subjetivismo es afirmar que puede haber un contrato internacional sin ley, en el sentido que las partes podrían excluir la aplicación a su contrato de cualquier norma imperativa de cualquier Estado, incluso las partes podrían indicar que la única fuente válida para la resolución de sus eventuales inconvenientes sería el contrato, o acudir a una fuente no estatal como la *Lex mercatoria*. En reacción a esto, el objetivismo, después de duras críticas logró varias concesiones, ya mencionadas, que hacen que en el marco del DIP no pueda hablarse con propiedad de un contrato sin ley<sup>121</sup>.

Un asunto más complicado, es este de saber si las partes pueden hacer una elección en sentido negativo, esto es, escoger cuál o cuáles Derechos no se aplicarán a su contrato. No se trata de un asunto sencillo, toda vez que un pacto de *exclusio juris* podría señalar por ejemplo que “...en caso de ser necesario proceder a la determinación del Derecho competente, ambas partes convienen que su contrato no deberá ser en modo alguno sometido al Derecho más estrechamente vinculado...”, con lo cual entraría en contradicción con el principio de proximidad; incluso, las partes de un contrato podrían incluir una cláusula expresa en la que prevean que “...en caso de ser necesario proceder a la determinación del Derecho competente, ambas partes convienen que su contrato no deberá ser en modo alguno sometido a un Derecho

---

<sup>121</sup> Cualquier contrato internacional sometido al conocimiento de un operador de justicia venezolano, estará siempre sometido al control previo y posterior que dictan las normas imperativas y el orden público internacional de la *lex fori*, así como al control de las disposiciones imperativas y de los principios fundamentales del Derecho escogido, y en caso de ser necesario, a las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados.

que anule todo el contrato o alguna de sus partes...”<sup>122</sup>, dejando al operador de justicia en libertad de acudir a cualquier otro Derecho, más o menos vinculado con el contrato, que lo valide y coadyuve a la preservación de sus legítimas expectativas.

Veamos. Cuando el ordenamiento jurídico reconoce la autonomía de la voluntad como el primer criterio para la determinación del Derecho competente en materia de contratos internacionales, con la amplitud con que se reconoce este poder en el Derecho venezolano, lo que hace es autorizar a las partes a elegir cualquier Derecho y, con ello, derogar la aplicación a su contrato de los demás ordenamientos jurídicos material y efectivamente vinculados con el mismo. Pero lo más importante, a nuestro juicio, es que la actuación de la autonomía de las partes sí que excluye la aplicación de la regla que consagra el principio de proximidad<sup>123</sup>. Así las cosas, la respuesta al primer planteamiento creemos que debe favorecer la validez de la cláusula que excluye la aplicación del principio de proximidad para escoger el Derecho aplicable al contrato. Quien puede lo más, puede lo menos. Por vía de consecuencia, si las partes excluyen expresamente la aplicación del Derecho del país X a su contrato, sin hacer una elección expresa y, el operador jurídico en aplicación del principio de proximidad descubre que el Derecho más directamente vinculado con el contrato es el Derecho de X, deberá abstenerse de aplicar el Derecho de X a ese contrato. Proceder de otro modo, sería negarle todo poder a la autonomía de las partes.

Ahora bien, en cuanto concierne al segundo supuesto, la respuesta es más delicada. A favor de una cláusula de ese tipo, podemos argumentar que, aun cuando no la hubieren pactado expresamente, esa cláusula es tácita y se entiende incorporada en todo contrato internacional. Igualmente, puede argumentarse que una cláusula tal solo incorpora al contrato lo que ya es un principio general del Derecho, como lo es la regla de preservación del negocio o

---

<sup>122</sup> Otra modalidad de estipulación podría ser: “En caso de ser necesario proceder a la determinación del derecho competente, ambas partes convienen que las disposiciones del derecho indicado se aplicarán con exclusión de aquellas que anulen todo el contrato o alguna de sus partes...”; o también podría ser del siguiente tenor: “El presente contrato se regirá por el Derecho venezolano, con exclusión de aquellas normas que provean a su anulación total o parcial...”.

<sup>123</sup> No obstante que pueda acudirse al mismo en aras de la justicia del caso, se haría para corregir los efectos de la elección, y no porque fuese directamente aplicable.

*lex in favore negotii*<sup>124</sup>. En el mismo sentido, hemos afirmado con antelación que la primera expectativa –y la más legítima– de las partes, es que su negocio jurídico sea reputado como válido. Las dificultades surgen del tipo de interés que se tutela con las nulidades, lo que normalmente se conoce a partir del tipo de nulidad que resulta consagrada en la norma.

Luego, podríamos decir que, si se trata de nulidades relativas o anulabilidades, visto que tras ellas normalmente subyacen intereses particulares disponibles<sup>125</sup>, cualquiera de las cláusulas enunciadas como ejemplos sería plenamente eficaz. Específicamente en el caso de la cláusula que excluye la aplicación del Derecho que invalida su contrato, el operador jurídico debería considerar –antes de desaplicar enteramente un Derecho– realizar un *dépeçage* del contrato si, por ejemplo, el Derecho que invalida el contrato fuese el Derecho indicado por las partes o incluso el Derecho más estrechamente vinculado, sometiendo la parte del contrato que resultare así afectada, a la *validating law*.

Podría argumentarse que en tales casos se realiza un *dépeçage* de la ley y no del contrato, pero tal argumento es superfluo, toda vez que, siempre que las partes fraccionan el contrato para someter cada parte resultante a un Derecho distinto, delimitan el ámbito material dentro del cual le reconocen o atribuyen competencia a un ordenamiento jurídico para intervenir en su relación, esto es, hacen un *dépeçage* de la ley<sup>126</sup>.

Si, por el contrario, se tratase de nulidades absolutas en las que normalmente subyacen intereses públicos, a veces del gobierno de turno a veces de la

<sup>124</sup> Ver: Savigny, *Diritto romano...*, ob. cit., pp. 256-257.

<sup>125</sup> Los vicios que producen la anulabilidad de un contrato normalmente pueden ser subsanados (ratificación o confirmación), la acción para reclamarlos tiene una prescripción breve en comparación con las acciones personales ordinarias, y no producen efecto salvo que sean invocados judicialmente por la parte afectada.

<sup>126</sup> Si por ejemplo las partes deciden fraccionar el contrato, sometiendo todo lo relativo al pago de la prestación dineraria al Derecho del Estado Y, el operador jurídico deberá remitirse a las disposiciones facultativas e imperativas del Estado Y concernientes al pago. Nada tendría que buscar el juez en las leyes del Estado Y, sobre los derechos y obligaciones de las partes, que el contrato en cuestión produciría bajo ese Derecho, porque el Derecho de Y no tiene competencia sobre esa parte del contrato. Es un simple tema de categorías jurídicas. El juez solo debería revisar las disposiciones vinculadas con la parte del contrato (pago), tanto como se limitaría a revisar la legislación laboral en un problema laboral, o la legislación penal en un tema penal, o la legislación actual en un problema actual, y la legislación derogada en un asunto ocurrido bajo su vigencia.

colectividad, proponer una solución general se complica. Debemos comenzar determinando el grado de vinculación del contrato al Derecho que provee las normas que producen la nulidad radical del contrato, o de una de sus partes. Luego deberemos revisar la naturaleza de los intereses que resultarían tutelados de declararse la nulidad, en contraste con los intereses que resultarían perjudicados. Igualmente, debería evaluarse la importancia del daño sufrido por el Estado cuyo Derecho dejaría de aplicarse en caso de preservarse la eficacia del contrato –o cláusula– nula, todo ello teniendo en mente la realización de los objetivos venezolanos de las normas de conflicto y la búsqueda de la justicia del caso concreto.

La revisión del tema de la *exclusio juris* nos ha hecho adentrarnos un poco más en el problema que nos ocupa, pero no queremos agotar los puntos del análisis sin haber sentado las bases siguientes. En todo caso, baste con alarmar sobre la ligereza que implica declarar nulo un contrato o alguna parte del mismo, sin una revisión exhaustiva de los elementos señalados.

### **C. Fundamentos tradicionales de la autonomía de las partes**

En la doctrina nacional y comparada existen numerosos esfuerzos por sistematizar los fundamentos de la autonomía de las partes, sin embargo, en aras de la independencia del trabajo y sus conclusiones, preferimos recapitular estos aspectos. Se trata en esta oportunidad de analizarlos, ya no desde la perspectiva de objetivos de las normas de conflicto en materia contractual, lo que ha sido hecho con antelación, sino de precisar el contenido y alcance de las expresiones con que resultan frecuentemente enunciados estos fundamentos.

#### **1. Protección a las legítimas expectativas de las partes**

La protección a las legítimas expectativas de las partes es el fundamento por excelencia, para explicar la libertad concedida a las partes de un contrato internacional de escoger el o los Derechos que gobernarán su relación contractual. Representa el fundamento por excelencia de la autonomía de la voluntad tanto en el Derecho interno como en el DIP.

La necesidad de proteger las legítimas expectativas de las partes está emparentada con la seguridad jurídica<sup>127</sup>, toda vez que estas solo pueden ser expectativas y solo pueden ser legítimas, si el contenido y alcance de los Derechos y obligaciones derivados del contrato son previsibles. La previsibilidad permite a las partes contratantes saber, de un lado, cuál es el contenido de los derechos y obligaciones que adquieren, y de otro, conocer las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, pero el significado de la expresión legítimas expectativas de las partes no se agota en el conocimiento anticipado de los efectos que un contrato debería producir, sino en la certeza de que esos resultados finalmente se producirán. Todo lo que las partes aspiran del contrato es que cada una cumpla satisfactoriamente sus obligaciones, con lo que resultan simultáneamente satisfechos sus Derechos<sup>128</sup>.

En los casos que interesan al DIP, la presencia de elementos extraños que conectan la situación de hecho con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes puede desdibujar la noción de seguridad jurídica, desde el momento en que no se tiene certeza del Derecho que aplicará el juez para resolver la controversia. Puede decirse que la incertidumbre crece de manera directamente proporcional al número de contactos con otro u otros Derechos. La existencia de reglas de conflicto en el Derecho del foro puede atenuar tal incertidumbre, pero no la elimina y en infelices ocasiones la fomenta. En Venezuela contamos actualmente con dos instrumentos legales, uno de fuente internacional y el otro de fuente interna, que consagran reglas de conflicto específicas y subsidiariamente aplicables a los contratos internacionales, en caso de falta de elección por las partes. Pero la determinación y valoración de tales vínculos será hecha siempre por un tercero (juez o árbitro) y, si bien es cierto podemos especular acerca de cuál será la resolución del mismo, no

---

<sup>127</sup> De todos es bien sabido el especial rol que juega la Seguridad jurídica en el Círculo Romano-Germánico. La misma puede enunciarse como la previsibilidad y estabilidad de la respuesta de un ordenamiento jurídico frente a un supuesto de hecho dado. Como se señaló con antelación, dependiendo de los intereses tutelados, el Legislador puede dar preferencia a la justicia o a la Seguridad jurídica, según las exigencias propias del mantenimiento de la Paz Social.

<sup>128</sup> Como apuntara Hernández-Bretón: "...Lo que se persigue con una cláusula de Derecho aplicable es la conservación de las legítimas expectativas de las partes, quienes al elegir expresamente un Derecho lo hacen con miras a la certeza que supone conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y la previsibilidad del resultado de cualquier disputa o controversia relacionadas con el contrato...". Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., pp. 51-52.

podemos predecirla con total y absoluta seguridad, no en materia contractual y menos aún en todos los casos. Las consecuencias de desconocer el Derecho que será aplicado para la regulación de un contrato equivalen a desconocer la eficacia, alcance y extensión de los derechos y obligaciones de las partes, así como los remedios disponibles para los eventuales incumplimientos. Por todo lo anterior, se ha concluido que el mejor método para superar esta incertidumbre es que los contratantes escojan el o los Derechos que habrán de regular el mismo.

El normal cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones derivadas del contrato explica lo que las legítimas expectativas de las partes resumen. En consecuencia, cuando hablamos de la protección de las legítimas expectativas de las partes nos estamos refiriendo, de un lado, a la previsibilidad de los derechos y obligaciones adquiridos con el mismo, y del otro, a la tutela de la eficacia de la relación contractual, esto es, a un enunciado que rescata las verdaderas raíces del principio de la ley en favor del negocio en el ámbito sustancial<sup>129</sup>. Los contratantes tienen aspiraciones concretas, respecto de las cuales el contrato es solo un medio para su satisfacción, siendo entonces necesario prestar atención al contenido de la voluntad de los contratantes, expresado en las prestaciones y contraprestaciones pactadas y que cada uno aspira recibir y está dispuesto a realizar frente a la otra. Cuando se dice que la mejor ley aplicable al contrato internacional es el Derecho escogido por los contratantes<sup>130</sup>, es precisamente en el entendido que son las partes quienes mejor conocen las prestaciones y contraprestaciones que cada uno aspira recibir y está dispuesto a realizar.

---

<sup>129</sup> Debemos prestar especial atención al hecho que la consagración de la autonomía de las partes es una forma de favorecer la relación contractual, razón por la cual, cuando la elección de Derecho hecha por las partes conduce a la declaratoria de inexistencia o nulidad del mismo, resulta en una elección teleológicamente ineficaz. Tanto el art. 9 de la CIDACI como el art. 29 de LDIP prevén la posibilidad de elecciones de Derecho ineficaces, y disponen que en tales casos debe procederse como en ausencia de elección de Derecho, a aplicar el Derecho más estrechamente vinculado con el contrato.

<sup>130</sup> Ver: Giral Pimentel, José Alfredo, La teoría de las vinculaciones. El régimen de Ley aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad, en: *RFCJPUCV*, 2000, No. 117, pp. 23-24.

### a. Protección a la común intención de las partes

En el espectro de aspiraciones que se forman las partes de un contrato, pueden identificarse como se ha dicho con antelación, expectativas que deben calificarse como comunes a las partes. No se trata de un dar, hacer o no hacer que una parte espera de la otra, sino de un dar, hacer o no hacer que ambas partes esperan conseguir, gracias a la unión de sus esfuerzos, para luego repartir los beneficios obtenidos, según los que hayan convenido. Por ejemplo, un contrato de sociedad civil, un consorcio entre dos sociedades mercantiles, etc., son algunos casos donde el interés principal es un interés común. También podría ser del interés común de las partes la duración del contrato. Pero a nuestro juicio, la eficacia del contrato debe tenerse como la más esperada y la más legítima y la única indudablemente común de todas las expectativas de las partes.

En este sentido, vale la pena destacar que Savigny hace más de un siglo, consideró que la preservación del negocio (contrato) debía ser la máxima rectora del DIP de los contratos y que merecía, en tanto, ser elevada a regla de Derecho positivo. Aunque la opinión de Savigny sea de *lege ferenda*, está sustentada sin lugar a duda en el papel preponderante que Savigny le reconoce a las legítimas expectativas de las partes<sup>131</sup>.

### b. Protección a los intereses individuales respectivos de las partes (prestaciones y contraprestaciones prometidas)

Por su parte, la referencia a las legítimas expectativas de las partes, normalmente guarda relación con los intereses individuales pero respectivos de las partes del contrato, en otras palabras, trátase de la tutela de las prestaciones y contraprestaciones que las partes se han prometido, de las modalidades de ejecución del contrato (término y condiciones), de los remedios que asisten

<sup>131</sup> Para Savigny: “...Cosi lo speciale foro competente, come il diritto locale delle obbligazioni hanno il loro fondamento in una volontaria sottomissione, che il più delle volte non è dichiarata esplicitamente, ma si arguisce dalle circostanze, e perciò appunto può anche essere esclusa con una dichiarazione esplicita che vi si opongono. Le circostanze dunque, dalle quali è accompagnata la nascita di un’obbligazione, possono spesso suscitare in altri una determinata aspettazione ben fondata, e questa aspettazione non deve esser delusa. Questo è il punto di vista, dal quale bisogna concepire tanto il foro competente, quanto il diritto locale delle obbligazioni”. Savigny, *Diritto romano...*, ob. cit., p. 206.

a las partes en caso de incumplimiento y de la extensión de los efectos tanto del incumplimiento como de la ineficacia del contrato.

Como se ha argumentado con antelación, dos partes que se involucran en una operación comercial internacional tienen una preocupación fundamentalmente económica: cada una tiene necesidades que la otra puede satisfacer. El contrato es así, la resultante de las promesas recíprocas que las partes se hacen, después de un proceso en el cual cada una determina lo que está dispuesta a dar a cambio de lo que espera recibir.

Normalmente, la eficacia del acuerdo no es un punto que forme parte de las conversaciones entre las partes toda vez que, aun cuando no se exprese, debe admitirse que el contrato es la prueba viva de las voluntades concurrentes de obligarse de cada una de las partes. Como ha sido dicho con antelación, la aspiración de que el contrato celebrado sea válido es un presupuesto lógico necesario de todo acuerdo.

En Venezuela, la Dra. Dos Santos ha expresado que

...El principal objetivo que persiguen las partes al contratar es el éxito de la negociación, a través del máximo logro de beneficios, dentro del equilibrio pactado por los contratantes, el cual se mantendrá en la medida en que sean respetados los términos acordados y siempre que no surjan circunstancias externas que desencadenen la ruptura de dicho equilibrio...<sup>132</sup>.

En efecto, es el “éxito de la negociación” la primera, la más legítima y la más común de las expectativas de las partes.

## **2. Promoción y protección al tráfico jurídico internacional**

Ha sido tradicionalmente entendido que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y, más específicamente, el reconocimiento de la autonomía de las partes o autonomía conflictual es uno de los incentivos más claros que el Estado puede, a través del Derecho, ofrecer para el desarrollo del comercio internacional. Esto parece ser corroborado por el hecho que algunos de los países que han liderado y lideran el comercio internacional, normalmente han asumido una postura amplia y de respeto frente a la voluntad de los contratantes<sup>133</sup>. Se menciona con frecuencia la importancia que tiene para los

<sup>132</sup> Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit. p. 267.

<sup>133</sup> De hecho, la reputación de un foro -de sus leyes y de sus jueces- puede llegar a convertirse, en sí mismo, en una fuente de generación de oportunidades comerciales de valor incalculable. Baste para ello mencionar los casos de New York y Londres, que han sabido

Estados, dada la relación directamente proporcional que existe entre el desarrollo del comercio internacional de un Estado y la situación de su DIP (legal y jurisprudencial), y es que se hace imprescindible que las señales que manda el Estado con respecto al comercio exterior sean atractivas y evidencien el respeto del Foro hacia la internacionalidad de las relaciones jurídicas, de otro modo, terminará por inhibir el tráfico jurídico internacional, desviándolo hacia otros foros más especializados y respetuosos.

Es importante destacar, como se ha hecho en el encabezado de esta sección, que la autonomía de las partes, al igual que el principio de proximidad y la referencia a la *Lex mercatoria*, no solo protegen el comercio internacional, sino que, muy especialmente, fomentan el intercambio transfronterizo de bienes y servicios.

### 3. Previsibilidad y certeza de los efectos del contrato

Otra de las razones tradicionalmente aludidas como fundamento de la autonomía de la voluntad proviene de la necesidad de imprimirle previsibilidad y certeza a los efectos del contrato que, en aplicación de las reglas de conflicto tradicionales –incluso en aplicación del principio de proximidad– pueden verse más o menos comprometidos. En la medida que los efectos del contrato en sus diferentes facetas sean previsibles, en esa misma medida las partes podrán, por ejemplo, efectuar una mejor y más justa distribución de los riesgos. Por el contrario, en la medida que el contrato y sus efectos se vuelven imprevisibles e inciertos, nos adentramos al campo de la teoría de la imprevisión y sus efectos correctivos<sup>134</sup>.

---

capitalizar su bien ganada reputación en materia comercial internacional. No es poca la importancia de este factor, si se piensa en la cantidad de recursos económicos que se generan para New York o Londres, por la sola circunstancia de que sus tribunales (ordinarios o arbitrales) sean preferidos a los de otras partes, y que sus leyes sean preferidas a otras. Ello significa más trabajo para los abogados locales, así como para los hoteles, restaurantes, y demás servicios que todo transeúnte requiere. Es un buen negocio, tener un Derecho que verdaderamente favorezca los negocios internacionales. Para mayor referencia, ver: Hernández-Bretón, Admisión del principio..., ob. cit., pp. 402, 405.

<sup>134</sup> Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 3ª ed., 1997, pp. 443-444; y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, Editorial Arte, 1995, pp. 491-523.

#### 4. Reconocimiento de la libertad individual de contratar

También se aduce como fundamento de la autonomía de las partes, que se trata de un reconocimiento necesario de la libertad individual, en el específico campo de los contratos internacionales. Este fundamento, sin duda alguna de corte subjetivo, está preñado de corolarios que podrían coadyuvar a extender el fundamento de la autonomía de las partes desde el punto de vista constitucional. Lo anterior, si bien resulta por demás interesante, escapa de nuestro objeto<sup>135</sup>.

#### 5. Otros (armonía internacional de soluciones, pragmatismo judicial)

Entre otros argumentos a favor de la autonomía de las partes se ha argumentado la dificultad que entraña para los jueces del Foro la resolución del tema del Derecho aplicable a una relación jurídica, especialmente en casos conectados con numerosos ordenamientos jurídicos. Igualmente, se ha denunciado que la pluralidad de métodos en las diversas legislaciones, en cuanto a la regulación del contrato internacional, atenta contra la armonía internacional de soluciones. Por tales razones, la autonomía de las partes luce como una salida razonable, toda vez que ha alcanzado un nivel de aceptación supremo en la doctrina, jurisprudencia y legislación universal. Así, en la medida que es recibido como norma de Derecho positivo por más países, ocurrirá en la práctica que las partes de un contrato tendrán la certeza que su elección de Derecho será normalmente reconocida y respetada y los Estados, por su parte, la certeza que en muchas ocasiones se omitirá la difícil –a veces titánica– búsqueda del Derecho más estrechamente vinculado, ganando en celeridad y economía en sus procesos judiciales. Para Feldstein “...se trata de un fundamento pragmático, práctico, donde lo que se preferencia son los beneficios que implica el reconocimiento de la facultad de preselección de ley aplicable...”<sup>136</sup>.

Igualmente, en el caso de ausencia de elección, si bien no se resuelve el problema de la incertidumbre, ni de la armonía internacional, ni de la facilidad de la solución, le queda al foro el alivio que ofreció a las partes el

<sup>135</sup> Piénsese en todos los argumentos que pueden obtenerse de la libertad de empresa, de asociación, de tránsito, de trabajo, etc.

<sup>136</sup> Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 73.

reconocimiento amplio de su libertad quienes –libremente– escogieron no ejercerla, luego, si alguna de ellas llegare a sentir sus expectativas defraudadas por virtud de las consecuencias del Derecho aplicado, tendría que soportar la decepción con todas sus consecuencias jurídicas, pues teniendo el Derecho de evitar ese resultado, no lo evadió.

En conclusión, la autonomía de las partes encuentra su expresión legislativa con el objetivo confesado de proteger las legítimas expectativas de las partes y el comercio internacional, simplificar la tarea del operador jurídico e imprimirle mayor previsibilidad y estabilidad (seguridad jurídica) a las relaciones contractuales internacionales.

