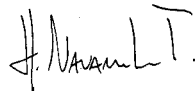


# CONTRATOS INTERNACIONALES

en el Derecho Chileno

RODRIGO MALUENDA PARRAGUEZ



EDITORIAL JURIDICA  
CONOSUR

*A mi familia*



Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra.

Es propiedad del Autor

© Rodrigo Maluenda Parraguez

Registro de Propiedad Intelectual N° 105.259

I.S.B.N. 956 - 238 - 187 - 0

© CONTRATOS INTERNACIONALES  
en el Derecho Chileno

Esta obra se terminó de imprimir en agosto de 1998

© Impresa en los Talleres de Editorial Jurídica ConoSur Ltda.  
Fañor Velasco 16 - Mesa Central: 6955770 - Fax: 6986610  
Santiago de Chile

## PROLOGO

El desarrollo vertiginoso que tienen los negocios internacionales en la actualidad, plantea diversos problemas jurídicos, entre los cuales se destacan los referentes a la legislación aplicable a los contratos y a los tribunales que serán llamados a conocer de los eventuales conflictos; de esta forma, la doctrina nacional se ve presionada a analizar y resolver estas materias; y debe hacerlo en forma clara y sencilla, y al alcance de las personas que celebran en la práctica los contratos internacionales, muchas veces sin una adecuada asesoría legal.

Es por eso que se hace necesaria la elaboración de obras que sistematicen y coordinen las diversas normas que regulan este tipo de contratos en su conjunto, que sirvan para clarificar y exponer sucintamente la manera como se determina el derecho que se les aplica, qué rol tiene la voluntad de las partes en tal proceso, y hasta dónde puede llegar la intervención del Estado en tales asuntos, ya sea como parte en un contrato, por medio de la actividad legislativa —poniendo límites claros—, o mediante el ejercicio de la jurisdicción.

Y esa es la satisfacción que experimentamos en este momento, en el que nos corresponde presentar una obra en la que se abordan precisamente tales tareas, fruto de la investigación que el autor realizara en la Universidad de Chile, durante los años 94 y 95, como parte de los requisitos para obtener su título de abogado.

La importancia y actualidad del tema, sin embargo, no debe movernos a engaño. No es, en modo alguno, un tema nuevo. Ya a fines de la década del treinta, Salinero elaboraba en nuestra Escuela la primera memoria de prueba sobre el tópico. Por esos mismos años, Batiffol daba a luz la que se convertiría

en la obra fundamental en el derecho comparado, de cita obligatoria en todos los trabajos posteriores y, por cierto, también en este. Aun en esa época se hacía evidente el rol fundamental de las partes para determinar el derecho que regiría la relación, conocido como la doctrina de la autonomía de la voluntad. La extensión y efectos del principio, más que la aceptación o rechazo del mismo, resultaría ser la gran fuente de polémicas. Batiffol, por ejemplo, habló de localización del contrato, realizada principalmente por las partes a través de las cláusulas de elección de derecho y de foro, pero determinada en definitiva solamente por el juez, con arreglo a ciertos criterios.

A mediados de los sesenta, en los trabajos de los hermanos Gotfrid Luquer y de Rosenberg, también elaborados en nuestra institución, se llegó a identificar la doctrina de la autonomía de la voluntad con la localización del contrato. Lo mismo ocurrió por parte de distinguidos profesores, como don Diego Guzmán.

Por lo anterior, creemos que uno de los aciertos capitales de este trabajo consiste en partir con una conceptualización de contrato internacional, hasta ahora prácticamente inexplorada tanto por la doctrina nacional como por la del derecho comparado, que sólo aludieron a este concepto de manera tangencial y a propósito de materias como el fraude a la ley o el orden público. La hipótesis que se plantea, y que se corrobora a lo largo de todo el trabajo, en el sentido que los contratos internacionales son aquellos celebrados en un país para producir efectos en forma total o parcial en otro estado distinto, sirve como principio orientador y surge con naturalidad, al analizar coordinadamente las normas vigentes en la actualidad, plenamente concordantes con las contenidas en los Códigos tradicionales, sin necesidad de recurrir a análisis gramaticales complicados o a desbordes teóricos sin base. Pareciera que este concepto siempre hubiera estado presente como fantasma en las ideas del legislador y de la doctrina. Si no, resultaría inexplicable que durante tanto tiempo los juristas discutieran si el contrato debía regirse por la ley del lugar donde fue celebrado, o aquella del lugar donde habría de ejecutarse. Es un concepto mínimo que podrá ser reconocido probablemente en cualquier sistema jurídico, aunque se puedan agregar en algunos sistemas nacionales otras situaciones. Queda demostrado, además, que una cosa es la internacionalidad del contrato y otra distinta la determinación del derecho que lo

rige. Esto último, por regla general, podrá ser determinado por las partes, al igual que los tribunales con jurisdicción para conocer de un litigio eventual. De este modo, resulta precisada con claridad la extensión y efectos de la autonomía de la voluntad, recogida ya no sólo en nuestro Código Civil, sino en varias otras normas internas y en tratados en los que se la consagra inequívocamente. Resulta así abandonada la teoría de la localización del contrato, que pudo resultar sostenible en una época en la que había una escasez de normas jurídicas que resolvieran el problema.

Por otro lado, se destaca que un contrato internacional no es uno que abarque una materia distinta, paralela a las civiles, comerciales, laborales o administrativas. Se trata, en cambio, de un problema de ámbito de vigencia, que puede plantearse en cualquiera de dichas áreas, que son analizadas en sendos capítulos de la segunda parte, mientras que en la tercera se desarrollan los problemas procesales internacionales que se plantean respecto de los contratos.

Este tratamiento conjunto en una obra del concepto, la materia y el proceso relativo a un contrato internacional, que da a un tema tan complejo un enfoque novedoso, fue decisivo, sin duda alguna, para que el trabajo obtuviera en su oportunidad la calificación máxima, luego el Premio de la Fundación Fernando Fueyo, que le distinguió entre trabajos de diversas disciplinas jurídicas, y posteriormente el Premio de la Sociedad de Derecho Internacional, propio de especialistas en nuestra área.

No sólo en nuestro medio es novedoso este enfoque, sino que también respecto al tratamiento tradicional que se da en otros países al tema. En la Academia de Derecho Internacional de La Haya, centro de importancia señera para el desarrollo del derecho internacional en nuestro siglo, se han dictado varios cursos relativos a los contratos internacionales, que tratan sus problemas sólo a nivel general, como se hace en el último de ellos, dictado en 1995, cuando este trabajo era terminado; o bien, se abordan ciertos contratos en particular, o sólo los problemas procesales referentes a la contratación en general. ¿Qué sentido tiene —por ejemplo— sostener que las partes pueden escoger cualquier derecho nacional para regir su contrato si, por otra parte, no se analizan los problemas procesales que derivarían de tal elección?

Por otro lado, bien puede cumplir este trabajo con una función de referencia respecto de otras áreas que, encontrándose aludidas, por cuestiones sistemáticas, no son desarrolladas en su integridad. Así, puede encontrarse en este trabajo un listado con los tratados que ha suscrito nuestro país en materia de compraventa internacional, transporte internacional y de promoción y protección recíprocas de inversiones extranjeras. Sobre todo en este último tipo de tratados, queda en evidencia la íntima relación que existe entre los mecanismos de solución de controversias propios del derecho internacional público y privado, entrelazándose ambos para lograr las soluciones a los conflictos de leyes. Lo mismo ocurrirá en los acuerdos comerciales que se encuentran en vías de negociación, que deberán incluir mecanismos de solución de controversias tanto entre los Estados mismos, como entre particulares que habiten en ellos.

A todo lo hasta aquí dicho, hay que agregar que las conclusiones a las que se llega en esta obra, sintetizadas en un cuadro sinóptico, permiten sostener que no se trata de un trabajo meramente doctrinal o academicista, sino que tiene también una relevancia práctica indiscutible, al permitir una visualización clara de la problemática, sus soluciones y consecuencias. Por tal motivo, la obra llena, con mucha propiedad, un vacío que existía en la doctrina de nuestro ramo y es, al mismo tiempo, una herramienta práctica de valor indiscutido.

Felicitamos a la Fundación Fernando Fueyo y a la Editorial Jurídica ConoSur, cuyo esfuerzo conjunto promueve y estimula, como en este caso, la investigación jurídica en nuestro medio.

MARIO RAMIREZ NECOCHEA  
*Director del Departamento de  
Derecho Internacional*

## INDICE

	Página
§1. Introducción .....	1

### PRIMERA PARTE

#### ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACION INTERNACIONAL

##### CAPITULO I

##### CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL

§2. Generalidades .....	5
§3. La doctrina extranjera .....	8
§4. Algunas leyes extranjeras .....	14
§5. El concepto en la legislación chilena .....	15
§6. El concepto de contrato internacional en la doctrina chilena .....	18
§7. La posición personal .....	22

##### CAPITULO II

#### METODOS GENERALES DE DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§8. Derecho internacional privado y contratos interna- cionales .....	25
--	----

	Página
§9. Parte General y Especial del Derecho Internacional Privado (DIPr) .....	25
§10. Los métodos generales del DIPr .....	27
§11. Los métodos específicos de los contratos internacionales .....	33

## CAPITULO III

**LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES  
PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE A LOS  
CONTRATOS INTERNACIONALES**

§12. Concepto e importancia .....	43
§13. Breve síntesis histórica .....	44
§14. Doctrina Extranjera. Reseña General .....	46
§15. Objeciones a la autonomía de la voluntad .....	47
§16. Doctrina Nacional. Aceptación unánime .....	51
§17. Leyes chilenas que aceptan el principio .....	53
§18. Fundamentos, ventajas del principio y sistemas existentes .....	56
§19. Conexión con el derecho escogido .....	58
§20. Requisitos .....	59
§21. Contrato de electio juris, de electio forum y contrato de fondo .....	62
§22. ¿Qué ley rige la validez del pacto de electio juris? .....	63
§23. Clasificación. Autonomía conflictual y material .....	64
§24. Momento en el cual puede ejercerse la determinación del Derecho aplicable .....	67
§25. Autonomía de la voluntad y normas imperativas del Dº escogido .....	68
§26. Relaciones de la ley escogida y el contrato. Incorporación o mera referencia al Derecho escogido .....	69

	Página
§27. Fraccionamiento legislativo. Dépeçage .....	70
§28. Localización, contrato sin ley y nacionalidad del contrato .....	78
§29. Ley aplicable en ausencia de elección expresa de las partes .....	79
§30. Límites generales de la autonomía de la voluntad .....	80
§31. Consecuencias de la aceptación del principio .....	80
§32. La autonomía de la voluntad, ¿es la misma en el derecho interno y en el DIPr? .....	82

## CAPITULO IV

**LOS LIMITES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

## A. EL ORDEN PUBLICO

§33. El orden público como límite a la aplicación del derecho extranjero .....	85
§34. El orden público interno e internacional. ¿Conceptos distintos? .....	87
§35. El Código de Bustamante y el orden público internacional .....	89
§36. Convención Interamericana sobre normas generales de DIPr. Los nuevos tratados y el orden público .....	91
§37. El orden público y los métodos de solución del conflicto .....	92
§38. Noción y efectos del orden público .....	93

## B. EL FRAUDE A LA LEY

§39. Fraude a la ley y concepto de contratos internacionales .....	94
--	----

	Página
§40. El concepto del fraude a la ley .....	95
§41. Doctrina que identifica el fraude a la ley con el orden público .....	98
§42. Reconocimiento legislativo del fraude a la ley .....	98
§43. El fraude a la ley extranjera .....	99

### C. RECAPITULACION: LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

§44. Los límites de la autonomía de la voluntad de las partes se oponen al contrato sin ley .....	100
§45. Conclusión .....	100

## CAPITULO V

### LA FORMA Y EL FONDO EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§46. La máxima "legis locus regit actum" en los contratos internacionales .....	103
§47. Análisis general de las solemnidades .....	104
§48. Capacidad de las partes .....	106
§49. Otros elementos de fondo y efectos del contrato .....	109
§50. Parte del Contrato y dépeçage .....	110

## CAPITULO VI

### CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§51. Los diferentes criterios de clasificación .....	113
--	-----

## CAPITULO VII

### LA FORMACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§52. Generalidades .....	117
§53. El proceso de negociación .....	117
§54. Momento en el que se perfeccionan los contratos .....	119
§55. Medios por los que se toma el acuerdo y lugar de celebración del contrato .....	120
§56. Responsabilidad precontractual .....	121
§57. Battle of Forms .....	124

## CAPITULO VIII

### INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§58. La lengua del contrato internacional .....	125
§59. Las normas de interpretación en la compraventa internacional .....	127
§60. INCOTERMS .....	129
§61. El Código de Bustamante .....	131

## CAPITULO IX

### EFFECTOS Y EXTINCION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§62. Efectos .....	133
§63. Extinción .....	141

## CAPITULO X

### CALIFICACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

§64. Los contratos y otras áreas del estudio del DIPr .....	145
§65. Problemas de calificación respecto de otros sistemas jurídicos .....	152

## SEGUNDA PARTE

### CONTRATOS INTERNACIONALES Y MATERIA SOBRE LA CUAL VERSAN

§66. Introducción .....	159
-------------------------	-----

## CAPITULO XI

### CONTRATOS CIVILES INTERNACIONALES

§67. Contratos civiles y comerciales .....	161
§68. Las normas del Código Civil .....	162
§69. El Código de Bustamante .....	164
§70. Sociedades civiles .....	164
§71. Hipoteca .....	165
§72. Fianza .....	166
§73. Contratos reales .....	167
§74. Mandato .....	168
§75. La protección del consumidor en el DIPr .....	169
§76. Conclusión .....	170

## CAPITULO XII

### CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

§77. El comercio internacional y sus necesidades .....	171
§78. Concepto de contratos comerciales y operaciones comerciales .....	172
§79. La libre competencia en el tráfico externo .....	173
§80. Formas que se usan en el comercio para evitar la internacionalización de los actos .....	174
§81. Los grandes organismos financieros internacionales. Banco Mundial. BID .....	175
§82. Entidades internacionales dedicadas a la uniformación del Derecho. Generales y por áreas .....	176
§83. El Derecho uniforme y el comercio internacional .....	183
§84. Tratados internacionales y normas internas referidas a los contratos comerciales internacionales .....	186
§85. Código de Bustamante .....	210
§86. La lex mercatoria .....	211
§87. Contratos comerciales nominados e innominados .....	215
§88. Los contratos bancarios .....	217
§89. Los préstamos internacionales .....	219
§90. La inversión extranjera. Fondos de inversión de capi- tal extranjero .....	220
§91. Los contratos bursátiles .....	222
§92. Conclusión .....	230

## CAPITULO XIII

### CONTRATOS INTERNACIONALES DEL ESTADO

§93. La actividad del Estado en materias internas .....	231
§94. La actividad internacional del Estado .....	232



Página

§95. Tratado internacional y contrato internacional .....	232
§96. La situación tradicional en el derecho comparado .....	234
§97. La situación tradicional en Chile .....	236
§98. Normas aplicables .....	237
§99. La inversión extranjera directa no es un contrato internacional .....	243
§100. La inversión extranjera indirecta no está sometida a reglas fijas .....	245
§101. No hay contratos administrativos internacionales .....	246
§102. Formación del consentimiento. Licitación pública internacional .....	247
§103. El régimen de las empresas del Estado .....	248
§104. El Banco Central de Chile .....	249
§105. Conclusión .....	251

**CAPITULO XIV**

**CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES**

§106. Derecho del trabajo y conflicto de leyes .....	253
§107. El DIPr del trabajo y el Dº Internacional del Trabajo .....	255
§108. Convenios suscritos en el seno de la OIT .....	257
§109. Normas jurídicas aplicables .....	259
§110. Derecho Individual del trabajo .....	266
§111. Derecho Colectivo del trabajo .....	269
§112. Seguridad social: los seguros previsionales internacionales .....	270
§113. Conclusión .....	

Página

**CAPITULO XV**

**CONTRATOS MINEROS INTERNACIONALES**

§114. La riqueza minera nacional y su protección .....	271
§115. Normas generales aplicables .....	273
§116. La inversión extranjera en materia de minería .....	275
§117. Las sociedades mineras .....	275
§118. Contratos sobre la concesión minera .....	276
§119. Contratos sobre sustancias minerales concesibles .....	278
§120. Contratos petroleros y sobre materiales atómicos .....	278
§121. Conclusión .....	280

**CAPITULO XVI**

**LOS CONTRATOS Y LA DOBLE  
TRIBUTACION INTERNACIONAL**

§122. Concepto .....	281
§123. Normas aplicables .....	282
§124. Conclusión .....	283

**TERCERA PARTE**

**CONTRATOS INTERNACIONALES Y  
Dº PROCESAL INTERNACIONAL**

Introducción .....	287
§125. El conflicto como presupuesto .....	

	Página
§126. Responsabilidad, bienes y foro .....	287
§127. Carácter fragmentario de esta parte .....	288

## CAPITULO XVII

### CONFLICTOS DE JURISDICCION Y CONTRATOS

§128. La competencia jurisdiccional y su determinación .....	289
§129. El foro, los tribunales ordinarios y arbitrales .....	291
§130. Convención Europea sobre elección del Foro .....	293
§131. Normas chilenas sobre la determinación del foro en materia de contratos internacionales .....	294
§132. Foro, jurisdicción exclusiva y fraude a la ley .....	302
§133. La voluntad de las partes y la determinación del foro .....	302
§134. La inversión extranjera y el Organismo Multilateral de Garantía a las Inversiones (MIGA) .....	303
§135. Promoción y protección recíproca de las inversiones .....	307
§136. Foro exorbitante .....	310
§137. Elementos que las partes deben considerar al momento de escoger el foro .....	313
§138. Protección al consumidor y elección de foro .....	318
§139. Las partes no han determinado el foro ni el Derecho aplicable .....	318
§140. Los tribunales arbitrales .....	319
§141. Nulidad del pacto de elección de foro y contrato de fondo .....	320
§142. Relaciones entre la competencia legislativa y jurisdiccional .....	321

## CAPITULO XVIII

### EL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

§143. El conflicto internacional y la acción deducida .....	325
§144. Sometimiento a foro extranjero de contrato con contactos chilenos. Calificación de la internacionalidad del contrato .....	325
§145. Sometimiento al foro chileno de un contrato sin contactos chilenos. Forum non conveniens y declinatoria de jurisdicción .....	326
§146. Mandato procesal internacional .....	330
§147. Forum shopping y litispendencia internacional .....	331
§148. Conocimiento y prueba del Derecho extranjero .....	333
§149. Efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero .....	333
§150. Inconvenientes procesales del dépeçage voluntario .....	334
§151. Prueba de la lex mercatoria .....	335
§152. Los medios de prueba en la compraventa internacional .....	337
§153. El recurso de casación en el fondo .....	337

## CAPITULO XIX

### RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS

§154. La necesidad del reconocimiento internacional. El exequátur .....	339
§155. Sentencias de tribunales ordinarios y de tribunales arbitrales .....	340
§156. El orden público y la ejecución de las sentencias extranjeras .....	342

## CAPITULO XX

### LA MEDIACION, VIA ALTERNATIVA DE SOLUCION DE CONFLICTOS

§157. Resolución de conflictos y equivalentes jurisdiccionales .	343
§158. Concepto de mediación .....	344
§159. Nombramiento del mediador .....	344
§160. Procedencia y procedimiento a seguir .....	345
§161. Finalización de la mediación .....	346
§162. Ventajas y limitaciones .....	346

## CAPITULO XXI

### CONCLUSION GENERAL

Anexos .....	365
Bibliografía .....	379

## INTRODUCCION

§1. La actuación internacional de las empresas y de las personas, en la actualidad, es un hecho indiscutido y cotidiano que presenta nuevas inquietudes y desafíos. Nuevos negocios se realizan entre empresas u organismos de nuestro país y nacionales de Estados remotos, con los que hasta hace muy poco habría sido imposible tener contactos.

En estos casos, siempre existirán monedas y leyes diferentes, ambientes de negocios distintos e incluso idiomas y culturas totalmente diversos. En tales condiciones, no sería nada de raro que después de celebrado un acuerdo internacional, cuando parecía que todos los problemas se habían dejado atrás, surja un conflicto de alguna especie que haga que el negocio naufrague irremisiblemente.

Es por eso que resulta tan importante conocer por anticipado la ley que regirá el contrato o negocio en cuestión y los tribunales que fallarían el caso, a fin de precaver la mayor cantidad de asuntos posibles, para evitar a toda costa el surgimiento de un malentendido que derive en un conflicto jurídico-económico. También es fundamental saber hasta qué punto las partes pueden hacer prevalecer su voluntad para determinar estos dos factores y, recíprocamente, cuáles son las normas imperativas o de orden público que pueden existir en un Estado determinado, que no podrán dejar de aplicarse.

En definitiva, una comprensión adecuada de estas materias condicionará en buena medida la facilidad con la que se pueda negociar un contrato, evitando sorpresas posteriores producto de insuficientes co-

) nocimientos. Del mismo modo, determinará el éxito que pueda llegar a tener el acuerdo, pues incluso si se produjera un conflicto, como se tiene claro qué tribunales tienen jurisdicción para conocer del conflicto, y con arreglo a qué derecho fallarán el asunto, la controversia será muy probablemente solucionada a entera satisfacción de las partes.

) A todo esto hay que agregar que la intervención directa o indirecta del Estado en asuntos relacionados, como normas de cambios internacionales, aranceles, tratados de integración, o modificación de regímenes relativos a inversión extranjera tendrá a menudo una radical influencia en el grado de desarrollo y éxito de los negocios internacionales. Algunas de estas actuaciones serán tratadas, aunque principalmente nos interesa la intervención directa del Estado en los contratos internacionales, cuando éste o sus empresas son una parte del acuerdo.

) La parte fundamental, entonces, que abordaremos en nuestra exposición, será determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales y de los tribunales que tendrán jurisdicción para conocer los conflictos relativos a ellos. Por lo tanto, nuestro trabajo se circunscribe al derecho chileno vigente, con algunas alusiones a otras legislaciones, permitiendo una visión previa a la incorporación de nuestro país a los tratados de libre comercio que actualmente se negocian.

) Si en alguna medida contribuyéramos a una mejor comprensión del tema, nos daríamos por plenamente satisfechos.

## PRIMERA PARTE

### ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACION INTERNACIONAL

## CAPITULO I

### CONCEPTO DE CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §2. GENERALIDADES

Los contratos (1) —acuerdos bilaterales de voluntades que crean obligaciones, o bien convenciones generadoras de obligaciones—, están regidos en su formación, en los derechos y obligaciones que generan para las partes, y en su extinción, por un derecho determinado.

Si todos los elementos de la relación jurídica son nacionales, no habrá dudas que serán regidos por la ley chilena. Tal sería el caso si, por ejemplo, de dos chilenos domiciliados en Chile celebran un contrato dentro del país, redactado en español, otorgado con las formalidades que exige la ley chilena, que versa sobre bienes que están situados dentro del territorio nacional, que será ejecutado íntegramente en Chile, con un compromiso en el que se designa árbitros chilenos que deberán aplicar Derecho chileno.

Pero si todos o alguno de los elementos de la relación jurídica es extranjero, vale decir, conectado con algún Estado diferente, ya no existirá total certeza en cuanto a la ley aplicable a tal relación jurídica.

(1) El artículo 1438 del Código Civil dice "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". En doctrina, se distingue contrato de convención, pues las convenciones pueden, además de crear obligaciones, modificarlas o extinguirlas.

ca, y podría surgir el problema de determinar la ley aplicable a la relación jurídica.

En un contrato celebrado entre un chileno y un francés en Holanda, redactado en inglés, de acuerdo con las formalidades previstas en la ley española, que versa sobre bienes situados en Suiza y que será ejecutado en Italia, con cláusula arbitral que designa árbitros norteamericanos que deberán fallar de acuerdo con la equidad natural, se produce el problema aludido.

Si bien es cierto que se pone como ejemplo, en este caso, una situación que muy difícilmente podría presentarse en la práctica, se destaca suficientemente los diferentes elementos de un mismo acto jurídico que pueden estar conectados con diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Se trata en este caso, indudablemente, de un contrato internacional.

Entre estos dos ejemplos paradigmáticos de las situaciones opuestas, existe un terreno confuso y difícil de delimitar. Así, varias preguntas se plantean inmediatamente: ¿Cuáles de estos elementos internacionales es menester que se encuentren presentes para que el contrato sea considerado 'internacional'? ¿Deben presentarse todos ellos conjuntamente o hay alguno que por su sola presencia convierta el contrato en 'internacional'? ¿Cuáles son los métodos que utiliza el DIPr chileno para resolver el conflicto de leyes en los contratos internacionales? ¿Puede un contrato internacional ser regido por una multiplicidad de derechos nacionales? ¿Tiene alguna influencia la materia sobre la que versa el contrato para determinar el Derecho que le es aplicable, o todos los tipos de contratos, independientemente de su materia, se rigen por unos mismos principios?

¿Hay alguna diferencia entre ellos en función de las personas que los celebran, por ejemplo, si una de las partes es el Estado? ¿Cuál es la importancia de la "lex mercatoria" respecto de los contratos inter-

nacionales? En síntesis, ¿cuáles son las diferencias fundamentales entre los contratos internos y los contratos internacionales? Estas son las principales preguntas que esperamos contestar con el desarrollo de nuestro trabajo.