#### **D. Fundamento especial de la admisión amplia de la autonomía de las partes**

Una de las cualidades de la autonomía de las partes tal como se prevé en el Derecho venezolano es, como ha sido antes desarrollado, la posibilidad de los contratantes de escoger cualquier Derecho para gobernar su convención incluso, y muy especialmente, Derechos cuyo único vínculo con el caso vendría a ser el *pactum de lege utenda*.

Es la experiencia la que ha suministrado los ejemplos que explican la importancia de dicha amplitud. En efecto ha ocurrido, con no poca frecuencia, que las partes del contrato no alcanzan un acuerdo satisfactorio respecto de la aplicación de alguno de los Derechos materialmente vinculados con el caso, bien porque les produce suspicacia, porque lo entienden como una derrota o una señal de debilidad, o bien por inadecuación de las leyes vinculadas. Todos estos argumentos son igualmente válidos para el análisis de los pactos de elección de foro, y quizá a través de la cláusula de foro prorrogado se entienda mejor la situación.

Ejemplo: dos partes en un contrato internacional de suministro intentan ponerse de acuerdo sobre el tribunal por ante el cual resolverán las eventuales disputas que surjan a partir del mismo. El contrato está vinculado tan solo con los países del establecimiento de cada una de las partes que, respectivamente, corresponde al lugar de celebración y lugar de cumplimiento de la prestación característica. Ninguna de las partes confía en las autoridades judiciales del Estado del otro<sup>137</sup>. Sus alternativas son fundamentalmente dos: (i)

---

<sup>137</sup> Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque se trata de un contrato internacional sumamente complejo, y ambas partes saben que ni sus propios jueces, ni los jueces del Estado del otro,

recurrir a las autoridades judiciales de un tercer Estado; y (ii) recurrir a tribunales arbitrales internacionales. La primera alternativa tiene a su favor el apoyo que la ley, y la estructura del poder público estatal, brinda a las decisiones de sus jueces, pero en contra puede aducirse que sigue siendo un juez interno, que no necesariamente ofrece garantías de la cabal comprensión de los asuntos internacionales y que pudiera no estar exento a las demás críticas formuladas a los jueces de los Estados de las partes. La segunda opción tiene su punto más débil, en el reconocimiento de los efectos de la decisión del laudo arbitral, pero a favor la amplia reglamentación a nivel convencional de la eficacia extraterritorial de los laudos extranjeros, así como las ventajas de obtener árbitros verdaderamente calificados en los aspectos técnicos del contrato y con una comprensión profunda del fenómeno internacionalidad.

En el ámbito específico del conflicto de leyes, pueden repetirse varias de las preocupaciones esgrimidas al momento de resolver la ley aplicable. Supongamos que, en el mismo caso anterior, las partes desean ahora resolver el Derecho que habrá de aplicarse para gobernar su acuerdo de voluntades. Igualmente, ninguna de las partes confía en el ordenamiento jurídico del Estado donde la otra tiene su establecimiento. Sus alternativas son igualmente duales: (i) elegir un Derecho estatal de un tercer Estado que supere el test que sus propios Derechos no aprobaron; y (ii) acudir a un Derecho de fuente internacional y consuetudinaria como la *Lex mercatoria*.

### 1. Derecho neutral y Derecho perfeccionado

En el primer caso (elección del Derecho de un tercer Estado), tratándose de un ordenamiento jurídico estatal, gozará de un importante reconocimiento - *ex proprio vigore* - por parte de los demás sistemas jurídicos. Ello contribuye a la previsibilidad y certeza de los resultados. Sin embargo, no debe olvidarse

---

tienen las competencias necesarias para resolver sus eventuales diferencias; o porque ambos saben que demoraría demasiado tiempo; o porque cada uno sabe que, de litigar en el foro del otro, estaría en desventaja con relación al conocimiento de los procedimientos y mecanismos a su alcance; o porque el poder judicial de uno u otro Estado está plagado de vicios y corruptelas que desdican de su imparcialidad (argumento especialmente válido en ciertos países); o porque cada parte sospecha que por virtud del *favor civium*, las cosas de difícil resolución podrían terminar siendo decididas a favor de la parte nacional o establecida en el foro, entre otras cosas, o lo que es peor y frecuentemente posible, por un cúmulo de varias o todas las cosas anteriores. Más grave aún, puede que las partes no confíen ni en sus propias autoridades por las razones expuestas.

que aún se trata de un Derecho interno o local, que normalmente no se adecua a las exigencias típicas de la internacionalidad de las relaciones jurídicas. En todo caso y por virtud del influjo de las posturas objetivas, esta primera opción ha sido la más frecuentemente escogida por las partes al contratar. Este Derecho puede haber sido escogido por la necesidad de las partes de elegir: (i) Un Derecho neutral: que las partes estén en condiciones de conocer de un modo paritario; que no contenga válvulas de escape para la protección del interés nacional o de sus ciudadanos (*favor civium*)<sup>138</sup>; que no signifique la rendición de una de las partes frente a la otra, ni una muestra de debilidad que afecte a la reputación de ninguno de los negociantes; o (ii) Un Derecho más especializado o perfeccionado, en cuanto concierne a la materia objeto del contrato: elección de un ordenamiento jurídico más avanzado, que contenga normas actualizadas y, en algunos casos, puede fundarse en la mera situación de que los Derechos de las partes carecen de reglas aplicables para resolver algún aspecto de la relación contractual<sup>139</sup>. Esto ha ocurrido con

<sup>138</sup> En este sentido, una buena explicación la encontramos en una decisión arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, en la que se ha expresado: “...*On the basis of general experience and international commercial practice in the field of contracts between private companies and governments or government controlled institutions, the arbitral tribunal holds that the essential aim of the clause in discussion was the protection of the private co-contracting party against a double risk: on the one hand that of future modifications of Syrian law which would affect that contractual balance to his disadvantage (in this sense article 19.6 contains an element of guarantee or stabilization), on the other hand the risk that the contents of Syrian law, by possible ‘exorbitant legal provisions’, would only work to his disadvantage - a risk which is obviously totally unreal but exists in the mind of the merchant who often has only a vague concept of foreign legal systems...*”. ICC Award No. 3380, en: *Journal du Droit International*, 1981, No. 4, pp. 928-930, commented by Yves Derains, pp. 930-931.

<sup>139</sup> En el laudo arbitral No. 4145, dictado por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, se ha empleado -entre otros- en criterio del perfeccionamiento de un sistema jurídico en comparación con otro, para fundar una elección de Derecho puramente subjetiva. Los árbitros han dicho: “...*The principle of autonomy -widely recognized- allows the parties to choose any law to rule their contract, even if not obviously related with... This is what the parties have done in mentioning Swiss Law, although at first sight less related with the Agreement than the law of country X. Such mention of Swiss Law in first place (before de law of country X) is in this respect an important indication... Moreover, Swiss Law constitutes a highly sophisticated system of law, which answers all the questions that may arise from the interpretation or fulfillment of an agreement of the kind of the one entered into. On the other hand, the law of country X, might partially or totally affect the validity of the agreement. It is then reasonable to assume that from those two possible laws, the parties would choose the law which would uphold the validity of the Agreement. It is also a general and widely recognized principle that from two legal solutions, the judge will choose the one which favors the validity of an agreement (favor negotii). In these circumstances, the arbitrators definitely*

frecuencia en materia de almirantazgo y de seguros, con las reglas del Derecho inglés, habida cuenta de su refinamiento y modernidad.

En este sentido, el profesor Gialdino ha explicado que:

*...Dans d'autres cas -et ce sont ceux qui intéressent notre recherche actuelle. Le rapport est soumis à la loi d'un Etat tiers, d'un Etat naturellement dont la loi présente, soit en général soit dans la sphère d'activité dans laquelle les contractants se proposent d'opérer, un degré d'élaboration et de développement universellement apprécié. Dans cette troisième hypothèse, le rattachement psychologique, fonctionnant par rapport au droit d'un pays « neutre », permet la formation d'ententes qui auraient pu, sans cela, ne parvenir à aucune définition...<sup>140</sup>.*

## 2. *Lex mercatoria*

La segunda alternativa planteada (elección de la *Lex mercatoria*<sup>141</sup>), ha sido acerbamente combatida por los seguidores del objetivismo, sobre la base que no puede el contrato pretender estar excluido de todo control jurídico, tanto como no puede haber una persona excluida de todo Derecho. Sin embargo, llama poderosamente la atención que a nivel internacional sí haya habido una

---

*decided to choose Swiss Law as the applicable law, assuming that this choice corresponds to what the parties had in mind by inserting the above mentioned provision in Art. 11 of the Agreement...*. Interim awards and final award of 1983, 1984 and 1986 in case No. 4145. International Chamber of Commerce. Árbitros: Dr. Franz Matscher, chairman (Austria); Dr. Jean-Claude Fivaz (Suiza); Prof. Sang Hyun Song (South Korea), reemplazado por Michael Reisman (Estados Unidos).

<sup>140</sup> También ha dicho Gialdino que: *“...Dans les rapports contractuels qui s'établissent entre des entreprises de ce genre appartenant à des pays différents ou entre une de ces entreprises et un État étranger, se posent des problèmes très délicats pour ce qui concerne la détermination de la loi compétente. Cela dû non seulement aux difficultés techniques soulevées par la nature des rapports, mais même aux préoccupations de prestige des contractants, et ce que l'applicabilité de la loi nationale de l'autre partie serait considérée, abstraction faite de toute considération substantielle, comme un indice de son propre état d'infériorité dans le rapport contractuel. Parfois ces préoccupations sont abandonnées, et on arrive à déclarer comme applicable, ou on permet que l'on applique, la loi nationale d'un des contractants. Parfois, ces derniers essaient de détacher le rapport de toute loi étatique et de le soumettre à une réglementation de nature différente (constituée ou par le contrat lui-même, ou par le droit international, ou par un droit intermédiaire...”* Ver: Gialdino, Curti, *La volonté des parties en Droit international privé*, en: *Recueil des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1972-III*, Tome 137, pp. 835-836. En el mismo sentido, reconociendo la posibilidad de elegir un derecho neutro, bajo el régimen de la CIDACI: Juenger, *Contract Choice of Law...*, ob. cit., p. 206.

<sup>141</sup> Carrascosa González, Javier, Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional, en: *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 2000, No. 18, p. 31.

aceptación bastante uniforme –en doctrina, jurisprudencia y legislación– del Derecho de las partes en las transacciones comerciales internacionales, de derogar la jurisdicción de uno o varios Estados, para someterse al poder de un órgano arbitral de naturaleza netamente privada<sup>142</sup>.

La *Lex mercatoria* puede llevar el mote, sin duda alguna, de ser el Derecho más especializado o perfeccionado en cuanto concierne al comercio internacional. Así, el argumento anterior valdría para reconocer su aplicación en un caso concreto y, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales parece corroborarlo. Esto nos lleva a afirmar que la autonomía internacional del contrato, propugnada por la CIDACI, tiene cada vez más argumentos para convertirse en una realidad concreta<sup>143</sup>. La recepción y aplicación de las reglas de la *Lex*

---

<sup>142</sup> Por su parte, esto explica el fenómeno creciente de aplicación de la *Lex mercatoria* y de los principios generales, usos y prácticas del comercio internacional por parte de los tribunales arbitrales internacionales. Así ha sido sostenido y reiterado por los tribunales arbitrales de la ICC “... *The interpretation of contracts is one of the fields in which international commercial arbitrators are most inclined to free themselves of national laws and refer to general principles of law...*” ICC Award No. 1434, en: *Journal du Droit International Privé*, 1976, p. 982. Igualmente: ICC Award No. 7920 (unpublished). Esta tendencia de los tribunales arbitrales internacionales, ha sido etiquetada de favorecer la autocracia contractual (subjetivismo extremo) por Curti Gialdino en estos términos: “*Ce n’est donc qu’une partie de la doctrine et de la jurisprudence arbitrale qui, poussant la théorie de l’autocratie contractuelle au-delà des limites envisagées par ses tenants originaires, s’est efforcée de couper tout lien entre le contrat et l’ordre juridique de l’Etat. Mais à ce point on a quitté le domaine du principe d’autonomie en droit international privé*”. Ver: Gialdino, La volonté des parties..., ob. cit., pp. 813-814. Un claro ejemplo de ello, lo tenemos en el caso ICC Award No. 3380. En el caso en cuestión, las partes incluyeron una cláusula arbitral del tenor siguiente: “*Arbitration shall be held at Geneva (Switzerland) and shall judge according to the general principles of law and justice*”. La anterior cláusula es un claro ejemplo del recurso de los contratantes a la *Lex mercatoria*, y más claramente, de la intención de las partes de sustraer su contrato de la aplicación directa del derecho de alguno de los Estados conectados con el mismo. Para ver la interpretación del tribunal arbitral sobre la cláusula, ir a nota al pie No. 138. Para referencia completa del caso ver: ICC Award No. 3380, en: *Journal du Droit International*, 1981, No. 4, pp. 928-930, commented by Yves Derains, pp. 930-931. En este mismo sentido, Guerra Hernández ha señalado que: “...más allá de las distintas posiciones doctrinales arriba comentadas, podemos señalar que la práctica arbitral, especialmente reportada por la ICC, indica que el uso de la *Lex mercatoria* ha sido frecuente. Así, en los casos en los que la controversia resulta vinculada a más de dos ordenamientos jurídicos, la aplicación de la *Lex mercatoria* es ideal, pues la escogencia entre dichos ordenamientos por parte del tribunal arbitral podría resultar arbitraria. Igualmente, en los casos que no existe una conexión efectiva o convincente con algún ordenamiento jurídico interno, la *Lex mercatoria* nuevamente surge como la alternativa ideal de regulación a esos casos...”. Ver: Guerra Hernández, La nueva *Lex mercatoria*..., ob. cit., p. 329.

<sup>143</sup> B. de Maekelt, La flexibilización..., ob. cit. p. 206.

*mercatoria* para resolver un caso, no deroga las disposiciones imperativas ni el orden público internacional del foro. Tampoco deroga las disposiciones imperativas ni los principios fundamentales del orden público del Estado más estrechamente vinculado, toda vez que la CIDACI reconoce el deber del juez de velar por el respeto a las reglas imperativas del foro, así como de sus principios fundamentales, mientras que le otorga la discrecionalidad de velar por tales intereses cuando sean los de un Estado que presente vínculos estrechos<sup>144</sup>. No hay bajo el ámbito del DIP venezolano –como ya se ha afirmado– un contrato verdaderamente sin ley. En conclusión, teniendo muy presente el elemento de internacionalidad del contrato, el carácter netamente local de los Derechos estatales (excepción hecha de los tratados de Derecho material unificado), las instituciones correctivas con que cuenta el DIP contemporáneo, la sumisión del contrato a las reglas imperativas y a los principios esenciales del orden público del foro<sup>145</sup>, entre otras razones, nos permiten concluir que la sumisión del contrato a la *Lex mercatoria* y, en general, a sistemas jurídicos no estatales es perfectamente posible, válida y además necesaria para la mejor regulación de numerosas relaciones que, de otro modo, se verían coartadas por exigencias típicas del tráfico interno.

En Venezuela, la Dra. Maekelt ha señalado con acierto que la autonomía internacional del contrato es una doctrina favorable al comercio internacional, que consiste en el reconocimiento de la internacionalidad como el elemento central de la problemática sobre la regulación del contrato internacional, en la inidoneidad de los Derechos locales y en el desarrollo independiente de soluciones materiales, concebidas por los propios actores del tráfico jurídico internacional para alcanzar las exigencias de esa particular modalidad de negocio jurídico que es el contrato internacional<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> CIDACI, arts. 7 al 11.

<sup>145</sup> Precisamente sobre la *Lex mercatoria* ha dicho Guerra Hernández que: “...Indudablemente, es una fuente de Derecho que debe estar sometida a ciertos controles, específicamente a la hora de su aplicación. Tal vigilancia creemos que se logra a través de las instituciones generales de Derecho Internacional Privado, en nuestro caso consagradas en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado...”. Ver: Guerra Hernández, *La nueva Lex mercatoria...*, ob. cit., p. 345.

<sup>146</sup> Al comentar la CIDACI, la Dra. Maekelt ha concluido que “Sus méritos específicos, tales como la amplia aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes, introducción del factor de conexión: ‘vínculos más estrechos con el caso’ (principio de la proximidad) y **la autonomía internacional del contrato, sin supeditarlos al Derecho interno de cada Estado y**

## **E. En contra y como fundamentos especiales para la limitación de la autonomía de las partes**

El objetivismo también ha aportado sus razones para, cuando menos, limitar la autonomía de las partes. Quizá el límite apriorístico más importante que se ha usado después de la doctrina de la internacionalidad objetiva –y del cual es una derivación– sea justamente la exigencia de que el Derecho elegido por los contratantes tenga vínculos materiales y efectivos con el contrato, distintos de la cláusula de elección.

### **1. Racionalidad de la elección para el ejercicio de la función adjudicativa**

En el Derecho europeo-continental, quizá haya sido Batiffol el defensor más exitoso de la necesidad de limitar la autonomía de las partes, expresión que juzgaba como tramposa. En su búsqueda de una tesis intermedia entre los postulados libertarios o subjetivos y los objetivos, le restó todo carácter vinculante a la elección de Derecho de las partes para convertirla en una mera localización, al igual que lo era el lugar de celebración o el de ejecución del contrato<sup>147</sup>. Aunque llegue a reconocer que era el vínculo más importante, se apartó de los postulados que fundamentan la concepción contemporánea de la autonomía de las partes. Decimos el más exitoso, toda vez que sus teorías lograron permear el Derecho francés y hacer prevalecer la idea del valor localizador de la autonomía de la voluntad<sup>148</sup>, tal como se desprende de la jurisprudencia.

---

ofreciendo la posibilidad de someterlo a otras fuentes, como la *Lex mercatoria* y los principios generales del Derecho comercial internacional, son elementos que convierten esta Convención en uno de los instrumentos más útiles para incrementar el desarrollo de las relaciones comerciales de la región y fuera de ella, así como en el ejemplo de la evolución del Derecho Internacional Privado del siglo XX...” (Destacado nuestro). B. de Maekelt, *La flexibilización...*, ob. cit., p. 287.

<sup>147</sup> En sus palabras, Batiffol concluyó que una vía intermedia sería admitir que “...la loi applicable au contrat est déterminée par le juge, mais en raison de la volonté des parties quant à la localisation du contrat... On peut parler en ce sens de ‘loi d’autonomie’ tout en évitant l’expression trompeuse d’autonomie de la volonté...” Batiffol / Lagarde, *Droit international...*, ob. cit., pp. 213, 215.

<sup>148</sup> En este sentido, ha dicho Batiffol que “...puisque le choix exprès n’est qu’une forme de la volonté des contractants quant à la valeur localisatrice des divers éléments de fait de leur opération, cette manifestation de volonté ne devrait pas être en contradiction avec celle qui résulte de la localisation effective de l’ensemble de ces éléments...” Batiffol / Lagarde, *Droit international...*, ob. cit., p. 219.

Por su parte, el Derecho norteamericano también se hizo eco de las exigencias de vínculos materiales y efectivos entre el contrato y el Derecho elegido, u otras bases razonables, como fundamento de validez y de racionalidad de la *electio juris*. Así se refleja en el *Second Restatement of the Law of Conflict of Laws*, en su sección 187.2.a.<sup>149</sup> Puede apreciarse que el *Second Restatement* es en buena medida más flexible que la tesis de la localización de Batiffol, toda vez que deja una válvula de escape a través de la racionalidad de la elección, que bien pudiera emplearse para admitir al interior del sistema, elecciones de Derecho fundadas en los argumentos ya expuestos de neutralidad o especialidad del Derecho elegido. Reese al comentar este requerimiento ha dicho que:

The second condition is that the parties must have chosen their law with a serious purpose in mind. There is no reason why a judge should go to the trouble of applying a foreign law that was chosen in the spirit of adventure or for the sake of amusement...<sup>150</sup>

En ambas tesis, los efectos de una elección que no pudiese ser considerada como razonable, apuntan hacia la corrección del resultado material por parte del operador de justicia, mediante el recurso a la ley más estrechamente conectada al caso, que en la postura francesa habría significado el lugar de mejor localización del contrato (análogo a la sede de la relación jurídica de Savigny). Especialmente Batiffol sostenía que –como apunta Santos Belandro–

...también los tribunales se hallan facultados para rectificar la designación expresa de los celebrantes cuando su elección no tenga relación con la operación puesto que el contrato no es un asunto puramente individual, sino que constituye un hecho social que se inserta en la vida de una colectividad, y por lo tanto sometido a las leyes de la misma...<sup>151</sup>

<sup>149</sup> Restatement of the Law Second - Conflict of Laws, § 187.2: *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied... unless either: (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice...*

<sup>150</sup> Reese, General Course..., op. cit., p. 131.

<sup>151</sup> Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 39.

## 2. Protección de los intereses del Estado cuyo Derecho guarda las conexiones más estrechas con el contrato de comercio internacional o con una parte del mismo

También en contra de una elección caprichosa, pero como un remedio, se advierte que la *electio juris* no puede aparecer como hecha con el propósito de evadir los efectos de la aplicación del Derecho normalmente competente. Así las cosas, el juez debe tener el poder para corregir los efectos fraudulentos de una elección de Derecho en el sentido ya expuesto. En nuestra opinión, tal circunstancia debe ser revisada cuidadosamente, toda vez que, hecho el examen del Derecho más estrechamente vinculado en los casos en que existe una elección indudable de las partes, la desaplicación del Derecho elegido puede contrariar las legítimas expectativas de los contratantes. Creemos que, en este caso, lo indicado será proceder al *dépeçage* del contrato, preservando en la medida posible la vigencia del Derecho elegido por los contratantes. Sobre este asunto, Batiffol enuncia un caso que podría justificar plenamente la desaplicación del Derecho elegido:

*La fraude paraît cependant possible : si un contrat conclu à Paris entre un Français et un Belge pour s'exécuter entièrement en France et en Belgique, est soumis à la loi hollandaise, laquelle valide la convention, ou une de ses clauses essentielles, nulle selon les lois française et belge, ces deux lois sont aussi visiblement tournées que par un contrat purement interne qui se référerait à une loi étrangère...*<sup>152</sup>

Así las cosas, para Batiffol si los contratantes eligen un Derecho extranjero que valida el contrato, mientras que todos los Derechos material y efectivamente vinculados con el mismo lo consideran nulo, debe entenderse cometido un fraude y, en consecuencia, el *pactum de lege utenda* perdería vigor, a favor de la protección de los intereses de los Estados verdaderamente vinculados. Estamos parcialmente de acuerdo, toda vez que, como se ha expuesto *ut supra*, ello dependerá del análisis concienzudo de los motivos de esa nulidad. Sin embargo, es especialmente importante este análisis de Batiffol para los casos en que ocurra la situación inversa: los contratantes eligen un Derecho extranjero –ajeno al contrato– que lo declara nulo, mientras que todos los Derechos material y efectivamente vinculados con el mismo lo consideran válido, pues a nuestro juicio sería verdaderamente un absurdo, tal

<sup>152</sup> Batiffol / Lagarde, *Droit international...*, ob. cit., p. 222.

como la han denunciado Savigny y Alfonsín, entre otros, anular en tal caso el contrato. Sobre esto volveremos en nuestras conclusiones<sup>153</sup>.

Nuestro Derecho prevé, muy especialmente en la CIDACI, remedios suficientes para contrarrestar los efectos indeseables de la elección de Derecho, tal como se recoge en los artículos 7 al 12 y 15 al 18 (*dépeçage*, orden público internacional, normas imperativas del foro y de terceros Estados, etc.), sin olvidar que el fin último de las normas de conflicto en materia de contratos es la realización de la justicia y equidad del caso concreto, razón por la cual, la necesidad de fijarle límites apriorísticos debe minimizarse.

## **F. Formas de expresión del *pactum de lege utenda***

Por su parte, las diversas formas en que un ordenamiento jurídico permita a las partes expresar la elección de Derecho, dice mucho del carácter más o menos subjetivo del sistema, toda vez que, en la medida que se admitan elecciones tácitas, e incluso, elecciones presuntas, se extremará la importancia reconocida a la voluntad de las partes. Es el caso, que nuestro sistema venezolano de normas de conflicto en materia contractual prevé dos regímenes distintos: (i) CIDACI que admite la elección expresa o tácita; y (ii) LDIP que solo se refiere al Derecho indicado por las partes<sup>154</sup>.

### **1. Elección expresa de Derecho aplicable**

En caso de elección expresa, la misma debe adquirir la forma de una verdadera elección de Derecho y no una mera incorporación de normas, habida cuenta de los diversos efectos reconocidos a cada método. Así las cosas, el primer paso en la evaluación de la *electio juris* consiste en precisar si se ha tratado de una verdadera elección con el efecto de someter al contrato y a las partes al Derecho elegido, en su condición de ordenamiento jurídico o si, antes bien, se ha tratado de una mera incorporación. La respuesta solo puede darse en el caso concreto, pero podrá obtenerse del contexto del contrato y de las circunstancias concomitantes, tanto de la conducta de las partes, como

<sup>153</sup> Pensamos que, este ejemplo citado por el jurista francés, se encuentra la respuesta al planteamiento que se hiciera unas páginas antes, cuando se pregunta “*s’il est contradictoire annuler un contrat au nom du respect de la volonté des parties, il ne l’est pas de constater que leurs actes matériels comportent des conséquences juridiques qu’elles n’avaient pas prévues...*”. Batiffol / Lagarde, *Droit international...*, ob. cit., p. 219.

<sup>154</sup> CIDACI, art. 7; LDIP, art. 29.

del principio de proximidad. Las ventajas de una elección expresa son bien conocidas, toda vez que aseguran a las partes que el operador de justicia conocerá a ciencia cierta el Derecho que deberá aplicar. De hecho, podría cuestionarse que una elección o es expresa, o simplemente no es una elección.

Algunos, prevalidos de las características de una elección expresa extreman los efectos de esta y señalan que las partes deben soportar los efectos de la misma, cualesquiera que sean, toda vez que las conductas producen consecuencias jurídicas, aun cuando estas no hubieren sido previstas. Nos parece que la rigidez de esta interpretación es contraria al espíritu de flexibilidad y tolerancia que debe gobernar el DIP. Ello sin mencionar que ese razonamiento, si bien es perfectamente válido desde el punto de vista de la lógica formal, puede ser de difícil sustentación en nuestra materia, desde un punto de vista valorativo.

## 2. Elección tácita de Derecho aplicable

La CIDACI en su artículo 7 dice expresamente que “...el acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto...”. La elección tácita constituye un reconocimiento a la importancia de la voluntad de los sujetos, y demuestra que la Convención quiso extremar los esfuerzos por respetar esa voluntad, sumergida en su inclinación típicamente subjetivista o libertaria. Sin embargo, varias cosas pueden argüirse en contra.

Una elección tácita, no es una verdadera elección. Habida cuenta de lo complicado que suele ser el comercio internacional y de lo puntillosas que pueden ser las negociaciones de un contrato internacional, parece poco razonable pensar que aquello que no fue dicho expresamente tenga carácter vinculante. Ciertamente hay deberes y derechos implícitos en todos los contratos, pero el *pactum de lege utenda* es capaz de modificar incluso esos derechos y deberes implícitos. Baste pensar que las partes, en un contrato internacional sometido a la CIDACI, hayan incluido una cláusula de restricción probatoria (“*merger clause*”), con la expresa intención de señalar que el contrato solo podrá aplicarse e interpretarse de acuerdo con aquello expresamente

convenido. Mal podría el operador de justicia señalar que, en un contrato con esta limitación, las partes hayan escogido algo tácitamente<sup>155</sup>.

Igualmente, la doctrina de la elección tácita o implícita es contraria a los ideales de previsibilidad y certeza, toda vez que coloca al operador de justicia en la necesidad de realizar una valoración todavía más nebulosa que la misma teoría de las vinculaciones. Podríamos admitir, sin embargo, que la consideración de las conclusiones que se hagan evidentes de la conducta de las partes, así como de las cláusulas contractuales en su conjunto, juegue un rol importante como factor de localización del contrato internacional (tesis de Battifol), a ser considerada junto con los demás aspectos propios de la teoría de las vinculaciones.

En este sentido, nos parece bastante más sencillo y razonable asumir que, a falta de elección expresa del Derecho aplicable, se proceda a revisar la relación contractual con arreglo al principio de proximidad, sin menosprecio de los aspectos subjetivos (índices de vinculación psicológicos en la tesis de Curti Gialdino) que se desprendan del contrato<sup>156</sup>.

Por su parte, la LDIP habla más bien del Derecho “indicado por las partes” (art. 29), y luego se refiere al Derecho aplicable “a falta de indicación válida”. Somos del criterio que, en aplicación de la LDIP, los términos “indicado” e “indicación válida” deben interpretarse en el sentido de elección expresa del Derecho aplicable. Por cuanto concierne a la elección tácita, no somos partidarios de la misma como un factor de conexión confiable, toda vez que lejos de representar un criterio previsible y cierto, coloca al juez en la necesidad de hacer un análisis parecido al principio de proximidad, pero con cargo a elementos psicológicos (conducta de las partes) y a las cláusulas del contrato.

### 3. El equívoco de la voluntad presunta y la elección de Derecho

En consecuencia de lo anterior, si la tesis de la elección tácita es de algún modo contraria a los objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas en materia de contratos, con mayor razón, la teoría de la elección presunta luce inaceptable. Una voluntad presunta es una voluntad supuesta,

---

<sup>155</sup> Sobre las *Merger Clauses*: Perales Viscasillas, María del Pilar, *Las cláusulas de restricción probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>

<sup>156</sup> Gialdino, *La volonté des parties...*, ob. cit., pp. 837 ss.

hipotética, a fin de cuentas, falsa. Esta tesis es una clara muestra del influjo de las doctrinas libertarias e individualistas (subjetivismo), pero no parece desproporcionada y, al igual que en el caso de la voluntad tácita, estimamos que atenta contra la previsibilidad y estabilidad del resultado y coloca al juez, nuevamente, en una situación nebulosas que, bien podría sustentar alguna pretensión *legeforista*.

Una afirmación que si nos interesa destacar es que, en la jurisprudencia y en la doctrina comparada, se ha admitido ampliamente que, en los casos que el Derecho hipotética o presuntamente elegido por las partes condujese a la declaratoria de nulidad del contrato, no podría anularse el contrato pues sería un absurdo afirmar que la voluntad presunta de las partes fue celebrar un contrato nulo. Sin embargo, quienes así se expresan, han admitido que en caso de que las partes sí hubieran hecho una elección de Derecho válida, no podría excluirse el efecto destructivo del acuerdo de voluntades, pues así lo eligieron voluntariamente las partes. Esta opinión parece sencillamente insostenible<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> En este sentido, la sentencia francesa abajo referida, ha sido duramente criticada, por anular un contrato sobre la base de la voluntad presunta, así: “*1. Un contrat international peut-il être annulé en application de la loi choisie par les parties ? La Cour de cassation répond par l’affirmative, dans cet arrêt dont la motivation manque toutefois de fermeté (sans doute en raison d’un pourvoi articulé de façon peu convaincante). Le litige oppose une société suisse à une société française, la première se plaignant de ne pas avoir reçu de la seconde des commissions convenues. La société française avait, en effet, passé un marché d’importation de viande ovine, le 8 juillet 1981, avec l’office algérien des aliments du bétail. Puis le 13 août suivant, la même société concluait un contrat d’intermédiaire avec cette société suisse, aux termes duquel, en contrepartie de son intervention, celle-ci percevrait une commission de 4% du montant du marché. La société française n’ayant pas réglé les commissions convenues, est assignée le 24 mai 1984 par la société suisse en paiement de la somme de 150.000 dollars U.S. La société française soulève alors la nullité du contrat, prohibé par la loi algérienne. Le Tribunal de commerce de Paris, puis la cour d’appel lui donnent satisfaction... La prohibition formelle, par la loi algérienne, de la mission d’intermédiaire, conduit, en particulier, à se demander s’il est concevable que les parties aient eu « la commune intention » de soumettre leur contrat à une loi qui l’annulait ? Si tel était le sens de l’attendu rapporté, il situerait cette décision du 25 octobre 1989 aux antipodes de l’arrêt fondateur du droit international privé moderne des contrats : celui rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation le 5 décembre 1910 (S. 1911.1.129, note Lyon-Caen, cette Revue, 1911. 395, Grandes arrêts, par V. Ancel et Y. Lequerre, n° 9, p. 66). La Haute juridiction déclarait, en effet : « il résulte de l’esprit et des termes de leur convention, que dans leur commune intention, (les parties) n’entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n’aurait pas été expressément prévu pour la charte-partie ». La Cour de Cassation en avait déduit, on s’en souvient, que la clause du contrat par laquelle l’armateur « s’exonérait de la responsabilité*”

## G. Modalidades legislativas de la autonomía de las partes

Consecuencia de la lucha entre las doctrinas de inspiración subjetiva y las objetivas, se han producido diversas maneras de regular la autonomía de las

---

*des fautes de son capitaine », nulle au regard de la loi américaine, devait être jugée valable, car avant été expressément prévue par les parties. ...C'est la question justement posée par M. Heuzé, qui écrit : « En particulier, on ne peut assurer que les tribunaux resteront insensibles à l'argument, que les plaideurs ne manqueront certainement pas d'invoquer, qu'un contrat nul au regard de la loi que désignent les présomptions des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 4, présente des liens plus étroits avec une loi que le valide et à laquelle il est raisonnable de présumer en conséquence que les parties se sont implicitement référées » (op. cit., p. 154). ...Les termes du débat font clairement apparaître la contradiction. Comment admettre, en effet, que des praticiens du commerce international, l'un français, l'autre suisse, aient pu décider de soumettre leur contrat d'intermédiaire, relatif à un marché d'importation en Algérie, à la seule des trois lois (française, suisse et algérienne... mais l'idée d'une loi neutre n'est pas à exclure, par exemple celle du pays dont la monnaie avait été choisie, et que validait également l'opération) qui prohibait formellement le contrat ? Sans doute l'annulation du contrat international est-elle concevable, en vertu de la loi applicable, dans un système de rattachement purement objectif. Mais l'arrêt rapporté se réfère à « la commune intention des parties », et c'est là que réside la contradiction : on ne pourra pas, en effet, raisonnablement expliquer que des commerçants aient l'intention commune de conclure une convention nulle... 7. Cet illogisme a été brillamment dénoncé par M. Heuzé (op. cit., p. 139 et s.). C'est vrai qu'on ne peut fonder l'application de la loi choisie dans le fait que celle-ci convient aux parties, et prononcer la nullité du contrat en vertu de cette loi, c'est-à-dire contrairement à leur volonté. Cette contradiction n'est, pour l'auteur, que la conséquence d'une confusion. Si la loi choisie s'impose aux parties, c'est, explique-t-il, parce que le for fait produire effet à la clause du contrat qui la désigne. Donc, la loi choisie n'a que la valeur d'une stipulation contractuelle, impuissante de ce fait à justifier la nullité d'une clause qui lui serait contraire. D'où la réticence de la jurisprudence à fonder l'annulation du contrat sur les dispositions de la loi choisie (p. 142) ... 8. En d'autres termes, seule une détermination objective de la loi du contrat, hors de toute recherche de volonté, est à même de justifier l'annulation du contrat international. Il en est ainsi, comme dans l'espèce rapportée, quand la validité du contrat tout entier est admise par l'une des lois en conflit et rejetée par autre (le dépeçage implique, selon nous, une manifestation de volonté, excluant un rattachement strictement objectif) ... 9. Il a, pourtant, tenté de parvenir à une solution cohérente, en se référant aussi à la prestation caractéristique, pour justifier la nullité du contrat litigieux. L'usage de cette notion, qui n'est pas inconnue en jurisprudence (cf. Versailles, 21 mai 1986, D.S. 1986. I.R. 308) apparaît semble-t-il pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation, en vue de déterminer la loi du contrat international. Son emploi suscite néanmoins, des réserves... 10. Au demeurant, les données de l'espèce permettaient, dans la perspective du système conventionnel, de se demander si l'on ne se trouvait pas dans une hypothèse de choix tacite, mais en négatif, de la loi du contrat. L'article 3, alinéa 1 de la Convention de Rome déclare en effet que le choix de la loi contractuelle « doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. » Du 25 octobre 1989.- Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. Civ.). - MM. Jouhaud, f.f. prés. ; Thierry, rapp. ; Dontenville, av. gén.- Me. Boulez et S.C.P. Delaporte et Briard, av. Revue Critique de droit international privé. No. 4 octobre-décembre 1990. Tome 79. pp. 735-739'.*

partes. En cada caso, hay niveles más o menos amplios de libertad determinados en función de la particular actitud del foro hacia el *pactum de lege utenda*, así como del tipo de contrato de que se trate.

### 1. Concepciones restringidas de la autonomía de las partes

En un primer bloque, podemos ubicar las concepciones restringidas de la autonomía de las partes, algunas de las cuales sirven para demostrar la validez de algunas de las críticas hechas por el objetivismo en ciertas áreas de la contratación. Al mismo tiempo, nos suministran ejemplos atemperados de la consagración de la autonomía de las partes.

#### a. Prohibición total de la autonomía de las partes

La interpretación restrictiva de la autonomía de las partes comienza con su negación absoluta (Niboyet, Pillet, etc.)<sup>158</sup>, tesis que es rápidamente abandonada por una menos rígida y apriorística, según la cual solo se justifica la exclusión de la autonomía de las partes en cierto tipo de contratos, en los cuales el Estado tiene un interés supremo y dicta de manera anticipada su regulación (norma de aplicación necesaria o norma imperativa), excluyendo el poder de elección de las partes. La justificación puede ser o bien la protección de una parte débil (contratos con consumidores y usuarios, contratos adhesivos), o bien la protección de cierto sector de la economía nacional sometido a la estricta supervigilancia del Estado (banca, seguros), o en general la protección de un bien jurídico para cuyo aseguramiento el Estado ha dictado una legislación especial.

Sin embargo, todavía en esos casos, si existe el elemento de extranjería, es posible que se admita la validez de la *electio juris*, ya que el control de los

---

<sup>158</sup> “Dice al respecto Niboyet, uno de sus detractores más fervientes, que: ‘...A nuestro juicio no existe una teoría de la autonomía de la voluntad. Lo que ha ocurrido es que se ha cometido el error fundamental 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. ...La voluntad no puede crear Derecho en contra de la ley, pues tanto en nuestra materia como en las demás, su radio de acción es limitado. ...Podemos, pues tanto afirmar que, tanto en el Derecho interno como en Derecho internacional, la autonomía de la voluntad no existe a este respecto es una libertad de estipulaciones que, jurídicamente, siempre es la misma en todas las circunstancias en que se manifiesta’...”. Niboyet citado por: Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 73-74.

objetivos antes dichos que justificarían la negación de la autonomía de las partes, puede realizarse a posteriori directamente por el operador de justicia<sup>159</sup>. Esta postura es la que resulta más cónsona con los postulados modernos del DIP, que apuntan en general hacia la flexibilización de su método y, en especial en nuestra materia, hacia el reconocimiento de la autonomía de las partes.

b. Exigencia de contactos objetivos entre el contrato y el Derecho escogido

En este mismo grupo, podemos ubicar a todos aquellos Derechos que, si bien admiten el Derecho de las partes a elegir el Derecho aplicable para regir su convención, limitan ese poder a la elección de un Derecho vinculado con el contrato, o a la elección de una ley entre un catálogo preestablecido de normas<sup>160</sup>. Sobre las razones que han aducido en los diferentes sistemas que acogen esta postura, hemos expuesto suficiente, sin embargo, es de hacer notar que tales ordenamientos jurídicos se consideran hoy día anticuados.

## 2. Concepciones amplias de la autonomía de las partes

Frente a las posturas anteriores, es todavía posible identificar una corriente de legislaciones que han consagrado en términos amplios o amplísimos, la autonomía de las partes, lo que nos permite ubicarlos entre las legislaciones de avanzada<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> La sumisión del contrato internacional a las normas imperativas y a los principios esenciales del orden público del foro es suficiente protección para el tipo de bienes jurídicos indicados. Además, la LDIP y la CIDIPNG, cuentan con instituciones para adecuar los resultados de la actuación de las normas de conflicto (e incluso de la autonomía de las partes). En este sentido, el Dr. Giral ha dicho que "...Condicionar la autonomía de las partes a los efectos de la doctrina de la internacionalidad del contrato es subordinar la Mejor Ley para regir al contrato a ciertos factores extraños a la esfera del mundo de la relación jurídica contractual los cuales solo deben tener relevancia de manera excepcional cuando se trata de subordinar los intereses de las partes a los intereses de la sociedad. Ese condicionamiento solo debe existir para atenuar los excesos de la libertad contractual no para truncar a la libertad misma...". Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 148-149.

<sup>160</sup> Ver: Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 82-92.

<sup>161</sup> Sobre este aspecto, ha apuntado Wolff que "...La diferencia entre la doctrina continental y la inglesa no es, después de todo, tan grande como pudiera parecer a primera vista. La doctrina continental permite la elección por las partes de cualquier sistema jurídico con el que el contrato está internamente relacionado y realmente cuando no están interesadas ningunas reglas obligatorias, de cualquier sistema jurídico. La doctrina inglesa permite la elección de cualquier sistema jurídico de la tierra que pueda parecer conveniente y razonable a los fines del negocio. La diferencia prácticamente no tiene importancia si la concepción de la conexión interna no se desarrolla demasiado rígidamente... Una simple conexión

### a. Elección de cualquier Derecho

Una primera corriente, le reconoce a la autonomía de las partes el poder de elegir el Derecho aplicable a su contrato, de entre el espectro de Derechos que ofrece la comunidad internacional. En otras palabras, se permite la elección de un Derecho, aunque no tenga conexiones reales con el contrato. Tal es el caso de nuestro sistema conflictual en materia de contratos, toda vez que se admite la escogencia de cualquier Derecho e, incluso, se abre la puerta a la selección de la *Lex mercatoria*.

### b. Elección de Derecho en contratos domésticos

*In extremis*, la Convención de Roma parece haber reconocido a las partes el poder de elegir el Derecho aplicable a su acuerdo de voluntades, incluso tratándose de un contrato doméstico. Esta postura hace a un lado la doctrina de la internacionalidad objetiva del contrato, y valida del argumento de la especialidad o perfeccionamiento de un Derecho extranjero, o en otros términos de la mejor ley del contrato (*better law approach*), reconoce a los contratantes semejante poder<sup>162</sup>.

No compartimos esta postura desde la perspectiva de la *electio juris* como una sumisión al Derecho extranjero, sin embargo, habida cuenta de la autonomía de la voluntad o autonomía material, parece razonable admitir que semejante declaración de voluntad produzca sus efectos, al menos, como una cláusula de incorporación al contrato doméstico, de las reglas supletivas del Derecho indicado, con lo cual se alcanzaría el objetivo de darle al contrato

---

económica del contrato en cuestión, con algún otro u otros previos o simultáneos, aun con contratos hechos por terceras personas, puede ser una razón suficiente para cambiar el centro de gravedad de aquél al Derecho de otro u otros contratos...". Wolff, *Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 399-400.

<sup>162</sup> El Dr. Giral estima que "...La ley elegida por las partes es, en nuestra opinión, la Mejor Ley en el sentido de que ella es la que, en principio, mejor responde a los intereses de las partes y a la protección de sus expectativas, derechos y obligaciones. Condicionar la autonomía de las partes a los efectos de la doctrina de la internacionalidad del contrato es subordinar la Mejor Ley para regir al contrato a ciertos factores extraños a la esfera del mundo de la relación jurídica contractual los cuales solo deben tener relevancia de manera excepcional cuando se trata de subordinar los intereses de las partes a los intereses de la sociedad...". Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 148-149. Coincidimos con esta afirmación en cuanto concierne a la voluntad de las partes contratantes, como la mejor fuente de determinación de la ley aplicable, sin embargo, no compartimos la laxitud en la admisión de la autonomía de las partes por las razones que se han venido señalando.

reglas especiales o perfeccionadas, o simplemente más adecuadas a la intención de las partes. Sin embargo, en estos casos de incorporación, la aplicación del Derecho extranjero no debe considerarse hecha con base en el artículo 2 de la LDIP, sino como un conjunto de cláusulas más de dicho Derecho y que, por tratarse de cláusulas del contrato cuyo contenido está reflejado en un instrumento distinto del contrato mismo, debería entenderse sometido a la carga de la prueba del interesado. No nos parece razonable que, en un caso estrictamente doméstico, se pretenda invocar el principio “*iura novit curia*” con cargo a normas de un Derecho extraño al foro.

### **3. Metodología contemporánea para el balance de los resultados: las instituciones correctivas y los objetivos específicos de la autonomía de las partes**

No queremos establecer límites apriorísticos al ejercicio de la autonomía conflictual, pues aun cuando no pueda prescindirse del apriorismo en el DIP, asistimos con razones a una reducción de su empleo como técnica legislativa. Por el contrario, convencidos como estamos de las bondades de la revisión *a posteriori* de los actos –salvando las excepciones–apoyamos la posibilidad de que los eventuales efectos indeseables de la aplicación del Derecho extranjero, que atenten contra la eficacia del negocio jurídico, sean corregidos a través de la actividad del operador jurídico, y tan solo una vez acaecido el problema.

La autonomía de las partes es la solución por excelencia al conflicto de leyes en materia contractual, en el estado actual de la técnica, y no debe excluirse la aplicación de esta por el mero temor a las posibles incongruencias que de su ejercicio se deriven.

Es cierto que del ejercicio de la autonomía de las partes, en su concepción amplia (como es consagrada en nuestro Derecho), pueden resultar inconsistencias lógicas desde el momento en que las partes pueden: (i) escoger la aplicación de un Derecho que considere inexistente o nulo el contrato celebrado; (ii) escoger la aplicación de varios Derechos a diferentes partes del contrato, que entren en contradicción o rompan la lógica interna del contrato; (iii) escoger la aplicación simultánea y acumulativa de dos o más Derechos con soluciones incompatibles; (iv) escoger la aplicación de un Derecho que anule el contrato, mientras que todos los Derechos vinculados con el mismo, o por lo menos el más estrechamente vinculado lo considere válido, etc.