Hacemos presente que sólo los contratos patrimoniales serán objeto de nuestro interés. Por lo tanto, no nos ocuparemos de los contratos del derecho de familia, que quedan fuera de esta materia, lo que por lo demás es usual en doctrina, pues contratos como el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, los pactos de separación convencional de bienes y la adopción se encuentran íntimamente ligados al estatuto personal y las diferencias que tienen con los contratos patrimoniales son tales, que nada amerita su tratamiento conjunto. Por otro lado, sólo incidentalmente se aludirá a los títulos de crédito, por su relación indiscutible con los contratos comerciales.

Como primer paso para contestarlas, es necesario, entonces, determinar el concepto de contrato internacional, o, en otras palabras, cuándo surge la duda acerca de la determinación del derecho aplicable a una relación jurídica.

En general, los autores no se han preocupado de precisar el concepto de contratos internacionales, "quizás porque su calificación no resulta difícil en los hechos..., pero para una aproximación conceptual positiva y de contenido, la tarea es mucho más ardua; ello, por una tipología en extremo variada del contrato internacional y teniendo en cuenta que los principales protagonistas de las relaciones económicas internacionales son los Estados y las grandes empresas multinacionales o transnacionales". (2)

(2) LEON STEFFENS, AVELINO. *El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional*. En: Contratos. Coordinación Enrique Barros Bourié, Editorial Jurídica, 1991, pág. 98.

Durante el siglo pasado y comienzos del presente, fue común ver que los autores prescindieran de la noción de 'contrato internacional' y que hablaran solamente de 'conflictos de leyes relativos a contratos'. (3) Hoy, la denominación se ha impuesto a tal punto, que cualquier otra resultaría inútil.

A pesar de la aludida renuencia a conceptualizar, es frecuente encontrar que algunos autores aiuden al concepto que buscamos en forma tangencial, ya sea al tratar de la autonomía de la voluntad o del fraude a la ley.

Una noción que frecuentemente se encuentra, es que un contrato internacional es todo acuerdo bilateral de voluntades generador de obligaciones, que contiene algún elemento internacional. Veremos los inconvenientes y dificultades que presenta tal noción.

### §3. LA DOCTRINA EXTRANJERA

#### 3.1. Batiffol

Tal vez debido a la antigüedad de su trabajo "Los conflictos de leyes relativos a los contratos", publicado por primera vez en Francia en 1938 y que, por lo tanto, se convirtió en pionero en la materia por tratar detalladamente el tema, las opiniones de este autor son fundamentales a la hora de hablar de los contratos internacionales. A tal punto es así, que al consultar tanto la bibliografía general como la especializada respecto del tema, nos hemos encontrado siempre con

(3) En la doctrina extranjera, por ejemplo, LAURENT, *Droit Civil International*, Bruxelles, 1880; en la nacional: VERA, ROBUSTIANO, *Principios Elementales de Derecho Internacional Privado*, Centro Editorial La Prensa, Santiago de Chile, 1902; FABRES, JOSE CLEMENTE, Obras Completas, tomo I, *Derecho Internacional Privado*, Imprenta Cervantes, 1908.

referencias a su obra. En su opinión "El contrato es internacional cuando pone en juego los intereses del comercio internacional (criterio económico) y los elementos de conexión del contrato se encuentran repartidos en diferentes estados (criterio jurídico)". (4) Tal es la definición que recoge de la jurisprudencia francesa y que se ve corroborada, en Francia, por el actual artículo 1472 del Código de Procedimiento Civil, que establece: "Es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional". La aproximación de este autor al concepto no es directa, ya que lo aborda sólo al tratar los límites de la autonomía de la voluntad de las partes para la determinación del Derecho aplicable a los contratos, específicamente, el fraude a la ley.

Nosotros no compartimos esta definición, pues es como si se dijera que los contratos en general ponen en juego los intereses del comercio, y si dicho comercio es internacional, entonces el contrato también lo es. En otros términos, se refiere solamente a los contratos comerciales, que ciertamente son los más numerosos e importantes en la práctica, y desconoce de esa manera los contratos civiles o de trabajo. Además, el concepto resulta incompleto, pues lo importante sería precisar cuándo el contrato pone efectivamente en juego los intereses del comercio internacional. Por otro lado, el solo criterio jurídico es incompleto pues al parecer atribuye una importancia similar a todos los elementos de conexión.

#### 3.2. Lando

Este autor escandinavo, que intervino activamente en la elaboración de la Convención de Roma, de 1980, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, es uno de los grandes especialistas extranjeros

(4) BATIFFOL, HENRI et LAGARDE, PAUL, *Droit International Privé*, Editorial Dalloz, París, 1980, tomo II, pág. 276.

en los contratos internacionales. Según sus términos, "cuando las partes tienen el lugar de sus negocios en diferentes Estados y bienes, servicios y/o dinero tienen que cruzar una frontera para que el contrato sea ejecutado, pareciera haber acuerdo que, el contrato es internacional. Si uno de estos dos elementos está ausente, las respuestas difieren". "Se pronunció de esta manera al extenderse sobre el fraude a la ley en materia de contratos. Tales son las opiniones formuladas por el autor en el curso realizado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en el año 1980. (5)

### 3.3. Reese

Este autor norteamericano, que fue relator del Segundo Restatement on the Conflict of the Laws (6), sostiene que "los contratos internacionales, cuyo concepto se utilizará en nuestra exposición, son contratos con elementos en dos o más Estados nacionales. Tales contratos pueden ser entre Estados, entre un Estado y un particular, o exclusivamente entre particulares... nuestra discusión se centrará principalmente en una situación hipotética. Esta discusión demostrará que diferentes derechos se aplicarán con frecuencia para regir diversos aspectos de los contratos internacionales". (7)

Es notoria la amplitud de la noción dada por este autor, y que no compartimos por ese mismo motivo. Adelantamos, eso sí, que participamos plenamente de su afirmación que con frecuencia se aplica a un mismo contrato internacional una variedad de derechos para regir sus diversos aspectos.

(5) LANDO, OLE. *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye, 1980, tomo 184, pág. 286.

(6) Esta es una recopilación de jurisprudencia y no una ley. Sin embargo, goza de gran prestigio y es permanentemente consultada en la práctica norteamericana.

(7) REESE, WILLIAM. En: *International Contracts, Parker School of Foreign and Comparative Law*, [1981] pág. 4.

### 3.4. Delaume

Ligado tanto al sistema jurídico francés como al norteamericano, Georges Delaume constituye una marcada excepción dentro de la generalidad de la doctrina, pues se ha preocupado en forma amplia de dar un concepto de contrato internacional, en un artículo intitulado "¿Qué es un contrato internacional? Un dilema norteamericano y francés". En este estudio, el autor se dedica a analizar la jurisprudencia de ambos países —ya sabemos que la doctrina en general es reacia a la conceptualización—, y en cuanto a la francesa da aproximadamente los mismos términos que Battifol, en cuanto a que son internacionales los contratos que ponen en juego los intereses del comercio internacional. Al analizar la jurisprudencia norteamericana, señala que se refiere tanto a las partes, al lugar de las negociaciones y a la materia del contrato. Si las partes son de diferentes nacionalidades, las negociaciones han tenido lugar en diferentes países, y el contrato está referido al comercio internacional, entonces el contrato es internacional. Es interesante consignar que según jurisprudencia recogida por este autor, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos Zapata y Scherk, sostuvo que "las partes de un contrato internacional pueden estipular válidamente cláusulas que, en el ámbito nacional, estarían prohibidas". (8)

### 3.5. Strenger

Este autor brasileño se refiere exclusivamente a los contratos internacionales de comercio, postulando que ellos son "todas las manifestaciones bi o plurilaterales de la voluntad libre de las partes, objetivando relaciones patrimoniales o de servicios, cuyos elementos se

(8) DELAUME, GEORGES. *What is an international contract? An American and Gallic Dilemma*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, 28, pág. 258 y ss.



vinculan con dos o más sistemas jurídicos, por fuerza del domicilio, nacionalidad, sede principal de los negocios, lugar del contrato, lugar de ejecución o cualquier otra circunstancia que exprese un nexo indicativo del Derecho aplicable". (9)

Nuevamente nos encontramos ante una noción excesivamente amplia, que no compartimos.

### 3.6. Virgos Soriano, M.

Al analizar las normas del Convenio de Roma acerca del Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1980, este profesor español señala que el presupuesto esencial para que opere dicho convenio es que se produzca un conflicto de leyes; ello significa que el contrato debe ser internacional. "A tales efectos, lo será el contrato que, objetivamente, suponga un movimiento de personas, cosas, servicios o pagos a través de las fronteras nacionales... La noción de internacionalidad no se puede predicar o definir en términos más concretos, y deberá ser apreciada en cada caso por el juez teniendo en cuenta todos los factores presentes". (10)

### 3.7. Alfonsín

No se encuentra en la obra de este distinguido profesor uruguayo, que ha tenido mucha influencia en Chile, una aproximación directa y detallada al concepto de contrato internacional. Es más, ni siquiera usa tal denominación, contraponiendo a los contratos nacionales los ex-

tranacionales: "Los primeros tienen todos sus elementos nacionales y afectan, por consiguiente, a una sola sociedad nacional; tal es un contrato entre personas que pertenecen a la sociedad uruguaya, celebrado en la sociedad uruguaya y que debe ejecutarse enteramente en la sociedad uruguaya. Estos contratos nacionales se rigen por el orden jurídico nacional correspondiente. (...) En cambio, el contrato extranacional no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional; tal es un contrato entre personas que pertenecen a la sociedad A, celebrado en la sociedad B y que debe ejecutarse en la sociedad C.". (11)

Ya se encuentra aquí la concepción que defenderemos, pero con un agregado que nos parece inconveniente: el domicilio de las partes, sostenemos, no es elemento suficiente para internacionalizar un contrato. Discrepamos solamente en la denominación que da al contrato de 'extranacional', pues ella induce a pensar en el fenómeno de un acuerdo que no está conectado con ningún ordenamiento nacional y, por lo tanto, podría confundirse con lo que se conoce en doctrina como el 'contrato sin ley'.

### 3.8 Berta Kaller de Orchansky

"Para el Derecho Internacional Privado argentino, contrato extranacional es aquél destinado a ser cumplido en un lugar distinto a aquél en que fue celebrado. Puede tratarse de un contrato extranjero para ser cumplido en la República, o celebrado fuera del territorio nacional sin indicarse cuál será el lugar de cumplimiento.

"Desde un punto de vista teórico, la presencia de un elemento no nacional debe transformar el contrato en extranacional; es suficiente

(9) STRENGER, IRINEU. *Contratos Internacionais do Comercio*. Sao Paulo, 1986, pág. 92.

(10) VIRGOS, M. En: GONZALEZ CAMPOS, JULIO y otros. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, págs. 208-210.

(11) ALFONSIN, QUINTIN. *Régimen Internacional de los Contratos*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pág. 7.

que uno de los elementos —personal, real o conductista— aparezca conectado con una sociedad distinta de la local, para que la relación jurídica devenga extranacional. Insisto en que esta afirmación es válida sólo en el *campo teórico*, porque desde el ángulo de una determinada legislación, es decir, desde el punto de vista positivo, la presencia de ciertos elementos no nacionales no es relevante: para el DIPr argentino la nacionalidad o el domicilio de los contratantes no repercute en la regulación internacional del contrato, aunque influye en el régimen de la capacidad". (12)

En líneas generales, estamos de acuerdo con lo planteado por esta autora argentina, con las mismas objeciones a la denominación, que ya formulamos.

### 3.9. Goldschmidt

En la concepción de este profesor argentino, "un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero. Por supuesto, hay que tener en consideración las reglas generales sobre fraude a la ley". (13) Se trata de la misma concepción de Alfonsín, formulada en términos más claros y directos, y aceptando la denominación de internacional, que es la que se ha impuesto universalmente en doctrina.

### 4. ALGUNAS LEYES EXTRANJERAS

En las leyes extranjeras y los tratados que hemos podido consultar, como el Convenio de Roma de 1980, el Restatement (Second) on the

Conflict of Laws, el Código Español y el Código Argentino, no se definen los contratos internacionales.

## §5. EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACION CHILENA

Las principales leyes nacionales que se refieren o están relacionadas con los contratos internacionales, y de las cuales sería posible extraer un concepto de ellos, son las siguientes:

### 5.1. Código Civil

Nuestro Código Civil no utiliza la expresión 'contrato internacional'. Las normas más relacionadas con la materia que estudiamos son:

"Artículo 16: Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán de conformidad a las leyes chilenas".

"Artículo 2411: Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente Registro".

En ambas disposiciones citadas queda claro que, si bien el Código no utiliza la expresión 'contrato internacional', hace una clara alusión a los contratos celebrados en el extranjero que producen efectos en Chile, con ánimo manifiesto de solucionar un conflicto de leyes

(12) KALLER DE ORCHANSKY, BERTA. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, págs. 399 y 400.

(13) GOLDSCHMIDT, WERNER. *Derecho Internacional Privado*. Quinta edición, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 393.

en esta materia. En ambos casos se liga de forma directa el régimen de los contratos al de los bienes.

## 5.2. Código de Comercio

La disposición fundamental que contiene este cuerpo normativo es el:

*"Artículo 113: Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil.*

Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa".

Como se aprecia, tampoco este Código ha utilizado la expresión contrato internacional y, en cambio, se preocupó, al igual que el Código Civil de regular los efectos en Chile de los contratos celebrados en el extranjero. La parte que más importancia tiene es la destacada en cursiva, pues sobre su base se ha querido ver el primer reconocimiento legislativo chileno de la doctrina de la autonomía de la voluntad.

## 5.3. Código de Bustamante

Tampoco se preocupa de una adecuada conceptualización el Código de Derecho Internacional Privado, llamado de Bustamante en honor a su autor. Al tratar de los contratos, da disposiciones separadas para los civiles y los comerciales, tratándolos incluso en diversos capítulos.

## 5.4. Decreto ley N° 2.349

Este es el primer cuerpo normativo chileno que utiliza una noción general de contrato internacional, aunque sin definirlo expresamente.

A este respecto, se limita a declarar que son válidos los pactos destinados a sujetar al Derecho extranjero los contratos internacionales. El ámbito de aplicación de este decreto ley no se extiende a todos los contratos internacionales, pues existe una doble limitación: en cuanto al objeto (*"cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero"*) y a los sujetos que los celebran (*"organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos instituciones o empresas"*). Artículo 1°).

## 5.5. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

Nuevamente, en este caso, se ha evitado dar una definición de contrato internacional de compraventa. Solamente se delimita el ámbito de aplicación, que se refiere fundamentalmente a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

## 5.6. Otros textos legales

Existen en nuestro ordenamiento jurídico otros cuerpos normativos que, si bien no conceptualizan los contratos internacionales, se encuentran relacionados con ellos directa o indirectamente. Ellos son la Convención Interamericana sobre Reglas Generales de Derecho Internacional Privado, el decreto ley N° 600 sobre Inversión Extranjera, el decreto ley N° 1.263 sobre Administración Financiera del Estado y la ley N° 18.840 del Banco Central de Chile.

También existen otros referidos a ciertos contratos internacionales en particular, como las sociedades transnacionales, el transporte internacional de mercaderías o pasajeros. :

## §6. EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA DOCTRINA CHILENA

### 6.1. La situación general

En la doctrina nacional del DIPr, no se acostumbraba tradicionalmente a utilizar la denominación de contrato internacional, hablándose solamente de conflicto de leyes en materia de contratos. (14)

La doctrina civilista chilena tampoco ha dado un concepto de contrato internacional. En las obras de los principales autores, no se encuentra ni siquiera el uso de la denominación de contrato internacional, limitándose a analizar las disposiciones del artículo 16 del Código Civil.

(14) Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la obra de ROBUSTIANO VERA, *Principios elementales de derecho internacional privado*, la primera obra nacional de la disciplina según sus propios dichos, publicada en 1902, en la que se habla solamente de los conflictos de leyes en materia de contratos. A pesar de la antigüedad de esta obra, ya se encuentran en ella los gérmenes del concepto que postularemos, en forma implícita, cuando se afirma "...tampoco existe duda (en cuanto a la ley aplicable), cuando se trata de actos ejecutados por naturales o rēgnícolas de un Estado que deben producir efecto dentro de él, porque entonces se aplica la legislación nacional, es decir, la que les obliga por ser súbditos de esa nación; pero dado caso que el contrato se celebre en el extranjero ¿qué ley es la que debe aplicarse? ¿Será la del país en que el contrato se celebró, o por no ser de un mismo Estado los contratantes, se aplicará la ley del deudor o del acreedor?" (op. cit., págs. 216 y 217).

No se utiliza la denominación de contrato internacional en la obra de don FERNANDO ALBONICO, *El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia Chilena*, Santiago de Chile, 1943; y tampoco en la obra de don MARIO RAMÍREZ NECOCHEA, *Curso de Derecho Internacional Privado Chileno*, Editorial ConoSur, 1990, págs. 117 y 118.

Lo mismo ocurre en materia comercial, aunque con referencia al artículo 113 del Código de Comercio. (15)

Pero la ausencia del uso de la denominación, no significa en modo alguno que se haya desconocido o no se haya tratado el problema de fondo. (16)

Podemos decir que lo que ocurre como norma general es que debido a la clara alusión que realizan tanto el Código Civil como el de Comercio, en sus artículos 16 y 113 respectivamente, a los contratos celebrados en el extranjero para ser cumplidos en Chile, no fue necesario preguntarse cuándo se produce el conflicto de leyes relativo a los contratos en nuestro sistema jurídico: la ley trataba directamente el principal de ellos, a saber, la celebración en otro país para producir efectos en Chile. Por este motivo, el tratamiento general de los autores era estudiar directamente cuál era la ley aplicable en esta situación, distinguiendo entre los contratos celebrados en Chile y los celebrados en el extranjero, sin pronunciarse acerca de las condiciones para que un contrato sea internacional.

Actualmente, la doctrina del DIPr nacional ya ha recogido la expresión de contrato internacional. Sin embargo, no ha existido una preocupación detallada por definirlo. Así, por ejemplo, se le ha aludido al

(15) Por esta ausencia de alusiones al concepto, que es lo que nos interesa en este capítulo, no procederemos a hacer aquí las citas de los autores. Nos contentaremos con señalar, solamente, que no se encuentra ni siquiera usada la expresión "contrato internacional" en las obras de Alessandri, Claro Solar, Fabres, Pescio, etc. Las citas de todos ellos las realizaremos en el capítulo dedicado específicamente a los efectos de los contratos internacionales.

(16) Así, don FERNANDO ALBONICO: "Para que pueda hablarse de la autonomía de la voluntad en el campo internacional, es menester que haya en la relación jurídica que se trata de subordinar a leyes extrañas, elementos internacionales, vale decir; diferente nacionalidad de los contratantes, objeto del contrato en distinto país del que se celebre la convención o que el lugar de su ejecución no sea el mismo en que se celebró el contrato" Op. cit., pág. 142.

tratar el fraude a la ley en materia de contratos, diciendo que "los contratos que efectivamente pueden escapar a las disposiciones de la ley interna son los contratos internacionales, o sea, aquellos que por sus elementos de hecho interesan a varios sistemas jurídicos". (17)

También se ha usado la denominación de contrato internacional, sin definirlo, tratando el concepto como un límite a la autonomía de la voluntad, diciendo que para que ella proceda "el contrato debe ser internacional, esto es, debe contener elementos internacionales relevantes, circunstancia que se aprecia en forma objetiva. No basta un elemento extranjero establecido en forma fraudulenta". (18) Esta noción ya significa un avance, al exigir que el elemento extranjero sea relevante. Es decir, *no cualquier elemento extranjero convertirá el contrato en internacional*. (19)

"La doctrina es renuente a dar un concepto de contrato internacional, quizás porque su calificación no resulta difícil en los hechos. Por otra parte, de nuestra exposición, fluye que ha de tratarse de contratos de carácter patrimonial que involucran una dispersión espacial de sus elementos de hecho, en términos que se localizan y conectan con diversos ordenamientos jurídicos. (...) En una perspectiva formal, el contrato es internacional cuando se somete a la ley aplicable mediante una regla de conflicto que así lo permita. En cambio, desde un pun-

to de vista sustantivo, el contrato es internacional en la medida que, por su carácter particular, está regulado por normas específicas, distintas de aquellas que se contemplan para los contratos internos". (20) En cuanto esta concepción alude a la perspectiva formal, es necesario agregar que la ley aplicable también puede determinarse por una norma uniforme sobre la materia y el rol de la voluntad de las partes es fundamental. Insistimos: una cosa es el concepto que delimita claramente el problema, y otra distinta el método empleado para resolverlo, determinando el Derecho aplicable. Durante el resto del trabajo señalaremos algunas normas específicas dictadas para ciertos contratos internacionales.

La definición que más se acerca a la que postularemos, se encuentra en un trabajo que realiza una acertada síntesis acerca de las normas para determinar el Derecho aplicable a los contratos en distintos sistemas jurídicos, y sostiene que "un contrato tiene el carácter de internacional si se dan las siguientes circunstancias:

1. En cuanto al contrato mismo, que el lugar de su celebración corresponda a un sistema distinto de aquél en donde deba cumplirse o surtir sus efectos; o bien, que tenga por objeto el flujo de bienes y servicios desde o hacia Chile, comprometiendo así los intereses del intercambio internacional, y
2. En cuanto a las partes, que al menos una de ellas sea un extranjero o un chileno con residencia y domicilio en el extranjero y cuyo centro principal de negocios se encuentre en el extranjero". (21)

Al comentar si es necesario que estos requisitos objetivos y subjetivos se cumplan copulativamente, señala que "en el estado actual

(17) GUZMAN LATORRE, DIEGO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 521.

(18) VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS y GABRIEL. *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho, volumen 17, 1990, pág. 353.

(19) Llevando las cosas ad absurdum, Pierre Lalive explica que no puede considerarse un contrato internacional tan sólo porque un elemento es extranjero: no será internacional un contrato celebrado en Holanda por dos holandeses tan sólo porque usaron papel francés. El elemento debe ser relevante para el sistema jurídico. Ver: LALIVE, PIERRE. *Tendances et Méthodes en Droit International Privé*. En: Recueil des Cours, 1977-II, tomo 155.

(20) LEON STEFFENS, AVELINO, op. cit., pág. 99.

(21) MORALES ERRAZURIZ, GUILLERMO. *Selección del Derecho que rige el contrato en el Derecho Internacional Privado*. Memoria de Prueba, 1985, pág. 76.

del Derecho chileno no hay una respuesta concluyente al problema'. (22)

Nosotros pensamos que la respuesta sí es concluyente, en el sentido que ninguno de los requisitos planteados en cuanto a las partes es realmente necesario para que el contrato sea internacional.

## 87. LA POSICION PERSONAL

De acuerdo con lo expuesto en este capítulo, podemos concluir que en nuestro Derecho positivo se utiliza y reconoce la categoría de contrato internacional, pero no se la define expresamente en términos generales.

Es necesario tener presente que no existe una noción uniforme entre los distintos sistemas jurídicos acerca de lo que es un contrato internacional. De acuerdo con la teoría soviética, por ejemplo, un contrato es internacional sólo cuando una de las partes es extranjera. (23)

Nosotros no nos conformamos con la definición dada por la doctrina en general que dice que son contratos internacionales aquellos que tienen algún elemento internacional. Consideramos, en lo relativo al Derecho chileno, que el único elemento que confiere a un contrato el carácter de internacional es su ejecución, total o parcial, en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado. Sólo en este caso se trata de un contrato internacional. Es del todo indiferente que alguno o todos los demás elementos también sean internacionales o que, por el contrario, todos ellos sean totalmente nacionales.

(22) *Idem*, pág. 77

(23) LANDO, OLE, *Op. cit.*, pág. 286. Aun así, esta disposición parece inspirada en un férreo control cambiario, pues de seguro que no sería considerado internacional un contrato celebrado por un extranjero residente que pagara en moneda local.

Según nuestro parecer, entonces, son contratos internacionales aquellos acuerdos bilaterales generadores de obligaciones que son celebrados en un país para tener efecto total o parcialmente en otro distinto.

Esta conclusión aparece reforzada por las opiniones de Lando y de Delaume, citadas precedentemente, y se encuentra implícita en los textos legales citados, especialmente el Código Civil. Además, cuenta con aproximaciones entre autores nacionales, como Morales Errázuriz. Por último, sostenemos que ella subyace en el tratamiento que hacen todos los autores de esta materia, pues aunque muchos no conceptualizan y otros lo hacen en forma excesivamente amplia, a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, distinguen entre los contratos celebrados en Chile para ser ejecutados en el extranjero, los celebrados en el extranjero para ser ejecutados en Chile y aquellos celebrados en el extranjero para ser ejecutados también en el extranjero, pero en los cuales alguna de las partes pide su cumplimiento en Chile.

Sin embargo, después de leer las disposiciones citadas del D.L. N° 2.349 y de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, podría pensarse que la nacionalidad de las partes o el lugar en el que tengan el principal asiento de sus negocios es en realidad el elemento que confiere un carácter internacional al contrato. Sostenemos que ello no es así.

Piénsese, por ejemplo, en una empresa extranjera que tiene el principal asiento de sus negocios en el extranjero. Si celebra un contrato en Chile con el Estado, a través de un mandatario, sobre bienes que se encuentran en Chile y que se va a cumplir en su integridad en Chile, dicho contrato no es internacional, y no autoriza la elección de un tribunal o Derecho extranjero.