Este problema ha sido ampliamente señalado por la doctrina, legislación y jurisprudencia, como se evidencia con esta investigación. Sin embargo, no es a través de la fijación de límites apriorísticos que se resuelve el mismo. Todo lo contrario, creemos firmemente que la solución de un problema lógico y valorativo de esta índole es el material de trabajo típico para las instituciones generales del DIP, más específicamente las instituciones correctivas y preventivas.

En el mismo sentido, el análisis de *lex non conveniens* puede influir en la desaplicación de una norma para proteger la ejecutabilidad de la decisión y esto, a su vez, puede servir como elemento de corrección del resultado judicial adverso, sin necesidad de llegar a declinar la jurisdicción, recurriendo más bien a soluciones como el *dépeçage* del contrato. Este análisis resulta de particular utilidad, toda vez que la inejecutabilidad de una decisión dictada por el operador de justicia venezolano (i) hace que la sentencia pierda su naturaleza y deje de ser una verdadera decisión, toda vez que si no es ejecutable de nada sirve; (ii) atenta contra el principio de economía procesal; y (iii) constituye una cortapisa a la administración de justicia y a la tutela internacionalmente efectiva de los Derechos reconocidos por las autoridades venezolanas<sup>163</sup>.

#### H. La autonomía de las partes como libertad individual

Si bien es cierto que el *pactum de lege utenda* puede ser calificado como un contrato, no es menos cierto que el contrato de elección de Derecho es apenas la forma de expresión de una libertad individual, cuya consagración, forma de ejercicio y límites corresponde, más allá de toda duda, al ordenamiento jurídico que la consagra. Puede afirmarse que la libertad de elección de Derecho o *electio juris* es, en esa medida, un corolario de la libertad de contratación o, siguiendo a Hernández-Bretón la manifestación de la libertad contractual en el DIP, para quien "...la autonomía de las partes surge como un reflejo de la autonomía de la voluntad..."<sup>164</sup>. Es por esta razón que algunos autores afirman que en todo país en que esta última se reconozca, debería entenderse admitido, como regla general, el derecho de *electio juris*. Sus

<sup>163</sup> Ver: Dollinger, *Evolution of principles...*, ob. cit., pp. 268-270.

<sup>164</sup> Ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., pp. 29 y 31.

límites, al igual que en la libertad de contratación en general deben ser mínimos y de interpretación restrictiva.

Tratándose de una libertad individual, los particulares tienen el poder de elegir si la ejercen o no, con quién la ejercen, en qué momento y en cuáles circunstancias, etc. Ahora bien, si las partes aspiran que su elección de Derecho tenga algún reconocimiento, deben satisfacer los requisitos mínimos establecidos por el Derecho del foro que habrá de conocer la eventual controversia. Para Hernández-Bretón "...la admisibilidad de la elección es determinada por las normas de conflicto del foro y no por las disposiciones de la ley o Derecho escogido..."<sup>165</sup>. Siendo el Derecho del foro el que determina la eficacia o no de la elección de Derecho, es común y recomendable acompañar la elección de Derecho, de una cláusula de elección de foro que asegure el respeto a su elección de Derecho.

Es correcto afirmar que el primer requisito que cualquier ordenamiento jurídico persigue, al consagrar la libertad de elegir el Derecho aplicable en materia de contratos internacionales, es favorecer la protección de los intereses que hemos enumerado en capítulos anteriores, entre los que se cuenta, en primer lugar, la protección de las legítimas expectativas de las partes. Luego, una elección de Derecho que impida la protección de tales intereses o que entre en contradicción con los mismos, es una elección teleológicamente ineficaz, esto es, debe dejarse sin efectos pues su aplicación estricta terminaría vulnerando los intereses jurídicos que su consagración legal aspiraba realizar<sup>166</sup>.

Luego, es necesario distinguir entre la libertad de elegir el Derecho aplicable en los contratos internacionales, y el eficaz ejercicio de ese Derecho. En esta

---

<sup>165</sup> Ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., p. 85.

<sup>166</sup> En este sentido, aunque en referencia al tema del *dépeçage* voluntario del contrato, Hernández-Bretón ha dicho que: "...sería inválida la elección de varios ordenamientos jurídicos para ser aplicados simultáneamente a un mismo aspecto contractual, dada la imposibilidad de armonizar soluciones diferentes para una sola situación de hecho, pues los propósitos que se persigue avanzar con la referida cláusula se verían frustrados...". Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., p. 86. A la luz de esta opinión, queda claro que, si la elección de múltiples Derechos para un mismo aspecto del contrato impide la realización de los objetivos de la cláusula, con mayor razón, la cláusula de elección que conduzca a la declaratoria de ineficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas (inexistencia o nulidad), debe ser reputada como ineficaz por contravenir sus propósitos.

dirección parece apuntar nuestro ordenamiento jurídico, cuando nos habla de la posibilidad de una elección de Derecho ineficaz o inválida<sup>167</sup>.

Por lo que respecta a la primera cuestión, nos parece bastante claro que el Derecho competente para determinar si las partes pueden o no elegir el Derecho aplicable a su acuerdo es la *lex fori*<sup>168</sup>.

En Venezuela, Hernández-Bretón se inscribe en esta corriente cuando afirma que:

En todo caso la validez de la cláusula de elección de legislación aplicable será determinada por las normas de conflicto del foro. Tales normas expresan el interés del foro en someter o no ciertos supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados a su jurisdicción legislativa; es decir, las normas de conflicto exteriorizan la valoración de la voluntad soberana del Estado de extender o no la protección de sus normas a esos supuestos de hecho...<sup>169</sup>.

A nuestro juicio, y en ello coincidimos con Hernández-Bretón, la norma que admite la autonomía de las partes es una norma de conflicto y, en esa medida, solo puede ser dictada al operador de justicia por su propio ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, la revisión *lex causae* del derecho de *electio juris* es improcedente ya que, en materia contractual, es una solución generalmente aceptada en el DIP que el Derecho indicado (bien por las partes o por el principio de proximidad) se refiere a las normas de Derecho material con exclusión de sus reglas de conflicto, esto es, el reenvío está prohibido en nuestra materia<sup>170</sup>. Luego, si como afirmamos con antelación, la norma que

---

<sup>167</sup> Sin entrar en la vasta discusión sobre las diferencias entre ineficacia e invalidez de los actos jurídicos, nos parece claro que el ordenamiento jurídico venezolano ha previsto la existencia de casos en los cuales la elección de Derecho hecha por los contratantes puede ser incapaz de producir efectos o ineficaz (inexistente o inválida). Así se desprende del art. 9 de la CIDACI cuando dice "...si las partes no hubieren elegido el Derecho aplicable, o si su **elección resultara ineficaz...**", y del art. 30 de la LDIP cuando establece que "...**a falta de indicación válida**, las obligaciones convencionales se rigen...". (destacado nuestro). En ambos casos, el legislador ha previsto la existencia de casos en los cuales, a pesar de la eficacia del contrato principal, debe entenderse que el *pactum de lege utenda* es ineficaz.

<sup>168</sup> Para Hernández-Bretón "...Sin duda alguna, el reconocimiento de la autonomía de las partes es competencia exclusiva de las normas de conflicto del foro...". Ver: Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., p. 87.

<sup>169</sup> Hernández-Bretón, *El régimen de las obligaciones...*, ob. cit., p. 338.

<sup>170</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 17 de la CIDACI establece expresamente que: "Para los efectos de esta Convención se entenderá por 'Derecho' el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes". Con esta norma, no solo se prohíbe el reenvío en materia de contratos, sino que se resuelve el problema de las llamadas

consagra la autonomía de las partes es una norma de conflicto, entonces no procedería la revisión de su eficacia con arreglo a la *lex causae*.

Ciertamente, puede afirmarse que la norma que admite la autonomía de las partes no es una verdadera norma conflictual sino que es una norma material toda vez que reconoce un derecho, pero ese derecho que resulta reconocido, a su vez, consiste en el ejercicio de una elección, de una indicación, así que, cuando menos debe tenerse como una norma de naturaleza mixta, que debe estar por ello excluido del ámbito del examen que el operador de justicia debe realizar, al analizar el Derecho extranjero.

### **I. *Pactum de lege utenda*: un contrato dentro del contrato**

Las partes son libres de escoger el Derecho aplicable a su contrato internacional, como hemos señalado, pero esa elección no es ni mucho menos unilateral. Por el contrario, debe resultar del acuerdo de todas las partes involucradas en el contrato. Así las cosas, dicha libertad de elección de Derecho (*electio juris*), se expresa a través de un contrato.

Por ello se afirma que el *pactum de lege utenda* constituye en sí mismo un contrato y, en ese sentido, puede ser visto como un contrato dentro de un contrato<sup>171</sup>. Trátase de un acuerdo de voluntades de naturaleza accesoria, pero no por ello menos contractual. El autor Giral Pimentel lo ha definido del siguiente modo: "...La cláusula de ley aplicable es el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes de un contrato internacional deciden regir todo o parte del ámbito del contrato por una o más leyes..."<sup>172</sup>. Luego, el *pactum de lege utenda* como cualquier otro contrato tiene elementos esenciales y elementos de validez, cuyo cumplimiento es necesario si se aspira el reconocimiento de su eficacia de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano, muy especialmente, si se espera que un juez venezolano le reconozca efectos.

---

"freezing clauses", pues se establece que el derecho aplicable será el Derecho vigente, con lo que se impide cualquier efecto congelante de la elección de derecho.

<sup>171</sup> Acerca de los posibles círculos viciosos que produciría la nulidad del contrato principal y de la máxima que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, basta con remitir al análisis de principio *Kompetenz-Kompetenz* desarrollado con relación a la cláusula de arbitraje. En vez de esto, revisaremos otros aspectos.

<sup>172</sup> Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., ob. cit., p. 144.

En efecto, el *pactum de lege utenda* es un verdadero contrato y sus consecuencias son de tal modo decisivas en la suerte del contrato, que allí donde no resulta clara su naturaleza contractual, se le priva de efectos. Tal es el caso de las cláusulas de elección de Derecho que forman parte de contratos en masa o adhesivos (“*take-it-or-leave-it contracts*”), en los cuales no resulta claro que las partes del contrato hayan elegido verdaderamente (libertad de elección) y en los que, por ende, no parece razonable admitir sin reservas la eficacia de la elección de un Derecho que podría haber sido impuesto por una parte (normalmente la más poderosa).

Siendo la propia elección de Derecho calificada como un contrato, debe admitirse entonces que ese contrato tiene su *proper law*, esto es, una ley de conformidad con la cual evaluar sus requisitos de existencia y validez, así como para ponderar sus efectos. Para ello debemos revisar el tratamiento que nuestro DIP da a la cláusula de elección de Derecho y pronunciarnos, aunque sea de modo breve, sobre el Derecho aplicable a los requisitos de existencia y validez del *pactum de lege utenda*.

### 1. Requisitos de eficacia del *pactum de lege utenda*

De conformidad con nuestra legislación y, en buena medida, con las legislaciones de inspiración europeo continental, los requisitos de eficacia del contrato pueden a su vez dividirse en requisitos de (i) existencia y (ii) validez. Por cuanto concierne a la existencia del contrato, los requisitos son: consentimiento, objeto y causa; y por cuanto concierne a la validez del contrato, los requisitos son: consentimiento libre de vicios y capacidad negocial de las partes contratantes<sup>173</sup>. Tales requisitos resultan igualmente exigibles al *pactum de lege utenda*, siendo que el mismo es un contrato. Es necesario resolver cuál es el Derecho aplicable para la evaluación de cada uno de tales requisitos.

En este sentido, el ordenamiento jurídico venezolano ha efectuado un *dépeçage* legislativo del contrato internacional, separando expresamente la capacidad civil de las partes del ámbito de la *lex contractus*. Esto se hace con la

---

<sup>173</sup> Sobre los requisitos de existencia y validez del contrato, ver Código Civil de Venezuela: Art. 1.141. “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1. Consentimiento de las partes; 2. Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3. Causa lícita”. Art. 1.142. “El contrato puede ser anulado: 1. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2. Por vicios del consentimiento”.

sola intención de favorecer la validez del negocio y es aplicable por igual, al análisis del contrato principal, como de la elección de Derecho<sup>174</sup>.

Igualmente, la CIDACI en su artículo 12 efectúa un segundo *dépeçage* de los requisitos de existencia y validez del contrato principal, señalando que “...la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección de Derecho aplicable...” quedará sometida a la *lex causae* (Derecho elegido por las partes o por principio de proximidad).

Así las cosas, la eficacia del contrato principal, como un todo, debe evaluarse conforme a las disposiciones del Derecho aplicable (*lex causae*), mientras que el *pactum de lege utenda* es tratado como una unidad independiente<sup>175</sup>. Del mismo modo, la eficacia del contrato principal puede ser revisada conforme al Derecho elegido por las partes (*lex causae*) siempre y cuando esa elección sea eficaz<sup>176</sup>. A nuestro juicio, la totalidad de los requisitos de existencia y validez del *pactum de lege utenda* deberían haber quedado gobernados por el Derecho del foro.

Sin embargo, en caso de denuncia de vicios del consentimiento en cuanto a la elección de Derecho hecha por alguna de las partes del contrato, estos vicios deberán ser evaluados conforme al Derecho aplicable al contrato como un todo (*lex causae*), según dispone el encabezado del artículo 12 de la CIDACI. Las razones para ello apuntan hacia el mantenimiento de la lógica interna del contrato.

---

<sup>174</sup> En este sentido, la LDIP dispone que: Art. 18. “La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto”.

<sup>175</sup> El tratamiento que el art. 12 de la CIDACI le da a la cláusula de elección, hace pensar que en efecto no se trata de una cláusula más del contrato principal, sino que es un verdadero contrato dentro del contrato. Nótese que el art. *in comento* habla de “...la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones...”, mientras que se refiere por separado a la elección de Derecho aplicable.

<sup>176</sup> En este sentido, Hernández-Bretón ha dicho que: “...Problema distinto es el de la validez del contrato en sí. Esta será determinada por la legislación declarada aplicable por las partes, siempre que, como antes se expuso, la elección sea válida de conformidad a las normas de conflicto del foro...”. Ver: Hernández-Bretón, El régimen de las obligaciones..., ob. cit., p. 338.

Finalmente, el único aparte del artículo 12 de la CIDACI, señala que la existencia o no de consentimiento<sup>177</sup>, tiene su propia ley, sobre la que hablaremos luego.

Pero debemos resaltar la circunstancia que ni la CIDACI, ni la LDIP, así como ningún otro instrumento de Derecho positivo que hayamos tenido ocasión de revisar, se pronuncia acerca del Derecho aplicable al objeto y a la causa del contrato de elección de Derecho aplicable al contrato internacional. Por el contrario, el objeto y la causa del contrato principal sí están regulados expresamente, toda vez que están comprendidos dentro del artículo 12 de la CIDACI cuando señala cuál es el Derecho aplicable para valorar “la existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones”.

No obstante, es importante resolver cuál será el Derecho aplicable al *pactum de lege utenda* en cuanto concierne al objeto y la causa del mismo, pues el artículo 9 de la CIDACI se refiere a la “elección ineficaz”, mientras que el artículo 30 de la LDIP, por su parte, habla de “indicación válida”, con lo que queda fuera de toda duda que la elección de Derecho aplicable, en sí misma, puede estar viciada de nulidad o ser, en sentido lato ineficaz. En Venezuela, como ha reseñado Hernández-Bretón, existe la posibilidad de que las partes hagan elecciones de Derecho ineficaces, por ejemplo, por razones teleológicas<sup>178</sup>.

Si la nulidad de la cláusula de elección se funda en un vicio del consentimiento, a tenor del artículo 12 de la CIDACI, deberá resolverse conforme al Derecho aplicable al contrato, bien que haya sido elegido por las partes o indicado por la regla de conflicto subsidiaria. No nos parecen claras las razones para someter la validez del consentimiento a la *lex causae*, toda vez que la cláusula de elección de Derecho es un contrato dentro del contrato, con su propia ley, la cual ha debido resultar aplicable a la totalidad del *pactum de lege utenda*.

Sin embargo, nada se dice sobre el Derecho aplicable para revisar la validez del objeto y de la causa de la elección de Derecho. De hecho, no hemos encontrado ninguna referencia directa al análisis de estos dos elementos en

---

<sup>178</sup> Ver: Hernández-Bretón, Contratación internacional..., ob. cit. p. 86.

la bibliografía revisada, por ello nos aventuramos a exponer nuestro razonamiento sobre estos particulares.

## 2. Existencia y validez del *pactum de lege utenda*

Así como el contrato tiene su propia ley, bien sea determinada por la autonomía de la voluntad, por el principio de proximidad o por reglas imperativas, el *pactum de lege utenda* tiene su propia ley. Los requisitos ordinarios de existencia de los contratos fijados por nuestro Derecho son: consentimiento, objeto y causa; mientras que las condiciones de validez vienen definidas por un consentimiento libre de vicios y la capacidad de las partes contratantes<sup>179</sup>.

La capacidad de las partes forma parte del estatuto personal y escapa, no solo de nuestro objeto de estudio, sino del ámbito de la autonomía de las partes. Debemos así concentrarnos en la revisión del consentimiento, objeto y causa del *pactum de lege utenda*.

Podemos aún distinguir entre la causa del *pactum de lege utenda* y los fines de la ley cuando reconoce el derecho de las partes de elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional.

Así las cosas, los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico al consagrar la *electio juris* como libertad individual de los ciudadanos, se convierten en medida de la licitud o ilicitud de su ejercicio. Un *pactum de lege utenda* cuyos efectos contraríen los propósitos de la ley, debería ser reputado como una elección de Derecho ineficaz, toda vez que no debe tolerarse que a través de la elección de Derecho se impida la consecución de los objetivos que la misma debe perseguir, según el espíritu de la norma<sup>180</sup>.

### a. La causa y el objeto del *pactum de lege utenda*

No nos corresponde fijar posición acerca de las numerosas teorías sobre la causa de los contratos, sin embargo, entendemos por causa del contrato, el complejo total de motivos que llevan a las partes a contratar<sup>181</sup>. Así, la causa

---

<sup>179</sup> Código Civil venezolano, arts. 1.141 y 1.142.

<sup>180</sup> En este mismo sentido, ver: Hernández-Bretón, Contratación internacional..., ob. cit., p. 86.

<sup>181</sup> En este mismo sentido, ver: Ávila Rodríguez, Alcance del término “obligaciones convencionales”..., ob. cit., pp. 163-164.

del *pactum de lege utenda* puede ser enunciada como la existencia de un contrato internacional (contrato principal), respecto del cual las partes contratantes quieren alcanzar todos los beneficios que una elección de Derecho reporta, dicho de otro modo, quieren escapar de los inconvenientes que significaría dejar esa elección en manos del juez. En general, persiguen la previsibilidad y certeza del contenido y alcance de las obligaciones que adquieren con el contrato.

Mientras tanto, el objeto del *pactum de lege utenda* es la indicación de uno o varios Derechos para gobernar un contrato internacional o sus diversas partes.

Estos dos elementos, objeto y causa del *pactum de lege utenda*, se reconducen inevitablemente al Derecho del foro, a través del cual son valorados.

Igualmente, somos del criterio que debe someterse a la *lex fori* la evaluación de las modalidades que puede asumir esa elección (momento de la elección, número de Derechos elegidos, exigencia o no de vínculos materiales con el Derecho elegido, modificación de la elección, resolución de la elección, *dépeçage* del contrato, etc.).

### **b. El consentimiento del *pactum de lege utenda***

Finalmente, tenemos que determinar cuál será el Derecho aplicable para determinar la existencia y validez del consentimiento dado por las partes para la celebración de ese contrato llamado *pactum de lege utenda*.

La validez sustancial del consentimiento significa un consentimiento libre de vicios. La existencia de consentimiento se refiere más bien a la formación del contrato, esto es, a los efectos que produce entre las partes el cruce de ofertas, contraofertas y aceptaciones. Como veremos, en el régimen de la CIDACI cada una resulta sometida a un Derecho propio.

El artículo 12 de la CIDACI,<sup>182</sup> prevé que “...la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del Derecho aplicable...” queda

---

<sup>182</sup> CIDACI, art. 12: “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del Derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

sometida, junto con la existencia y validez del contrato principal, al Derecho aplicable según las normas de la Convención (autonomía de las partes o Derecho más estrechamente vinculado). Varias precisiones son necesarias para concluir este aspecto.

La primera parte del artículo habla de la “existencia y validez del contrato”, pero al hablar del *pactum de lege utenda* se refiere más bien a la “validez sustancial”.

Por su parte, el único aparte del artículo 12 de la CIDACI prevé lo siguiente: “Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

Luego, una interpretación armónica de las dos partes de este artículo, en cuanto concierne al consentimiento de las partes respecto de la elección de Derecho, nos hace concluir que cuando la Convención habla de que una parte “no ha consentido”, se refiere a la existencia del consentimiento.

El Dr. Parra Aranguren en su relatoría sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994)<sup>183</sup>, al comentar este aspecto, señaló que el capítulo tercero de la convención “De la existencia y validez formal del Contrato”, había sido hecho siguiendo, entre otras, “...las directrices establecidas por la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Convencionales (artículo octavo, primer párrafo) ...”. Sin embargo, la redacción de la CIDACI se apartó de la empleada por la Convención de Roma y produjo con ello una incertidumbre importante.

La revisión de la Convención de Roma en referencia y el Reporte Giuliano / Lagarde<sup>184</sup>, no hace más que ratificar lo antes expuesto, en el sentido que el

---

<sup>183</sup> Parra-Aranguren, La Quinta Conferencia..., ob. cit., p. 221.

<sup>184</sup> El art. 3.4 de la Convención prevé que “La existencia y validez del consentimiento de las Partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11”. Los arts. 9 y 11 se refieren, respectivamente, a la forma y a la capacidad de las partes, materias que escapan de nuestro interés. Por su parte, el art. 8 exhibe una redacción análoga a la seguida por la CIDACI en su art. 12. Es allí donde el Reporte Giuliano / Lagarde sirve para soportar nuestras conclusiones: “2. *Notwithstanding the general rule in paragraph 1, paragraph 2 provides a special rule which relates only to the existence and not to the validity of consent. According to this special rule a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the*

único aparte del artículo 12 de la CIDACI se refiere exclusivamente a la existencia del consentimiento, pero mientras en el artículo 8 de la Convención de Roma se trata de una solución subsidiaria a la *lex contractus* para favorecer la racionalidad y justicia del caso. La CIDACI en su artículo 12 obvió incluir la condición necesaria, que justificaría aplicar una ley distinta a la *lex contractus* al análisis de la existencia del consentimiento.

Esta variación es a nuestro juicio formal, meramente textual, toda vez que estimamos que la lógica interna del contrato, la necesidad de una razón suficiente para ese *dépeçage* y la flexibilidad de las reglas conflictuales modernas, deberá conducir en la práctica a determinar el Derecho aplicable para verificar la existencia del consentimiento respecto de la elección de Derecho, solo cuando de las circunstancias del caso aparezca que no sería razonable evaluar el consentimiento conforme a la *lex contractus*. También debe criticarse a esta norma que su redacción ha sido infeliz, toda vez que, en vez de emplear

---

*effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1. The solution adopted by the Group in this respect is designed inter alia to solve the problem of the implications of silence by one party as to the formation of the contract. The word 'conduct' must be taken to cover both action and failure to act by the party in question; it does not, therefore, relate solely to silence. The words 'if it appears from the circumstances' mean that the court must have regard to all the circumstances of the case, not solely to those in which the party claiming that he has not consented to the contract has acted. The Court Hill give particular consideration to the practices followed by the parties inter se as well as their previous business relationships. According to the circumstances, the words 'a party' can relate either to the offeror or to the offeree. The application of paragraph 2 can result in a decision releasing a party who would have been bound under the terms of paragraph 1, but it can never produce the opposite effect of holding that a contract exists which is non-existent by its proper law...". Giuliano / Lagarde, Report on the Convention..., ob. cit. p. 382. Finalmente debe tenerse en cuenta que esta disposición guarda relación específica con la formación del consentimiento y, muy especialmente, la determinación de los efectos del silencio de una parte con relación a la formación del contrato. En este sentido, Wolff propone un ejemplo ilustrativo: "...Según todas las leyes escandinavas los tribunales están inclinados a considerar el silencio como aceptación si el oferente pudiera esperar que la persona que recibe la oferta, si la hubiera deseado rehusar, hubiera hecho alguna declaración expresa a tal efecto. El derecho inglés no tiene ninguna regla semejante. Supongamos que un comerciante danés hace una oferta escrita a un comerciante inglés con el que había tenido transacciones previas; su oferta contiene entre otras cláusulas la de que el contrato estará regido por el derecho danés. La parte inglesa no contesta. ¿Puede interpretarse el silencio como aceptación porque según el derecho danés sería considerado como tal y porque la carta se refería al derecho danés? No puede serlo. El silencio de una persona puede estimarse que es un acto de significación jurídica solamente si aquél se juzga así según la ley de residencia o lugar de negocio de esa persona...". Wolff, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 419.*

un fraseo más propio de una norma de conflicto clásica, recurre a una flexibilidad que en este caso no nos parece necesaria, al decir que “...el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte...”. Cabe preguntarse si el juez aplicará el Derecho del lugar de residencia habitual o establecimiento de la parte que alega no haber consentido: ¿cómo una indicación expresa del Derecho que debe aplicar, o como un mero factor de localización, procediendo por virtud del principio de proximidad a fijar tal Derecho? Creemos en todo caso que la respuesta debe favorecer la aplicación directa del Derecho de la residencia o establecimiento, toda vez que ese es el único Derecho que puede presumirse que la parte tuvo en cuenta durante el proceso de formación del contrato.

En conclusión, podemos afirmar que de cara a la existencia y validez del *pactum de lege utenda*, el sistema conflictual venezolano de los contratos, prevé que: (i) la validez del consentimiento para elegir el Derecho aplicable, se determinará en aplicación del Derecho que rija el contrato (*lex contractus*); y (ii) la existencia del *pactum de lege utenda* se rige, en principio por la *lex contractus* y, subsidiariamente, por la ley de la residencia habitual o establecimiento de la parte que alega no haber consentido, cuando las circunstancias del caso y las exigencias de la justicia y la equidad, hagan necesario este *dépeçage*<sup>185</sup>.

Esta regla será aplicable por igual –a nuestro juicio– a la valoración del consentimiento respecto del contrato principal, como respecto de la elección de Derecho.

---

<sup>185</sup> En contra, al menos por razones formales, se ha pronunciado Giral Pimentel para quien: “...las leyes que deben tenerse en cuenta para la determinación de la validez del consentimiento en el contrato internacional como un todo será la *lex fori*, la *lex causae* y la ley de la residencia habitual o establecimiento de la parte que se opone a la validez del consentimiento toda vez que estas son las leyes que intervienen en el análisis de la validez de la cláusula de ley aplicable...”. Claro está, el autor señala que su conclusión es meramente formal toda vez que, en su opinión: “...el régimen moderno manifiesta, al menos formalmente, una tendencia a negar la validez del contrato por vicios de consentimiento...” y luego agrega que: “...somos partidarios del principio contrario, es decir, del principio que favorece la validez del contrato sobre el principio que niega la validez del mismo. Así que esta solución relativa al consentimiento de las partes debe estar limitada solamente a los vicios que afectan al consentimiento y no extenderse a otros aspectos relativos al contrato...” Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 131-141.

## J. Autonomía de la voluntad versus autonomía de las partes

Sabemos que las partes que celebran un contrato no lo hacen por el mero afán de cumplir los requisitos de existencia y validez del mismo, antes bien, estos son impuestos por el Derecho de un Estado para organizar el funcionamiento del tráfico jurídico y para fijar las bases sobre las cuales el Estado, como operador de justicia, está en posición de asegurar el efectivo cumplimiento de los compromisos trabados entre los justiciables. Así llegamos a la consagración de la autonomía conflictual.

Por virtud de la autonomía de la voluntad, los individuos son libres de decidir si contratan o no, con quién lo hacen y el contenido de las prestaciones y contraprestaciones que se prometen (incluidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cumplimiento de las mismas). Tal es el principal objetivo de las partes al contratar. La validez del acuerdo, una vez celebrado, es algo que en ausencia de vicios del consentimiento, ambas partes desean y puede reputarse como su primera y más legítima expectativa, pero superado el análisis de la validez del contrato, lo que las partes están realmente interesadas en conocer es el contenido y alcance de aquello que tendrán que hacer o dejar de hacer y aquello que recibirán a cambio, esto es, de sus prestaciones y contraprestaciones, de los derechos y obligaciones que adquieren con el contrato, en fin, las legítimas expectativas de las partes.

Esta necesidad guarda estrecha relación, como se mencionó con antelación, con la teoría de la imprevisión y la justa distribución de los riesgos en el contrato, ya que en la medida que sea incierto el Derecho aplicable al contrato, la determinación y distribución de los riesgos se vuelve una arena movediza que pudiera comprometer la racionalidad del compromiso.

Ya se ha expuesto en otro punto, que la autonomía de la voluntad tiene el poder de llenar de contenido al contrato, en todo cuanto el ordenamiento jurídico tiene de facultativo o disponible, mientras que no puede sustraerse por ese medio de las disposiciones imperativas del mismo. Por otra parte, en el caso de contratos internacionales el problema consiste en saber cuál será el ordenamiento jurídico que entrará a llenar los vacíos del contrato y que suministrará las guías para su interpretación, así como el que fijará sus requisitos de existencia y validez, etc.

Visto desde esta perspectiva, el *pactum de lege utenda* cumple una función enteramente accesoria y supeditada a los dictados de la autonomía de la

voluntad, a cuya complementación atiende. Luego, entre la autonomía de la voluntad y la autonomía de las partes hay una relación de principal a accesorio sui generis. Decimos sui generis, porque en la concepción ecléctica de la autonomía de las partes se admite que la elección de Derecho tiene el poder de incidir sobre la existencia y validez del contrato internacional al cual atiende. En una concepción subjetivista pura, esto sería descartado de inmediato, aduciendo que la elección de Derecho no podría referirse jamás a normas que declarasen ineficaz el contrato. Tal extremo no ha sido admitido y, en general, modernamente se admite que la *electio juris* significa de suyo la sumisión voluntaria al imperio de la ley elegida por las partes.

Sin embargo, el balance entre ambas autonomías (material/conflictual), no es siempre sencillo y para muchos, aunque apriorísticamente debe decirse, se resuelve a favor de la autonomía de las partes. Sin embargo, nos llama la atención que muchos de los que así se expresan, son a veces apasionados defensores de la autonomía de las partes, a extremos que rayan en el subjetivismo puro y duro.

En efecto, puede haber un enfrentamiento entre la autonomía de la voluntad y la autonomía de las partes, desde el momento en que es posible que los contratantes, de manera libre y consciente, hayan decidido en ejercicio de su autonomía de la voluntad celebrar un contrato y, con él, adquirir ciertos derechos y obligaciones recíprocas,<sup>186</sup> al mismo tiempo que pueden escoger un Derecho aplicable para regir su relación conforme al cual el contrato, o una parte del mismo, resulte inexistente o nula.

De cara a este problema, corresponde efectuar una valoración de las manifestaciones de voluntad de los contratantes, para establecer una jerarquía entre ellas y poder resolver la situación planteada. Para ello debemos preguntarnos ¿cuál es el objeto del contrato? ¿Será acaso la realización de las prestaciones y contraprestaciones enunciadas?, o ¿la aplicación de un cierto Derecho?

Es claro que la elección de Derecho en sí misma y sin referencia a un contrato principal, no reporta ninguna utilidad ni cumple una función económica o

---

<sup>186</sup> Lo que constituye no solo el objeto del contrato, sino que resulta emparentado con la causa de la obligación. Hay que tener cuidado de no incurrir en el vicio lógico de admitir que las partes hubiesen tenido la intención de elegir una ley que anulaba su contrato, pues ello podría ser equivalente a decir que el contrato principal carecía verdaderamente de causa.

social, siendo solo en función del contrato causante que el *pactum de lege utenda* encuentra justificación.

Luego, en ciertas circunstancias que la elección de Derecho atente en contra de la eficacia del contrato (existencia y validez), lo que refleja la lucha entre la autonomía de la voluntad versus la autonomía de las partes, diremos que esta última es ineficaz en todo aquello cuanto vicia al contrato principal, que fue una mala elección y que no puede ser entendida como una legítima y adecuada representación de la voluntad de las partes.

La autonomía de la voluntad es la que da vida al contrato causante y, este a su vez, al contrato causado (*pactum de lege utenda*), pero nunca puede funcionar a la inversa. Creemos firmemente que la voluntad de las partes jamás puede ser la celebración de un contrato nulo o inexistente, coincidiendo plenamente en este sentido con el maestro Quintín Alfonsín, quien denunciaba el absurdo de semejante conclusión.

Es que admitir sin reservas la anulación de un contrato, so pretexto de respetar el *pactum de lege utenda*, omite por completo todas las consideraciones que dan nacimiento a la doctrina de la autonomía de las partes, atiende a un mero silogismo carente de valor, y en tanto más lógico y rígido se vuelve la defensa de esa conclusión, cuanto más se aparte de la flexibilidad que debe caracterizar a nuestra disciplina en la actualidad<sup>187</sup>. Por ello, cuando la existencia y/o validez del contrato causante sean puestas en duda a raíz de la aplicación del *pactum de lege utenda*, será labor del operador jurídico superar el obstáculo surgido de la autonomía de las partes, procurando preservar la autonomía de la voluntad toda vez que el verdadero objeto del contrato es el cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones acordadas y no la aplicación de un cierto Derecho.

Así las cosas, la autonomía de las partes debe ser interpretada de manera armónica con la autonomía de la voluntad, con el objetivo de preservar la lógica interna del contrato.

Igualmente, como ha sido señalado con antelación, no puede perderse de vista que las más de las veces, las partes del contrato están fundamentalmente preocupadas por el tener de las expresiones que hacen constar en el contrato

---

<sup>187</sup> Los dogmas y prejuicios adquiridos por el juez bajo el influjo de la *lex fori*, normalmente no superarían el examen de la internacionalidad y de las específicas exigencias del caso.

y que representa su voluntad. Así las cosas, ocurre con frecuencia que los contratos internacionales no incluyen una cláusula de elección de Derecho o, si la incluyen pudo haber sido hecha descuidadamente, a diferencia de las cláusulas materiales del contrato que normalmente son revisadas con sumo cuidado. Por otra parte, es posible que los contratantes tengan el temor de que negociar una cláusula de ese tipo se convierta en un obstáculo a la celebración del contrato y prefieran no incluirla o elegir un Derecho neutral sin dedicarle demasiadas consideraciones al tema. En fin, la mayoría de las veces que se pacta el Derecho aplicable se hace en la luna de miel de la relación contractual, momento que –desde el punto de vista económico– es más bien inadecuado para extremar las precauciones, pero el momento ideal para ello, desde el punto de vista jurídico.

Finalmente, en el ámbito de los contratos internacionales, es inexacto decir que la autonomía de las partes es “la” manifestación de la autonomía de la voluntad, toda vez que las partes en un contrato internacional siempre ejercen su autonomía de la voluntad, y eventualmente pueden ejercer su autonomía conflictual y elegir el Derecho aplicable.

Habida cuenta de estas consideraciones de índole pragmática, se debe también ser muy cuidadoso a la hora de valorar los resultados de la *electio juris*, para evitar caer en rigorismos más bien típicos de sistemas jurídicos primitivos y que en nada adelantan ninguno de los objetivos de las normas de conflicto venezolanas, ni de los principios fundamentales de nuestra disciplina.

#### **K. Derecho aplicable al contrato falta de elección expresa**

Finalmente, la concepción objetiva en materia conflictual contractual fue recibida con mayor extensión por cuanto concierne a la norma subsidiaria aplicable para la determinación del Derecho aplicable al contrato, a falta de indicación válida de las partes. Así, la consagración del principio de proximidad como método de localización del contrato, es una de las banderas del objetivismo en nuestra disciplina. No obstante, es imperioso tener presente que ha sido la voluntad del legislador que esa solución sea aplicada subsidiariamente a la autonomía de las partes y que, al igual que la autonomía de las partes, la elección de Derecho por vía del principio de proximidad no puede sobreponerse a la verdadera voluntad de los contratantes, expresada en el contrato. Igualmente, la aplicación de este principio subsidiario de la autonomía de las

partes debe hacerse manteniendo permanentemente presente que la relación jurídica de que se trata es una con elementos extraños o extranjeros, que se trata de un contrato internacional y que todo Derecho, no importa cuán próximo sea al contrato, sigue siendo en esa medida un Derecho interno<sup>188</sup>.

A este método subsidiario se le ha criticado desde una perspectiva subjetivista, aduciendo que destruye el afán de previsibilidad y certeza que el contrato internacional requiere. Quienes así pensaban postularon la tesis de la voluntad tácita, y más tarde la tesis de la voluntad hipotética o presunta. En contra de esto último se puede decir que, en la práctica, la voluntad presunta y la tácita pueden emplearse como meros índices para llegar al Derecho más estrechamente conectado al caso.

### V. *Dépeçage* del contrato

En medio de los corolarios del subjetivismo, se ha postulado que las partes tienen total libertad de gobernar su convención con arreglo a los mejores estándares que puedan encontrar y, en ese sentido, si llegasen a considerar necesario y oportuno fraccionar el contrato en varias partes, sometiéndolas a Derechos distintos, procederían válidamente. Este es el llamado *dépeçage*<sup>189</sup>.

En efecto, este enunciado típicamente subjetivista ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la CIDACI<sup>190</sup>, que prevé la posibilidad de un *dépeçage* voluntario y de un *dépeçage* judicial. Asimismo, el legislador venezolano ha realizado de modo apriorístico un *dépeçage* de la relación contractual, extrayendo de esta la capacidad de las partes para contratar y la forma de los actos<sup>191</sup>.

Así las cosas, la legislación venezolana ha recibido la institución in comento en sus tres formas de manifestación (voluntario, legislativo y judicial), lo que de suyo habla de la importancia y utilidad del *dépeçage* como método para la organización de las relaciones contractuales.

<sup>188</sup> Recordar la tesis de la autonomía internacional del contrato. Ver: B. de Maekelt, *La flexibilización...*, ob. cit., p. 287.

<sup>189</sup> En general sobre este tema, ver: Carrascosa González, *El contrato internacional...*, ob. cit., Del mismo autor: *Elección múltiple y elección parcial...*, ob. cit. Vid. Igualmente, ver: Gialdino, *La voluntad des parties...*, ob. cit., pp. 881-884. En el mismo sentido, ver: Romero, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 223-229.

<sup>190</sup> CIDACI, arts. 7, 9 y 12.

<sup>191</sup> LDIP, arts. 18 y 37.

Sin embargo, es de hacer notar que mientras la CIDACI autoriza ampliamente a las partes para ejercer el Derecho de fraccionar el contrato, cuando le reconoce al operador jurídico ese poder, lo hace de un modo más bien excepcional.

Así las cosas, la CIDACI en su artículo 7 indica expresamente que el juez podrá efectuar el fraccionamiento si y solo si: (i) una parte fuese separable del contrato, (ii) la parte del contrato tenga vínculos más estrechos con un Estado distinto de aquel cuya ley se aplica al resto del contrato, y (iii) que el fraccionamiento se haga a condición de favorecer la realización de “las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto...”.

### A. Fraccionamiento *versus* Unidad

Empleando la nomenclatura del profesor Carrascosa<sup>192</sup>, uno de los aspectos adversos al *dépeçage* y que es argumentado por la mayoría de sus detractores, es el de la unidad lógica del contrato internacional. Es quizá una de las preocupaciones más persistentes en la doctrina, toda vez que se piensa que el fraccionamiento del contrato, máxime sin limitación alguna, puede conducir a una disciplina absurda del contrato. No obstante, las críticas, la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de la admisión del *dépeçage* voluntario del contrato, aunque con recelo habida cuenta de la necesidad de preservar de lógica interna del contrato<sup>193</sup>.

### B. Carácter excepcional del *dépeçage*

Este es un punto menos claro, toda vez que la CIDACI consagra el *dépeçage* judicial con carácter excepcional, pero como buen ejemplo del subjetivismo en materia de autonomía de las partes, cuando le reconoce a las partes el poder de fraccionar el contrato, no le fija límites apriorísticos. Nos parece adecuado que no se le impongan límites de modo anticipado -lo que a su vez es consistente con el método flexible del DIP- y a que debemos reconocer que el ejercicio de ese poder debe responder a la lógica interna del contrato, de tal suerte que, si la compromete en algún momento, debe reconocérsele al juez el poder de corregir esos resultados adversos.

<sup>192</sup> Carrascosa González, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 31.

<sup>193</sup> Para un análisis exhaustivo de las justificaciones del *dépeçage* ver: Carrascosa González, *Elección múltiple...*, ob. cit., pp. 18 ss.

En efecto, tales poderes le son conferidos tanto por la CIDACI como por la LDIP, cuando le indican que deberá aplicar las normas, costumbres y principios del Derecho comercial internacional, y los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con el objetivo de realizar la justicia y equidad del caso concreto. En el mismo sentido, el artículo 2 de la LDIP le indica que deberá aplicar el Derecho extranjero que resulte competente (esto incluye el caso que sean varios Derechos), con el objeto de asegurar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las normas de conflicto venezolanas. Finalmente, y para el especial caso de la aplicación concurrente o simultánea de varios Derechos a una misma parte o a diversas partes de un mismo contrato, la propia LDIP y la CIDIPNG consagran la adaptación o armonización, orientada nuevamente hacia la realización de la equidad en la solución del caso concreto<sup>194</sup>.

### C. *Lex contractus* y *Lex partis*

La expresión ley del contrato (*lex contractus*) se refiere a aquel Derecho escogido por las partes o, en su defecto, indicado por la norma de conflicto, aplicable para la regulación de los diversos aspectos de una relación contractual, que se han dado en llamar materias incluidas y entre las que se encuentran las condiciones generales de eficacia del contrato, esto es, los requisitos de existencia y validez del mismo, frente a las cuales encontramos ciertas materias excluidas, tales como, la capacidad de las partes para contratar y la forma de los actos. La inclusión o exclusión de estas materias en la ley del contrato, es un tema que puede ser resuelto por el legislador en el cuerpo normativo, como es el caso de las materias *ut supra* señaladas, aunque la LDIP venezolana no se ha pronunciado más extensamente en ese sentido, como sí ocurre con la CIDACI<sup>195</sup>. A falta de este pronunciamiento legislativo será necesario que el operador jurídico resuelva el escollo, fijando los temas que deberán considerarse incluidos y aquellos excluidos de esa ley del contrato, tarea en la cual deberá orientarse sin duda alguna por los dictados de la Convención de México.

El principio general es la unidad del contrato, pero no considerado como unidad social -en la tesis de Vischer- sino como una unidad económica, en

<sup>194</sup> Ver LDIP, arts. 2, 7 y 31 y CIDIPNG art. 9.

<sup>195</sup> Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 87 y ss.

esa medida más vinculada con el mercado que con Estados nacionales<sup>196</sup>. Igualmente, el contrato representa una unidad lógica, pero no es cierto por ello que sea inseparable<sup>197</sup>. Esa unidad puede excepcionalmente ser desarticulada, cuando la voluntad de las partes así lo indique y para alcanzar de mejor modo los fines que los contratantes se han propuesto con su contrato. Como señalara Vischer, en todo contrato pueden identificarse asuntos con suficiente sustancia para merecer una regulación autónoma, asuntos que en opinión de Carrascosa pueden gozar de autonomía jurídica y económica, por lo que pueden ser razonablemente separados del contrato, entiéndase, separados de la ley del contrato. Ha dicho este último que:

...puede ser definida la “parte del contrato” como: aquella sección del contrato constituida por un imperativo jurídico inescindible o por un conjunto de ellos, que posee, a) una individualidad de contenido manifestada en una autonomía jurídica y económica, y b) que presenta una función específica que permite su separabilidad del resto del contrato a efectos de ley aplicable, de modo que es capaz de funcionar independientemente sin menoscabar con ello el funcionamiento del resto del todo contractual<sup>198</sup>.

Habida cuenta de la noción de parte del contrato, los contratantes deben tener el cuidado de identificar correctamente cada una de esas partes, pues de otro modo no estarían fraccionando el contrato, sino destruyéndolo. Puede decirse que si un fraccionamiento del contrato es incorrecto, porque divide elementos que son indivisibles, no es un verdadero fraccionamiento y, en consecuencia, es ineficaz.

Hecha la identificación de las partes del contrato, las alternativas de los contratantes son muy variadas. Puede ocurrir –cuando menos– alguno de los siguientes supuestos:

- (i) Que las partes hayan hecho una elección general de Derecho (*lex contractus*), separando solo una parte específica del mismo, o que las

<sup>196</sup> Fernández de la Gándara / Calvo Caravaca, *Derecho mercantil...*, ob. cit., p. 38.

<sup>197</sup> La unidad lógica de un objeto del conocimiento puede ser expresada o representada a través de la sumatoria de las partes que la componen, así:  $100 = 50 + 50$ , o  $75 + 25$ , o  $20 + 80$ , etc. En todos los casos el resultado es el mismo, por lo que no se rompe esa unidad. En el contrato, el fraccionamiento puede hacerse si, del resultado de someter las diversas partes a diversos derechos, se alcanzan de mejor manera las legítimas expectativas que las partes del mismo se hubieren formado.

<sup>198</sup> Carrascosa González, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 122.

partes habiendo elegido el Derecho para una específica parte del contrato, guarden silencio respecto del resto.

En estos casos, se puede identificar una *lex contractus*, como la aplicable a la generalidad de los asuntos del contrato, mientras que surge una *lex partis*, que es la aplicable a esa parte específica y separable del contrato, indicada por los contratantes.

- (ii) Que las partes hayan dividido el contrato en tantas partes como ha sido posible, eligiendo el Derecho aplicable a cada una de ellas.

En este tipo de casos, concurren varios Derechos para regular las diversas partes del contrato, pero no hay una *lex contractus*. Las partes no la eligieron y, en cambio, en ejercicio de su voluntad han escogido varios Derechos para gobernar las diversas partes en que podía dividirse su acuerdo.