Lo mismo ocurre si se trata de una compraventa de mercaderías celebrada en Chile por una empresa extranjera sobre bienes que se en-

cuentran situados en Chile y que se cumplirá en su integridad en nuestro país. Si un banco extranjero compra muebles en Chile para sus oficinas situadas en Santiago, tal compraventa no es internacional, en consonancia con nuestro concepto. Se trata solamente de un acto jurídico interno en el que ha intervenido un extranjero, al igual que si un norteamericano hubiera comprado un paquete de cigarrillos en un kiosko, pues el concepto que buscamos no se refiere al valor de las prestaciones involucradas, sino al ámbito en que ellas deben ejecutarse. En ambos casos rige la ley chilena y no se plantea ningún problema de DIPr.

Lo que sigue, por tanto, se sustentará en la definición que hemos encontrado, examinando las consecuencias a que ella conduce y sus eventuales inconvenientes. Así, cada vez que nos referimos a un contrato internacional, entendemos por tal sólo los celebrados en un país para ser ejecutados total o parcialmente en otro distinto.

Habiendo situado el objeto, procederemos a examinar los distintos métodos existentes para determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales.

## CAPITULO II

### METODOS GENERALES DE DETERMINACION DEL DERECHO APPLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §8. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CONTRATOS INTERNACIONALES

Si bien es cierto que aquí nos ocuparemos sólo de los contratos, existe una disciplina destinada a determinar el derecho aplicable a cualquier objeto o relación jurídica, cuando existen dudas al respecto, y es el Derecho Internacional Privado (DIPr).

Ha sido definido "aquella rama de las ciencias jurídicas que, en los casos en que existen varias legislaciones concurrentes o divergentes aplicables, determina la ley competente para resolver el conflicto y el tribunal llamado a conocer de él". (24) (25)

#### §9. PARTE GENERAL Y ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dentro del estudio general del Derecho Internacional Privado, se ha distinguido tradicionalmente entre las materias que pertenecen a su llamada parte general, que comprende áreas como el conflicto de le-

(24) ALBONICO, FERNANDO. *El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia*. Memoria de Prueba, 1943, pág. 3.

(25) Don Andrés Bello lo define como "el conjunto de reglas que sirven para dirimir los conflictos de leyes". Véase BELLO, ANDRES. *Principios de Derecho Internacional*. Imprenta de la Patria. Librería Central de Mariano Servat, 4ª edición, 1886, pág. 20.

yes, nacionalidad, domicilio, y las diferentes partes especiales, dentro de las cuales se encuentran tantas como ramas de Derecho interno hay. (26)

Nuestras áreas de interés serían el DIPr Civil, Comercial, del Trabajo, pues en todas estas áreas existen contratos, y además el DIPr procesal, en lo que se refiere a los conflictos de jurisdicciones relativos a este mismo tema. También se plantean problemas de DIPr tributario, pues en dichos contratos se generan rentas que son de algún modo gravadas por algún país. Por lo tanto, desde el comienzo hacemos presente que nuestro estudio no se ajustará claramente a una de las partes especiales del DIPr.

De este modo, este trabajo se inserta en lo que es la parte general de los contratos internacionales, cuyos principios fundamentales, nos dedicaremos a desentrañar. No haremos un análisis exhaustivo de las normas de fondo de cada uno de los contratos internacionales en particular, pero tampoco caeremos en el error de hacer disquisiciones meramente teóricas, sin ninguna referencia a ellas.

Por tal motivo, en la segunda parte agruparemos los contratos según la materia sobre la que versan, con el afán de sistematizar la investigación. Y, finalmente, discurriremos acerca de los problemas procesales que se plantean a propósito de los contratos internacionales.

Previamente, sin embargo, se hace necesario dar una visión sucinta acerca de los principales métodos del DIPr, pues ellos serán empleados en mayor o menor medida en lo relacionado con los contratos internacionales.

(26) Entre nosotros, las diferentes partes especiales no han presentado un desarrollo suficiente y homogéneo. En DIPr del Trabajo o Tributario, por ejemplo, no existen trabajos que puedan consultarse, a pesar que la existencia de tales áreas es reconocida por los tratadistas.

## §10. LOS METODOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 10.1. Introducción

Tradicionalmente, el DIPr fue y sigue siendo una de las más debatidas ramas del derecho. Aún no hay acuerdo general acerca de los principios, métodos y objetivos.

"Las exposiciones anuales sobre el estado de la ciencia en el Curso General en la Academia de Derecho Internacional de La Haya aún no han revelado un consenso. David F. Cavers, uno de los más destacados académicos de nuestro siglo, describió la búsqueda de los fundamentos aludidos desde los comienzos de la ciencia como 'seis siglos de frustraciones'. Una vez que un acuerdo acerca de los principios y métodos se ha alcanzado, es rebatido por la nueva generación de juristas internacional privatistas. Esto es lo que ha ocurrido con las doctrinas de los estatutarios, con la escuela holandesa del siglo XVII, con las enseñanzas de Savigny y con el enfoque internacional de Mancini. Esto es igualmente válido en Estados Unidos en lo que respecta a Joseph Story, Beale y su *Restatement (First) on Conflict of Laws* y a los 'revolucionarios' norteamericanos y, sobre todo, a Currie con su estimulante teoría de la valoración de las políticas gubernamentales. (27) Las recientes legislaciones nacionales acerca de los conflictos de leyes en el continente europeo y en otros países del sistema llamado de Derecho Civil, han conducido a cierta estabi-

(27) Para una visión histórica general de las principales doctrinas del DIPr, ver *General Course on Private International Law*, FREDERIC JUENGER, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1985-I, tomo 193 de la colección. Esta recopilación de los cursos dictados en la distinguida Academia de La Haya ha sido una de las principales fuentes que hemos consultado en nuestra investigación, por cuanto en ella se recogen las doctrinas de los más destacados autores del DIPr a nivel internacional, quienes imparten allí cursos tanto de contenido general como dedicados a materias específicas. En adelante, esta recopilación será citada simplemente como *Recueil des Cours*.



lización y consolidación, pero con una mirada más atenta, aún revelan un amplio margen de diferencias en lo relativo a los métodos y soluciones adoptados". (28)

## 10.2. Los métodos generales y las diversas concepciones del DIPr

Aunque en el Derecho comparado han existido o perduran diversas concepciones para superar los conflictos de leyes (29), no han diferido tanto los métodos usados para solucionarlos, sino la extensión o amplitud con que se ha empleado cada uno.

La concepción que inspira el DIPr chileno es la territorialista. (30) "En el DIPr, el territorialismo se entiende como un principio de exclusión absoluta o relativa (de la aplicación) del Derecho extranjero. Esta exclusión es de tipo material, cuando el legislador nacional ha decidido que su Derecho interno es el único aplicable a los fenóme-

(28) VISCHER, FRANK, *General Course on Private International Law*. Recueil des Cours, 1992-I, pág. 21.

(29) En realidad, como lo acepta unánimemente la doctrina, no existe verdaderamente un "conflicto de leyes", sino diversos sistemas jurídicos que podrían regir una relación o situación jurídica determinada. En este sentido, por ejemplo, véase CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 80.

(30) Otras concepciones son la de los Vested Rights, propugnada por Beale y que inspiró el Restatement (First) on the Conflict of Laws, y la de la aplicación del derecho de la nacionalidad de las partes, defendida por Mancini en el siglo pasado. Según la primera, no se aplica en ningún caso el Derecho extranjero dentro del territorio nacional, sin perjuicio de lo cual, se reconocen los derechos adquiridos en el extranjero. Según la segunda, debe aplicarse a una relación jurídica el Derecho de la nacionalidad común de las partes. Ambas son objeto de críticas. En el primer caso, se reprocha que al reconocer los derechos adquiridos en el extranjero no se hace otra cosa que aplicar en definitiva tal Derecho, y que la diferencia con la aplicación efectiva del Derecho no sería más que una cuestión de planteamiento. A la segunda, se le enrostra que cuando las partes no tienen una nacionalidad común nada dispone al respecto y, además, admite numerosas excepciones al principio en cuestión. En este sentido, RIGAUX, *Droit International Privé*, Maison Larcier, Bruxelles, 1977, 232.

nos que derivan del tráfico jurídico internacional, o bien, si no el único, al menos aplicable de una manera preponderante, dejando así una posibilidad de aplicación excepcional del Derecho extranjero... Podemos hablar de un sistema jurídico territorial cuando, por razones diversas, incluidas las de naturaleza política, las leyes de un país determinado excluyen, total o parcialmente, la aplicación del Derecho extranjero". (31)

Los principales métodos utilizados por el DIPr son el de las normas de aplicación necesaria, el de las normas de conflicto y el de la uniformación, tanto del Derecho material directamente aplicable a una relación o situación jurídica, como de las normas de conflicto que determinarán el Derecho que será aplicable para resolver el fondo de la cuestión.

## 10.3. Las normas de aplicación necesaria

Son aquellas normas que, por disposiciones internas de cada Estado, deben aplicarse imperativamente para resolver determinados conflictos. En estos casos, no se tiene en consideración ningún elemento extranjero que pudiera presentarse en la especie. Generalmente, para que resulte eficaz, se dispone que a cierta materia se aplicará exclusivamente el Derecho nacional y será conocida solamente por los tribunales nacionales. "Pero si en este método no existe una adecuada consideración del elemento extranjero presente en todo supuesto de tráfico externo, ¿por qué incluirlo entre los que son posibles para la reglamentación de las relaciones y situaciones afectadas por la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos? Una doble razón, teórica y práctica, puede ser tenida en cuenta para justificar tal inclusión: de una parte, la necesidad de comprender aspectos de nuestro

(31) PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *La tradición territorialista en Droit International Privé dans les pays d'Amérique Latine*. Recueil des Cours, 1985-I, págs. 321 y 322.

sistema positivo y de nuestra jurisprudencia; de otra, la conciencia de que las normas de Derecho interno de aplicación necesaria ponen de manifiesto hasta qué punto corresponde a cada ordenamiento estatal la iniciativa en la organización de la reglamentación del tráfico externo". (32)

Este método es de común aplicación en materia de inversión extranjera, legislación sobre bancos, bolsa, del trabajo, etc.

"Pero esta solución no debe tener carácter sistemático, y de ahí que haya insistido en que debe ser interpretada restrictivamente, y haya afirmado la conveniencia de que sea el legislador quien, de modo inequívoco, determine qué normas de su sistema jurídico son de aplicación necesaria e inmediata, cualesquiera sean los elementos extranjeros que pudieran existir en su supuesto; de no ser así, los tribunales y funcionarios podrían tender al más radical de los nacionalismos jurídicos, en una actitud reprochable por injusta y por ir en contra de una experiencia de varios siglos de la que no es posible prescindir a la ligera". (33)

#### 10.4. Las normas de conflicto

Son aquellas normas que no tienen por objeto solucionar el conflicto de leyes producido en una materia en forma directa, sino solamente, señalar cuál es el elemento de conexión que determinará el Derecho que debe regir cierta relación jurídica. También recibe otras denominaciones, como método de atribución, técnica de conexión. Se caracteriza por escindir de forma categórica la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable al fondo del litigio. "La norma de

conflicto es, en principio, bilateral, refiriéndose a una situación de hechos cuyos elementos materiales pueden localizarse en diversos países y designa a ciegas la ley del país con el que la relación jurídica 'se conecta' según el criterio de localización que ella misma enuncia". (34) Se dice que la norma de conflicto procede 'a ciegas', pues no examina primeramente si las normas de fondo que resultarán aplicables son convenientes para regir la relación jurídica.

La determinación del ámbito de aplicación en el espacio de las leyes sustantivas es el objetivo de la regla de conflicto, tanto nacionales como internacionales. Históricamente en el Derecho comparado, han existido normas de conflicto que disponen la aplicación a los contratos de la ley del lugar de su celebración (*lex loci contractus celebrati*); del lugar de ejecución (*lex loci executionis*); de la nacionalidad común de las partes (*lex partis*); del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*), etc.

En doctrina, se han señalado como principios que debieran considerarse al establecer las normas de conflicto los de autonomía, especialización, y referencia a un Derecho único. (35)

Se ha criticado este método hasta el punto que constituye un lugar común hablar de su crisis. "Se le reprocha un exceso de abstracción que convierte a este procedimiento en inadecuado para dar soluciones que tengan en cuenta todos los intereses subyacentes a un conflicto de leyes determinado". (36)

(34) RIGAUX, FRANÇOIS. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 242.

(35) Ver, para un análisis detallado de estos y otros aspectos generales del método de las reglas de conflicto, *La structure de la règle de conflit*, PETROS VALLINDAS, Recueil des Cours, 1960-III, pág. 333 y siguientes.

(36) AUDIT, BERNARD. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, en Recueil des Cours, 1984-III, tomo 186 de la colección, pág. 229.

(32) CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 93.

(33) *Id.*, pág. 109.

"El término 'revolución' se emplea corrientemente en los Estados Unidos para describir los movimientos que han agitado desde hace unos treinta años la teoría y, en un grado menor, la práctica de los conflictos de leyes. En forma concisa, podemos decir que la designación de un ordenamiento jurídico por una regla de conflicto, se tiende a sustituir por una evaluación de las reglas de fondo de las que se trate, en busca de una reglamentación satisfactoria para la situación concreta". (37)

#### 10.5. Las normas uniformes

Paralelamente, se abre paso en forma progresiva el uso del método de la uniformación del Derecho. En este caso, los diferentes Estados, a través de la suscripción de tratados internacionales, proceden a dictar normas jurídicas comunes para todos ellos. Este método cobra particular importancia en lo que se refiere a los contratos, y tiene dos vertientes: la unificación de las reglas de conflicto, por una parte, y la unificación del derecho material aplicable a un caso determinado. De esta forma se pretende eliminar la incertidumbre del Derecho aplicable de una forma indirecta, en el primer caso, y en forma directa en el segundo. El Código de Bustamante, por ejemplo, constituye un caso precoz en el concierto internacional de uniformación de las reglas de conflicto. Ultimamente, en cambio, predomina la idea general de la uniformación del Derecho material aplicable, y de ello constituye un ejemplo la Convención sobre el Derecho Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías. Es cierto que esta última técnica presenta grandes dificultades prácticas, porque es muy difícil uniformar los sistemas jurídicos. Por eso, las convenciones internacionales son generalmente un *soft law*, para emplear una expresión anglosajona que se ha impuesto, es

(37) *Id.*, pág. 242.

decir, un derecho blando, suave, así catalogado porque deja sin resolver varios aspectos de la materia que regula, sobre los cuales los distintos sistemas nacionales tienen soluciones diferentes.

Conviene recordar, sin embargo, que la uniformidad de los derechos internos no puede ser el fin del DIPr, puesto que, como es esencialmente un Derecho indirecto, supone la diversidad de tales derechos internos. La concurrencia de leyes es un hecho necesario y un factor indiscutible para la existencia del DIPr. El fin del DIPr permanece siempre el mismo: determinar el Derecho de fondo aplicable a una situación o relación jurídica determinada.

En mayor o menor medida, todos estos métodos se utilizan en el derecho chileno.

#### §11. LOS METODOS ESPECIFICOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Las dificultades de nuestro tópico, han hecho decir a Lando, que "no he encontrado base alguna en la jurisprudencia o en otras fuentes para establecer una teoría simple y general que pueda explicar en forma sencilla y global el campo entero de los conflictos de leyes relativos a contratos. Ni siquiera he tenido el propósito de defender o establecer una de tales teorías". (38) La actitud de este autor se explica solamente por un escepticismo radical, al que ha llegado después de haber descartado la teoría del asiento de la relación jurídica, propiciada por Savigny, y la de la localización del contrato, defendida por Batiffol.

La síntesis de los diferentes métodos usados y las concepciones predominantes en el Derecho comparado, ya ha sido emprendida con

(38) LANDO, *op. cit.*, pág. 239.

acuerdo entre nosotros, por lo que nos sentimos excusados de exponerla. (39)

Desde un punto de vista teórico, tomando en cuenta las distintas posiciones que adoptan para solucionar los conflictos de leyes relativos a contratos, los distintos métodos que hemos encontrado, pueden clasificarse, según los diferentes aspectos de la determinación del Derecho aplicable, de las siguientes formas:

### 11.1. Métodos objetivos y subjetivos

Esta clasificación se refiere al método de determinación del Derecho aplicable, en cuanto a quién lo efectúa y en qué forma lo hace.

Los métodos objetivos son aquellos en los que la ley determina directamente el Derecho aplicable en función de un elemento de conexión, sin que las partes puedan intervenir al respecto. Estos métodos se preocupan de hacer respetar la autoridad de la ley. "No corresponde a las partes, se ha dicho, escoger la ley que gobernará sus relaciones, sino que a la ley determinar qué relaciones regirá: se trata de simple lógica y de la autoridad de la ley". (40) En realidad, el gran problema que presentan los métodos objetivos consiste en determinar cuál de los índices de localización preferirán. Históricamente, se ha optado por el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución, el lugar de la nacionalidad común de las partes, el lugar donde están situados los bienes, etc.

Los métodos subjetivos, en cambio, son aquellos en los que las partes determinan el Derecho aplicable por su sola voluntad. (41)

(39) Ver MORALES ERRAZURIZ, GUILLERMO, op. cit.

(40) BATIFFOL, HENRY et LAGARDE, PAUL. *Droit International Privé*, Editorial Dalloz, París, 1981, tomo II, pág. 259.

(41) Este es el método de la autonomía de las partes para determinar el Derecho aplicable, que nosotros, por razones sistemáticas, estudiaremos en un capítulo especial, dada su indiscutible complejidad e importancia.

Entre estos dos métodos existe el de Batiffol, quien ha formulado su teoría de la localización del contrato. Según él, las partes solamente localizan su contrato: es el juez el que determina el Derecho aplicable en función de los diversos factores de conexión. La localización debe ser entendida no en un sentido estrictamente espacial, sino como un vínculo con el sistema jurídico del que se trate. "Las cláusulas de elección expresa de la ley aplicable deben interpretarse, a pesar de sus términos, como una simple voluntad de localización del contrato (incluso solamente en el sentido de una cláusula atributiva de jurisdicción), siendo claro que la transición de una cláusula de un tipo a otro es insensible. Pero del análisis adoptado resulta que el juez no está estrictamente obligado por la cláusula de elección expresa como si ella constituyera, al pie de la letra, el principio de la solución en Derecho: ella no es más que un elemento -capital, seguramente- de la localización del contrato, pero no absolutamente obligatorio en Derecho porque la localización sigue siendo una cuestión de hecho. Por consiguiente, los jueces pueden estimar, llegado el caso, que la cláusula no expresa la localización real del contrato según ella resulta del conjunto de sus disposiciones". (42) Acto seguido, clasifica los índices en *generales* (lugar de celebración del contrato y lugar de ejecución) y *particulares*, dividiendo estos últimos en *intrínsecos* al contrato (nacionalidad y domicilio de los contratantes, objeto del contrato, la forma del contrato, y las cláusulas compromisorias y atributivas de jurisdicción) y *extrínsecos* (tenor de las leyes en conflicto, actitud de las partes con posterioridad al contrato).

En resumen, según este autor, no hay una autonomía de la voluntad, pues las partes no pueden determinar la ley aplicable a su relación contractual, y su pacto expreso al respecto (en el que se designa la "ley de autonomía"), no es más que otro índice de localización.

(42) BATIFFOL, op. cit., pág. 268.

Esta doctrina ha tenido muchísima influencia en nuestro país, y no existe ningún escrito referente a nuestro tema que no se refiera a la tesis de Batiffol, casi siempre aceptándola. Nosotros no dudamos en rechazarla, clasificándola sin vacilación entre los métodos objetivos. En realidad, a la pregunta ¿Quién determina el Derecho aplicable? Batiffol responde sin duda alguna: el Juez. ¿Cómo lo determina? Fijándose en diversos elementos objetivos. (43) Al hablar de la 'ley de autonomía', introduce una confusión terminológica, que ha tenido profundas repercusiones en nuestro país. La autonomía de la voluntad es un método de solución del conflicto, y no solamente uno más entre varios índices de localización.

Además, no existen fundamentos positivos en el Derecho chileno que conduzcan a tal teoría (44), sino que, por el contrario, en nuestro sistema se encuentra claramente reconocida la autonomía de la voluntad en sentido estricto, como se demostrará oportunamente.

La teoría de Batiffol, como consecuencia de la celebración del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a los Contratos Internacionales, ha sido totalmente abandonada. (45)

## 11.2. Métodos sintéticos y analíticos

El criterio que sirve para formular esta clasificación es la posibilidad que varios ordenamientos jurídicos resulten aplicables a un determinado contrato.

El término sintético y su contrario son utilizados en doctrina con un doble significado.

Según uno de ellos, son sintéticos aquellos sistemas que requieren que en todos los tipos de contratos *in abstracto*, sean civiles o comerciales, ya versen sobre muebles o inmuebles, se solucione el conflicto de leyes con arreglo a un mismo método. Esta es la opinión sustentada por Niboyet, quien expresa los diversos sistemas son "sintéticos, según si se parte de soluciones a priori y de fórmulas aplicables a absolutamente todos los contratos, o analíticos, si tienden a dar las soluciones a cada tipo de contrato, sin proponerse una fórmula más o menos general". (46) En este sentido, entonces, método sintético se identifica con un sistema de solución de conflictos común para todo tipo de contratos internacionales.

Entre los métodos sintéticos, Niboyet recoge en la misma obra los de la *lex fori*, la *lex deli*, la *lex loci contractus*, y la *lex loci executionis*.

Según el otro significado que se utiliza en doctrina, son métodos sintéticos aquellos en los que un contrato, un acto jurídico particular efectivamente celebrado, debe ser sometido exclusivamente a una sola

### Continuación nota (45)

dad jurídica que proporciona el conocimiento del Derecho aplicable previamente designado por las partes, pero la *optio iuris* no es un índice de localización más, es el criterio primero". En el mismo sentido, ver HEUZE, VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux; étude critique des méthodes*. 1990.

- (46) NIBOYET, J. P. *La théorie de l'autonomie de la volonté*, Recueil des Cours, 1927-I, pág. 84.

(43) "En los hechos, esta interpretación de la doctrina de la autonomía representa el reverso del análisis de Savigny; para encontrar el Derecho de un contrato, en vez de utilizar la intención de las partes para localizar los contratos en el espacio, como lo contemplaba Savigny, la intención de las partes se infiere de la localización objetiva de los elementos materiales de los contratos". (Yntema, *Autonomy in Choice of Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1952, pág. 341 y siguientes.) Esta opinión es fuerza, sin duda alguna, lo que hemos expuesto en el sentido que el método de Batiffol es objetivo.

(44) También reprocha a quienes han aceptado esta teoría en Chile, el no demostrar que ella pueda tener asidero en nuestra legislación. VILLARROEL BARRIENTOS, op. cit., pág. 353.

(45) En este sentido, vid. CARRASCOA GONZALEZ, JAVIER, *El Contrato Internacional* (Fraccionamiento versus Unidad) Editorial Civitas, Madrid, 1992, pág. 88 ("Se ha abandonado definitivamente la teoría de la localización de H. Batiffol e igualmente cualquier otra versión de índole objetivista. Ciertamente, el convenio busca la seguri-

ley nacional (unum legum), mientras que serán analíticos aquellos que permiten la aplicación simultánea de varias leyes. En este otro sentido, sistema sintético se identifica con una ley única para cierto contrato. Aquí es necesario advertir que, como lo reconoce Niboyet, "cuando se habla de la ley única de un contrato, se entiende que se eliminan los problemas de la capacidad de las partes y de la forma de los actos, para referirse exclusivamente al fondo de los contratos. Nadie ha tenido nunca la intención de someter a un estatuto único todos los elementos de un contrato. Cuando nos referimos a un Derecho único para el contrato, se trata de aquella parte del derecho de los contratos desprovista de todo aquello que pertenece al estatuto de las personas, de los bienes, de las sucesiones, de las formas de los actos, etc.". (47)

En lo sucesivo, nosotros emplearemos la expresión métodos sintéticos o analíticos usando el segundo significado, reservando para el primero la denominación "sistema de solución de conflictos común para todo tipo de contratos internacionales".

El método sintético o de la indivisibilidad de la ley aplicable al contrato es rebatido por Savatier, quien reconoce que numerosos autores modernos han tratado de someter el contrato a una sola ley, invocando, como fundamento, el respeto al espíritu de la ley y al espíritu del contrato. "Se desnaturaliza, dicen ellos, una legislación, cuando no se la aplica más que a pequeños trocitos del contrato. La ley pierde su eficacia si se la mutila, al aplicar a un contrato solamente una parte de ella, combinándola con una legislación extranjera. El conjunto carece de unidad, de cohesión y de lógica. Del mismo modo, se desnaturaliza el contrato mismo si es "despedazado" entre varias leyes". (48) La crítica que este autor expone a tales doctrinas es que

"son en realidad muy ideológicas, pues olvidan que el DIPr tiene por característica y rol el combinar los ámbitos en que rigen las diversas legislaciones. Evidentemente, el resultado de esta combinación es más incierto que la aplicación de una ley única. Sería tan contrario a la realidad jurídica negar la realidad de estos contratos internacionales (regidos por varias leyes) como negar la existencia de los hijos cuyos padres pertenecen a diversas razas". (49)

Antes de continuar, es necesario reiterar que todos los sistemas en Derecho comparado son analíticos en el sentido que disponen la aplicación de una ley a la capacidad, otra a la forma del contrato y otra al fondo de sus disposiciones (debería decirse "al resto de las cuestiones de fondo", pues la capacidad de las partes también lo es).