Como se ha visto con antelación, la respuesta a este tipo de inconveniente provendrá de la adaptación o armonización de los Derechos aplicables al contrato, pero vista la ausencia de una *lex contractus* y la eventual importancia que podría tener para resolver finalmente las diferencias entre las distintas leyes aplicables a las varias partes del mismo, cobra vigencia la propuesta de la Dra. Maekelt en el sentido de emplear el principio de proximidad, para determinar el Derecho normalmente competente y emplearlo como elemento de valoración y equilibrio de la lógica interna del contrato, en aras de los objetivos de tantas veces referidos.

Por cuanto concierne a las materias incluidas dentro de la *lex contractus*, solo nos interesa destacar que la existencia y validez del contrato se consideran partes del mismo y por ende sometidas a la ley que ha de gobernar sus diversos aspectos, por virtud de la armonía interna del instituto. En nuestro país hay material suficiente acerca de los aspectos que caen bajo el ámbito de la *lex contractus*, por lo que nos referimos a estos de manera tangencial, con el único propósito de afirmar que la existencia y validez del contrato, así como de sus partes, se encuentra sometido a la ley que rija al contrato. En este sentido, el Dr. Giral ha expuesto que:

...Las materias que constituyen el ámbito de la ley del contrato en sentido estricto son: ... la existencia y validez del contrato así como la de cualquiera de sus disposiciones (exceptuando a las disposiciones relativas a las materias excluidas, la cláusula

de ley aplicable y el consentimiento del contrato como un todo) y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato...<sup>199</sup>.

Coincidimos con el Dr. Giral, en el sentido que la existencia y validez del contrato o de una de sus partes forman parte de ese ámbito estricto de la *lex contractus*, sin embargo, por lo que respecta a la existencia del consentimiento respecto del contrato principal, como afirmamos con antelación, creemos que la CIDACI crea un régimen según el cual en el específico caso de la existencia del consentimiento del contrato como un todo, este se encuentra sometido en principio a la *lex contractus* y solo subsidiariamente podría acudir a la ley personal de quien invoca la ausencia de consentimiento. En cuanto concierne a la existencia y validez de la cláusula de elección de Derecho, como afirmamos con antelación, pensamos que el *pactum de lege utenda* tiene su propia ley y que esta es, por regla general, la ley del foro, de manera excepcional y por virtud del texto expreso de la CIDACI, la validez del consentimiento (ausencia de vicios) debe regularse por la *lex causae*. Finalmente, y solo de manera excepcional, en caso de que se discuta la existencia del consentimiento, podría acudir a la ley personal de quien alega el vicio.

#### D. Modalidades del *dépeçage*

Por otra parte, esa posibilidad de fraccionar el contrato puede tener tres fuentes diversas: (i) la voluntad (*dépeçage* voluntario); (ii) la ley (*dépeçage* legislativo); y (iii) el juez (*dépeçage* judicial).

Estimamos de particular importancia observar que, en los casos de *dépeçage* legislativo más frecuentes, a saber, capacidad de las partes y forma de los actos, ese fraccionamiento ha sido hecho motorizado por el principio de la ley a favor del negocio. Igualmente, cuando las partes fraccionan el contrato, se parte de la base que lo hace por una razón comercialmente razonable, esto es, las partes han entendido que ese fraccionamiento coadyuva a la mejor protección de las legítimas expectativas de los contratantes, y ello no es otra cosa más que la posibilidad de las partes de organizar su negocio del modo más favorable posible.

<sup>199</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, op. cit., pp. 114-115.

Lo anterior sirve como fundamento para afirmar que, cuando el operador de justicia haga uso del poder de fraccionar el contrato<sup>200</sup>, deberá proceder igualmente movido por el principio de la ley a favor del negocio y nunca como un subterfugio para anular el contrato, o simplemente para evadir la laboriosa aplicación del Derecho extranjero.

Un problema específico que surge del *dépeçage* voluntario, es el de saber si con esto, las partes se someten verdaderamente a diversos ordenamientos jurídicos, por cuanto concierne a cada parte del contrato o si, por el contrario, en los casos de fraccionamiento, debe entenderse hecha una incorporación de las normas de ese sistema concernientes a la parte del contrato de que se trate. En el caso de tratarse de verdaderas sumisiones a los distintos sistemas jurídicos indicados por los contratantes, surgiría el problema de mantener la armonía interna del contrato, pero para ello existe la adaptación o armonización. En el caso de tratarse más bien de incorporaciones, debería entenderse que las partes no eligieron la ley del contrato y entonces sería necesario proceder con arreglo al principio de proximidad a fijar la *lex contractus*.

El Dr. Hernández-Bretón, al pronunciarse sobre el *dépeçage* voluntario, comenta que:

...La admisión del “*dépeçage* voluntario” fue admitida conscientemente aun a sabiendas de las objeciones antes formuladas y de la posibilidad de que así fuese válido un contrato que sería inválido de estar sometido a un único ordenamiento jurídico. El prof. Lagarde (París), el más férreo defensor de la amplia admisión de la autonomía conflictual en el sistema del Convenio de Roma de 1980, modelo del artículo 7 de la CIDACI, respondía a esa crítica señalando que probablemente siempre habría un ordenamiento que declarase válida la totalidad del contrato. Al existir esa posibilidad no hay nada que se oponga a permitir excluir las normas imperativas desventajosas o inconvenientes del Derecho que ordinariamente regiría al contrato...<sup>201</sup>.

El *dépeçage* o fraccionamiento como herramienta jurídica (voluntaria, legal o judicial), parece estar orientado siempre por la *lex in favore negotii* y, en general, por la necesidad de satisfacer las exigencias de la justicia y equidad en la solución de cada caso.

<sup>200</sup> Según los términos de la CIDACI art. 9 *in fine*.

<sup>201</sup> Hernández-Bretón, La contratación mercantil..., ob. cit., p. 17; Carrascosa González, Elección múltiple..., ob. cit., p. 14.

### E. Justificación del *dépeçage*

El *dépeçage* o fraccionamiento de las áreas del conocimiento no es algo privativo de nuestra disciplina, antes bien, se trata de una herramienta cognitiva. En efecto, la lógica formal –tantas veces referida en este trabajo– organiza el conocimiento sobre la base de categorías, que no son otra cosa más que fracciones o parcelas de la realidad, artificialmente divididas por el hombre, para su mejor estudio y comprensión.

Así las cosas, todo el ordenamiento jurídico es testigo de un permanente proceso de fraccionamiento de los hechos de la realidad social, para someterlos según sus cualidades propias, a la regulación de leyes especialmente diseñadas para cada categoría de hechos sociales, con la intención de asegurar la mejor realización de los fines del Derecho.

Luego, el *dépeçage* puede ser visto como un proceso de calificación al interior de una relación jurídica, en principio única, mediante el cual se identifican aquellos aspectos que gozan de una sustantividad jurídica o económica suficiente, para someterlas a un estatuto jurídico propio, en el entendido que esa separación contribuye a una función utilitaria y no constituye un mero juego intelectual.

El *dépeçage* y la calificación son, a nuestro juicio una misma cosa, pero vistas en momentos distintos del análisis lógico jurídico: (i) Calificamos para identificar la situación jurídica en su conjunto, como unidad, y resolver la norma de conflicto que le resulta aplicable; (ii) Fraccionamos solo después que hemos identificado el elemento común o de unificación de esa relación, para identificar las distintas partes separables de esa unidad que llamamos relación jurídica y establecer los diferentes Derechos que podrían regularlas, todo ello con miras a la realización de las exigencias de la justicia y la equidad en el caso concreto.

Cuando decimos que una relación jurídica es un contrato internacional, estamos calificando, cuando decidimos someter los requisitos de existencia del contrato, a un Derecho propio, (distinto del que se aplica para regir el conjunto), estamos fraccionando<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> El art. 12 de la CIDACI en su primer aparte, echa mano del *dépeçage* para someter la existencia del contrato como un todo, a un Derecho propio y distinto de la ley del contrato, si las circunstancias del caso lo ameritan (debe complementarse el art. con la Convención de Roma, como ha quedado establecido con antelación).

Así las cosas, la calificación y el *dépeçage* son una misma cosa, que como recurso cognitivo siempre podrá ser ejercido por el operador jurídico, eso sí, sometido a los límites que le impone la lógica interna de las relaciones jurídicas y las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Por esto nos permitimos señalar que el *dépeçage* es una institución general del DIP, especialmente útil cuando se trata de prevenir o corregir los resultados adversos que produciría la aplicación del Derecho extranjero en el caso concreto.

#### **F. La capacidad de las partes y la forma del contrato como materias excluidas de la Ley del contrato**

Ya hemos visto que la capacidad de las partes y la forma del contrato han sido separadas de la ley del contrato, mediante un fraccionamiento legal de la relación, hecho para favorecer la validez del negocio. Sin embargo, es de hacer notar en este punto que, tanto en el caso de la capacidad de las partes, como en el de la forma, la LDIP recurre a la “ley que rija el contenido del acto” como un factor de conexión alternativo y a favor de la validación del negocio. Así, si bien existe un fraccionamiento legal del contrato, para sustraer de la ley normalmente competente para regir el contrato tanto la capacidad de las partes, como la forma del contrato, no es menos cierto que ese fraccionamiento se hace solo para fomentar la validez del negocio. Esto se pone de manifiesto por el hecho que si ley especial, p. ej. la ley propia para regir la capacidad de las partes anulase el contrato, por mandato de la regla de conflicto del artículo 18 de la LDIP, esa capacidad debería someterse a la ley que rija el contenido del acto, esto es, a la *lex contractus*. Otro tanto ocurre con la forma de los actos.

Esta regla en materia de capacidad de las partes será de sencilla aplicación en los casos en que exista una *lex contractus*, pero cuando las partes hayan fraccionado el contrato en múltiples secciones, puede ser un inconveniente resolver cuál deba tenerse por la ley que rija el contenido del acto.

Una posible solución, sería aplicar a la capacidad de las partes aquella ley, de entre las diferentes que se gobiernan al contrato, que validase al contrato. Esto podría ser acusado de un esfuerzo desmedido por la preservación del negocio. También podría acudir, una vez más, al examen del Derecho

normalmente competente (Derecho que habría sido aplicado a falta de elección), en nuestro caso, el Derecho más estrechamente vinculado<sup>203</sup>.

### **G. Contradicciones entre los diferentes Derechos eventualmente aplicables al contrato**

La doctrina mayoritaria alerta acerca de la necesidad de emplear el *dépeçage* con sumo cuidado, toda vez que el fraccionamiento del contrato puede poner en peligro la lógica interna del mismo. Es una denuncia hecha con toda razón: siendo el *dépeçage* un proceso de calificación, o se hace correctamente, o no es un *dépeçage*. Esto es, decir que un caballo es un perro, no es una calificación, tanto como cortar un purasangre por la mitad no es un *dépeçage*<sup>204</sup>.

Sin embargo, siempre es posible que ocurran contradicciones ya no del *dépeçage* en sí mismo, que de ser mal instrumentado no sería un *dépeçage*, sino de la interacción de los diferentes ordenamientos jurídicos que por virtud del fraccionamiento entran en contacto.

Para tales casos, pueden aplicarse diversos remedios, todos gobernados por virtud de la necesidad de realizar las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto y con apoyo en la *lex in favore negotii*.

#### **1. Contradicción entre los diversos Derechos elegidos por las partes**

Si el problema ocurriere entre los diversos Derechos elegidos por las partes, que por tal virtud son de simultánea aplicación a la regulación de las diferentes partes del contrato, la labor del juez es armonizar dichos ordenamientos jurídicos, adaptando la solución del caso concreto a la satisfacción de los fines que cada uno de los Derechos conectados persigue. Un asunto que llama la atención es el conocer ¿qué debería hacer el juez, si uno de los Derechos elegidos por las partes fuese el más estrechamente vinculado, y el otro solo

<sup>203</sup> Téngase en cuenta que puede considerarse que el hecho que una ley coadyuve a la preservación de la eficacia de una convención puede servir como argumento para señalar que esa es la ley más estrechamente vinculada. Sobre el uso del principio de proximidad como mecanismo de valoración, ver: B. de Maekelt, *La flexibilización...*, ob. cit., p. 266.

<sup>204</sup> En otras palabras, no cualquier división del contrato puede entenderse como un *dépeçage*. El fraccionamiento debe ser hecho entre partes separables, debe ser racional. En general, diversos límites controlan el poder de los contratantes de fraccionar su contrato, sobre estos ver: Carrascosa González, *El Contrato internacional...*, ob. cit., pp. 271 ss.

estuviera conectado por virtud de la elección? Un ensayo de respuesta surge del siguiente aspecto.

## **2. Contradicción entre el Derecho elegido por las partes y el Derecho normalmente competente a falta de elección**

Puede ocurrir que la contradicción o incompatibilidad se produzca, más bien, entre el Derecho que fue elegido por las partes y el Derecho que habría sido normalmente competente a falta de *electio juris*. Ya se ha citado un ejemplo de esto, cual es el caso que el Derecho elegido valida el contrato y el Derecho derogado con la elección lo anula, o viceversa<sup>205</sup>.

### **H. Armonización**

Como se ha anticipado, la armonización o adaptación es la clave para superar los escollos que plantea la multiplicidad de Derechos aplicables a una misma relación. Esta institución general del DIP ha sido recogida en nuestro Derecho, primero en la CIDIPNG (art. 9) y, más recientemente, en la LDIP (art. 7).

Mucho del trabajo del juez, en este caso, sería análogo a la teoría del “Análisis de Intereses” o “Intereses Gubernamentales”, toda vez que según el artículo 7 de la LDIP, el juez deberá armonizar los diversos Derechos aplicables al mismo caso, “procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos”. Así, el operador jurídico deberá comenzar por establecer cuáles son esos intereses, jerarquizarlos y armonizarlos. Esa tarea de armonización por su parte, le llevará a aplicar con frecuencia un razonamiento análogo al del “*comparative impairment*” de Baxter, toda vez que esa será la vía para jerarquizar los objetivos de cada ley y determinar la manera en que cada Estado podría verse afectado por el incumplimiento de los objetivos de sus leyes en el caso en concreto.

El artículo habla de la armonización de los distintos Derechos “que puedan ser competentes”, lo que podría dar pie para pensar que se refiere a todos los ordenamientos jurídicos vinculados de un modo jurídica o económicamente relevante con el contrato. Sin embargo, el mismo artículo nos dice que tales Derechos “serán aplicados armónicamente”, con lo que reconoce que

---

<sup>205</sup> Ver: B. de Maekelt, La flexibilización..., ob. cit., p. 266.

se refiere a diversos Derechos aplicables simultáneamente al mismo caso (sea por partes o sea acumulativamente).

El mismo dispositivo legal prevé una válvula de escape, cuando en su único aparte le ordena al operador jurídico utilizar como criterio final de valoración, para superar las dificultades de armonización, el recurso a la equidad en el caso concreto.

### **I. *Dépeçage* conflictual y *dépeçage* material**

Tratándose el *dépeçage* de un proceso de fraccionamiento o parcelamiento (del conocimiento, de una disciplina jurídica, etc.), es evidente que, así como existe un *dépeçage* conflictual, también existe un *dépeçage* material. Con esto queremos decir, que es posible que los contratantes hayan dividido su contrato en las partes que lo conforman, para someter cada una de ellas: (i) a un ordenamiento jurídico en su concepción integral o sistémica; o (ii) a las normas materiales específicas de un cierto ordenamiento jurídico. Esto ha sido visto con antelación y corresponde, respectivamente, a la sumisión de la relación contractual al poder normativo del Derecho extranjero y a la incorporación de ciertas normas del Derecho extranjero a la disciplina del contrato.

De lo anterior, surge otra alternativa de solución a los problemas eventualmente ocasionados por el *dépeçage* de una relación contractual. Y es que, de ser necesario para alcanzar la solución más justa del caso, se puede hacer uso de otro recurso típicamente subjetivista, cual es retomar –a título meramente excepcional y correctivo– la tesis de la incorporación de las normas indicadas al contrato. En consecuencia, el operador de justicia podría: (i) aplicar todas las normas elegidas para cada parte por incorporación y, supletoriamente, someter el contrato como un todo al principio de proximidad; o (ii) aplicar por incorporación las normas del sistema jurídico que produce la contradicción, excluyendo las normas incompatibles y, supletoriamente, someter esa parte del contrato al principio de proximidad; conservando la aplicación integral de las demás leyes elegidas a cada parte del contrato.

Cualquiera de estas posturas es típicamente subjetivista, por lo que pensamos debería tener buena acogida en la doctrina patria.

## VI. *Lex in favore negotii*

La ley en favor del negocio o *lex in favore negotii*, ley de validación, *validating law* o *rule of validation*, es uno de los principios fundamentales del Derecho privado, esencial para la correcta organización del tráfico jurídico y para el mejor funcionamiento de los contratos, como el vehículo por excelencia de ese tráfico jurídico, de conformidad con el cual en la interpretación y aplicación de las normas de fuente contractual, debe preferirse aquella que favorezca o promueva la eficacia de las relaciones jurídicas antes que destruirlas.<sup>206</sup>

A su vez, la ley en favor del negocio se decanta en una serie de corolarios que coadyuvan a la realización del objetivo indicado, que veremos más adelante.

Uno de los vacíos más evidentes –y a nuestro juicio lamentables– del Código Civil venezolano consiste, precisamente, en la falta de reglas especiales para la interpretación de los contratos, lo que resulta difícil de explicar si tomamos en cuenta que nuestro Código fue influenciado de manera importante por el Código Civil francés, el cual sí prevé un capítulo completo intitulado “*De l’interprétation des Conventions*”<sup>207</sup>. Con toda seguridad, si nuestro Código

<sup>206</sup> En contra, en sus comentarios a una decisión de la Casación francesa de fecha 28 de junio de 1966, Batiffol ha señalado que “...*L’arrêt rapporté a approuvé l’annulation du contrat litigieux par application de la loi qui le « regisait », donc pouvait le déclarer nul. Cet aboutissement est un jalon sérieux sur la voie qui devrait aboutir à affirmer que la loi désignée par les parties, ou les circonstances de la cause, reste une loi, et ne dégénère pas en une simple clause contractuelle ; un contrat, même de caractère international, peut donc le cas échéant être nul ; la « loi de validité » ne donne pas la clé de la solution de tous les conflits de lois en matière de contrats...*”. Batiffol, Henry, Commentateur de l’arrêt du 28 juin 1966, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, No. 2. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el sistema francés propuesto por Batiffol y, en buena medida recibido por la jurisprudencia, la autonomía de la voluntad fue notablemente reducida, convirtiéndose en un mero punto de localización, junto con el domicilio de los contratantes, o el lugar de celebración o ejecución. En tal sentido, la determinación del derecho aplicable no era enteramente subjetiva y, por ende, la anulación del negocio encontraría sus bases en elementos adicionales a la pura voluntad de los contratantes. Adicionalmente, no compartimos la conclusión de Batiffol, en el sentido que la “*loi de validité*” no sea más la clave de la solución de los conflictos de leyes, toda vez que, como ha quedado establecido, la verdadera clave de esa solución es el respeto a las legítimas expectativas de las partes (trabadas con ocasión de su autónoma voluntad) y, la “*loi de validité*” o *lex in favore negotii* no es más que un recurso derivado de la propia autonomía de la voluntad, para la mejor garantía de esta.

<sup>207</sup> Code Civil des Français, Livre III, Titre III, Chapitre III, Section V - De l’Interprétation des Conventions, arts. 1156 al 1164. Código Civil español, Libro Cuarto, De las obligaciones y contratos, Título II - De los contratos, Capítulo IV - De la interpretación de los contratos, arts. 1281 al 1289. En idéntico sentido, los códigos de Código Civil de México, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Italia, Perú, Québec, Suiza, Uruguay, entre otros, tiene reglas

Civil contase con unas reglas como las del Código Napoleón en materia de interpretación de los contratos, hablar de la *lex in favore negotii* sería un lugar común. Siguiendo el orden de exposición del Código Civil francés, el Dr. Bermúdez en Venezuela nos dice que estos principios de interpretación de los contratos se pueden resumir en: (i) reconocimiento de la común intención de las partes y la buena fe como principios rectores; (ii) empleo de fórmulas apriorísticas basadas en los principios antes señalados; (iii) delimitación estricta del contrato a lo que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, manifestaron querer contratar<sup>208</sup>; (iv) consagración del principio de efectividad del contrato o *ut res magis valeat quam pereat*<sup>209</sup>; (v) interpretación sistemática del contrato; y (vi) incorporación de la costumbre del lugar o país como fuente para la interpretación e integración del contrato<sup>210</sup>.

Cada una de estas reglas de interpretación de los contratos está fundada en la máxima rectora del Derecho privado, cuál es el principio de autonomía de

---

expresas sobre la interpretación de los contratos. Sobre la interpretación de los contratos en el DIP, ver: Barrios de Acosta, Haydée, La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, FCJPUCV, Instituto de Derecho Privado, 1982. pp. 15-186. Igualmente, sobre la interpretación de los contratos en general, ver: Bermúdez, José Rafael, Interpretación de contratos y metodología jurídica, en: *Libro Homenaje a los 100 años del Código de Comercio de 1904*, Caracas, ACPS, 2004.

<sup>208</sup> Esto es, a nuestro juicio, un corolario de la protección a la común intención de las partes, aunque tiene la importancia de ponerle coto a las teorías subjetivistas extremas que postulaban la investigación del espíritu de los contratantes y de su voluntad presunta o hipotética.

<sup>209</sup> El autor comentado habla más bien de “conservación”, sin embargo, nos parece más adecuado referirnos al principio de efectividad, toda vez que el término conservación podría prestarse a confusiones entre la *lex in favore negotii* y la regla *ut res magis valeat quam pereat*. Mientras la primera tiende a elegir entre las diferentes leyes aplicables a un caso, aquella que contribuye a su validez, el último tiende a elegir entre las diferentes interpretaciones de una cláusula contractual, aquella que favorezca su efectividad (que produzca algún efecto, antes que ninguno). Ambos son de utilidad para nuestro análisis, pero deben ser diferenciados. Bermúdez, Interpretación de contratos..., ob. cit., p. 18. Este principio *ut res magis valeat quam pereat* también ha sido ampliamente recibido y aplicado por los tribunales arbitrales internacionales, quienes lo consideran como un principio de universal aceptación. También se ha dicho que este principio es uno de los elementos constitutivos de la *Lex mercatoria* (por ejemplo, fue expresamente recogido en los Principios de Derecho Contractual Europeo, art. 5.106 y en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales, art. 4.5), sin embargo, es de hacer notar que el mismo ha sido ampliamente recogido en la legislación iberoamericana, como señala el Dr. Bermúdez, por influjo del Código Napoleón. En este sentido, ICC Award No. 1434, 1975, en: *Journal de Droit International Privé*, 1976, pp. 978 ss.

<sup>210</sup> Bermúdez, Interpretación de contratos..., ob. cit., p. 18.

la voluntad, principio de libertad o libertario, cuya extensión y efectos resultan equilibrados o controlados por los dictados de la buena fe. El principio subyacente en las normas contractuales (materiales y conflictuales), es la consagración *lex in favore negotii* para procurar la eficacia del negocio, antes que su ineficacia. Así, las reglas de interpretación de los contratos contenidas en la mayoría de las legislaciones, están fundadas en la doble consideración de los mandatos de la buena fe y la *lex in favore negotii*.