Los sistemas analíticos, son aquellos que disponen la aplicación a una misma relación contractual de una pluralidad de leyes nacionales: permiten un desmembramiento del contrato, que "puede ser 'vertical' u 'horizontal'". En el primer caso, el contrato es dividido por planos verticales que rompen la unidad entre las obligaciones de cada parte del contrato bilateral (comprador-vendedor; arrendatario-arrendador...); en el segundo caso, es dividido por planos horizontales que separan una a una las capas de elementos que lo integran (capacidad, forma, validez del consentimiento, licitud del objeto, efectos...). (50)

Preocupado por indagar cuál es el verdadero asiento de las obligaciones, a fin de conocer el Derecho local a que se encuentran sometidas, Savigny se decide a considerarlas localizadas (salvo el caso de voluntad contraria de ambas partes) en el lugar de sus respectivos cumplimiento, adoptando, de este modo, la *lex loci solutionis* para cada

(47) NIBOYET, op. cit., pág. 77.

(48) SAVATIER, RENE. *Cours de Droit International Privé*, segunda edición, 1953, pág. 309.

(49) Idem, pág. 310.

(50) Esta terminología es la usada por Quintín Alfonsín, autor uruguayo que ha tenido profunda influencia en nuestro país.

obligación. Al proceder de esta manera, indudablemente, Savigny pensaba en la manera romana de celebrar un contrato de compraventa mediante dos estipulaciones separadas. Este tipo de desmembramiento es generalmente rechazado. "La doctrina le opone una objeción de mucho peso, a saber, que las obligaciones de una parte son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la otra; por lo tanto, no pueden ser pesadas en balanzas diferentes". (51)

El desmembramiento horizontal o fraccionamiento legislativo puede ser efectuado de muchas maneras: en función de los elementos del contrato (voluntad y capacidad, objeto, causa y solemnidades); de la validez y efectos del contrato; de las diferentes cláusulas; etc. Puede ser realizado directamente por el legislador, como la forma, la capacidad y el resto de las materias de fondo, que es el común en el Derecho comparado; también puede efectuarse por el juez, quien lo hará cuando aplique, por ejemplo, la excepción de orden público; y, del mismo modo, puede ser realizado por las partes.

### 11.3. Métodos conceptuales y funcionales

Esta clasificación de los métodos atiende a la justicia, utilidad o conveniencia de la norma que resolverá el conflicto relativo a los contratos.

En los métodos conceptuales, la determinación del Derecho aplicable se realiza directamente por una norma de conflicto, sin analizar el fondo de tales normas, ni su justicia, utilidad o conveniencia. En los funcionales, en cambio, es previo un análisis de las normas de apli-

cación probable de manera de encontrar la más apropiada para regir la relación jurídica.

Los métodos funcionales son acogidos preferentemente en países anglosajones, ligados a la tradición empirista de tales sistemas jurídicos, que manifiestan una aversión general hacia la conceptualización y las reglas generales, utilizando un método inductivo que tanto se aviene con un sistema jurídico de naturaleza jurisprudencial. De hecho, el autor que ha sido responsable de la divulgación de esta teoría es Currie, cuya crítica a las normas de conflicto de proceder 'a ciegas' ha sido referida precedentemente. (52)

Aunque no está específicamente referida a los contratos, pareciera que se ha dado ya alguna acogida al método funcional, en la Convención Interamericana sobre Reglas Generales de Derecho Internacional Privado, que en su artículo 9° dispone: "Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones".

### 11.4. Sistemas comunes a todos los contratos y sistemas especiales para algunos de ellos

Volviendo al problema planteado anteriormente, referente a si todos los contratos están sometidos al mismo régimen jurídico, observamos que en el Derecho comparado es común que se establezcan para algunos contratos, en función de la materia sobre la cual versan, normas especiales para determinar el Derecho que les es aplicable. Tal es el

(51) ALFONSIN, QUINTIN. *Régimen Internacional de los contratos*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pág. 35.

(52) Para un tratamiento amplio del método funcional, ver WEINTRAUB, RUSSELL J. *Functional Developments in Choice-of-law for Contracts*. Recueil des Cours, 1984-IV, págs. 249 y sgtes.

caso, por ejemplo, de los contratos de trabajo, o los que versan sobre inmuebles. También, durante mucho tiempo, fue tradicional que los contratos internacionales en los que era parte el Estado, estuvieran sometidos a un régimen jurídico especial. (53)

#### 11.5. La preocupación preferente de los juristas por algunos aspectos de la determinación del Derecho aplicable

El problema que nos preocupa fundamentalmente es uno solo: la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, los aspectos de tal determinación son múltiples y los métodos empleados que hemos enunciado anteriormente se entrelazan. Lo intrincado de la materia se debe en no escasa medida a que los diferentes juristas que han analizado esta materia han usado una terminología diferente y no se han preocupado homogéneamente de todos los aspectos de la determinación del Derecho aplicable. Batiffol, por ejemplo, con su teoría, se ha concentrado en forma especial en la persona que determina el Derecho, mientras que los otros aspectos son tratados muy someramente.

De este modo, será posible que en un mismo sistema de DIPr nacional existan métodos, por ejemplo, subjetivos, analíticos, funcionales y también especiales para ciertos contratos internacionales. El ámbito de aplicación material de tales métodos en el Derecho chileno se analizará y desarrollará a lo largo del resto del trabajo siendo, en consecuencia, uno de los aspectos fundamentales de nuestra tesis que sólo estará agotado en la conclusión.

(53) Toda nuestra segunda parte estará dedicada precisamente a descubrir normas y métodos especiales de resolución de conflictos en función de las materias sobre las que pueden versar distintos tipos de contratos.

### CAPITULO III

#### LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

##### §12. CONCEPTO E IMPORTANCIA

La autonomía de la voluntad en el DIPr es aquel principio en virtud del cual las partes pueden determinar válidamente el Derecho que regirá su relación contractual. Podríamos decir que hasta aquí llega el acuerdo. Las dificultades que plantea este principio, en efecto, son múltiples, y se refieren a sus requisitos, efectos, alcance y limitaciones. Sin embargo, en lo que al concepto se refiere, existe acuerdo generalizado.

Es conveniente recordar que ya hemos descartado que la teoría de Batiffol referente a la localización del contrato se identifique con la autonomía de la voluntad, como ha creído alguna doctrina nacional. Esa es una teoría que se inserta plenamente en los sistemas objetivos de determinación del Derecho aplicable. La autonomía de la voluntad, en tanto, se identifica completamente con los sistemas subjetivos.

Este es uno de los temas más difíciles y complicados de todo el DIPr, siendo frecuentes las advertencias de los autores en este sentido al comenzar el tratamiento de este tema en sus trabajos. (54)

(54) "Todos los problemas que originan los contratos y las obligaciones en el DIPr dependen de la aceptación o no aceptación del principio de la autonomía de la voluntad.



### §13. BREVE SINTESIS HISTORICA

#### 13.1. Derecho Romano

Dos disposiciones del Digesto de Justiniano se han invocado a menudo en doctrina referidas al conflicto de leyes en materia de contratos. Ellas son la regla "Si fundus" (D. 21.2.6) y la regla "Contraxisse" (D. 44.21.7). La primera establecía que el vendedor de un terreno debía dar seguridades acerca de la legitimidad de su título, de acuerdo con las costumbres del lugar en el que se celebró el contrato; la segunda, que se suponía que las partes habían contratado en el lugar en el cual habían prometido ejecutar el contrato.

#### 13.2. Bartolo de Sassoferrato, el postglosador (1314-1357)

Aseguraba que la ley del lugar de celebración del contrato regía todas las cuestiones referidas a la forma y al fondo del contrato. Citaba la regla "Si fundus" y argüía que esta regla también debía aplicarse cuando el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento no son idénticos. Los efectos del contrato, sin embargo, debían regirse por el Derecho del lugar de ejecución si tal lugar había sido elegido por las partes, expresa o implícitamente. De lo contrario, la ley del lugar debía regir los efectos del contrato. Es necesario agregar que en esa

#### Continuación nota (54)

que se traduce, en esta rama del Derecho, en establecer, si los particulares pueden sujetar una convención cualquiera al imperio de una ley también cualquiera". FERNANDO ALBONICO VALENZUELA. *El DIPr ante la jurisprudencia chilena*. Memoria de prueba. 1943. pág. 140.

En nuestra opinión, los problemas que presentan los contratos no dependen de la aceptación de la autonomía de la voluntad, sino que son solucionados por este principio. La última parte de la afirmación que hemos destacado con cursiva puede inducir a equívocos al plantear que es parte del principio general el hecho que no se exija un vínculo pertinente con el Derecho seleccionado. Véase § 22 y § 23.

época, los contratos no daban lugar a muchos conflictos de leyes, pues las leyes que los regían eran de ius comune.

#### 13.3. Charles Dumoulin (1500-1566)

Este autor francés ha sido llamado por la doctrina "el padre de la autonomía de la voluntad", pues creyó ver la solución de los conflictos de leyes en este principio, en todas aquellas ramas del Derecho en las que la intención de las partes es un factor relevante.

#### 13.4. La Escuela Holandesa

Los autores que a ella pertenecen, como Huber y Vöet, predicaban una concepción territorialista, en virtud de la cual, los actos celebrados y las cosas y personas situadas en un país se rigen por las leyes de ese país. Si ocasionalmente se aplica el Derecho extranjero, sólo se hace por una cuestión de cortesía.

#### 13.5. El siglo XIX. Las primeras codificaciones

La *lex loci contractus* retuvo su importancia incluso después de Dumoulin. Se cree que esto se debió principalmente a la forma en la que se celebraban los contratos en ese entonces. La compraventa de mercancías, por ejemplo, era generalmente pactada inter presentes y se cumplía en el tiempo y lugar en el cual fue acordada. En las primeras codificaciones, la regla de la *lex loci contractus celebrati* fue acogida ampliamente. Debido a un cambio en las costumbres y técnicas del comercio internacional, a comienzos del siglo XIX, esta regla perdió su importancia en muchas partes del continente europeo y en Inglaterra. Hasta el comienzo del siglo XIX, los mercaderes habían sido dueños de los barcos que transportaban sus mercancías y ellos mismos o sus agentes habían comprado y vendido los cargamentos en los puertos. Cuando alrededor de 1840 se produjo un gran incremento en el comercio

internacional, el transporte marítimo se convirtió en un negocio independiente y surgieron compañías navieras, que junto con el desarrollo de medios de comunicación como el correo y el telégrafo, fomentaron aún más el desarrollo del comercio internacional. Ahora los contratos ya no se celebran en el mismo lugar en que se ejecutan.

La intención de las partes ocupó el puesto que la ley del lugar de celebración tenía previamente. Desde 1865 en adelante, la autonomía de la voluntad se estableció como principio fundamental en las cortes de Inglaterra, Alemania y Francia. (55)

#### §14. DOCTRINA EXTRANJERA. RESEÑA GENERAL

En el siglo XIX, el jurista alemán Hauss hace de la autonomía de la voluntad la base de sus explicaciones, pero agregando que cuando las partes no hayan determinado nada, o cuando lo acordado por ellas exceda de su autonomía, el juez debe aplicar la ley de su Estado. Wächter reducía también la libertad de disposición a las leyes dispositivas o supletivas, y Savigny se inclina por la regulación de las obligaciones por la ley del lugar de su cumplimiento, aun admitiendo la posibilidad de pacto en contrario. La tesis de la autonomía comienza a desorbitarse con la escuela de la personalidad del Derecho. La tesis de Mancini sostenía que la ley nacional del individuo posee una competencia universal, aunque estima que tiene tres excepciones: el orden público internacional, la forma de los actos y la autonomía de la voluntad, a la que también se refirieron como Derecho Voluntario (56), sujeto a la autonomía de las partes, afirmación que se completa en Weiss y Surville con el establecimiento de una serie de

presunciones para determinar la voluntad no declarada expresamente. La autonomía de la voluntad ha seguido en estos últimos decenios su marcha ascendente. (57)

#### §15. OBJECIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El principio en estudio, sin embargo, ha sido rotundamente rechazado por distinguidos juristas, entre los cuales destacaremos a Niboyet y Batiffol, en Francia, y Alfonsín, en Uruguay.

En su obra *La théorie de l'autonomie de la volonté*, publicada en 1927 en el *Recueil des Cours*, Niboyet divide el tema en dos partes: en la primera recoge la situación que imperaba en ese entonces en Francia, basada principalmente en la jurisprudencia, señalando luego algunas leyes extranjeras; y en la segunda, formula sus objeciones personales a la teoría de la autonomía de la voluntad, en los términos en los que era admitida por la jurisprudencia, agregando además consideraciones de otros autores.

Este autor sostiene que no existe autonomía de la voluntad, sino simplemente una libertad de convenciones, y que las partes no pueden escoger la ley aplicable a su contrato en DIPr. (58) del mismo modo

(57) "Tal vez una de las reglas más extendidas de Derecho internacional privado de nuestro tiempo es que las partes de un contrato son libres para estipular cuál es el Derecho que regirá su convención". WEINTRAUB, op cit., pág. 271.

(58) "Si, en un contrato, no hay ningún elemento internacional, la voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizarlo, de manera de evadir las normas imperativas del Derecho interno que perderían, entonces, toda su fuerza obligatoria. Así, un contrato es internacional cuando supone a lo menos dos leyes posiblemente aplicables, por ejemplo, un contrato celebrado en París entre un francés y un inglés. En este caso

(55) Hemos confeccionado este breve resumen basándonos en el curso de LANDO recopilado en el *Recueil des Cours* citado precedentemente. También pueden verse antecedentes históricos similares, en NIBOYET, op. cit.

(56) Esta expresión también se encuentra recogida por Sánchez de Bustamante, y expresamente incorporada al Código que lleva su nombre, artículo 3°. Ver la nota 114.

como no pueden determinar la ley aplicable a un contrato nacional. Dos ideas contenidas en la jurisprudencia de su tiempo le parecen especialmente reprobables: que cuando las partes eligen válidamente la ley aplicable a su contrato, pueden realizar actos que la ley interna prohíbe expresamente (como fueron durante mucho tiempo prohibidas en Francia las cláusulas-oro y las cláusulas compromisorias); y además, que pueden descartar las disposiciones imperativas de la ley de fondo escogida.

"Se cree generalmente que cuando las partes, usando el poder que se les reconoce, se refieren expresamente a cierta ley, ellas hacen una elección entre varias leyes (nacionales) y determinan finalmente la competencia de una de ellas (para regir su contrato). Así sería cuando el contrato contiene la siguiente cláusula: 'El presente acuerdo está sometido al Derecho en vigor en el lugar de la expedición (supongamos Inglaterra)'. Nosotros creemos que se ha tomado a menudo la apariencia por la realidad; los contratantes parecen adoptar la ley inglesa y determinar su competencia en virtud de un poder propio, como lo haría una autoridad soberana. En realidad, no es así. Los contratantes no adoptan, según nosotros, ninguna ley extranjera, y el mecanismo es el mismo en el Derecho interno que en el DIPr... La voluntad de las partes no ha sido elevada al rango de poder soberano autónomo, paralelo al del legislador; las partes tienen simplemente una libertad de convenciones dentro de los límites fijados por la ley competente. Y cuando ellas lo usan, simplemente se comportan dentro de los límites de tal libertad. En resumen, ellas no tienen nunca

#### Continuación nota (58)

podríamos preguntarnos si la ley inglesa jugará algún papel. Pero cuando un contrato se celebra en París entre dos franceses y debe ejecutarse en Francia, se trata de una cuestión que pertenece solamente al Derecho civil. Una cláusula de sumisión a un Derecho extranjero no tendría ningún valor, igual que aquellas que son directamente contrarias a alguna prohibición legal". NIBOYET, op. cit., pág. 18.

ninguna autonomía, considerada como el poder de escoger una ley competente o de resolver ellas mismas un conflicto de leyes (relativo a contratos)". (59)

En la misma línea de pensamiento se encuentra Batiffol, cuando expresa que las partes mediante una cláusula como la del ejemplo de Niboyet, solamente localizan su contrato, pero no determinan el Derecho aplicable a la relación jurídica. A las dificultades que ya hemos señalado de su doctrina, se une el que es una elaboración completamente doctrinal que propone un sistema del todo jurisprudencial de determinación del Derecho aplicable al contrato. Después de haber analizado los diversos índices localizadores, señala su preeminencia en fórmulas imprecisas que finalmente no dan una pauta uniforme al juez para seleccionar el Derecho competente. (60)

Con más precisión, Batiffol expresa que "reconocer a las partes el poder de escoger la ley aplicable a su contrato de la misma manera que una cláusula cualquiera, conduce a los siguientes resultados:

1. Las partes pueden escoger una ley que no tiene ningún vínculo con su operación. Éste es el problema que a través de los años ha llegado a ser el principal.
2. Las partes son libres de no escoger una ley sino bajo condición, la más notable de las cuales puede ser la exclusión de toda disposición nueva que pudiera ser promulgada después que el contrato esté en curso.
3. Una facultad ilimitada de elección de la ley aplicable al contrato permite a las partes no someter su contrato sino a ciertas disposi-

(59) Idem, págs. 58 y 60.

(60) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit., tomo II, pág. 310.

ciones de la ley designada, excluyendo algunas u otras, aunque sean imperativas.

4. Las partes, en fin, son libres de no someter su contrato a ninguna ley". (61)

Entre las consecuencias que Niboyet atribuye a la autonomía, que confronta con las de su teoría de la mera libertad de convenciones, se encuentran las siguientes:

- a) Si las partes usan simplemente de una libertad de convenciones, la interpretación de su voluntad no es más que una cuestión de hecho, y la Corte de Casación no puede ejercer control alguno. Si, por el contrario, ellas elaboran una regla de solución del conflicto, la Corte de Casación podrá ejercer su control.
- b) Reenvío. Si las partes elaboran una regla de Derecho internacional, resulta que ellas declaran competente la ley a la cual se refieren. Pero si ésta realiza un reenvío a la ley francesa o a otra cualquiera, este reenvío debería ser aceptado. (62)

A las críticas de los autores franceses, se unen en nuestro continente las de Quintín Alfonsín. Preocupado por los fundamentos del sistema de la autonomía de la voluntad, descarta que se base en un derecho individual inherente a la naturaleza humana, y que se funde en el derecho de libre contratación acordado por cada legislación nacional o en la conveniencia del *commercium internacional*. (63)

(61) BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*. En: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, tomo I, págs. 39 y siguientes.

(62) NIBOYET, op. cit., pág. 60.

(63) ALFONSIN, op. cit., págs. 15 a 28. Entre nosotros, los mismos argumentos han sido reproducidos por Raúl Rosemberg Elberg.

A lo largo del trabajo, quedará de manifiesto nuestra posición frente a las diversas objeciones planteadas por estos autores en lo que resta del capítulo; por ahora debemos situarnos en el ámbito en el cual se desarrollaron sus teorías. Los autores franceses se encontraron en un sistema en el cual no había leyes que expresamente resolvieran el asunto, y con una jurisprudencia que había dado cabida al principio en términos muy amplios. Una objeción que puede hacerse a sus planteamientos, es que no hay que confundir los inconvenientes que pudiera plantear el principio en general, con aquellos que pudieran derivarse de la forma en la cual él es recogido en un sistema nacional. El autor uruguayo, en cambio, se encuentra inserto en un sistema nacional de DIPr que expresamente rechaza la autonomía de la voluntad de las partes, lo que queda de manifiesto en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. (64) Estos tratados no han sido ratificados por nuestro país. Por lo tanto, las ideas de Alfonsín, fundadas en ellos como en la legislación interna uruguaya, son contradictorias con las recogidas actualmente en términos inequívocos en la legislación chilena.

## §16. DOCTRINA NACIONAL. ACEPTACION UNANIME

En Chile, el principio de la autonomía de la voluntad ha sido ampliamente aceptado por quienes han estudiado el punto, desde los orígenes mismos del estudio del DIPr en Chile.

Los autores más antiguos aceptaron el principio en forma sucinta y sin un análisis muy profundo. (65)

(64) Para examinar los Tratados de Montevideo, ver Anexos.

(65) Véase: VERA, ROBUSTIANO, *Principios elementales de Derecho Internacional Privado*, Editorial La Prensa, 1902, pág. 216: "...la voluntad individual es libre para pactar lo que le agrade, siempre que la ley lo permita, llegando este derecho hasta consentir a las partes establecer la legislación a que se quieran someter los contratantes. En una palabra, la voluntad individual es el todo en esta materia, mientras los pac-

Posteriormente, el principio ha sido estudiado generalmente a nivel de memorias de prueba. Los diversos autores han acogido el principio de la autonomía de la voluntad, sosteniendo a la vez que es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de Batiffol de la localización del contrato, lo que, como ya hemos señalado, es totalmente incompatible. (66)

También han identificado la autonomía de la voluntad con la teoría de Batiffol, distinguidos profesores. (67) (68)

#### Continuación nota (65)

tos no infrinjan las leyes de orden público vigentes en el lugar donde haya de cumplirse lo pactado".

Ver también SALINERO, AGUSTIN, *La Teoría de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Internacional Privado*. Memoria de Prueba, 1938, pág. 46.

Del mismo modo, ALBONICO, FERNANDO, op. cit., pág. 142: "Creemos que en nuestro Derecho, la autonomía de la voluntad está plenamente reconocida por el artículo 16 inciso segundo del Código Civil y por el artículo 113 del Código de Comercio".

- (66) Entre estos autores se encuentran GÖTTFRIT LUQUER, ROBERTO y GLORIA, *El principio de la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho aplicable*, Memoria de Prueba, 1965. Últimamente, es de la misma idea SANCHEZ BOETTCHER, Carolina, *Algunas consideraciones sobre la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales*. Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica, 1991.
- (67) HAMILTON, EDUARDO, (Coordinador) *Solución a los conflictos de leyes y de jurisdicción en el Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1966, Capítulo VI *Obligaciones, Contratos y Hechos Jurídicos*, por RAUL DOMINGUEZ HAMILTON.

Este autor sostiene que "El principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, abarca dos aspectos fundamentales:

- a) Es la voluntad común de ambas partes lo que da origen al contrato (consentimiento).
- b) Es ella la que establece el contenido del contrato, es decir, el objeto, otros elementos esenciales en cada contrato, las modalidades y los efectos en que las partes consienten.

Ahora bien, el sistema de la autonomía de la voluntad de las partes debe ser respetado incluso cuando lo estipulado por ellas consiste en que el contrato sea regulado por tal o cual ley". (Página 280). "La explicación de esta fórmula precisa desarrollar dos proposiciones que ella implica:

(Continúa nota (67) y (68) en página 53)

Sin embargo, últimamente esta identificación ha sido contradicha, reservando la teoría de Batiffol sólo para el caso de averiguar la voluntad presunta de las partes. (69)

La posición de Niboyet, en cuanto a negar la autonomía de la voluntad diciendo que sólo existe una libertad de convenciones, también ha sido seguida entre nosotros, reproduciendo acto seguido la teoría de Batiffol y compartiendo el análisis que hace Alfonsín, que desecha todos los que podrían servir de fundamentos del principio. (70)

## §17. LEYES CHILENAS QUE ACEPTAN EL PRINCIPIO

### A. CODIGO CIVIL

Al no ser la autonomía de la voluntad más que una consecuencia o especificación de la autonomía de la voluntad de la que gozan los

#### Continuación nota (67)

1. La localización del contrato depende de la voluntad de las partes.
2. El objeto de la voluntad de las partes es la localización del contrato, y no la elección de la ley.
  - a) Los contratos no se localizan naturalmente.
  - b) Este análisis que se ha hecho del principio en estudio supone que las partes solamente localizan el contrato y el juez debe deducir la ley aplicable. Se puede hablar en este sentido de "ley de autonomía". Se evitan así las legítimas objeciones que se hacen a la "elección de la ley por las partes". (Página 281).

A continuación añade el párrafo de Batiffol, que nosotros hemos citado precedentemente en la página 35 "Las cláusulas de elección de la ley aplicable...". Nótese como este autor se contradice, sosteniendo primero, aparentemente, la teoría de la autonomía de la voluntad, para luego inclinarse por seguir a Batiffol.

- (68) GUZMAN, DIEGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, págs. 518 y 520. También se encuentra aquí el párrafo de Batiffol antes citado.
- (69) VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS Y GABRIEL, *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales*. En: Revista Chilena de Derecho, 1990, volumen 17, págs. 351 y siguientes.
- (70) ROSEMBERG ELBERG, RAUL, *La teoría de la autonomía de la voluntad y algunas consideraciones sobre el régimen de los contratos en el Derecho Internacional Privado chileno*. Memoria de Prueba, 1963.

contratantes en el Derecho interno, pensamos que ella ha sido indudablemente consagrada en el Código Civil.

Los artículos 16, 1545, 1560 y 2411 nos parecen irredargüiblemente unidos por el principio en estudio.

Es verdad que el inciso segundo del artículo 16, (71) está redactado de una manera especialmente referida a los bienes, y no hay en el Código Civil una norma expresa de alcance general que diga en forma clara que "se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente", como lo hace el Código Civil Español en su artículo 10 N° 5 inciso primero. Sin embargo, la doctrina ha aceptado que la autonomía se encuentra consagrada en este artículo.

#### B. CODIGO DE COMERCIO

En su artículo 113, que hemos reproducido anteriormente, (72) dispone, en términos resumidos, que "los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile... deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa".

Este es el primer reconocimiento legislativo inequívoco de la autonomía de la voluntad en el Derecho chileno. Aún así, la expresión es muy sucinta y está muy lejos de solucionar todos los problemas que pueden darse en la práctica.

#### C. CODIGO DE BUSTAMANTE

"Nosotros entendemos, que sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus detalles, en cuanto a la esencia

misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos, debe prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad, o autarquía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra... el legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a sí mismas. Cuando lo hacen de un modo expreso, la situación es muy clara, y si resulta de su voluntad tácita, hay que interpretarla". (73) Las razones que expone Sánchez de Bustamante, son las mismas que inspiraron el Código del que es autor, en sus artículos 166 y siguientes. Además, ello ha sido reconocido por el D.L. N° 2.349 y por la generalidad de la doctrina.

#### D. D.L. N° 2.349 Y LA CONSTITUCION POLITICA

Con el reconocimiento, en sus considerandos, que dentro del sistema jurídico chileno las estipulaciones en virtud de las cuales se sujetan los contratos internacionales a determinada legislación extranjera, se someten las controversias que de ellos pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales, y se pacta domicilio especial fuera del país y se establecen mecanismos para configurar la relación procesal, son lícitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares y que además así se consagra en el Código de Bustamante, comienza este decreto ley.

Para los que todavía pudieran tener alguna duda al respecto, se reafirma lo anterior por la Constitución Política, en su artículo 19 N° 21.

#### E. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

En su artículo 6°, la presente Convención, elaborada por la UNICTRAL, precisa: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente

(71) Ver cita completa en el §7.1.

(72) Ver párrafo 7.2.

(73) SANCHEZ DE BUSTAMANTE y SIRVEN. *Derecho Internacional Privado*. La Habana, 2ª edición, 1934.

Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

Resulta claro que las partes, en este caso tienen la posibilidad de establecer que esta convención no rija sus relaciones, pero al modificar sus efectos se pronunciarán precisamente sobre la ley que las regirá, o dictarán disposiciones de fondo al respecto.

## F. OTRAS

Si bien no trata directamente sobre la autonomía de la voluntad, ni sobre los contratos internacionales, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado soluciona importantes problemas que son de nuestro interés.

De otra parte, resulta curioso que la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado no se refiera al domicilio convencional, tan íntimamente relacionado con los contratos internacionales, y en ninguna de sus disposiciones se aprecia la más mínima intervención de la voluntad de las partes para determinar su domicilio.

También existen normas excepcionales que prohíben expresamente la autonomía de la voluntad, y que nosotros trataremos en la segunda parte.

## §18. FUNDAMENTOS, VENTAJAS DEL PRINCIPIO Y SISTEMAS EXISTENTES

En nuestro Derecho resulta inequívoco cuál es el fundamento de la autonomía de la voluntad: la disposición de la ley. La consagración legislativa del principio, sin embargo, no está formulada como una

norma de conflicto general, como en el Código español, las leyes polacas o la Convención de Roma, sino que ha sido prevista para casos especiales, como se demostró con las citas legales efectuadas. Pero son tantas las disposiciones especiales, formuladas en áreas tan claves del tráfico internacional, que con toda seguridad podemos afirmar que la autonomía de la voluntad tiene carácter general en nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, concordamos con la posición que sostiene que la voluntad de las partes no ha sido elevada al rango de poder soberano autónomo, paralelo al del legislador (74) (75). Las partes pueden escoger el Derecho aplicable a un contrato internacional, en el ordenamiento jurídico chileno, simplemente porque la ley así lo establece.

Para las partes resultará altamente conveniente el saber que basta con su estipulación para saber cuál es el o los derechos que regirán el contrato. Por otra parte, para el sistema jurídico también es conveniente el no dejar a sus súbditos en la más grave incertidumbre acerca de cuál será el Derecho que finalmente regirá la convención, como sucedería con la teoría de la localización del contrato. ¿Como sabrían de antemano las partes el resultado a que pueda llegar el juez al localizar el contrato?

(74) Ver la cita que hemos hecho de NIBOYET en la nota 58.

(75) En la terminología de QUINTIN ALFONSIN, quien sostiene que "el término autonomía aplicado a la voluntad tiene dos significados:

1. Puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente original de Derecho, esto es, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, por tal modo que el sujeto crea normas jurídicas ab initio.
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". Ver op. cit., pág. 35. De lo expuesto por nosotros, resulta que el sistema chileno acoge esta segunda acepción de autonomía reglamentada.

Los sistemas objetivos, por otra parte, resultan las más de las veces asfixiantes para las partes, que no podrán determinar libremente el Derecho aplicable, pues ellos carecen de la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diferentes situaciones, característica de los sistemas subjetivos.

## §19. CONEXION CON EL DERECHO ESCOGIDO

La reglamentación de la autonomía de la voluntad en los diversos sistemas jurídicos reconoce dos principales variantes: aquella que exige que el contrato celebrado por las partes tenga algún vínculo suficiente (76) con el Derecho escogido, y la que no formula tal exigencia, permitiendo una libertad más amplia en la elección del Derecho aplicable.

Entre los detractores de la autonomía, se argumenta que es contradictoria la exigencia de un vínculo con la existencia misma de la autonomía de la voluntad. (77)

Entre nosotros, parte de la doctrina ha exigido un vínculo entre el contrato y el Derecho escogido. (78) De nuevo se fundamenta esta exigencia en la teoría de la localización del contrato de Batiffol. Aun en autores antiguos, no obstante, es posible encontrar la opinión contraria. (79)

(76) Tal es el caso, por ejemplo, de la ley polaca de 1965 y del Código Civil español, que en su artículo 10 N° 5 dispone: "Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate".

(77) Esta es la opinión de Quintán Alfonsín. En el mismo sentido, RABEL, ERNST. *The conflicts of laws. A comparative study*, pág. 408. Citado por Morales Errázuriz, pág. 94.

(78) GUZMAN LATORRE, DIEGO, op cit., pág. 521.

(79) SALINERO, AGUSTIN, op cit., pág. 44: "La autonomía es absoluta en cuanto a la ley aplicable. Teóricamente, los contratantes pueden elegir a su entero capricho la legislación que desean ver aplicada a la relación de derecho. Por ejemplo, un contrato

En nuestra opinión, la necesidad de tal vínculo, de existir, debería ser expresamente contemplada por la ley, así como en el Código Civil Español citado, o en las leyes polacas del 2 de agosto de 1926 (80), o del 12 de noviembre de 1965. (81)

En la práctica, con la sola exigencia del vínculo se eliminan todas las ventajas que se atribuyen al sistema subjetivo, pues si exigiera en nuestro ordenamiento jurídico por una imposición meramente doctrinal y jurisprudencial, resultaría que las partes ya no conseguirían saber si el Derecho escogido será considerado con una conexión "suficiente" con el contrato. Se caería entonces de lleno en la teoría de la localización del contrato. Además, la exigencia de tal vínculo no satisface objetivo alguno que no pueda lograrse a través de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, como son el orden público, el fraude a la ley.

## §20. REQUISITOS

Para que pueda escogerse el Derecho aplicable a un contrato, de conformidad con lo sostenido, es necesario:

### Continuación nota (79)

celebrado en Chile, entre un chileno y un nicaraguense, el cual producirá sus efectos en Chile, se declara que dicho acto se rige por la ley española". Aunque concordamos con el postulado, pensamos que el ejemplo dado por este autor es desafortunado. De acuerdo por lo expuesto por nosotros, ese contrato no es internacional y, en consecuencia, no puede escogerse la ley extranjera para regirlo, pues en todos sus aspectos se encuentra sometido a la ley chilena.

(80) "Las partes pueden someter las obligaciones sea a la ley nacional, sea a la ley del domicilio, sea a la ley del lugar donde el contrato se celebra o realiza, sea a la ley del lugar donde la obligación debe ser cumplida, sea a la ley del lugar donde está situada la cosa".

(81) Esta ley del mismo país es más flexible que la anterior, pues dispone que "las partes pueden elegir cualquier Derecho con tal que tenga una conexión con el contrato".



## A. UN CONTRATO DE CARACTER PATRIMONIAL

Desde el comienzo de nuestro estudio advertimos que él no se referiría a los contratos extrapatrimoniales o de Derecho de familia. Se aprecia claramente las dificultades que existen para que las partes escojan el régimen aplicable al matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, o cualquiera otro de los contratos del Derecho de familia.

## B. INTERNACIONAL

Reiteramos aquí que en nuestro Derecho sólo en los contratos celebrados en un país para ser ejecutados total o parcialmente en otro procede la elección del Derecho aplicable.

## C. QUE DICHO CONTRATO INTERNACIONAL NO VERSE SOBRE CIERTAS MATERIAS

El contrato no puede versar sobre materias de Derecho de familia. Tampoco puede ser relativo a una sucesión, que se rige en todo por sus propias normas.

## D. QUE NO EXISTAN NORMAS DE APLICACION NECESARIA QUE RESPETAR

Las normas de aplicación necesaria, o de aplicación inmediata en la terminología de Franceskakís, no toman en cuenta ningún elemento internacional que pudiera contener la relación y disponen perentoriamente que ha de aplicarse el Derecho interno del Estado. En tales condiciones no es posible elegir el Derecho aplicable.

## 20.1. OTROS REQUISITOS QUE HAN SIDO PLANTEADOS POR LA DOCTRINA

No es necesario que el Estado, sus empresas u organismos sean parte en el contrato, como ha sido planteado por parte de la doctrina. (82) El D.L. N° 2.349, que permite al Estado, sus empresas u organismos escoger el Derecho aplicable a sus contratos internacionales, sólo tuvo por objetivo equiparar al Estado con los particulares, y no dictar normas especiales para él. De ninguna manera eso significa que sólo el Estado pueda celebrar contratos de *electio iuris* y *electio forum*.

Tampoco es menester que se trate de un contrato de puro interés privado. Es imposible hacer la distinción. En todo contrato se encuentran involucrados intereses públicos cuando, por ejemplo, se trata de su nulidad por objeto ilícito, por incapacidad de las partes o por causa ilícita. Si se exigiera tal requisito, no habría forma práctica de determinar cuáles contratos quedarían excluidos de la autonomía de la voluntad, por la imprecisión que él conlleva. Nosotros creemos que la autonomía es el régimen general de los contratos internacionales y que toda exclusión de este régimen debe estar expresamente contemplada en la ley.

Que se respete el orden público (83) no es un requisito para que proceda la elección del Derecho aplicable por las partes: es una excepción a la aplicación en Chile del Derecho que ya había sido válidamente escogido. Dicho en otras palabras, el orden público no actúa *ex ante*, lo cual sería incompatible con la autonomía, sino que actúa *ex post*, como un límite, no a la elección del Derecho aplicable a la rela-

(82) MORALES ERRAZURIZ, GUILLERMO. op. cit., pág. 77.

(83) Tanto el requisito de tratarse de un contrato de puro interés privado como el de respetar el orden público, figuran entre los que recoge Niboyet de la jurisprudence francesa. En Chile, también se ha considerado que ambos requisitos eran procedentes. Ver ALBONICO, op. cit., pág. 142.

ción jurídica, pues las partes pueden escoger cualquiera, sino que a la aplicación en Chile de tal Derecho, que puede producir efectos incompatibles con el Derecho chileno.

## §21. CONTRATO DE ELECTIO IURIS, DE ELECTIO FORUM Y CONTRATO DE FONDO

La cláusula por medio de la cual las partes determinan el Derecho aplicable ha recibido diversos nombres en doctrina: como sumisión, en la doctrina francesa, pacto de lege utenda, *connecting agreement* o convenio relacionante, y contrato de electio iuris. Lo cierto es que cualquiera que sea la denominación, se trata de un contrato diferente del principal. En Chile, ello ha sido especialmente puesto de relieve en el D.L. N° 2.349 que, aunque sólo se refiere en forma expresa al Estado, es un texto legal se dedica exclusivamente a determinar la validez de dicho pacto.

Intimamente ligado a este pacto de electio iuris se encuentra el de electio forum, o cláusula atributiva de jurisdicción. Por medio de ella, las partes seleccionan los tribunales que conocerán del conflicto. También tiene gran importancia, ya que si bien ambos pactos están ligados, la sola determinación de Derecho de un país no significa que se somete el conflicto a sus tribunales, o viceversa. (84)

La importancia de distinguir entre estos tres pactos radica, en parte, en que la nulidad de uno no significa necesariamente que los otros sean nulos. Por ejemplo, si en un contrato de compraventa con todos los elementos nacionales se incluyera una cláusula de sumisión al Derecho extranjero, tal cláusula sería nula, pero no el contrato de compraventa.

Si en ese mismo contrato nacional se introdujera una cláusula de sumisión a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, co-

(84) Trataremos el vínculo existente entre ambos pactos en la tercera parte.

mo lo dispone el artículo 1462 del Código Civil, también habría nulidad de dicha cláusula, pero no necesariamente del contrato de compraventa.

## §22. ¿QUE LEY RIGE LA VALIDEZ DEL PACTO DE ELECTIO JURIS?

Quienes se oponen a la autonomía, encuentran en este punto una objeción a ella que estiman fundamental.

¿Cómo determinar la validez del pacto de electio iuris, y de acuerdo a qué ley?

En este punto pareciera producirse un círculo vicioso, una *regressio ad infinitum*, pues sería necesario determinar cuál es la ley que rige la validez del contrato de electio iuris, y posteriormente saber cuál es la ley que dice que la primera era competente para pronunciarse sobre la validez del pacto, y posteriormente una tercera, para saber cuál es la ley que determina la validez de la segunda para pronunciarse sobre la primera, y así *ad infinitum*.

Nosotros pensamos que en realidad, este es un problema más aparente que real. Admitimos que la situación era grave en aquellos países donde la autonomía de la voluntad era una mera creación jurisprudencial o doctrinal. (85) En nuestro país, sin embargo, en el cual la autonomía de la voluntad cuenta con reconocimientos legislativos expresos, que ya hemos reseñado, las dificultades no se plantean. Siendo el Derecho chileno el que establece que la autonomía de la voluntad resuelva el conflicto de leyes que se ha planteado en

(85) PETER NORTH, en su *General Course on Private International Law* (Reform, but not revolution) publicado en el *Recueil des Cours* de 1990, tomo I, propone al menos tres leyes que serían eventualmente competentes para decidir el punto: el Derecho escogido, el Derecho del foro y el Derecho que sería aplicable en ausencia de elección, página 169.

el contrato, es la misma ley chilena la que debe decidir sobre la validez del pacto.

Se trata de la *lex fori* que siempre debe pronunciarse acerca de la validez del contrato de *electio juris* y *electio forum*. Se hará de la siguiente manera: ¿se trata de un contrato internacional? Para tales efectos lo son aquellos que concuerdan con el concepto que hemos dado. Si la respuesta es afirmativa, entonces el pacto es válido. Si no lo es, el acuerdo es inválido. No nos pronunciaremos aquí acerca de la invalidez que pudiera afectar al pacto en función de otros factores, como la incapacidad de una de las partes. No será nunca inválido en función de las solemnidades, ya que la ley chilena no las exige en forma expresa para este tipo de pactos. Será necesario que volvamos sobre este punto en la tercera parte, cuando tratemos los vínculos entre el Derecho aplicable y la ley del foro.

Nos aproximamos a un punto que sólo podría haber sido insinuado al comienzo de nuestro trabajo: la ley chilena se interesa principalmente en los contratos internacionales que producen efecto en Chile o en los cuales exista una cláusula de sumisión a los tribunales chilenos. Es claro que si sólo fueron celebrados en Chile, sin que produzcan efectos en el país y que han sido sometidos al conocimiento de los tribunales extranjeros, nada puede disponer la ley chilena. Esto está especialmente demostrado en la capacidad, cuyas reglas del artículo 15 se aplican sólo cuando el acto va a producir efectos en Chile.

## §23. CLASIFICACION. AUTONOMIA CONFLICTUAL Y MATERIAL

Entre quienes han estudiado el principio en profundidad, se acostumbra a clasificar la autonomía en *conflictual*, (86) que es aquella que

(86) En este sentido, GOLDSCHMIDT, WERNER. *Derecho Internacional Privado*. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1985, págs. 192 y siguientes. Dentro de la autonomía conflictual distingue entre la propia y la impropia: "No nos encontramos con la auto-

solamente determina cuál será el Derecho aplicable, y *material* (87), que además dicta directamente las normas a aplicar, pudiendo incluso excluir las normas imperativas del foro seleccionado.

Para estos efectos es necesario tener presente la existencia en el Derecho seleccionado de normas de conflicto y normas imperativas.

Esta clasificación, como se aprecia, atiende a la amplitud de los efectos de la elección realizada por las partes. En el caso que el sistema

### Continuación nota (86)

norma propia, sino con la impropia si las partes logran la aplicación de un determinado Derecho al contrato, o porque realizan el punto de conexión del DIPr pertinente de tal forma que el Derecho por el determinado es el Derecho que las partes desean que se aplique, o porque prorrogan la jurisdicción internacional en favor de los jueces de un país cuyo DIPr invoca el Derecho que les conviene que se aplique. En la primera hipótesis, las partes celebran, por ejemplo, el contrato en un país cuyo Derecho quieren que se aplique habida cuenta de que el DIPr de los jueces con jurisdicción internacional declara aplicable al contrato el Derecho del lugar de su celebración. En la segunda hipótesis, las partes mediante una cláusula compromisoria o mediante un compromiso celebrado con posterioridad a la celebración del contrato, prorrogan la jurisdicción en favor de los jueces de aquel país cuyo DIPr declara aplicable el Derecho que a las partes conviene. En ambos supuestos, la aplicación del Derecho deseado, si es que se efectúa y no se produce un cambio en el DIPr con el que las partes contaban, no es sino un subproducto de los negocios jurídicos, los cuales no podrían ser impugnados por error o por dolo porque se celebraban a causa de ideas erróneas sobre el Derecho aplicable. La feticia de la autonomía impropia supone la de la autonomía propia, ya que, de no admitirse la autonomía propia, la impropia constituiría un fraude a la ley esquivada".

(87) El mismo autor distingue dentro de la autonomía material los siguientes tipos:

- Universal*, que consiste en que las partes, sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado contraigan las estipulaciones materiales necesarias, indicando si así lo desean un Derecho determinado subsidiario para el caso de que en sus propias estipulaciones hubiere lagunas. La finalidad del uso de la autonomía universal es evitar las complicaciones de los DIPr con su subsiguiente inseguridad jurídica. Una cláusula expresiva de la autonomía universal declara, verbigracia, lo que sigue: "Las partes se someten exclusivamente a las estipulaciones contenidas en el mismo contrato, sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado". Las grandes instituciones crediticias, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) o el Banco Interamericano de Desarrollo

jurídico consagre el principio de la autonomía de la voluntad como autonomía conflictual, ella se trata de un sistema de solución de conflictos por medio de los acuerdos de los particulares, no solamente de un mero contacto localizador. Esta concepción, sin embargo, no desconoce que existen límites tanto a la autonomía de las partes para seleccionar el Derecho, como a los efectos que puede tener la elección ya efectuada por ellas, como son el orden público y el fraude a la ley.

La autonomía material es la concepción más liberal que pudiera existir, pues las partes tendrán la posibilidad de sustraerse incluso a todo ordenamiento jurídico, o escoger dentro del seleccionado las normas de orden público que descartarán. En la práctica, en este caso la facultad de las partes no reconocería límite alguno.

En Chile, a nuestro juicio, es procedente la autonomía conflictual en toda su extensión. En cuanto a la autonomía material, sólo está reconocida en Chile la de segundo grado.

#### Continuación nota (87)

(BID) recurren a la autonomía universal. Este problema de la autonomía universal se identifica en doctrina con lo que se ha llamado el "contrato sin ley".

(Nosotros daremos nuestra opinión cuando tratemos dicho punto).

- b) *De Segundo Grado*, que consiste en que las partes formulan estipulaciones materiales sin declarar su independencia de cualquier Derecho positivo y sin someterse a algún Derecho determinado. En este supuesto se considera que las partes se hallan sometidas a la totalidad de los Derechos elegibles. Pero ello no significa que las partes han de respetar la suma de todos los derechos elegibles, sino que sólo están sometidas al Derecho coactivo común de todos ellos, ya que las partes habrían podido esquivar el Derecho coactivo particular de cada uno de los Derechos elegibles, eligiendo para aquella parte del contrato un Derecho elegible que prescindiera de este Derecho coactivo particular.

Por lo demás, las partes, además de estar sujetas al Derecho coactivo común de todos los Derechos elegibles, quedan sometidas al orden público internacional del juez.

La autonomía material de segundo grado se basa, por ende, en el Derecho de las partes a someter sus contratos a diferentes ordenamientos jurídicos de suerte tal que una parte del contrato queda sujeta a un Derecho y otra a un Derecho diferente. Esta autonomía plural es admitida consuetudinariamente (en Argentina).

## §24. MOMENTO EN EL CUAL PUEDE EJERCERSE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El pacto de *electio iuris*, por medio del cual se concreta la autonomía de la voluntad, podría realizarse antes de celebrar el contrato de fondo, lo que ocurrirá en el caso que las partes pacten que sus negociaciones se rijan por una ley determinada, que se hará extensiva al contrato que eventualmente lleguen a pactar; en forma conjunta con el contrato de fondo, dejando constancia en el mismo documento; o, finalmente, en forma posterior al contrato de fondo, en un documento separado.

¿Es válida la elección realizada en cualquiera de estos momentos?

La primera fórmula es muy inusual en la práctica, pues los contratos internacionales son pactados por hombres de negocios y no por juristas, y podría tener importancia para los efectos de una eventual responsabilidad extracontractual en la que alguna de las partes pudiera incurrir.

La segunda fórmula es la común y no ofrece problemas particulares.

En cuanto al último momento en que se podría pactar el Derecho aplicable, pensamos que la admisión del principio de la elección posterior no quebranta los fundamentos del DIPr y que, muy por el contrario, está en perfecta armonía con la concepción conflictual de la autonomía de la voluntad. No vemos objeciones, ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico, que pudieran ir en contra de la admisibilidad de la elección posterior de la ley aplicable. (88)

(88) En este mismo sentido, TOMASZEWSKI, MACIEJ. *La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit*. En: *Revue Critique de Droit International Privé*. 1972, págs. 567 y siguientes. En este trabajo se reseña, además, la jurisprudencia.

Habiendo admitido la elección posterior del Derecho aplicable, fácil es prever que también creemos que las partes pueden acordar posteriormente el cambio del Derecho escogido primitivamente, lo que puede ser necesario desde varios puntos de vista.

## §25. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO ESCOGIDO

¿Pueden las partes, por su sola voluntad, excluir la aplicación de las normas imperativas del Derecho escogido, sean las actualmente vigentes o las que se dicten en el futuro?

No creemos que se pueda llegar tan lejos. La autonomía de la voluntad no es omnímoda, sino que tanto su procedencia como sus resultados están limitados por el concepto de contrato internacional, el orden público y el fraude a la ley. En virtud de cualquiera de estas limitaciones, en consecuencia, deberá darse primacía a las normas imperativas por sobre la voluntad de las partes.

En los orígenes de la problemática de los contratos internacionales, los tribunales franceses autorizaron cláusulas prohibidas en los contratos internos como válidas en los contratos internacionales. En la actualidad y en Chile, ello no es posible. El legislador se encargó expresamente de expresar cuándo ciertas normas imperativas en el tráfico interno no rigen para el tráfico internacional. (89)

### Continuación nota (88)

dencia de varios países europeos, que en ocasiones, como en Suiza, es contraria a la designación posterior del Derecho aplicable al contrato. En todos los casos en los que se la rechaza, se arguyen motivos meramente lógicos, o de conveniencia, pues por lo general ni el derecho interno ni los tratados internacionales determinan el momento en el cual puede hacerse la elección.

(89) Este punto será más ampliamente desarrollado en el capítulo IV.

## §26. RELACIONES DE LA LEY ESCOGIDA Y EL CONTRATO. INCORPORACION O MERA REFERENCIA AL DERECHO ESCOGIDO

Se ha debatido si la ley escogida se 'incorpora' al contrato o si por el contrario, se trata solamente de una referencia al Derecho escogido.

En el primer caso, las posteriores modificaciones legales del Derecho escogido no serían aplicables a la relación jurídica, pues las partes no podrían haberlas conocido, previsto, ni tomarlas en cuenta en el momento de celebrar el pacto de elección de Derecho. Se produciría de esta manera una especie de "congelamiento" del Derecho aplicable a la relación contractual internacional.

En el segundo caso, esto es, si se trata solamente de una referencia, todas las posteriores modificaciones legales que se efectúen, regirán el contrato. Querría entonces decir que se aplicará el Derecho escogido por las partes que esté vigente al tiempo de la resolución del eventual conflicto.

En Chile, la primera posición ha sido terminantemente rechazada. (90) Esta posición es congruente con la imposibilidad que las partes puedan disponer que no se aplicarán a su contrato las leyes imperativas del Derecho seleccionado.

Nosotros estimamos, sin embargo, que al igual que en orden interno, en virtud de las disposiciones de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". (91) En consecuencia, creemos que en nuestro Derecho rige sin limitaciones la autonomía de la vo-

(90) LEÓN STEFFENS, AVELINO, op. cit., pág. 98.