Por lo antes expuesto, el operador de justicia puede ajustar sus decisiones a la satisfacción de estos dos grandes principios (buena fe y ley a favor del negocio), con la convicción que el resultado será siempre justo, toda vez que habrá estado orientado por las reglas fundamentales del Derecho privado.

Savigny mantuvo que era inadmisibles que los contratantes hubiesen querido someter su acuerdo de voluntades a un Derecho conforme al cual el mismo resultara ineficaz, dado que ello chocaba con sus verdaderas intenciones, que no pueden ser otras que obtener el cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones prometidas, en palabras de Dos Santos “...el principal objetivo que persiguen las partes al contratar es el éxito de la negociación...”<sup>211</sup>. De esta manera, Savigny señalaba en el siglo XIX, lo que la jurisprudencia norteamericana promovió en el siglo XX bajo la denominación de la *validating law*<sup>212</sup>.

De aquí se sigue que, siendo la protección de la común intención de las partes el principio rector de la interpretación de los contratos resulte insostenible que, en el especial caso de la *electio juris* en el contrato internacional, se pueda reconocer que la común intención de los contratantes haya sido la de celebrar un acuerdo ineficaz, sin ninguna reserva.

Patrick Courbe, en sus comentarios a la sentencia de la Casación francesa del 29 de octubre de 1989, denuncia de un modo brillante la imposibilidad de anular un contrato sobre la base de criterios subjetivos de elección de Derecho (elección expresa o tácita, voluntad presunta), quedando reducido este

---

<sup>211</sup> Savigny, *Diritto romano...*, ob. cit., p. 188; Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 267.

<sup>212</sup> Ver: Romero, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 232 ss.

supuesto a los casos de selección del Derecho aplicable meramente objetivos, sin que por ello deba entenderse derogado el favor negotii nos parece.<sup>213</sup>

Iguales comentarios nos merece la decisión arbitral *ad hoc* del 27 de mayo de 1991 (según las reglas UNCITRAL), en la que, al exponer sobre el principio *ut res magis valeat quam pereat*, el tribunal *ad hoc* ha dicho que:

*The majority of the Tribunal proceeded from the general principle ut res magis valeat quam pereat; in other words the point of departure of the majority was that when negotiations conducted with the help of professional advisers -i.e., there is no suggestion of unfair bargaining or pressure- they should be held to their bargaining. Of course, parties are not to be permitted to contract to perform an unlawful act; but when there is nothing inherently unlawful or immoral about the arrangement concluded by the parties, and no evidence of intent to evade mandatory restrictions, the law should be construed, if fairly possible, in such a way as to uphold rather than to frustrate the intent of the parties...*<sup>214</sup> (destacado nuestro).

---

<sup>213</sup> « *C'est la question justement posée par M. Heuzé, qui écrit : « En particulier, on ne peut assurer que les tribunaux resteront insensibles à l'argument, que les plaideurs ne manqueront certainement pas d'invoquer, qu'un contrat nul au regard de la loi que désignent les présomptions des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 4, présente des liens plus étroits avec une loi que le valide et à laquelle il est raisonnable de présumer en conséquence que les parties se sont implicitement référées » ... Sans doute l'annulation du contrat international est-elle concevable, en vertu de la loi applicable, dans un système de rattachement purement objectif. Mais l'arrêt rapporté se réfère à « la commune intention des parties », et c'est là que réside la contradiction : on ne pourra pas, en effet, raisonnablement expliquer que des commerçants aient l'intention commune de conclure une convention nulle... 7. Cet illogisme a été brillamment dénoncé par M. Heuzé (op. cit., p. 139 et s.). C'est vrai qu'on ne peut fonder l'application de la loi choisie dans le fait que celle-ci convient aux parties, et prononcer la nullité du contrat en vertu de cette loi, c'est-à-dire contrairement à leur volonté. Cette contradiction n'est, pour l'auteur, que la conséquence d'une confusion. Si la loi choisie s'impose aux parties, c'est, explique-t-il, parce que le for fait produire effet à la clause du contrat qui la désigne. Donc, la loi choisie n'a que la valeur d'une stipulation contractuelle, impuissante de ce fait à justifier la nullité d'une clause qui lui serait contraire. D'où la réticence de la jurisprudence à fonder l'annulation du contrat sur les dispositions de la loi choisie (p. 142) ... 8. En d'autres termes, seule une détermination objective de la loi du contrat, hors de toute recherche de volonté, est à même de justifier l'annulation du contrat international. - MM. Jouhaud, f.f. prés. : Thierry, rapp.; Dontenville, av. gén.- Me. Boullez et S.C.P. Delaporte et Briard, av. Commenteur : Patrick Courbe ». En: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1990, No. 4, Tome 79, pp. 735-739.*

<sup>214</sup> « ... This principle is particularly compelling when, as here, the arrangement in question has many parties from different states who chose Switzerland as the home for their association, and when numerous arrangements similar to the one here challenged are in effect among persons in many different industries who are not party to the present controversy... ». *Ad hoc Award*, 27 de mayo de 1991, *YCA* 1992, pp. 11 ss. Los árbitros fueron: Prof. Jan van den

En efecto, como ha puntualizado el tribunal arbitral en este caso, hechas todas las consideraciones que allí refieren, el contrato debe interpretarse de tal manera que se cumpla la intención de los contratantes, en vez de frustrarse, siempre que eso sea lo más acorde a las exigencias de la justicia en el caso concreto.

En sus comentarios al laudo arbitral No. 8331 dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Yves Derains señala que:

*Le premier des principes UNIDROIT sur lequel se fonde le Tribunal Arbitral est celui visé à l'article 4.5 qui n'est autre que le principe d'interprétation dit de « l'effet utile », souvent exprimé par l'adage « ut res magis valeat quam pereat » ...est qu'en présence de deux interprétations contraires, ou de deux sens possibles, des mêmes termes d'un contrat, on doit, dans le doute, préférer l'interprétation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui le considère comme inutiles...<sup>215</sup>.*

Para muchos, en cambio, una declaración de voluntad de los contratantes es suficiente no solo para crear, sino para destruir el contrato y por ello, este debería correr la suerte que le señalara el Derecho indicado por las partes<sup>216</sup>. Las más de las veces, este tipo de aseveraciones provienen de las concepciones objetivistas de la autonomía de las partes, que tratan de ver en esta, una mera reproducción de los dictados de la ley. Sin embargo, esta afirmación peca de un rigorismo apriorístico injusto en sí mismo.

Ahora bien, si algunas discusiones pueden surgir de cara a los efectos de la autonomía de la voluntad y la eficacia de los contratos en el Derecho interno, la mayoría de los argumentos deben flexibilizarse tan pronto nos trasladamos al campo del DIP y, más especialmente, de los contratos internacionales.

### **A. *Lex in favore negotii* y el Derecho internacional privado**

La internacionalidad de las relaciones jurídicas, le agrega un dato a las mismas que excede en mucho las meras consideraciones de la legislación local. Esto ha sido entendido y aceptado por el Legislador patrio, cuando ha procedido

---

Berg, chairman (Holanda); Prof. Andreas F. Lowenflod (Estados Unidos); Dr. Claus Schellenberg (Suiza).

<sup>215</sup> Derains, Yves, Observations to the ICC Award No. 8331.

<sup>216</sup> En este sentido: Esplugues Mota, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 86; Vischer, *The Antagonism between...*, ob. cit., p. 48; López Herrera, *El contrato...*, ob. cit., p. 89. En contra de una búsqueda exhaustiva de a la ley que valide al contrato: Carrascosa González, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 265.

a separar de la disciplina contractual tanto la capacidad de las partes como la forma de los actos, para someterlas a reglas de conflicto alternativas, ordenando la elección de aquella ley que favorezca la eficacia del negocio. El recurso a este principio en el DIP tiene su explicación, en primer lugar, en el elemento de extranjería de la relación jurídica. Así, la ley a favor del negocio es una necesidad impuesta por la diversidad normativa, y que subyace en el reconocimiento y protección de las situaciones jurídicas válidamente creadas conforme a otros Derechos<sup>217</sup>. La mayoría de los sistemas modernos de DIP, incluido el nuestro, han optado por consagrar normas flexibles en materia de forma de los actos, que permitan considerar satisfechos los aspectos formales de una situación jurídica, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en alguno cualquiera de los distintos Derechos vinculados con la misma<sup>218</sup>, e incluso encontramos una proyección de este principio, en materia de capacidad para contratar<sup>219</sup>.

Más específicamente en el campo de los contratos internacionales, este principio no solo reconoce la importancia de la internacionalidad del contrato, sino que contribuye a realizar el objetivo central de la interpretación de los contratos (nacionales o internacionales) de identificar la intención común de las partes, mejor enunciado como la protección a las legítimas expectativas de las partes.

Con antelación hemos expuesto que la primera y más legítima expectativa de las partes, es que su contrato sea tenido por válido, toda vez que este es el presupuesto lógico para que el mismo vea satisfecho su objeto. Así, la *lex in favore negotii* no es solo un dictado de la ley para proteger las legítimas expectativas de las partes, sino que, a su vez, es una expectativa legítima de las partes que el contrato, y sus diversas partes, sean interpretados de un modo

---

<sup>217</sup> LDIP, art. 5.

<sup>218</sup> Ver: LDIP, art. 37: “Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”.

<sup>219</sup> Ver: LDIP, art. 18. “La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúan válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto”. En este mismo sentido, ha expuesto el jurista brasileño Dollinger que: “*An illustration of how the validity principle has been expanding in all fields of conflicts law is the rule of Article 36 of the Swiss 1987 law on private international law regarding the capacity of natural persons...*”. Dollinger, *Evolution of principles...*, ob. cit., p. 262

que pueda producir sus efectos, que sean interpretados de un modo que favorezca la validez de sus efectos. Como señala el maestro Goldschmidt, el *favor negotii* es más que un tema dentro del Derecho, es un criterio para la actuación del Derecho en áreas tales como el contrato internacional y

...enseña que se debe aplicar a la validez de un negocio aquel de los Derechos interesados que conduzcan a su validez. Este principio se basa en la autonomía de la voluntad: es de suponer que las partes que realicen un negocio, declaren aplicable a su validez aquel que se la otorga...<sup>220</sup>.

Así, en el estado actual del DIP venezolano, podemos afirmar que la *lex in favore negotii* más que una excepción, constituye un verdadero principio y, como tal, debe orientar la actuación del operador jurídico pues su importancia es superlativa en la protección de la eficacia de los negocios jurídicos.

Ya advertía el Prof. Lagarde<sup>221</sup> que siempre habría un Derecho para el cual la relación contractual fuese enteramente válida y que, en consecuencia, era de esperarse que las partes sometieran su convención a dicho ordenamiento jurídico. Pero si no lo hacen, dejando en manos del Juez la determinación del Derecho aplicable por vía de la regla de conflicto, es necesario reconocer que esta resulta fundamentada en el interés general del ordenamiento jurídico de procurar mantener la existencia y validez del contrato. Es por ello por lo que el Juez en la determinación del Derecho aplicable, deberá tomar en cuenta no solo los elementos de contacto objetivos de la relación jurídica con diversos Derechos, sino los elementos subjetivos, entre los que puede ubicarse la *lex validitatis* o *validating law*.

Si las partes escogen un Derecho conforme al cual la relación material resulta inexistente o nula, o si el juez en aplicación de la norma de conflicto llega a un resultado semejante, antes de declarar la nulidad del contrato, deberá proceder según indicamos en nuestra hipótesis y movido por el afán de preservar la voluntad de las partes, que debe producir algún efecto, antes que ninguno.

<sup>220</sup> Goldschmidt, *Derecho internacional...*, ob. cit. p. 398. Sobre esto ha dicho el prof. Dollinger que: “*The validity principle relates to the objective of not disappointing the expectation of the parties, or, as some put it, for the purpose of reaching a result. The validation principle is actually reminiscent of the principle that commands respect for the autonomy of the parties to choose the applicable law, as both principles -parties’ autonomy and validity- aim at guaranteeing that the wish of the parties materializes. The validity principle is very present in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts...*”. Ver: Dollinger, *Evolution of principles...*, ob. cit., ob. cit., p. 262.

<sup>221</sup> Lagarde citado por: Hernández-Bretón, *La contratación...*, ob. cit., p. 17.

En este mismo sentido, visto el principio *ut res magis valeat quam pereat*, en el caso que la nulidad fuese consecuencia de la aplicación del Derecho indicado por las partes, antes de desaplicar el *pactum de lege utenda* (que equivaldría a impedirle totalmente la producción de sus efectos), es preferible darle una interpretación que le permita tener algún efecto, por lo que nos parece razonable que en ese caso se entiendan excluidas del Derecho indicado las normas que producen la nulidad del contrato o de alguna de sus partes, o que se le considere una incorporación de las normas materiales vinculadas al contrato.

En este análisis, no debe perderse de vista nunca que el contrato internacional es una herramienta del comercio internacional, el cual resultada cada vez más desvinculado de los Estados, y más vinculado a los mercados y a la actividad de los particulares.

En conclusión, la *lex in favore negotii*, no solo está fundada en la autonomía de la voluntad, como ha destacado el maestro Goldschmidt, sino que se convierte en un complemento necesario de la autonomía de las partes para la realización de los fines descritos en los fundamentos de esta, debiendo servir de guía al Juez ante la ausencia de elección de Derecho, pero muy especialmente en aquellos casos que la aplicación del Derecho escogido conduzca a la declaratoria de inexistencia o nulidad del contrato de que se trate.

### **B. *Rule of validation o validating law***

La jurisprudencia más que la doctrina, se ve permanentemente enfrentada a las consecuencias reales de la aplicación de la ley en los casos concretos y, por ende, realiza con más frecuencia y verosimilitud, el análisis de la justicia de las decisiones. Esto puede explicar porque el principio de validación o *lex in favore negotii* haya sido tan ampliamente recibido en la jurisprudencia comparada y que, sin embargo, encuentre un tratamiento más bien receloso en la doctrina. El profesor Leflar realiza un estupendo análisis sobre el principio de validación y la jurisprudencia norteamericana, que le lleva a la conclusión que, aún sin estar incorporado como regla en ningún estatuto, y lo que es más llamativo, sin admitirlo abiertamente en algunos casos, los

tribunales norteamericanos han tendido a la aplicación de la ley de validación a las relaciones jurídicas que han planteado un conflicto de leyes<sup>222</sup>.

Por su parte Ehrenzweig, citado por Dollinger, decía que

*...the principle that a contract will be upheld whenever possible, the favor negotii, is well established in the laws of all countries” and qualifies the principle as “one of the true rules of conflicts law of contracts. Wherever the court’s choice is between the assumption of an invalidating or a validating rule, it will assume the latter...”<sup>223</sup>.*

Coincidimos plenamente con Ehrenzweig en la importancia de la ley del negocio, así como con el hecho que, gobernados por las necesidades de la justicia y equidad en el caso concreto, los jueces deberán preferir entre dos leyes, aquella que valide la relación jurídica.

En contra de la aplicación del principio de validación o *lex in favore negotii* se muestran varios autores, cuyos argumentos pueden resumirse del modo en que lo hace el profesor Nygh:

*...That the law chosen by the parties does not invalidate the contract. This principle, much beloved by some American commentators and given some support in the Restatement (Second) of the Conflict of Laws and the recent Québec codification, does not really exist. While there may be a principle of validation in cases where the parties have not made an express choice and, possibly, a principle of non-invalidity in order to rebut an assertion that a law or forum has been tacitly chosen, the parties who have expressly chosen the applicable law or forum must accept the consequences of their choice...”<sup>224</sup>.*

Tal línea argumental nos parece incorrecta, toda vez que obvia que, el fundamento mismo de la ley en favor del negocio y la institución a la que está llamada a servir que es, como lo apuntaba el maestro Goldschmidt, la autonomía de las partes<sup>225</sup>. Asimismo, si bien esa conclusión trata de ser positivista y objetivista, termina por asumir un eclecticismo irracional e inconsistente, toda vez que tratando de reconocer la primacía de la ley sobre la voluntad, terminan aceptando que la voluntad es tan poderosa, que podría ser capaz

<sup>222</sup> Para mayor referencia y numerosos ejemplos de aplicación del principio de validación o *lex in favore negotii* en la jurisprudencia norteamericana, ver: Leflar, Robert / Luther McDougal III / Robert Felix, *American Conflicts Law*, Charlottesville Virginia, The Michie Company, Law publishers, 4th ed., 1986, pp. 420-429.

<sup>223</sup> Dollinger, *Evolution of principles...*, ob. cit., p. 261.

<sup>224</sup> Nygh, *Autonomy in International Contracts...*, ob. cit., p. 265.

<sup>225</sup> Goldschmidt, *Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 397 ss.

de anularse a sí misma, incluso en contra de ordenamientos jurídicos positivos vigentes que la hubieran considerado eficaz y, peor aún, contrariando la función económico social del contrato.

Si bien es posible que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios pueda vacilar hoy día sobre la aplicación de esta regla, parece claro que los tribunales arbitrales internacionales mantienen una línea consistente con la protección de las legítimas expectativas de las partes, lo que de suyo pasa por la preservación de la eficacia del negocio. En reiteradas decisiones del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, se ha favorecido la validez del negocio, aun cuando el Derecho aplicable lo anularía. En el caso ICC Award No. 4996

*...Le Tribunal arbitral pousse le souci de justification si loin qu'il ajoute que l'application du droit italien au contrat litigieux aurait pour conséquence la nullité de ce dernier. Il estime qu'« il y a là une raison supplémentaire et importante d'appliquer en l'espèce le droit français à ce contrat ». L'application par les arbitres du droit validant le contrat plutôt que de celui qui l'annule est fréquent (cf. par exemple, la sentence rendue dans l'affaire n° 4145 en 1984 : Clunet 1985, p. 985). On peut même penser que les arbitres, qui s'attachent à répondre à l'attente légitime des parties ne devraient jamais appliquer à un contrat un droit qui l'annule, à moins évidemment que les parties aient expressément choisi de soumettre leur contrat à ce droit...<sup>226</sup>.*

Si bien compartimos el razonamiento, nos parece que la exclusión de este principio en los casos de elección de Derecho formulada por los contratantes es injustificada toda vez que, según hemos expuesto, el principio de *lex in favore negotii* se ha desarrollado para proteger las expectativas de los contratantes siendo la más legítima de las expectativas de los contratantes, que su acuerdo de voluntades sea eficaz. Nuestro criterio se potencia, cuando se toma en cuenta que, conforme a la laxitud de regulación de la autonomía de las partes en el Derecho venezolano, podría ocurrir que un contrato fuese enteramente nulo según el Derecho expresamente elegido por los contratantes -cuyo único vínculo con el contrato fuese la cláusula de elección- mientras que todos los Derechos efectiva y materialmente vinculados con el contrato lo reputasen como válido.

<sup>226</sup> Derains, Yves, Note to ICC Award No. 4996, en: *Journal de Droit International Privé*, 1986, pp. 1134 ss.

De las cosas expuestas, una de las conclusiones que salta a la vista es que, tratándose de casos de tráfico externo, las respuestas apriorísticas, generales y abstractas conducen a más injusticias que las que resuelven. Es por esto por lo que no pretendemos desconocer que nuestros argumentos puedan ser usados, en algunos casos, en supuestos de hecho inversos a nuestro problema, pero siempre con el mismo objetivo en mente: la realización de las exigencias de la justicia y la equidad en el caso concreto y el cumplimiento de los objetivos de las normas de conflicto especiales de la materia contractual. Luego, puede haber casos en los que la invalidez del contrato internacional sea la vía para coadyuvar realizar los objetivos del DIP venezolano, los fines del Estado cuyo Derecho se aplica y la justicia del caso. Pero en este caso, sí se trata de una solución excepcionalísima y no de un principio, como lo es la *lex in favore negotii*<sup>227</sup>.

Finalmente, es conveniente advertir a los operadores jurídicos que cuando resuelvan en un caso, aplicar un cierto Derecho o desaplicar una elección de Derecho (total o parcialmente), tengan el cuidado de motivar circunstancialmente las razones para esa decisión, con el objeto de asegurar la protección del derecho a la defensa de los contratantes, asegurando las posibilidades de conocer el fundamento de la decisión e impugnarla de ser necesario.

---

<sup>227</sup> Como ejemplo de casos en los que la nulidad de una cláusula coadyuva a la justicia del caso concreto, podemos citar la decisión *Southern International Sales Co., Inc. v. Potter & Brumfield Division* (United States District Court, Southern District of New York, 1976, 410 F.Suoo. 1339), citada por Reese y Rosenberg en su tratado. En este caso una compañía americana y una puertorriqueña celebran un contrato de agencia comercial, por medio del cual la empresa insular representaría y vendería productos elaborados por la primera. El contrato contenía una cláusula de terminación anticipada que reconocía el derecho a las partes de terminar el contrato en cualquier momento, con la única exigencia de notificación previa. El contrato fue expresamente sometido a las leyes de Indiana, conforme a las cuales dicha cláusula era perfecta y válida. El Derecho puertorriqueño tenía una norma especial dictada para la protección de los nacionales que se dedicaban a fungir como representantes de ventas, declarando nulas todas las cláusulas que preveían el poder de una parte de terminar anticipadamente el contrato. Las leyes de Puerto Rico se aplicaron y dicha cláusula fue dejada sin efecto. Esta sentencia podría ser vista como una excepción al *favor negotii*, toda vez que anuló una cláusula expresa del contrato y desatendió el pacto de *electio juris*, sin embargo, debe ser vista más bien como una variante del *favor negotii*, que escapa de nuestro ámbito de estudio, y que se refiere al principio de favorecer a la parte económica o jurídicamente débil de la relación jurídica. Al mismo tiempo, influyeron consideraciones relativas a los intereses perseguidos por la ley que finalmente resultó aplicada.

Nos parece conveniente, en este punto, comentar la sentencia líder de la jurisprudencia francesa, que inaugura el reconocimiento formal de la autonomía de las partes en el Derecho francés, toda vez que encierra, aún hoy día, enseñanzas importantes y que, resultan poco destacadas por los comentaristas.

### C. La sentencia del 10 de diciembre de 1910 (*American Trade Company v. Québec Steamship Co.*)

En la sentencia *in comento*, calificada como la sentencia fundadora del moderno DIP de los contratos, la Casación francesa tuvo que pronunciarse sobre la validez de una cláusula expresamente estipulada en un contrato de transporte marítimo internacional (“*negligence clause*”), cuyo objeto era excluir la responsabilidad de una de las partes. El contrato tenía sus contactos repartidos entre los Estados Unidos de América y Francia. Según la “*Harter Act*” americana, la “*negligence clause*” sería nula, pero válida según el Derecho francés. Para resolver, el sentenciador se pronunció así: “...*Il résulte de l’esprit et de les termes de leur convention, que dans leur commune intention, (les parties), n’entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n’aurait pas été expressément prévu par la charte-partie...*”<sup>228</sup>.