(91) Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, artículo 22.

luntad conflictual; que las partes pueden dar estipulaciones materiales, sin declarar la sumisión de su contrato a ningún Derecho determinado, pero si pretenden su independencia de todo Derecho nacional, esta cláusula no surtirá efectos; se impondrán las normas imperativas de cierto Derecho. En otras palabras, sólo se acepta la autonomía material de segundo grado.

## 27. FRACCIONAMIENTO LEGISLATIVO. DEPEÇAGE

Ha llegado el momento de analizar con mayor detenimiento lo que hemos llamado los métodos sintéticos y analíticos referentes a los contratos internacionales. Esta es precisamente una de las principales diferencias entre los contratos internos y los internacionales.

### 27.1. Concepto de Dépeçage

El *dépeçage* es un término francés, peyorativo en sus orígenes como nos recuerda Lagarde (92), que significa rompimiento, destrozo, y designa la aplicación de normas de países diferentes a los distintos elementos de un mismo contrato internacional. En doctrina se han encontrado otros términos para explicar el mismo fenómeno, como: *morcellement* (Niboyet), *splitting* (93) (Lando), *sistema analítico* (Alfonsín), y *fraccionamiento legislativo* (Carrascosa).

(92) LAGARDE. PAUL. *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*. En: Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1975. N° 4, págs. 649 y siguientes.

(93) Para Lando, el término "splitting" es diferente a "dépeçage", pues implica que en los contratos bilaterales las prestaciones de cada parte se encuentran sometidas al Derecho del lugar donde se realizan. El autor se refiere a lo que nosotros hemos denominado desmembramiento vertical del contrato. Consideramos que en realidad todos los términos señalados no difieren en lo sustancial.

### 27.2. Clasificaciones del dépeçage

Según quién realiza el *dépeçage* o fraccionamiento legislativo, puede clasificarse en:

- Dépeçage de origen legal*: Es el propio legislador nacional el que dispone que a los diversos elementos de un mismo acto han de aplicarse diversas legislaciones nacionales.
- Dépeçage convencional*: Las partes han dispuesto que se apliquen diversas leyes a su contrato.
- Dépeçage judicial*: Es el juez quien, después de analizar el contrato, llega a la conclusión que debe aplicarse dos o más legislaciones.

### 27.3. Fraccionamiento legislativo general

"Nadie ha pretendido jamás someter *todo* un contrato internacional a una sola ley nacional". (94) A pesar del tiempo transcurrido desde que tal afirmación fuera formulada, más de seis décadas, ella conserva su validez, pues en el Derecho, la doctrina y la jurisprudencia comparadas existe una rara unanimidad en torno a este punto.

Las diversas leyes nacionales disponen reglas de conflicto diferentes en lo referente a la capacidad de las partes, la forma del acto y los elementos de fondo del contrato. Indudablemente, la capacidad de las partes y la forma en que han de otorgarse son elementos del contrato, pero en el DIPr, por cuestiones sistemáticas, se han separado del acto jurídico. Todas las controversias que han existido en nuestra materia, versan sobre la ley aplicable al fondo del contrato (en realidad, al resto de los elementos de fondo del acto jurídico, pues la capacidad también es uno de ellos). Por lo tanto, lo máximo de lo que

(94) NIBOYET. *La théorie...* cit., pág. 77.

podría hablarse no es de una ley única para *todo* el contrato, sino de una ley *principal* que regirá todos los elementos que no sean la capacidad de las partes y la forma en que se otorga. Este es un fraccionamiento legislativo (pues se dispone la aplicación de varios derechos nacionales a un mismo acto) legal (por tener su origen en la ley). Nosotros llamaremos a este fenómeno *fraccionamiento legislativo general*, que también existe en nuestro ordenamiento jurídico.

"Han querido someterse los contratos a una sola ley, desde un punto de vista general, prescindiendo del análisis de los diversos elementos que los integran, en su formación y en su desenvolvimiento. Lo hizo así el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, disponiendo en su artículo 33 que la ley del lugar donde los contratos deban cumplirse rige su existencia, su naturaleza, su validez, sus efectos, sus consecuencias, su ejecución y, en suma, cuanto les concierne, bajo cualquier aspecto que sea. Se contradijo inmediatamente en el artículo 34, sometiendo los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas a la ley de su situación al tiempo de celebrarlo, los que recaigan sobre cosas determinadas por su género a la del domicilio del deudor". (95)

En el ordenamiento jurídico chileno, como en la unanimidad del Derecho comparado, se ha seguido la técnica del fraccionamiento legislativo general, dictándose la norma sobre la capacidad en el artículo 15 del Código Civil, la correspondiente a la forma de los actos en el

(95) SANCHEZ DE BUSTAMANTE, ANTONIO, op. cit. tomo II, pág. 194. Estas observaciones del distinguido jurista no hacen más que demostrar, a nuestro juicio, la imposibilidad jurídica que existe de someter *in integrum* todo un contrato internacional a una sola ley nacional. A pesar que en la actualidad renombrados especialistas en la materia como Batiffol y Lando se muestran partidarios de someter todo el contrato internacional a un solo Derecho nacional, ello no es más que una quimera, un deseo científico imposible de satisfacer, pues en todo contrato internacional estarán interesadas en alguna medida como mínimo dos leyes: la del lugar de celebración y la del lugar de ejecución. Esto se desprende del concepto que nosotros hemos dado de contrato internacional.

artículo 17, correspondiendo a la autonomía de la voluntad, fundada en las normas que hemos citado con anterioridad, determinar la ley aplicable al resto de los elementos de fondo.

#### 27.4. Fraccionamiento convencional

Es importante recalcar que el *dépeçage* no es otra cláusula más que se incluye en el contrato paralelamente al pacto de *electio iuris* y al de *electio forum*. Es nada más que un pacto de *electio iuris* en el que se han escogido varios derechos aplicables.

Esta facultad de las partes se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente por el artículo 6° de la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. (Citado en §19 E).

No se dispone en ninguna de las leyes que hemos señalado como reguladoras de la autonomía de la voluntad de alguna formalidad especial para realizar el *dépeçage*. Por lo tanto, las partes pueden realizarlo sin formalidad alguna.

#### 27.5. Fraccionamiento judicial

Para que exista, es necesario, naturalmente, que el juez no proceda por una disposición directa de la ley ni una cláusula de las partes. El caso más frecuente será cuando el juez considera que el Derecho escogido por las partes es contrario al orden público del foro, por lo cual procederá a aplicar otra ley a esa parte del contrato. (96)

(96) En nuestro Derecho, el *dépeçage* judicial tiene un carácter claramente residual y será practicada principalmente cuando el juez considera que concurre la excepción de orden público. De este modo, no son aplicables entre nosotros observaciones como las realizadas por WILLIS M. REESE en *Depeçage: a Common Phenomenon in Choice of Law*, publicado en la Columbia Law Review, 1973, I, págs. 58 y siguientes, quien da al *dépeçage* judicial un carácter general, realizada siempre tras la búsqueda de la

Todo el Código de Bustamante se encuentra construido sobre la base de la aceptación tácita del *dépeçage*. De los artículos 3° y 184 se desprende que los contratos se rigen por el Derecho que las partes determinen autónomamente, se preocupa de señalar diversas disposiciones como de orden público internacional, que no es más que una limitación a la aplicación del Derecho extranjero escogido por las partes, de tal suerte que el juez, entonces, aplicará el Derecho extranjero a la generalidad del acto, pero si dentro de tal Derecho existieren disposiciones contrarias al orden público internacional del foro, no deberá aplicarlas, realizando de esta manera un *dépeçage* judicial al proceder a aplicar la ley del foro.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en su artículo 9° expresa:

"Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones".

Como se ve, la disposición *in comento*, aunque no menciona al *dépeçage* por su nombre, parte del supuesto que existe un fraccionamiento legislativo de la relación jurídica.

## 27.6. Problemas

### a) Determinación de la parte del contrato

A propósito del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 1980, se ha planteado en Europa el

#### Continuación nota (96)

regla más justa para cada elemento de una misma relación jurídica. Este autor considera el fenómeno que tratamos principalmente referido a los conflictos de leyes entre los diversos estados de E.E.U.U., siendo todos los ejemplos de los que se vale para estudiar el instituto referidos a la responsabilidad extracontractual.

problema de determinar qué es una "parte" del contrato. (97) Aquí, el término no se ha usado en el sentido de uno de los contratantes, sino como una "sección" del contrato, aunque sin definirla expresamente, de tal forma que se entrega a la discrecionalidad judicial el decidir en cada caso concreto si una sección del contrato tiene los caracteres de individualidad y separabilidad suficientes para poder ser considerada una parte del contrato.

Un problema muy similar se plantea entre nosotros con la Convención Interamericana cuyo artículo 9° acabamos de citar, en el que se habla de "aspectos" de una misma relación. El uso tanto en Europa como en América de términos imprecisos revela el ánimo inequívoco de los legisladores de conceder en esta materia un papel relevante a la jurisprudencia.

### b) Prueba del Derecho escogido

Las partes no deben contentarse con escoger el Derecho aplicable. Una vez producido el litigio, deberán probarlo ante el juez competente, quien sólo conoce su Derecho nacional. Es evidente que si se han escogido varios derechos extranjeros, se plantea una dificultad procesal importante.

## 27.7. Ventajas

La ventaja común de todos los diferentes tipos de *dépeçage*, es la flexibilidad que presenta y que permite determinar en cada caso la norma jurídica más apropiada para regir la relación contractual.

(97) El artículo 3.1 del Convenio de Roma dispone: "El contrato se rige por la ley elegida por las partes. Esta elección debe ser expresa o resultar de manera cierta de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del litigio. Mediante esta elección, las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato solamente." Ver anexo.



El fraccionamiento legislativo general constituye una sana fórmula que permite delimitar claramente materias generales del DIPr, como la forma de los actos y también la capacidad, con la parte especial relativa a los contratos. Esta división ha llegado a ser tradicional en el Derecho comparado.

Por otra parte, el fraccionamiento convencional permite a las partes escoger la ley más conveniente a sus intereses, la que conozcan mejor o consideren más justa o expedita para regir su relación contractual. Esto no quiere decir que ellas puedan en definitiva escoger un Derecho extranjero con el fin de evitar que se aplique al contrato una ley imperativa del Derecho del foro. La práctica del *dépeçage* convencional supone que las partes tienen un conocimiento avezado de las normas conflictuales y materiales de los diversos derechos nacionales que escogerán, lo que da una gran complejidad a este mecanismo, haciendo de este modo necesaria una labor jurídica monumental para comparar los diferentes ordenamientos nacionales y así realizar una elección fundada en una conveniencia real.

El fraccionamiento judicial marca de manera precisa los límites a que pueden llegar las partes en la determinación del Derecho aplicable; es el medio de concreción de las excepciones a la autonomía de la voluntad, que estudiaremos con alguna detención en el capítulo siguiente.

## 27.8. LÍMITES

Al plantearse el problema de los límites del *dépeçage*, es conveniente tener presente los tres tipos que hemos mencionado.

El fraccionamiento legislativo general, por su propia naturaleza, "es inherente al conflicto de leyes. Es el corolario necesario de la pluralidad de reglas de conflicto. Así, nadie se extraña de constatar que, den-

tro de un contrato que tiene por objeto transferir la propiedad de un mueble, la capacidad de las partes se somete a su ley personal, la forma del contrato a la ley del lugar de celebración, las obligaciones de las partes a la autonomía de la voluntad, y la transferencia del derecho real a la ley de la situación del mueble". (98)

La coherencia del contrato es el límite al *dépeçage* convencional. Significa que la elección múltiple de derechos no tendrá efecto si las partes no han determinado claramente la forma como ella ha de practicarse o si, aunque lo hayan hecho, ella resulta impracticable. Por ejemplo, ¿a qué ley quedaría sometida la garantía por vicios ocultos si la obligación de entrega está sometida a la ley del vendedor y la obligación de pago del precio está sometida a la ley del adquirente? (99) La incoherencia, entonces, se produce cuando la cuestión discutida es común a dos elementos del contrato que han sido sometidos a leyes distintas.

Nótese que al hablar de la coherencia del contrato se subsanan todos los problemas derivados del abandono definitivo del que otrora fuera un verdadero dogma jurídico: el principio de la unidad del contrato, en virtud del cual toda la relación jurídica debía quedar íntegramente sometida a un solo ordenamiento nacional, o lo que es lo mismo, el sistema sintético de determinación del Derecho aplicable al contrato. El contrato internacional en el que se ha realizado un *dépeçage* no es un *Frankenstein* jurídico.

(98) LAGARDE, PAUL. *Le dépeçage...* cit., pág. 649.

(99) "La jurisprudencia alemana, tradicionalmente inclinada a realizar un *dépeçage* del contrato de acuerdo con los lugares de ejecución de las obligaciones existentes, aplicando a cada una de ellas la *lex loci executionis* respectiva, al encontrarse con estos problemas, buscaba la existencia en alguna *lex loci executionis* de un reenvío a la ley alemana para que ésta fuese así competente para regular todo el contrato. Pero el círculo era demasiado complejo y la solución, doctrinalmente poco clara". CARRASCOA, op. cit., pág. 294.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, nos atrevemos a sostener que el juez sólo en forma excepcional podrá realizar un *dépeçage* judicial del contrato, al considerar que concurre alguna de las excepciones a la autonomía de la voluntad de las partes como el orden público o el fraude a la ley; por consiguiente, en virtud del fraccionamiento que realiza, el juez sólo podrá aplicar el Derecho del foro y jamás un Derecho extranjero.

## 27.9. Conclusión

Todos los tipos de *dépeçage* se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, lo que posibilita que las partes cuenten con una flexibilidad máxima para determinar las normas de fondo que regirán la relación jurídica, mientras que al mismo tiempo se reconoce al Derecho nacional la posibilidad de reglamentar en general la forma en que será resuelto el conflicto de leyes (fraccionamiento legislativo), garantizando también la coherencia de las soluciones escogidas con el resto del ordenamiento jurídico (fraccionamiento judicial).

## §28. LOCALIZACION, CONTRATO SIN LEY Y NACIONALIDAD DEL CONTRATO

Del mismo modo que hemos rechazado la localización del contrato, resulta forzoso oponerse a su antítesis, la de localización. Sólo las prestaciones de las partes pueden ser localizadas en algún territorio, pero no el acuerdo de voluntades.

La de localización consiste en la facultad de las partes para celebrar contratos que no se encuentren sometidos a más normas que las emanadas del propio contrato, con exclusión expresa de todo ordenamiento jurídico nacional. Esta es la autonomía universal a la que alude Goldschmidt. Una cláusula que la consagra diría: "las partes se

someten exclusivamente a las estipulaciones establecidas en el mismo contrato, sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado".

Lo que en este párrafo nos interesa es principalmente la denominación. Hablar de contrato sin ley, autonomía universal o delocalización de un contrato, es lo mismo.

En lo que a la nacionalidad del contrato respecta, a nuestro parecer, es incongruente hablar de nacionalidad de un contrato internacional. Esto se aplica especialmente a nuestro país en el que se admiten los fraccionamientos de la relación contractual tanto legislativos, judiciales, como convencionales. ¿Qué nacionalidad podrá tener un contrato al que se le aplica la ley chilena, la inglesa y la argentina? La expresión *nacionalidad del contrato* es propia de sistemas sintéticos que no admiten la aplicación a un mismo contrato internacional de diversas leyes. Según nuestro parecer, sólo podría hablarse de nacionalidad de los contratos internos.

Estos dos puntos adquieren especial complejidad tratándose de los contratos internacionales celebrados por los Estados u organismos internacionales con nacionales de otros Estados, y que nosotros detallaremos en un capítulo especial.

## §29. LEY APLICABLE EN AUSENCIA DE ELECCION EXPRESA DE LAS PARTES

Si las partes no se han pronunciado expresamente sobre el Derecho aplicable al contrato, se han aceptado en doctrina dos formas de solucionar el conflicto: el de la voluntad tácita de las partes, que no es manifestada en términos expresos, pero que cláusulas claras del contrato ponen en evidencia inequívocamente; y la otra es la voluntad presunta, en la cual ni siquiera existe una designación tácita y debe presumirse por el juez.

"Para desentrañar la voluntad implícita pueden servir como apoyo los distintos índices de localización postulados por Batiffol y otros que puedan imaginarse". (100)

Se ha dicho entre nosotros que la voluntad tácita no es más que un problema de interpretación del contrato internacional.

La voluntad presunta se presta para problemas más graves, pues la presunción debería estar contenida en la ley.

### §30. LIMITES GENERALES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Aunque por razones sistemáticas nosotros los trataremos *in extenso* en el capítulo siguiente, es necesario dejar constancia aquí que la autonomía de la voluntad no es omnímoda. Está limitada, tanto en su procedencia como en su aplicación, por el orden público y el fraude a la ley.

### §31. CONSECUENCIAS DE LA ACEPTACION DEL PRINCIPIO

#### 31.1. Exclusión del reenvío

Si algún mérito tiene la teoría de la autonomía de la voluntad, es la clara exclusión del reenvío, una de las materias más complejas del DIPr.

De aceptarse el reenvío, significaría que cuando las partes escogen un Derecho, se someten a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo sus normas de conflicto, de suerte que si tales normas dis-

pusieran que el contrato debe regirse por otro Derecho, debiera estarse a ellas.

Debe entenderse, por el contrario, que cuando las partes declaran que se someten a la legislación de cierto Estado, se están refiriendo solamente a las normas materiales, y no a las conflictuales. De lo contrario, se produciría el absurdo que se aceptaría la doctrina de la autonomía de la voluntad, pero se le privaría de su principal efecto, la determinación del Derecho aplicable, pues éste sería señalado por la norma conflictual.

La aceptación del reenvío es congruente con la teoría de Batiffol, ya que la cláusula de elección del Derecho aplicable, según tal autor, es sólo uno entre varios factores de conexión que evalúa el juez. A la inversa, la exclusión del reenvío, que proponemos, es la clara consecuencia de la concepción de la autonomía conflictual y en este sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina extranjera.

"Si las partes eligen un Derecho, es natural que dicha elección supone el Derecho material elegido sin incluir la regla de conflicto. Esto se desprende de la naturaleza misma de una elección de ese tipo. Si fuera en otra forma, resultaría absurdo que las partes hicieran un rodeo para designar el Derecho aplicable material". (101)

Así, si se designa el Derecho de A y éste tiene una regla de conflicto que designa B, las partes, por lo menos en teoría resulta claro, designarían inmediatamente B, sin esa referencia ociosa a A.

Nosotros adherimos plenamente a estos planteamientos, agregando que, si bien estas explicaciones parecen de filosofía del DIPr, pues

(100) VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS y GABRIEL, op. cit., pág. 360.

(101) NAVARRETE, JAIME. *El Reenvío en el Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 23. La posición contraria, defendida por NIBOYET, en la nota 62.

no están basadas en norma alguna, la conclusión contraria a la expuesta, es decir, la aceptación del reenvío, iría en contra del tenor literal de las normas que hemos invocado precedentemente como fundamento de la autonomía de la voluntad en el DIPr chileno.

### 31.2. La ley escogida anula el contrato

Si la ley que los contratantes escogieron anula su contrato, en nuestra opinión, deberá estarse a ella. La autonomía no podría llegar a excluir una sanción que es de orden público, en el caso de la nulidad absoluta. Si se trata de nulidad relativa, las partes podrán ratificar el acto en los mismos términos en que ello puede hacerse según las reglas del Derecho interno. Savigny era partidario que las partes podrían excluir la sanción, lo que diversos autores impugnan. Además, ello es congruente con sus mismos postulados cuando sostenía que al contrato debía aplicarse la ley del lugar de ejecución.

### §32. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, ¿ES LA MISMA EN EL DERECHO INTERNO QUE EN EL DIPr?

Después de las ideas que hemos defendido, aparece claro, a nuestro entender, que la autonomía de la voluntad en el DIPr es nada más que una consecuencia de la autonomía de la voluntad del Derecho privado en general. No se puede sostener que sean dos principios diferentes. La que nosotros hemos tratado aquí es solamente específica, no diferente.

Esto ha sido admitido entre nosotros de manera inequívoca entre los autores nacionales, (102) si bien es cierto que algunos de ellos ni

(102) Entre éstos, VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS y GABRIEL, op. cit., pág. 353.

siquiera se han planteado la duda de la identificación o diferencia entre la autonomía general y la específica del DIPr. (103)

"Si un Derecho Privado admite la autonomía interna, significaría incurrir en un repudiable oportunismo negar la autonomía conflictual". (104)

(103) En este grupo, HAMILTON DEPASSIER, EDUARDO, Y OTROS, op. cit.  
(104) GOLDSCHMIDT, WERNER, op. cit., pág. 192.

## CAPITULO IV

### LOS LIMITES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

#### A. EL ORDEN PUBLICO

#### §33. EL ORDEN PUBLICO COMO LIMITE A LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO

Al solucionar los conflictos de leyes, los diferentes DIPr nacionales han de tener presente una multiplicidad de intereses: los de la comunidad internacional, cuya principal aspiración es que las decisiones de los conflictos internacionales en los diferentes países sean armónicas; los de las partes, que necesitan contar con una previsibilidad y certeza mínima acerca del Derecho que regirá sus relaciones y la manera en la que serán resueltos sus conflictos; y los del Estado, interesado en mantener una coherencia mínima al interior de su ordenamiento jurídico, que se traduce en que mediante la resolución de los conflictos internacionales se respeten los principios que considera esenciales dentro de su ordenamiento jurídico.

Son estos últimos intereses los que fundamentan la existencia del orden público y el fraude a la ley, pues si bien es cierto que el principio de la autonomía de la voluntad conduce a que en Chile se apliquen las leyes extranjeras cuando así lo hayan determinado las partes, (105)

(105) Debe tenerse presente que la ley extranjera puede aplicarse en Chile no sólo tratándose de los contratos, teniendo por fundamento la autonomía de la voluntad. En materia de sucesiones, por ejemplo, la ley del último domicilio del causante puede ser

ello no quiere decir que tal aplicación sea total, absoluta e ilimitada". Al abrir las puertas (a la aplicación del Derecho extranjero en su territorio), a los valores externos vía sus propias reglas de conflicto, el ordenamiento jurídico del foro renuncia a cualquier reclamo de una estricta coincidencia (de las normas extranjeras) con sus normas sustantivas. Si no fuera así, las normas de conflicto operarían sólo en relación a falsos conflictos de leyes, produciéndose la aplicación del Derecho extranjero sólo cuando fuera perfectamente coincidente con el del foro". (106)

Es decir, se permite la aplicación en Chile de leyes extranjeras con diferencias de fondo, pero si dichas diferencias se refieren a aspectos considerados esenciales por el ordenamiento jurídico chileno, se vuelven intolerables a tal punto, que ya no será posible amparar dicha aplicación, "pues sería inconcebible que un Estado, al pronunciarse autónomamente sobre la aplicación de un Derecho extranjero (en su territorio), pudiera querer privarse a sí mismo de la posibilidad de salvaguardar la coherencia interna de su propio sistema jurídico". (107)

Prácticamente todo lo relativo al orden público es oscuro, controvertido e intrincado. Las polémicas doctrinales en torno a esta excep-

#### Continuación Nota (105)

extranjera y recibirá aplicación en Chile en virtud del artículo 955 del Código Civil. Por otro lado, la autonomía de la voluntad, en Chile, se refiere únicamente a los contratos, sin que se admita en otras áreas del DIPr. En el derecho comparado esta es, en general, la situación, aunque en algunos Estados se ha admitido la autonomía fuera del ámbito contractual. Ver, por ejemplo, Mosconi, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, En: *Recueil des Cours*, 1989-V, pág. 167, quien cita el artículo 1.4 de la Ley Holandesa de Divorcio, que dispone: "No obstante lo dispuesto precedentemente, el derecho holandés se aplica si las partes conjuntamente optan por este derecho, o si tal opción es ejercida por una de ellas sin oposición de la otra".

(106) *Ibid.*, pág. 62.

(107) *Ibid.*, pág. 30.

ción han abarcado tanto su definición, sus efectos y la oportunidad en que se producen. "Todos los que han estudiado el concepto de orden público coinciden en afirmar que se trata de una noción sumamente enigmática, imprecisa, un tema en que todo es discutible, un recurso desesperado para explicar lo que se ofrece como anormal, contradictorio". (108)

Referente al momento en que opera la excepción, por ejemplo, existen posiciones encontradas en los autores, y esto conduce a definiciones y efectos diferentes.

Hay quienes sostienen que "debe respetarse el orden público, al momento de realizar la elección del Derecho aplicable". (109) De esta forma, el orden público sería un requisito de procedencia de la autonomía de la voluntad y no una limitación a los efectos de la elección realizada conforme a tal principio.

Para la posición contraria, en tanto, "la elección del Derecho aplicable no está limitada por el orden público, pues la elección como tal nunca puede conculcar los principios básicos de nuestra convivencia; otra cosa totalmente distinta es que el Derecho elegido puede violar nuestro orden público". (110)

En lo sucesivo, trataremos de averiguar cuál es la posición que se acoge en nuestro ordenamiento jurídico.

#### §34. EL ORDEN PUBLICO INTERNO E INTERNACIONAL; ¿CONCEPTOS DISTINTOS?

Una de las tradiciones doctrinales acerca del orden público, es la vieja discusión acerca de si cabe o no distinguir entre dos tipos de orden

(108) GUZMAN LATORRE, DIEGO, op. cit., pág. 365.