Dicha sentencia es, sin duda, la más renombrada de la jurisprudencia francesa en cuanto concierne a la autonomía de las partes, toda vez que abrió las puertas –de par en par– a la admisión de a autonomía conflictual, constituyendo uno de los ejemplos jurisprudenciales más claros de la recepción

<sup>228</sup> Según ha expuesto Patrick Courbe : “... *l’arrêt fondateur du droit international privé moderne des contrats : celui rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation le 5 décembre 1910 (S. 1911.1.129, note Lyon-Caen, cette Revue, 1911. 395, Grandes arrêts, par V. Ancel et Y. Lequerre, n° 9, p. 66). La Haute juridiction déclarait, en effet : « il résulte de l’esprit et des termes de leur convention, que dans leur commune intention, (les parties) n’entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n’aurait pas été expressément prévu pour la charte-partie. » La Cour de Cassation en avait déduit, on s’en souvient, que la clause du contrat par laquelle l’armateur « s’exonérait de la responsabilité des fautes de son capitaine », nulle au regard de la loi américaine, devait être jugée valable, car avant été expressément prévue par les parties... “...omissis... (comentarios a la decisión por COURBE, Patrick) Du 25 octobre 1989.- Cour de cassation (1° Ch. Civ.)- MM. Jouhaud, f.f. prés. : Thierry, rapp. ; Dontenville, av. gén.- Me. Bouillez et S.C.P. Delaporte et Briard, av”. en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1990, No. 4, Tome 79, pp. 735-739.*

amplísima del subjetivismo en materia conflictual contractual<sup>229</sup>. De ella pueden obtenerse varios corolarios. Veamos:

- (i) El Tribunal consideró que, tratándose de un contrato internacional, la resolución de la controversia debía comenzar por la determinación del Derecho aplicable, para lo que debería atenderse a la elección de los contratantes<sup>230</sup>;
- (ii) La determinación de dicha voluntad podía hacerse de modo expreso (cláusula de elección de Derecho), e incluso podía tratarse de una elección tácita (según se desprendiese de la conducta de los contratantes y de las circunstancias del contrato)<sup>231</sup>;
- (iii) El Tribunal admitió, en el mismo caso, la posibilidad de efectuar el *dépeçage* del contrato para someter una o varias partes del mismo, a los Derechos que proveyesen a su mejor regulación<sup>232</sup>;
- (iv) Al mismo tiempo, el Tribunal reconoce que la elección de Derecho formulada por las partes puede tener efectos de sumisión o mera

<sup>229</sup> Para Batiffol y Lagarde, la interpretación literal de la autonomía de la voluntad conducía a la tesis de la incorporación, lo que en general les resultaba inadmisibles, toda vez que el contrato debía estar sometido a algún ordenamiento jurídico, conforme al cual pudiera ser reputado de contrato, veamos: “*Si on entend littéralement avec cette formule l'idée que la loi du contrat est « choisie » par les parties comme les autres clauses de leur accord, il est apparu qu'on aboutit à des conséquences suivantes... 1° Les parties sont libres de choisir une loi quelconque, n'ayant éventuellement aucun lien avec leur situation. On invoque en ce sens notamment l'important arrêt anglais du Conseil privé dans Vita Food products v. Unus shipping Co (1939) A.C. 277. 2° La loi choisie peut l'être sous conditions, notamment l'exclusion de ses dispositions à venir qui seraient applicables aux contrats en cours ; la solution a paru acceptée par la Cour de cassation dans l'affaire des Messageries maritimes (Civ. 21 juin 1950, D. 1951.749, note Hamel, S. 1951.I.1, note Niboyet, J.C.P. 1950.II.5812, note J-Ph. Lévy, R. 1950.609) pour la loi canadienne de dévaluation ; v. de même en Belgique Cass. 24 févr. 1938, R. 1938.661, note Wigny, D.P. 1938.I.57, note Philonenko pour le dollar des Etats-Unis... 3° Les parties peuvent, dans une loi, choisir certaines dispositions, et en exclure d'autre ; il sera même logique de leur imputer l'exclusion tacite de celles de ces dispositions qui annulent leur contrat. L'idée apparaît dans l'arrêt initial du 5 déc. 1910, précité ; v. aussi supra, note 4 bis ; mais elle est écartée par Civ. 28 juin 1966, R. 1967.334 et la note... 4° Les contractants peuvent finalement ne soumettre leur contrat à aucune loi, ce qui est impliqué par la conséquence précédente. L'affirmation se trouve dans Paris 24 avril 1940, affaire des Messageries Maritimes...”. Ver: Batiffol / Lagarde, *Droit international...*, ob. cit., pp. 211-212.*

<sup>230</sup> CIDACI, art. 7, LDIP art. 29.

<sup>231</sup> CIDACI, art. 7, LDIP arts. 29-30.

<sup>232</sup> CIDACI, arts. 7 y 9 *in fine*.

- incorporación al contrato, según las circunstancias, como se evidencia de la naturaleza del *dépeçage* realizado;
- (v) Aunque basado en una voluntad “tácita” de los contratantes, la verdad de las cosas es que el *dépeçage* fue realizado por el juez<sup>233</sup>;
  - (vi) Puede apreciarse con claridad que, detrás del *dépeçage* efectuado por el juez se encuentra el principio de la *lex in favore negotii*, (aunque pudiera pensarse que se trata más bien del principio *ut res magis valeat quam pereat*)<sup>234</sup>.

Llama poderosamente la atención, que prácticamente todos los enunciados que se desprenden de la sentencia comentada guardan una estrecha similitud con la manera en que queda regulada la autonomía de las partes en el sistema venezolano de DIP, sin embargo, esto no debe sorprendernos toda vez que, como hemos expuesto, el sistema patrio es fundamentalmente subjetivista, lo que es reiterado con este análisis. Subjetivismo que compartimos con tanta amplitud, como lo permiten las necesidades de la vida en sociedad.

La amplitud con que la autonomía de las partes resultó admitida en esta decisión, comenzó a sufrir ataques de parte del objetivismo, que encontraron eco en la jurisprudencia francesa con la decisión de *Messageries Maritimes*, a partir de la cual se enunció que la autonomía de la voluntad debía estar subordinada a los límites impuestos por los ordenamientos jurídicos estatales, excluyendo el poder de las partes de remitir su contrato a figuras reglamentarias no estatales y, muy especialmente, proscribiendo el llamado “*contrat sans loi*”. Esa línea intervencionista se mantuvo en Francia, hasta convertir la autonomía de las partes en un mero factor de localización. Sin embargo, ese tratamiento resulta contrario a las exigencias del comercio internacional y así queda demostrado con los instrumentos convencionales de las últimas décadas.

A esta altura, resulta meridianamente claro que la decisión del 5 de diciembre de 1910, enarbolando la bandera subjetivista o libertaria, logró anticiparse

<sup>233</sup> CIDACI, art. 9 *in fine*.

<sup>234</sup> CIDACI, art. 9 *in fine*, art. 10; LDIP arts. 30 y 31. La prevalencia de uno u otro principio, dependerá del tratamiento que se le dé al Derecho extranjero: si se admite que con la elección de Derecho las partes se subordinan al Derecho elegido, entonces el principio a tomar en cuenta sería a favor del negocio, si por el contrario, se piensa en el *pactum de lege utenda* como un medio de incorporación del Derecho escogido al contrato, las contradicciones al interior del mismo se resolverán por vía del principio *ut res magis valeat quam pereat*.

casi un siglo al estado actual de cosas en la materia, toda vez que, más allá de los límites que se le fijan a la autonomía de la voluntad (mínimos y de interpretación restrictiva), sentó unas bases amplias que hoy se ven recogidas con bastante similitud en el marco regional americano y que, esperamos marque el rumbo en la interpretación de esa autonomía en los años venideros. Asimismo, debemos tener presente que los tribunales arbitrales internacionales, grandes protagonistas del comercio internacional y de la configuración de eso que llamamos *Lex mercatoria*, asumen posturas cada vez más laxas, que les permiten incluso resolver los casos que les son remitidos, con arreglo exclusivo a fuentes de carácter netamente internacional (no estatal).

## **VII. Consecuencias probables de la consagración amplia de la autonomía de las partes**

El sistema venezolano de DIP reconoce la autonomía de las partes o autonomía conflictual, en los términos más amplios posibles. Por tal razón las partes del contrato pueden elegir uno o varios Derechos para gobernar su contrato o partes del mismo, pueden decidir si su elección debe ser tenida como una sumisión o una incorporación del Derecho extranjero, pueden escoger cualquier Derecho, vinculado o no, con el contrato, pueden elegir qué Derecho no deberá aplicarse a su contrato, en fin, gozan de libertad en los términos más amplios que permite la vida en sociedad y conforme a Derecho. Igualmente, Venezuela se caracteriza por ser un foro exorbitante en el que un tribunal venezolano puede arrogarse jurisdicción para conocer de cualquier causa de contenido patrimonial, si las partes se someten expresa o tácitamente a su jurisdicción. Esto puede producir diversas consecuencias de cara al operador de justicia y con relación al funcionamiento de los contratos internacionales, entre los que se cuenta el problema que inspira esta investigación.

La inmensa mayoría de los contratos que organizan el tráfico económico, transitan por la vida jurídica sin ninguna novedad, ya que cumplen los objetivos que las partes del mismo se han propuesto, sin que surjan discusiones acerca del contenido y alcance de sus disposiciones, en todo caso, sin que se discuta si la obligación es válida o no. Lo más importante, en la dinámica contractual se alimenta exclusivamente de la voluntad de las partes. En estas situaciones del día a día, el operador de justicia no juega ningún rol de

relevancia para nuestro problema, como no sea el de contribuir con la jurisprudencia a fijar orientaciones que indiquen a los contratantes cómo serán reputados sus contratos por un juez venezolano.

Sin embargo, algunas relaciones contractuales son fuente de controversias de la más variada índole y, algunas veces deben ser dilucidadas por terceros, ajenos a la relación contractual. Pueden así ocurrir en un contrato internacional, divergencias de muy diversa índole: (i) las discrepancias típicas de todos los contratos (vacíos, normas ambiguas u oscuras, interpretaciones divergentes de una misma cláusula); y (ii) discrepancias derivadas del conflicto de leyes. Estas últimas son las que nos interesan, pueden ser de diverso tenor y pueden dar lugar a casos como estos:

a. Derecho elegido no contribuye a solucionar diferencias surgidas entre los contratantes (p.ej. desconoce una institución técnica o jurídica incluida en el contrato)<sup>235</sup>;

<sup>235</sup> Este problema ya ha sido advertido por la jurisprudencia francesa y, a nuestro juicio, satisfactoriamente resuelto con una remisión a una ley distinta de la indicada por las partes, para integrar el contrato. Así, “*La décision rapportée plus haut fait cependant ressortir que, dans certains cas (très rares en pratique), il est possible que la loi choisie par l'accord des parties ne soit pas à même de contribuer à la solution du litige. Dans de telles situations, le juge (l'arbitre) doit recourir aux dispositions d'une autre loi que celle choisie par les parties. En l'espèce, le droit roumain, désigné pour régir le contrat, ne comprenait pas de réglementations sur le calibrage des olives, par la simple raison qu'en Roumanie on ne cultive pas d'oliviers. Par conséquent, la Commission d'arbitrage a été obligée de recourir, pour pouvoir apprécier la qualité de la marchandise vendue, au droit grec, bien que les parties n'eussent pas prévu, par leur accord de volonté, son application. Des situations similaires sont apparues quelquefois dans la jurisprudence d'autres pays. Ainsi, dans un litige, les tribunaux français ont écarté l'application de la loi de l'Etat de New-York, quoique désignée par les parties comme lex contractus, réglant la cause conformément au droit français, parce que le droit américain conduisait à la nullité d'une use insérée dans la charte-partie (Cass. Civ. 5 déc. 1910 : SS. 1911, 1). Ainsi, se pose le problème -peu signalé jusqu'à présent- de savoir le juge (l'arbitre) a le droit d'exclure l'application de la loi choisie à les parties pour régir leurs rapports juridiques dans le cadre d'un contrat de commerce extérieur, alors que l'ordre public de droit international privé du for ne s'oppose pas à son application. En nous limitant à l'hypothèse envisagée par la Commission d'arbitrage de Bucarest, ais considérons que la substitution -partielle- à la loi choisie par les parties d'une autre loi est justifiée, étant donné que la lex contractus ait évidemment impropre à la solution du litige. Certes, on apporte si une restriction à la liberté des parties en matière contractuelle, jusque-là lex contractus est inapte à remplir le rôle qui lui a été assignée. La restriction en discussion est, en général, approuvée pour la doctrine. (Y. Loussouarn et J. D. Bredin, Droit du commerce international, Paris, 1969, n° 510, p. 593 ; H. Batiffol et Lagarde, Traité, 5° éd., Paris, t. II, n° 573, p. 214) ».* Commission d'arbitrage de Bucarest. Décision n° 42 du 25 décembre 1967”. En: *Journal du Droit International*, 1971.

b. Derecho elegido declara ineficaz todo el contrato o alguna parte del mismo<sup>236</sup>;

c. Los diferentes Derechos elegidos por los contratantes, bien para su aplicación acumulativa, o para regular diversas partes del contrato, conducen a soluciones incompatibles con la lógica interna del contrato.

Dicho lo anterior, retomamos nuestro punto de partida, a saber: ¿qué debe hacer el operador jurídico cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes conduzca a la declaración de ineficacia del contrato internacional? Para ello proponemos una única solución, con diversos métodos.

## VII. Validación de la hipótesis

Ya hemos dicho que anular un contrato internacional, o una parte del mismo, porque lo dispone el Derecho escogido por las partes, si bien es una alternativa, no es siempre la mejor solución y tal vez sí la que requiere un menor esfuerzo intelectual. También hemos señalado que el DIP moderno se vale de reglas de conflicto flexibles, menos ganadas a la seguridad jurídica y más dadas a la justicia. Que el DIP procura deslastrarse de los prejuicios y del apriorismo como metodología, para apoyarse en el operador de justicia, como brazo ejecutor de su última y más excelsa voluntad: la realización de la justicia en casos que, de suyo, no pueden ser adjudicados en justicia mediante la aplicación pura y simple del Derecho interno de un Estado. En fin, que el DIP es el Derecho de la Tolerancia.

Igualmente, hemos visto ejemplos de la jurisprudencia comparada, muy especialmente laudos arbitrales internacionales, en los cuales se han empleado los diversos recursos revisados a lo largo de la investigación, para hacer prevalecer la validez del negocio y la autonomía internacional de los contratos internacionales.

Así las cosas, la hipótesis que nos propusimos al iniciar esta investigación queda, a nuestro juicio, suficientemente fundamentada con las

---

<sup>236</sup> Nuestro objeto de estudio se concentra específicamente en este problema, sin embargo, por sus estrechas conexiones, es posible extender los efectos de algunas de las conclusiones que enunciaremos a dichos supuestos.

consideraciones antes expuestas, por lo que estimamos que la misma ha sido satisfactoriamente corroborada y nos permite ahora afirmar que:

Cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes conduzca al operador jurídico a declarar la ineficacia del contrato internacional como un todo o de alguna de sus partes, este deberá fraccionar el contrato y separar los requisitos de existencia y validez del mismo, procediendo respecto de estos como en caso de ausencia de elección, a través de la norma de conflicto supletoria venezolana, aplicando el Derecho del Estado con el cual el contrato –o la parte del contrato– tenga los vínculos más estrechos, manteniendo el contenido y alcance de los derechos y obligaciones convenidas sometido al Derecho(s) escogido(s) por las partes, con el fin de proteger las legítimas expectativas de las partes, el tráfico jurídico internacional y favorecer la realización de la justicia mediante la preservación de la eficacia del negocio, pudiendo valerse para ello del recurso a las normas, costumbres y principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.

Así las cosas, dado el supuesto que el Derecho elegido por las partes y aplicable al contrato internacional, o a una de sus partes, lo declare nulo, es nuestra opinión que el operador jurídico deberá extremar sus oficios, valiéndose para ello de las diferentes herramientas que se han expuesto a lo largo del trabajo, para corregir dicho resultado y acercarlo a las exigencias de la justicia del caso concreto o, dicho de otro modo, procurar el cumplimiento de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, entre los cuales, en materia contractual, destaca en un sitio de honor la protección a las legítimas expectativas de las partes.

### **Conclusiones**

A lo largo de las páginas anteriores, nos hemos dedicado a la revisión de uno de los temas más apasionantes del DIP especial, por sus múltiples y a veces inextricables aristas, que la conectan a un mismo tiempo, con el Derecho civil y con la Teoría general del Derecho. De esta revisión, creemos haber encontrado y sentado las bases para enunciar, como lo haremos de seguidas, lo que a nuestro juicio son las grandes nociones que gobiernan la autonomía de las partes, que determinan su influencia en la eficacia del contrato internacional, y que explican las razones por los cuales el operador de justicia debería, en ciertos casos, intervenir incluso en contra de una “voluntad” manifiesta de las

partes, para preservar la eficacia del contrato internacional. Así las cosas, ha quedado suficientemente demostrado que:

En el específico tema de la determinación sobre la existencia y validez de los contratos internacionales, habida cuenta de sus especialísimos caracteres, es necesario advertir que el operador jurídico tiene el deber de asegurar que se satisfagan los principios del Derecho extranjero aplicado y los objetivos de las normas de conflicto venezolanas, para lo cual cuenta con herramientas que le permitirán corregir las posibles injusticias que la aplicación de Derecho elegido por las partes puede acarrear. Esto cobra especial importancia, cuando el ordenamiento jurídico consagra en los términos más amplios posibles, la autonomía de las partes, tal como ocurre en el caso venezolano.

De la revisión hecha, se puede concluir que los objetivos específicos de las normas venezolanas de conflicto son:

- (i) Protección a las legítimas expectativas de las partes;
- (ii) Reconocimiento de la libertad individual;
- (iii) Protección a los intereses del Estado más estrechamente vinculado con el contrato;
- (iv) Promoción e incorporación a las fuentes formales de la *Lex mercatoria*;
- (v) Protección al tráfico jurídico internacional;
- (vi) Procura de la previsibilidad y certeza de los resultados;
- (vii) Uniformidad internacional de las soluciones;

De los objetivos antes enunciados, el que ocupa el puesto central y que le da sentido a todo el sistema, es la protección a las legítimas expectativas de las partes.

Después de los debates entre las teorías subjetivistas o libertarias y las objetivistas, ha resultado un régimen de Derecho conflictual para los contratos internacionales dual, en el que se consagra como solución principal la autonomía de las partes en términos amplios, y subsidiariamente, el principio de proximidad. Puede afirmarse de lo revisado, que el sistema venezolano es, en este sentido, eminentemente subjetivo, esto es, proclive al reconocimiento pleno de la libertad individual y sus consecuencias. Así, los límites deben ser mínimos y de interpretación restrictiva.

Es un hecho, a nuestro juicio fuera de discusión, que el sistema venezolano de normas de conflicto en materia contractual parte del presupuesto lógico de la internacionalidad objetiva del contrato, que quiere decir que la cláusula de elección de ley aplicable no es, en sí misma, capaz de internacionalizar el contrato.

Ha quedado igualmente establecido que: (i) en el Derecho privado en general, la autonomía de la voluntad es el principio rector sobre el que se fundan las relaciones jurídico-privadas, muy especialmente, las de índole patrimonial, siendo el contrato el ejemplo por excelencia de su ámbito de poder; y (ii) esa autonomía de la voluntad en nuestra materia, se traduce en la libertad de contratar y de estipular, siendo ese poder de estipulación el que llena de contenido el contrato y el que explica las legítimas expectativas de las partes en el caso concreto.

Se concluye que, respecto de esa autonomía de la voluntad, la autonomía de las partes juega un papel auxiliar y de carácter netamente accesorio, lo que debe ser tenido en cuenta cada vez que se pretenda escoger entre el respeto a la autonomía de la voluntad y el respeto a la autonomía de las partes.

Asimismo, se ha especificado el ámbito material al que se refieren las normas de conflicto venezolanas en cuanto concierne al contrato, explicando el contenido de las nociones de contrato, internacionalidad y comercialidad, insertas dentro de un escenario netamente internacional. No obstante, no puede considerarse que el conflicto de calificaciones que ellas encierran haya sido resuelto en modo alguno.

Ha quedado establecido que el Derecho competente para resolver si se admite la existencia del derecho a elegir el Derecho aplicable, es el Derecho del foro. Del mismo modo, se ha hecho un exhaustivo análisis sobre la ley competente para pronunciarse sobre la validez y existencia del *pactum de lege utenda*, resolviendo que, en principio todo esto debe quedar sometido a la *lex fori* y, excepcionalmente, en el caso de la existencia del consentimiento respecto de la *electio juris*, se puede hacer el *dépeçage* para acudir a la ley del lugar de residencia habitual o establecimiento de la parte que alega no haber consentido, si las circunstancias indican que esto sería lo más indicado en aras de la justicia.

El sistema venezolano contemporáneo, reconoce la importancia y utilidad de fuentes legales no estatales para el tratamiento del contrato internacional,

incorporando la *Lex mercatoria* al catálogo de herramientas que el juez, en su búsqueda de la justicia, puede emplear, bien como Derecho aplicable, bien como parámetro de valoración y corrección del resultado judicial.

Se ha demostrado que la *lex in favore negotii* no es solo un principio general del Derecho, sino que es emanación directa de la autonomía de la voluntad, a cuya protección y satisfacción debe atender, principio que puede y debe ser usado como fuente de flexibilización en la interpretación y aplicación de los requisitos de fondo de los actos.

Finalmente, se ha demostrado que el *dépeçage* en general es simplemente un proceso de calificación, efectuado en un momento distinto del análisis del caso, que, como herramienta de la razón, está siempre a disposición del operador jurídico para la corrección de los resultados materiales injustos o irracionales que la actuación del Derecho extranjero pueda ocasionar, cuyo empleo debe estar siempre inspirado por la *lex in favore negotii*.

Finalmente, no debe quedar espacio para dudas que, la flexibilización del método del DIP se apoya, de modo crítico, en el operador de justicia. No es razonable cuestionar esta solución, invocando la escasa preparación de los jueces, toda vez que, como ha expresado la Dra. Maekelt

...el hecho de que fórmulas como las empleadas por estos Convenios requieran de prudencia y preparación por parte de los jueces, para acertar en la determinación del Derecho que efectivamente está más vinculado a la relación jurídica, no es argumento para desechar la aplicación de criterios flexibles como este; por el contrario, en nuestra opinión, antes de adaptar las leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a leyes eficaces...<sup>237</sup>.

Es la conjunción de conclusiones anteriores, la que nos lleva, una vez más a reiterar que, cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes conduzca al operador jurídico a declarar la ineficacia del contrato internacional como un todo o de alguna de sus partes, este deberá fraccionar el contrato y separar los requisitos de existencia y validez del mismo, procediendo respecto de estos como en caso de ausencia de elección, a través de la norma de conflicto supletoria venezolana, aplicando el Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, manteniendo el contenido y alcance de los derechos y obligaciones convenidas sometido al Derecho(s)

---

<sup>237</sup> B. de Maekelt, La flexibilización..., ob. cit., p. 277.

escogido(s) por las partes, con el fin de proteger las legítimas expectativas de las partes, el tráfico jurídico internacional y favorecer la realización de la justicia mediante la preservación de la eficacia del negocio, pudiendo valerse para ello del recurso a las normas, costumbres y principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.