(109) NIBOYET, op. cit., pág. 22.

(110) GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 194.

público: el interno y el internacional. Autores muy influyentes han participado de una u otra posición. (111)

Entre quienes admiten la distinción se afirma que "son, pues, leyes de orden público internacional todas las que tienen por objeto el Estado y forman su Derecho hasta el punto que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales. Nos referimos al Derecho del Estado en la acepción que venimos dando a estos términos y no en la que pudieran tener en el lenguaje corriente. No entendemos por ellos, ni toda la legislación positiva de una nación, ni meramente el Derecho orgánico de sus poderes fundamentales. Los preceptos que se inspiran en la necesidad de que el Estado exista y se mantenga; los que señalan las condiciones de su vida; los que regulan el ejercicio de sus facultades; los que prescriben el campo de acción en el espacio de su Derecho positivo; los que protegen la observancia de éste, imponiendo sanciones penales al infractor, los que determinan las formas que han de seguirse para el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la esfera pública; los que establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos y económicos de tal trascendencia que el legislador no se cree facultado para dispensar de su cumplimiento, entran todos en lo que venimos señalando con el nombre de Derecho del Estado y son todos de orden público internacional". (112)

El orden público interno o, con más precisión, orden público en el sentido del Derecho interno, actúa como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes en el Derecho interno, imponiendo en ciertas materias determinadas normas imperativas o prohibitivas que no podrán ser burladas por los particulares en sus convenciones.

(111) Para una detallada muestra histórica de las diferentes opiniones de los autores acerca de este punto, véase RUCHELLI, HUMBERTO y FERRER, HORACIO, *El Orden Público en el derecho internacional privado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

(112) SANCHEZ DE BUSTAMANTE, ANTONIO. *Derecho Internacional Privado*, tomo I, págs. 191 y 192. Citado por GUZMAN LATORRE, DIEGO, op. cit., pág. 367.

Por otro lado, el orden público internacional, u orden público en el sentido del DIPr, impide la aplicación en el territorio nacional del Derecho extranjero escogido previamente por las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad cuando ella era procedente por encontrarse frente a un contrato internacional.

En Chile, la tesis monista, según la cual no existe más que un orden público, también ha encontrado defensores. "El concepto de orden público, usado como límite de la aplicación del Derecho extranjero, es y será siempre una función interna de los Estados, una defensa de su soberanía". (113)

El efecto del orden público internacional, según la concepción que lo acepta y a la cual adhiere el Código de Bustamante, en consonancia con las opiniones de su autor, es la aplicación de una misma ley a los nacionales y extranjeros que residan en el territorio nacional, limitándose en consecuencia la aplicación en Chile del Derecho extranjero. Esta preocupación se explica, en nuestro concepto, por la vigencia en el siglo pasado, con repercusiones incluso en nuestro siglo, de las ideas de Mancini, relativas a la personalidad del Derecho. Si se sostiene que a cada persona debe aplicarse el Derecho que derive de su estatuto personal, es lógico que habrá que pensar cuál es la limitación a este principio. Es así como se ha llegado a disponer que ciertas reglas deberán aplicarse por igual a nacionales y extranjeros residentes en un mismo territorio nacional.

### §35. EL CODIGO DE BUSTAMANTE Y EL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL

Ni siquiera en su disposición más general referida al tema (artículo 3°), (114) el Código de Bustamante ha definido el orden público in-

(113) Idem, op. cit., pág. 380.

(114) Código de Bustamante

(Continúa nota (114) en página 90)

ternacional en forma precisa, sino que ha utilizado un método referencial, individualizando varios casos en los que las normas son de orden público internacional. Esto es totalmente explicable dadas las múltiples dificultades que encontraba la doctrina para definir el orden público internacional, a la época de la dictación del Código de Bustamante.

Del artículo tercero se desprende que son de orden público internacional las leyes que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales.

Si revisamos las disposiciones que han sido declaradas de orden público internacional, veremos que todas ellas son de Derecho público en el ordenamiento jurídico chileno. (115)

Las diferencias que pudieran existir entre nacionales y extranjeros a propósito del orden público han sido tradicionalmente estudiadas en doctrina a propósito de materias ligadas al estatuto personal. Todos los casos que citan los autores son acerca de matrimonios poligámicos, divorcio, tutela, derechos de alimentos, etc., pero no se ha estudiado las diferencias que existirían en el ámbito netamente contractual, a nuestro juicio, porque ello nunca es procedente. La sola nacionalidad de las partes como hemos anticipado, no autoriza para aplicar un Derecho diferente a un contrato.

#### Continuación nota (114)

**Artículo 3°.** Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

- I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
- II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
- III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

(115) Así, por ejemplo, los artículos 175, 179, 188, 190, 193, 194, 195.

Debido a lo incierto de la noción de orden público internacional, el Código de Bustamante intenta enumerar todos los casos en los que ella concurre, en circunstancias que otras corrientes doctrinarias expresamente consideran imposible tal cosa. Al precisar los casos de orden público internacional, ha eliminado una gran causa de inseguridad jurídica, pero al mismo tiempo privó a la noción de gran parte de su riqueza y de la flexibilidad que permite al juez para apreciarla.

#### §36. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. LOS NUEVOS TRATADOS Y EL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en su artículo 5° establece "La ley declarada aplicable por una convención de DIPr podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifestamente contraria a los principios de su orden público".

En los últimos tratados internacionales que ha suscrito nuestro país relativos al DIPr, especialmente en el ámbito interamericano, se abandona la noción de orden público internacional, y se habla del orden público puro y simplemente. (116)

Tanto en este tratado como en todos los citados en la nota que precede, se usa siempre la expresión orden público atribuyéndole el sig-

(116) Así, por ejemplo, en las Convenciones Interamericanas sobre: Personalidad y capacidad de personas jurídicas en el DIPr, artículo 9°; Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, artículo 7°; Conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, artículo 11; Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, artículo 12; Exhortos o cartas rogatorias, artículo 17; Recepción de pruebas en el extranjero, artículo 16; Cumplimiento de medidas cautelares, artículo 12; Arbitraje comercial internacional, artículo 5° N° 2; y en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, artículo 5° N° 2.



nificado de limitación a la aplicación del Derecho extranjero dentro del territorio nacional. (117)

### 337. EL ORDEN PUBLICO Y LOS METODOS DE SOLUCION DEL CONFLICTO

Quienes aceptan la división entre el orden público en interno e internacional postulan, en consecuencia, que el orden público internacional es propio del método conflictual, que sólo opera cuando la norma de conflicto del foro ha dispuesto que se aplique un Derecho extranjero.

De ahí se sigue que las normas de aplicación necesaria y el orden público internacional se diferencian no tanto por sus efectos, pues ambos impiden la aplicación del Derecho extranjero, sino por el momento en que operan. Las primeras lo hacen en forma inmediata. Basta con comprobar que se trata de cierta materia para negar *a priori* toda posibilidad de aplicar el Derecho extranjero. El orden público internacional, en cambio, actúa *a posteriori*. Después que las partes han escogido un Derecho extranjero, como se los permita la norma atributiva, el juez ha constatado que las disposiciones de dicho orde-

(117) Ver ERCILLA, PAULINA. *La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr*. Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica, 1991. En este trabajo la autora recoge el proceso de elaboración de la Convención en la sesión de Panamá, y deja en claro que no se discutió en momento alguno la diferencia entre el orden público interno e internacional, con la salvedad de las protestas de la delegación uruguaya, que motivaron la reserva correspondiente. Véase también, por la enorme importancia que reviste, la Convención Europea sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, artículo 3.3 "La elección por las partes de una ley extranjera, vaya acompañada o no de la elección de un tribunal extranjero, en el caso de que todos los demás elementos de la situación estén localizados en un único país en el momento de la elección, no podrá afectar a aquellas disposiciones que, según la ley de este país, las partes no pueden derogar mediante contrato, en adelante denominadas disposiciones imperativas".

namiento jurídico son incompatibles con el orden público del foro y por eso se ha negado a aplicarlas, total o parcialmente, en virtud de la excepción de orden público.

En cambio, para la posición monista, naturalmente que existiendo un solo orden público, éste se expresa en todos los métodos generales del DIPr. Así, las normas de aplicación necesaria, método en el cual se dispone que al tratarse de ciertas materias se aplicará directamente el Derecho local, sin importar cuáles elementos internacionales se presenten, no serían más que otra manifestación del orden público". (118)

El método del derecho uniforme dejaría totalmente fuera el problema del orden público internacional, pues al incorporarse al Derecho interno el tratado por medio del cual se han uniformado distintos derechos nacionales, no podrá ser nunca contrario a principios fundamentales del Derecho del foro.

### 338. NOCION Y EFECTOS DEL ORDEN PUBLICO

La noción de orden público internacional está inequívocamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico, a través del Código de Bustamante. Es una limitación a la aplicación en Chile del Derecho extranjero, cuando lesiona intereses fundamentales del ordenamiento jurídico nacional. Su contenido está expresamente descrito en el Código de Bustamante. De lo dicho se desprende que en el Derecho chileno el respeto al orden público no es un requisito de procedencia de la autonomía de la voluntad, como se ha sostenido por algunos, sino

(118) Para GIUSEPPE SPERDUTI, por ejemplo, las nociones de normas de orden público o normas de aplicación necesaria, son sinónimas. SPERDUTI, GIUSEPPE. *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*. En: *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 1976, N° 3, págs. 469 y siguientes.

que una limitación a los efectos de la autonomía, a saber, la aplicación del Derecho extranjero.

Actualmente en las Convenciones interamericanas se abandona dicha noción, del mismo modo que en la Convención de Roma, se habla simplemente de orden público, sin el calificativo de *internacional*

## B. EL FRAUDE A LA LEY

### §39. FRAUDE A LA LEY Y CONCEPTO DE CONTRATOS INTERNACIONALES

La doctrina ha estudiado frecuentemente el concepto de contratos internacionales a propósito del fraude a la ley, como lo señalamos con anterioridad, (119) por una razón muy simple: las partes no pueden escoger la aplicación de un Derecho extranjero a una relación contractual interna. En otras palabras, las partes sólo pueden disponer la aplicación de un Derecho extranjero cuando se trate efectivamente de un contrato internacional. Pero al realizar tal elección de un Derecho extranjero, ellas pueden hacerlo fraudulentamente, con el fin de evadir ciertas disposiciones del Derecho nacional, que por algún motivo les resultan gravosas. Así, han hecho un fraude a la ley al disponer la aplicación de un Derecho extranjero a un contrato enteramente interno. Por lo tanto, un impreciso concepto de contrato internacional, trae como consecuencia directa que el fraude a la ley nacional puede ser efectuado mucho más fácilmente.

Nosotros haremos lo mismo que la generalidad de la doctrina y en esta oportunidad revisaremos la utilidad de la definición que hemos dado de los contratos internacionales ("acuerdos de voluntades ce-

(119) Véase lo señalado al reproducir los conceptos de contratos internacionales vertidos por BATIFFOL y LANDO, en el § 5.1 y 5.2.

lebrados por dos o más personas en un país determinado, para ser ejecutados total o parcialmente en otro Estado diferente) a la luz de la noción de fraude a la ley.

De esta definición se desprende directamente que cada vez que en un contrato celebrado en Chile figure cualquier elemento extranjero que no sea la ejecución en un Estado diferente, las partes no pueden establecer que se aplicará un Derecho extranjero.

Así, sólo ahora que estudiamos el fraude a la ley en nuestra materia, podemos apreciar las profundas dificultades a las que conduce un concepto tan amplio e impreciso como el que se limita a sostener que es contrato internacional aquél que contiene elementos internacionales. Conforme a este concepto amplio, prácticamente en cualquier caso de existencia de un elemento extranjero las partes podrán escoger la aplicación de un Derecho extranjero; en cambio, según nuestro concepto, ellas no pueden pactar la aplicación de un Derecho extranjero a un contrato cualquiera, por el solo hecho que una de las partes es extranjera y/o está domiciliada en el extranjero, o por haber sido redactado en un idioma extranjero.

### §40. EL CONCEPTO DEL FRAUDE A LA LEY

El concepto tradicional del fraude a la ley postula que él se produce cuando las partes, actuando de mala fe, alteran por su voluntad un factor de conexión con el fin fraudulento de obtener la aplicación de un Derecho extranjero a la situación o relación jurídica de la que se trate, evadiendo así la aplicación de la ley que de alguna manera era contraria a sus intereses. (120) (121)

(120) En doctrina, existen autores que han criticado la noción de fraude a la ley, sosteniendo que como los sujetos gozan de una perfecta libertad para cambiar de nacionalidad o domicilio, por ejemplo, no puede considerarse que cuando lo hacen efectúen

En materia de contratos internacionales, existiendo la autonomía de la voluntad, que como hemos dicho puede designar cualquier Derecho para regir el contrato, incluso si no tiene ninguna conexión con él, parecería que la teoría del fraude a la ley sería totalmente inaplicable, porque sería imposible la alteración fraudulenta del pacto de electio iuris, por los amplios términos en los que el Derecho chileno consagra su procedencia.

Es tradicional que en los contratos internacionales se permita la estipulación de cláusulas que en el Derecho interno se encuentran prohibidas. En Francia, por ejemplo, existió la posibilidad de pactar la cláusula-oro en los contratos internacionales cuando se encontraba prohibida en los contratos internos. Lo mismo ocurrió con la cláusula compromisoria. Estas distinciones han sido tradicionalmente de índole jurisprudencial, pues la sabiduría de los jueces permitió que no se aplicaran a los contratos internacionales ciertas prohibiciones señaladas por el legislador para los contratos internos, al considerar que ello sería totalmente incompatible con las necesidades del tráfico internacional.

Hoy ya no es menester recurrir a las autorizaciones jurisprudenciales, pues en la actualidad, el legislador nacional se ha preocupado de dar ciertas normas materiales especiales para los contratos internacionales, que los distinguen de los contratos internos.

#### Continuación notas (120) (121)

un acto fraudulento, o que deba ser en alguna forma castigado por el derecho. Ver, en este sentido, TRAVERS, MAURICE. *La nationalité des sociétés commerciales. Recueil des cours*, 1930-III, pág. 70.

- (121) Para el profesor GUZMAN LATORRE, "Hay fraude (a la ley) cuando una persona se sustrae voluntaria y conscientemente a una ley imperativa o prohibitiva determinada y se coloca bajo el imperio de otra ley, mediante el cambio real y efectivo de alguna de las circunstancias o factores de conexión". Op. cit., pág. 395.

Para ilustrar el punto, es conveniente dar un ejemplo, como el de la compraventa internacional, en la cual, por disposición de la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, una sola de las partes puede resolver el contrato, cumpliéndose los requisitos que señala el tratado. En una compraventa interna, por el contrario, la resolución debe ser judicialmente pronunciada. Entonces, las partes simulan que la compraventa que han realizado es internacional, para así poder resolver más fácilmente el contrato, sin las demoras propias de un proceso judicial. (122)

Otro ejemplo: en los contratos de préstamos internacionales, no rigen las limitaciones internas sobre intereses, por disposición del D.L. N° 2.349, (123) que la doctrina ha entendido que se aplica por igual a los particulares como al Estado y sus empresas. En este caso, las partes disponen que el contrato de mutuo que celebran es internacional, para así eludir la limitación de los intereses, mediante la aplicación de un Derecho menos estricto.

Como se aprecia en los dos ejemplos, las partes han realizado en ambos casos un fraude a la ley, pero no alterando los factores de conexión, sino que realizando un pacto de electio iuris cuando ello no era posible, por no tratarse efectivamente de un contrato internacional. También puede presentarse el fraude a la ley cuando existieren normas de aplicación necesaria que observar, y que se eluden mediante el pacto de electio iuris. En consecuencia, la teoría del fraude a la ley es plenamente aplicable a los contratos internacionales, en los términos señalados.

(122) Estudiaremos el punto al tratar la extinción de los contratos internacionales.

(123) Véase el artículo 11 de este decreto ley.

#### §41. DOCTRINA QUE IDENTIFICA EL FRAUDE A LA LEY CON EL ORDEN PÚBLICO

Para la doctrina monista del orden público, es natural identificarlo con el fraude a la ley, pues si se piensa que se trata de evitar un fraude a la ley, ello se hace precisamente porque ella es de orden público.

Como entre nosotros se acepta la noción de orden público internacional, sostenemos que el fraude a la ley no puede ser identificado con aquél, pues el orden público internacional rechaza total o parcialmente la aplicación en Chile de un Derecho extranjero que previamente había sido escogido por la autonomía de la voluntad para regir un contrato, por ser incompatible con normas nacionales fundamentales; en cambio, la excepción a la aplicación del Derecho extranjero en Chile por fraude a la ley chilena supone que el rechazo a tal aplicación se formula *a priori*, sin entrar siquiera a considerar si el Derecho extranjero es o no compatible con la ley nacional, pues se considera que la elección misma es la fraudulenta, ya por no tratarse de un contrato verdaderamente internacional o por existir normas de aplicación necesaria que respetar.

#### §42. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DEL FRAUDE A LA LEY

Pensamos que el reconocimiento legislativo expreso de esta doctrina se ha hecho en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 6°. (124)

(124) Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr.

Artículo 6°. No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Esta Convención aún no ha sido ratificada y la citamos sólo por su importancia en el ámbito interamericano. La doctrina y la jurisprudencia chilenas han aceptado la teoría del fraude a la ley. (125)

#### §43. EL FRAUDE A LA LEY EXTRANJERA

Ahora debemos pronunciarnos acerca de las posibilidades de aplicación en Chile de un contrato que se haya otorgado con el ánimo expreso de evadir la aplicación de una ley extranjera.

En Argentina, la profesora Berta Kaller ha estimado que el fraude a la ley comprende tanto la ley nacional como la extranjera. De la misma opinión se participa entre nosotros (126), estudiando la disposición de la Convención Interamericana recién citada. (127)

Aquí se plantean numerosos problemas, tanto de calificación, como de alegación del Derecho extranjero y de la prueba de su naturaleza imperativa.

Pero para estudiarle, supongamos que en un país determinado existen normas de aplicación necesaria para ciertos contratos, a pesar de lo cual las partes escogen la aplicación del Derecho chileno, que no tiene ningún contacto con el contrato que no sea la mera elección de las

(125) En este sentido, GUZMAN LATORRE, DIEGO, op. cit., pág. 424, quien, además, cita la opinión similar de Albónico.

(126) ERCILLA, PAULINA, op. cit., págs. 166-186.

(127) Aun sin estudiar la Convención, la misma opinión ha sido formulada por ARREDONDO, YOLANDA, en su Memoria de Prueba titulada *El Fraude a la Ley*, 1982. Aunque se trata de un trabajo general, que estudia el fraude a la ley en el derecho privado, destina una sección al estudio de la doctrina en el DIPr. Ver: págs. 106 y siguientes.

partes. En tal situación, es manifiesto que las partes han evadido fraudulentamente la aplicación del Derecho nacional.

Si se admite que el fraude se refiere tanto a la ley nacional como a la extranjera, se garantiza en mejor forma la armonía internacional de las decisiones judiciales.

#### C. RECAPITULACION: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITES

#### § 44. LOS LIMITES DE LA AUTONOMIA SE OPONEN AL CONTRATO SIN LEY

Podemos ya concluir que en nuestro Derecho la elección de la ley extranjera se encuentra limitada tanto por los requisitos que hemos planteado para que un contrato sea internacional, como por la doctrina del fraude a la ley, que impide que en la práctica se escoja un Derecho extranjero como aplicable para un contrato interno. Además, el orden público impide la aplicación del Derecho extranjero incompatible con los principios fundamentales de la convivencia nacional. Todo lo anterior se opone a la existencia en nuestro Derecho de los contratos sin ley. Hacemos la salvedad, eso sí, que todavía no nos pronunciamos acerca de la posibilidad que el Estado, sus empresas u organismos los celebren. (128)

#### § 45. CONCLUSION

Al revisar todo lo hasta aquí expuesto, hemos concluido que la autonomía rige en nuestro ordenamiento jurídico, pues tiene consagración

(128) Véase el Capítulo XIII.

legislativa expresa, lo que evita muchos de los problemas que se han planteado en los estudios doctrinarios hasta el momento realizados. En consecuencia, el sistema general para la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales en el Derecho chileno, es subjetivo; analítico, debido a la admisión de la *depeçage*; y conceptual, por la existencia de normas expresas que recogen la autonomía de la voluntad, excluyéndose en consecuencia la discrecionalidad judicial para determinar cuál es la norma más adecuada para regir un contrato internacional.

En cuanto a la extensión del principio, nosotros hemos dado una visión que en algunos aspectos es más restringida que la concepción defendida por los tratadistas, y en otros mucho más amplia. (129)

La gran restricción emana del requisito principal de su procedencia: que el contrato sea internacional, dado que nuestro concepto es restrictivo, pues no acepta cualquier elemento internacional, sino sólo la celebración en un país para ser ejecutado en otro diferente. También en cuanto a que las partes no pueden dejar de lado las disposiciones imperativas del Derecho escogido. En otros sentidos, es más amplia, por ejemplo al no exigir la existencia de un vínculo entre el Derecho escogido y el contrato, rechazando la teoría de la localización del contrato: admitiendo la elección de varios derechos (*depeçage*); que la elección sea realizada en cualquier momento, incluso después de celebrado el contrato principal; y, por último, que pueda variarse el Derecho escogido por las partes.

La llamada necesidad del vínculo entre el Derecho escogido y el contrato, exigida por algunos tratadistas, incluso entre nosotros, no tiene utilidad ni efecto alguno que no pueda ser conseguido por las

(129) Las materias de fondo en las que la autonomía rige o está prohibida, serán estudiadas en la segunda parte.

limitaciones que hemos planteado a la autonomía de la voluntad. Esta exigencia derivaría, en Chile, a nuestro juicio, de una imprecisa conceptualización del contrato internacional junto con una comprensión restringida de las excepciones estudiadas. El orden público y el fraude a la ley son dos excepciones a la aplicación en Chile del Derecho extranjero lo suficientemente poderosas y enérgicas como para impedir cualquier anomalía o falta de coherencia a la que pudiera llegarse como consecuencia de la aplicación del Derecho libremente elegido.

## CAPITULO V

## LA FORMA Y EL FONDO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

## §46. LA MAXIMA "LEGIS LOCUS REGIT ACTUM" EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Las diferentes posiciones acerca de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales que se han planteado en la doctrina, han polemizado en muchos aspectos de nuestro tópico, pero siempre coinciden en un punto: la forma de los actos se rige por la ley del país en el cual han sido celebrados u otorgados, en conformidad con el aforismo latino *locus regit actum*.

"En los orígenes (del DIPr), ninguna distinción se hacía entre la forma y la sustancia de los actos jurídicos: una y otra eran sometidas a la ley del lugar de conclusión del acto, en conformidad a la regla *locus regit actum*, desarrollada por los postglosadores. Es a partir del siglo XVI que esta fórmula ha sido reservada exclusivamente a la forma, mientras que la autonomía de la voluntad rige las materias de fondo". (130)

En la actualidad, las necesidades de rapidez y certeza en el tráfico internacional, han hecho que el principio goce de aceptación univer-

(130) LOUSSAOURN, IVONNE. *Droit International Privé*, Editorial Sirey, París, 1979, pág. 467.

En el mismo sentido, BATIFFOL, *Traité...* cit., tomo II, pág. 257.

sal en el derecho comparado, pues está referido en una forma fácil a la manera en que se exterioriza la voluntad de las partes, que por su naturaleza exige un cumplimiento rápido y considera, por lo demás, el hecho que ellas no se encuentran especialmente interesadas en las formalidades en cuanto tales.

#### §47. ANALISIS GENERAL DE LAS SOLEMNIDADES

Tanto las solemnidades *ad solemnitatem*, es decir, exigidas por el legislador en atención al acto del cual se trata, como las exigidas por vía de prueba, se encuentran sometidas al principio *locus regit actum*.

Es claro que las partes pueden siempre escoger si celebran un contrato por medio de un instrumento público o privado y ante qué funcionario lo harán. Pero no es menos cierto que la ley chilena no atribuye igual valor probatorio a cualquiera de esos instrumentos, pues en determinados casos resta valor a los instrumentos privados, cuando las leyes chilenas exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile. (131)

Si las partes celebran el contrato en el extranjero dejando constancia de él en un instrumento público, que es precisamente exigido por la ley chilena para actos que han de producir efectos en el país, tal ins-

trumento será reconocido en Chile, si se hubiere otorgado en conformidad a la ley del lugar de celebración.

Existe entonces una diferencia entre la forma en que se otorga el instrumento, y la necesidad de hacerlo por instrumento público. Por ejemplo, si la ley argentina permitiera que en una escritura pública se usen abreviaturas, se inserten palabras en idiomas extranjeros o existan enmendaduras, todo lo que conforme a las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales chileno no puede hacerse bajo pena de nulidad de la escritura, tal documento también será válido en Chile, por haber sido extendido en conformidad a las leyes del lugar en que se otorgó. Se ha cumplido en este caso con la necesidad establecida por la ley chilena de otorgar un instrumento público.

Cuando dos personas celebran en el extranjero un contrato por instrumento público, podrán escoger entre celebrarlo ante un notario del país, o ante un cónsul de Chile en esa nación. El funcionario del Estado de Chile otorgará la escritura pública de acuerdo con las solemnidades que fija el Reglamento Consular Chileno. (132)

El funcionario que otorga un instrumento público debe hacerlo en conformidad a su propia ley. Las partes no pueden indicarle que deberá otorgar el instrumento de acuerdo a otra legislación. No podría ser de otra manera, dada las disposiciones de derecho público que obligan a los funcionarios de los diferentes países a actuar de determinada manera. (133)

(131) *Derecho Civil.*

Artículo 17. La forma de los instrumentos públicos se determinará por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

Artículo 18. En los casos en que las leyes chilenas exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

(132) A propósito de esta distinción, la profesora española Elisa Pérez Vera, prefiere hablar de actos nacionales y actos extranjeros, por considerar que los actos otorgados ante los cónsules también son nacionales y, en consecuencia, escapan a la ley del lugar en que han sido otorgados, pues se rigen por la ley del funcionario. En este caso, el principio sería el de *actor regit actum*.

(133) Aquí se nota que carece de sentido que las partes expongan en el pacto de electio iuris que "la forma del acto se regirá por el derecho X", pues en el acto mismo queda ya de manifiesto que, o no han querido celebrarlo con formalidad alguna, o se han

Es por la posibilidad de escoger entre las formalidades del país de celebración, en el caso de preferir un notario del lugar, o de concurrir ante el Cónsul chileno, que se ha dicho que el principio *locus regit actum* es facultativo, opinión con la que concordamos.

El instrumento público extranjero debidamente legalizado y el otorgado ante un Cónsul chileno en el exterior, tienen el mismo valor en Chile.

Por lo general, resultará conveniente para las partes otorgar el documento de acuerdo a la ley del lugar donde tendrá sus efectos. (134)

#### §48. CAPACIDAD DE LAS PARTES

##### 48.1. Capacidad de los chilenos

En lo que se refiere a los contratos patrimoniales, que son los únicos que nos interesan en este trabajo, la capacidad de los chilenos se rige por la ley chilena, aunque el contrato se celebre en el extranjero, en virtud del artículo 15 del Código Civil. (135)

##### Continuación nota (133)

sometido a una ley, como si lo hubieran celebrado ante un cónsul chileno en el exterior. Entonces, podemos decir que solamente procedería la autonomía que hemos denominado impropia.

- (134) En materia de poderes internacionales, la Convención Interamericana correspondiente, que nosotros analizamos en la Segunda Parte, en el capítulo correspondiente a los contratos civiles, posibilita precisamente la elección entre el derecho del lugar de celebración o del lugar de ejercicio. La ley chilena ha dado reglas especiales que deben cumplir poderes otorgados en el extranjero para ejecutarse en Chile, en ciertos casos, como los de mandato para abrir una sucursal de Banco extranjero o sociedad anónima en Chile. Sobre este punto, ver el capítulo de los Contratos Comerciales Internacionales.

##### (135) Código Civil.

**Artículo 15.** A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero,

- 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile; (...)

La importancia de la norma radica en el hecho que, de no existir, sería perfectamente posible para los incapaces viajar a un país extranjero que, por ejemplo, estableciera la capacidad en una edad menor que la chilena, para celebrar válidamente allí un acto que fuera a tener efectos en Chile. En la práctica, la ley chilena perdería fácilmente su autoridad.

En consonancia con lo anterior, las formalidades habilitantes que establece la ley chilena, que se refieren precisamente a las autorizaciones para que los incapaces relativos ejecuten ciertos actos, deberán ser observadas. De lo contrario, el acto adolecerá de un vicio de nulidad relativa. (136)

Si el acto no produce efectos en Chile, entonces la ley chilena no se pronuncia sobre la capacidad de los chilenos para celebrarlo.

##### 48.2. Capacidad de los extranjeros

La capacidad de los extranjeros para celebrar contratos en Chile se rige por la ley chilena, como consecuencia de la concepción territorialista imperante en nuestro país, recogida por el legislador en el artículo 14 del Código Civil. (137)

Si los extranjeros celebran el acto en un país extranjero para tener efectos en Chile, la capacidad de ellos no es determinada por la ley chilena. Será determinada, según creemos, con arreglo a las disposiciones del DIPr del país en el cual se celebró el acto.

(136) *Formulando opiniones similares*, LOUSSAOURN, op. cit., pág. 475, N° 371.

(137) **Código Civil.**

**Artículo 14.** La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.



### 48.3. Capacidad en los Títulos de Crédito

"La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída.

Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considere válida la obligación". (138)

### 48.4. Capacidad de las personas jurídicas

Chile ha suscrito la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, aunque sin ratificarla.

Consideramos que son de interés los artículos 2º y 4º. (139) Estas disposiciones no regulan, según pensamos, la celebración de contratos internacionales por las personas jurídicas. Solamente se refieren a que los contratos internos que celebren estarán sujetos a la ley del lu-

(138) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 1976. Tal disposición también se aplica a los pagares y facturas por disposición de los artículos 9 y 10 de la misma Convención; y a los cheques, por lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, publicada en el Diario Oficial el 8 de julio de 1976.

(139) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

Artículo 2º. La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución.

Artículo 4º. Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos.

Hemos tomado esta Convención de la obra de don AVELINO LEON, *Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág. 141.

gar donde se celebren y ejecuten. Nada obsta a la elección del derecho extranjero en el caso de los contratos internacionales. La norma está inspirada en el principio que las personas jurídicas extranjeras no pueden reclamar la aplicación de su derecho nacional a los actos que celebren en otro país, lo que está expresamente consagrado en otras áreas de nuestro derecho. (140)

Por ningún motivo entonces, podría interpretarse que los contratos internacionales que celebren las personas jurídicas serán regidos por la *lex loci executionis* en todos sus aspectos, ya que si así fuera, se excluiría del régimen general de los contratos internacionales, el de la autonomía, a los principales actores del comercio internacional.

### §49. OTROS ELEMENTOS DE FONDO Y EFECTOS DEL CONTRATO

Todos los otros elementos del fondo del contrato están sometidos a la ley que las partes hayan escogido, en conformidad a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, la litud del objeto y de la causa, y el momento en el cual el contrato ha de entenderse perfeccionado se regirán por la ley escogida. En cuanto al último punto, esto ha de entenderse sin perjuicio de lo dicho respecto de la exigencia de solemnidades que en determinados casos prescribe la ley chilena.

Así puede apreciarse la sencillez de la concepción de la autonomía de la voluntad que defendemos. Todos los elementos del contrato se rigen por el derecho designado por las partes, incluso si no tiene vínculo alguno con el contrato, pero si el acto produce efectos en Chile, la capacidad de los chilenos se aprecia en conformidad a las le-

(140) Por ejemplo, tratándose de los Bancos. Ver: Segunda Parte, Contratos Comerciales.

yes chilenas, y deberán observarse formalidades habilitantes si lo exige la ley chilena.

Y respecto de todos los otros elementos, la excepción de orden público y de fraude a la ley penden como espada de Damocles sobre el derecho escogido. Estas solas excepciones son suficientes para garantizar la coherencia interna del ordenamiento jurídico chileno, y no es necesario recurrir a otras.

## §50. PARTE DEL CONTRATO Y DEPEÇAGE

Recién ahora, nos será más fácil apreciar la forma en la que puede operar el dépeçage voluntario en el contrato internacional. Como la ley que rige cada uno de los elementos del contrato puede no ser aplicada en virtud de la excepción de orden público, no será conveniente que las partes realicen el dépeçage refiriéndose a un derecho nacional por cada requisito general o especial del contrato.

Será preferible que la referencia sea hecha por lo que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado llama 'aspectos'. Por ejemplo, sobre la formación del consentimiento regirá el derecho X; sobre la interpretación, el derecho Y; y a los efectos y extinción, se aplicará el derecho Z. Es cierto que el mismo inconveniente se plantea en este caso, pero esta forma de realizar el dépeçage es más sencilla en su operación por ser menos interdependientes los aspectos y menos probable la nulidad.

El dépeçage plantea serios problemas procesales, en cuanto a la prueba del derecho escogido, por lo que pareciera ser más conveniente que las partes ejercitaran su autonomía material, dictando por ellas mismas las normas que crean más convenientes, o reproduciendo en el contrato las normas del derecho escogido, sin mencionar en modo alguno que se están refiriendo a un derecho nacional. Así, cuando de-

ba operar el dépeçage, no deberán probar que el derecho escogido es efectivamente ese, bastando la sola prueba del contrato. Tampoco se planteará el problema del cambio de las disposiciones legales del derecho escogido y su aplicabilidad al contrato.

Este último proceder, sin embargo, presenta el inconveniente de la falta de rapidez y economía, adaptándose muy bien a los grandes contratos internacionales negociados *inter presentes*, que suponen largas y detalladas negociaciones, pero no a los que se celebran por medios de comunicación, como habitualmente sucede en el caso de la compraventa internacional. En este último caso, será mucho más conveniente la referencia al derecho escogido. No hay que olvidar tampoco que las partes se pueden someter a una norma de derecho uniforme, sin referencia a un ordenamiento nacional, como en un contrato de transporte en el que se refieren a un tratado internacional en forma directa.

## CAPITULO VI

### CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §51. LOS DIFERENTES CRITERIOS DE CLASIFICACION

Los contratos internacionales son susceptibles de las mismas clasificaciones que los contratos internos. Existen algunas de ellas, no obstante, que presentan rasgos de interés especial, en función de los siguientes criterios:

##### A. MATERIA SOBRE LA CUAL VERSAN

Se clasifican de acuerdo a este criterio en civiles, comerciales, de trabajo y mineros.

No hay contratos internacionales administrativos. (141)

La distinción entre contratos civiles y comerciales ya está cayendo en franco descrédito en el derecho comparado, a tal punto que la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías la abandona. La única importancia verdadera es que los contratos comerciales no pueden versar sobre inmuebles.

(141) Ver Segunda Parte, Capítulo XIII Contratos Internacionales en los que es parte el Estado.

Los contratos de trabajo, plantearán problemas fundamentales a la hora de tratar sobre la autonomía de la voluntad. Por su parte, los contratos mineros están sometidos a las mismas reglas que los del derecho común, según lo dispuesto en el artículo 176 del Código de Minería.

## B. REGULACION JURIDICA

Muy característico en la contratación internacional la celebración de diversos contratos que no son de uso habitual en el derecho interno, sobre todo en el área comercial, como los de transferencia de tecnología, o los de franchising, joint venture, factoring.

Muchos de estos contratos se rigen exclusivamente por normas consuetudinarias propias de los comerciantes, y aún no han sido regulados en la legislación interna.

Existen entonces contratos innominados en el derecho interno y contratos innominados en el derecho internacional. Esta característica no siempre coincide en los dos ámbitos.

La compraventa es nominada tanto en el ámbito interno como en el internacional; el mutuo es objeto de una disposición aislada para su joint venture, por último, es innominado en ambos órdenes.

La gran importancia de esta clasificación radica en la certeza que tendrán las partes acerca del régimen aplicable a su relación jurídica desde el momento mismo en el que comienza la negociación, situación que está íntimamente relacionada con la autonomía de la voluntad.

## C. GRADO DE IMPORTANCIA

Es importante distinguir entre los contratos principales y accesorios, (142) tratándose de los contratos internacionales.

El aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podría llevarnos a pensar que en el contrato accesorio, aunque no sea internacional según nuestro concepto, también se puede escoger el derecho aplicable por el solo hecho de acceder a uno principal verdaderamente internacional. Tal aserto no corresponde a la realidad.

Para poder escoger el derecho aplicable conforme al principio de la autonomía de la voluntad, cada uno de los contratos debe ser internacional.

Si el contrato principal es interno, no puede ser garantizado con un contrato internacional. (143)

En cambio, un contrato internacional puede ser garantizado con un contrato interno.

## D. PERSONAS QUE INTERVIENEN

De acuerdo a este criterio los contratos se clasifican en suscritos entre particulares, entre un particular y el Estado, entre dos Estados o entre un Estado y una organización internacional.

(142) En cuanto a los contratos accesorios, incluimos en ellos principalmente a los de garantía. Existen tipos especiales de ellos para el tráfico internacional, que no abarcamos en este trabajo por exceder con mucho los propósitos generales que hemos planteado.

(143) Esto por una cuestión práctica. En Chile, como se verá en el capítulo destinado a los contratos civiles, la fianza hipotecaria sobre bienes inmuebles que se encuentren en el extranjero carecerá de eficacia.

El solo hecho que intervenga el Estado en un contrato internacional, hace que surjan problemas especiales, como el de la representación, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Estos contratos serán tratados en un capítulo especial. Es importante diferenciar los tratados internacionales de los contratos internacionales.

## E. RELACION ENTRE VARIOS CONTRATOS

Con arreglo a este criterio, es preciso distinguir entre los contratos independientes, simplemente conjuntos y los coligados.

En este último caso, debe tratarse de varios contratos suscritos entre las mismas partes, pues de lo contrario serían solamente varios contratos celebrados en forma simplemente conjunta. Para estos efectos, debe distinguirse entre el contrato y el documento en el cual se deja constancia de él, ya que en un solo documento pueden constar varios contratos.

En una compraventa internacional, por ejemplo, es habitual que también se pacte un contrato de seguro y uno de transporte. Rara vez las partes serán las mismas en los tres contratos. En el de compraventa existirá el comprador y el vendedor, en el de seguro necesariamente deberá intervenir una compañía de seguros, y en el de transporte, un transportista. Es necesario aquí atender al concepto de 'operación comercial', que quiere decir lo mismo, grosso modo, que los contratos coligados, pues en una operación se celebran varios contratos que están unidos por un vínculo económico o comercial común.

## CAPITULO VII

### LA FORMACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §52. GENERALIDADES

Los conflictos de leyes relativos a los contratos, pueden presentarse en cualquier etapa del desarrollo de la relación jurídica. Por lo tanto, resulta natural que ellos también se planteen a propósito de su formación, pues las diferentes leyes nacionales pueden diferir en las normas internas acerca del momento en el cual se entienden perfeccionados los contratos.

Para las partes resulta imprescindible saber el momento a partir del cual todos sus acuerdos, incluidos el pacto de electio iuris y el de electio forum, serán obligatorios y tendrán plenos efectos; cuáles son sus deberes durante el período precontractual, si la infracción de alguno de ellos puede llevar aparejada alguna responsabilidad, y de acuerdo con qué ley ella se determinará. Deberán saber, además, si existen normas diferentes de las internas que rijan todos estos aspectos en las relaciones internacionales.

#### §53. EL PROCESO DE NEGOCIACION

El proceso de negociación de un contrato internacional plantea particulares problemas, especialmente en los grandes contratos, en los que se ven envueltos intereses comerciales de la más alta envergadura.

A nivel internacional existen ciertas prácticas que no son expresamente reconocidas por el derecho chileno. Nos referimos a ciertos usos comunes en los procesos negociadores, a través del intercambio de documentos tales como las cartas de intención, o el uso de los llamados *gentlemen's agreements*.

Este tipo de prácticas emana de las necesidades propias de una negociación internacional, en la que, por una parte "las partes desean permanecer libres y no contraer obligación contractual alguna hasta que no se hayan discutido todos los elementos esenciales del contrato, y por otra, necesitan una garantía que la otra parte continuará con la negociación, evitando así el riesgo de ver reducidos a la nada todos los esfuerzos —incluidos los financieros— hechos hasta ese momento". (144)

En las cartas de intención, una de las partes expresa su ánimo de comportarse de determinada manera, pero sin el propósito de obligarse jurídicamente a ello. Se usan especialmente en las tratativas que celebran las casas filiales, quienes suelen presentar cartas de sus casas matrices, que expresan la intención de aumentar el capital, o de responder de las deudas que contraiga la casa filial. Estos documentos se diferencian nítidamente de los contratos de garantía, pues se trata de actos unilaterales, y no requieren necesariamente que la casa filial no cumpla con sus obligaciones (145). Si la casa matriz expresa, por ejemplo, su intención de invertir cuantiosos capitales, no podrá ser obligada a ello, pero esta información tiene mayor o menor valor comercial, dependiendo de la seriedad de la institución.

Los *gentlemen's agreements*, por otro lado, son aquellos acuerdos a los que llegan las partes, expresando su intención de mantenerlos al

margen del derecho y que no produzcan efectos jurídicos propiamente tales, sino que queden entregados exclusivamente a la caballerosidad de las partes, al terreno netamente moral. Por consiguiente, no podrá pedirse su cumplimiento forzoso.

El derecho anglosajón tiende a la aceptación de tales pactos, mientras que los sistemas continentales los repudian.

Nosotros, que nos hemos negado a la existencia de los contratos sin ley, no podemos sino rechazar la posibilidad de las partes de excluir los acuerdos del terreno jurídico. (146)

#### §54. MOMENTO EN EL QUE SE PERFECCIONAN LOS CONTRATOS

En nuestro Código Civil, no se han dado normas generales acerca del proceso de formación del consentimiento en los contratos. Después de la dictación del Código de Comercio, se discutió si las normas que allí se daban eran igualmente aplicables a los contratos civiles. La jurisprudencia ha aceptado que sí, basada principalmente en el mensaje del Código de Comercio.

En el ámbito internacional, que es el que atañe a este trabajo, no existen normas generales, al igual que en el derecho interno. Esto reviste particular gravedad dado especialmente de la materia que se trata.

No se dan normas al respecto en el decreto ley N° 2.349.

(144) *Dictionnaire Joly Pratique des Contrats Internationaux*, Livre III, L'élaboration du contrat international. BOURDELOIS, BEATRICE, pág. 3

(145) *Id.*, págs. 4 y siguientes.

(146) La situación sería parecida, en algún modo, a la de las obligaciones naturales. Sin embargo, en ellas como en otros casos que existen en el derecho chileno y que se discute si también lo son, nunca son las partes las que determinan que la obligación carezca de una acción civil; siempre es el legislador el que determina que por diversos motivos la obligación no esté protegida por una acción civil (por haber transcurrido el plazo de prescripción, por no haber sido probada en juicio, etc.).

Solamente la Convención de la ONU relativa a la Compraventa Internacional de Mercaderías se pronuncia sobre el tema en sus artículos 14 al 24.

Las normas contenidas en esta Convención difieren sustancialmente de las contenidas en el Código de Comercio. Se consagra la doctrina del conocimiento (147), es decir, que el contrato se encuentra perfecto desde que la aceptación llegue a conocimiento del oferente. Por el contrario, según el Código de Comercio, basta que se produzca la aceptación para que el contrato se reputa perfecto.

#### §55. MEDIOS POR LOS QUE SE TOMA EL ACUERDO Y LUGAR DE CELEBRACION DEL CONTRATO

Dentro de la multiplicidad de medios de comunicación existentes en la actualidad, existen algunos que permiten una comunicación instantánea entre las partes, como el teléfono, la video conferencia, y otros en los que es necesario dejar pasar algún tiempo más o menos breve para esperar la respuesta de la contraparte, como el correo, el fax, el telex y otros.

La Convención de la ONU sobre la Compraventa Internacional ha considerado los modernos medios de comunicación, en su artículo

#### (147) Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

*Artículo 23.* El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

*Artículo 18:* "...Nº 2 La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente".

#### Código de Comercio

*Artículo 101.* Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente.

20. (148) Es cierto que a las mismas soluciones puede llegarse en el derecho interno por medio de la interpretación de las reglas del Código de Comercio. (149)

En la práctica, no importa el medio por el que se tome el acuerdo, ya sea este visual (por escrito o meramente por imágenes), auditivo o audiovisual. Lo único importante es que una parte reciba de un modo u otro la expresión de la voluntad de la otra parte.

Un aspecto que no es previsto expresamente por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, es el lugar de celebración del contrato. La solución dada por el artículo 104 del Código de Comercio es plenamente aplicable a los supuestos internacionales. (150)

#### §56. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El principio de la buena fe, existente en la generalidad del derecho chileno, tanto en la formación, celebración y cumplimiento del con-

(148) Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Artículo 20:* Nº 1 El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere designado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

(149) Sobre los problemas especiales de los contratos celebrados por medio de télex, véase el artículo "International Telex Contracts", por JOSEPH BECKER, publicado en el *Journal of World Trade Law*, 1983, volumen 17, pág. 106 y siguientes. Se consagra en Inglaterra la doctrina de la aceptación. El autor se admira que en la jurisprudencia más importante que se ha referido al punto, no se haga alusión a normas de derecho internacional privado para llegar a dicha solución.

#### (150) Código de Comercio.

*Artículo 104:* Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada.

trato, también se extiende, naturalmente, al ámbito internacional. Afortunada en modo especial resulta la expresa consagración del principio en el artículo 7° de la Convención de la ONU sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. (151)

El tema de la responsabilidad precontractual de las futuras partes se encuentra íntimamente ligado al tema del momento en que se entiende de perfeccionamiento el contrato. Esto resulta inobjetable dado que, una vez perfeccionado el contrato, la responsabilidad será contractual. ¿Cuándo se entiende que las partes han incurrido en responsabilidad precontractual con sus actos? (152) ¿De acuerdo a qué leyes deberían resolverse tales conflictos?

En doctrina, dos sistemas se han ideado para resolver este conflicto. Uno es el de resolverlo de acuerdo a la ley que resultaría aplicable en caso que el contrato hubiera quedado plenamente formado (*lex hypothetici contractus*). El otro, es el de aplicar la ley competente para conocer de los delitos o cuasidelitos (*lex loci delicti commissi*).

"El principio de la autonomía de la voluntad conflictual no puede ser negado en relación a la responsabilidad precontractual. Ello dará lugar a un fraccionamiento legislativo voluntario pero impropio, ya

(151) Artículo 7°: 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

(152) En lo que respecta a los contratos internos, se ha sostenido que la responsabilidad precontractual existe, basándose en los artículos 1554, 2314 y 2389 del Código Civil. Ver ROSENDE ALVAREZ, HUGO. *Algunas consideraciones sobre la Responsabilidad Precontractual*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979.

que no afecta al régimen del contrato entendido *stricto sensu*". (153) En este caso, se aprecia, se ha preferido el sistema de la autonomía de la voluntad, incluso referida a la fase precontractual. Así, se presupone que las partes, al entrar en conversaciones, acuerdan que cualquier disputa que pudiera surgir antes de concluir el contrato, se resolverá de acuerdo a una ley determinada.

En estricto rigor, la autonomía de la voluntad en esta fase no es lo mismo que la *lex hypothetici contractus*. Esta última supondría que existe una sola ley aplicable al contrato, que podría ser conocida aún antes de celebrado éste, negando de esta forma todos los tipos posibles de *dépeçage*, que hemos referido con anterioridad.

Para el caso en el que las partes no se han pronunciado, es preferible, en nuestra opinión, el sistema de la *lex loci delicti commissi*, tanto porque no es posible aplicar en los mismos términos la autonomía de la voluntad a una responsabilidad contractual que a la precontractual, como porque el hacerlo supone que existe una sola ley aplicable a la totalidad del contrato, lo que muy rara vez es el caso. La ley aplicable a los delitos o cuasidelitos es mucho más sencilla: aquella donde se han cometido. Creemos que cuando las partes han infringido la obligación de buena fe durante el período de las negociaciones, han cometido ilícito que debe ser reparado. Esto se producirá en el caso de ofertas destinadas a inducir a engaño, de negociaciones con meros propósitos dilatorios mientras el oferente negocia con la competencia de su contraparte, de retractaciones intempestivas, aceptaciones tardías, con el propósito de inducir a error al oferente, etc. No puede limitarse en forma taxativa todos los casos en los que se incurrirá en responsabilidad precontractual. Ella existirá en todos los casos en que se actúe de mala fe, que consiste en "dejar creer a la contraparte que se tiene la intención de concluir un contrato cuando en realidad

(153) CARRASCOSA, JAVIER. op. cit., pág. 169.



no es así, o hacer a la ligera una invitación a entrar en negociaciones". (154)

## §57. BATTLE OF FORMS

Este es un problema particular que se observa en los contratos en los que intervienen grandes empresas multinacionales, bancos o Estados extranjeros.

En estos casos, todo el proceso negociador se encuentra previsto en los complejos reglamentos de estas entidades, y es difícil determinar cuando se producen las ofertas y los consentimientos, si ellos se han realizado válidamente, según lo previsto en tales formularios. El término inglés *battle of forms* ('batalla de los formularios') es el que se ha impuesto para designar tales problemas.

La importancia de esta situación es radical, pues cualquier error por parte de los representantes en su manera de actuar al no ajustarse a lo previsto en tales reglamentos o formularios internos de las instituciones puede conducir a que el contrato no sea válidamente formulado.

(154) Dictionnaire Joly citate, pág. 27. Véase en esta página y en las siguientes la extensa jurisprudencia de diversos países europeos, siempre afirmando la posibilidad de incurrir en la responsabilidad precontractual, en términos muy similares.

## CAPITULO VIII

### INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §58. LA LENGUA DEL CONTRATO INTERNACIONAL

El tráfico internacional supone como problema primero al que muy probablemente se enfrentarán las partes, el de la lengua en la cual se efectuarán las negociaciones, se redactarán los contratos correspondientes, y se resolverán los conflictos que pudieran surgir. De este modo, el acuerdo sobre la lengua deberá ser el primer acuerdo al que deberán llegar las partes, lo que no significa necesariamente que se discuta sobre este punto, después de una negociación.

"No se debe confundir con la auténtica autonomía, consistente en el derecho a elegirse su propia ley, la *autología* que comprende el derecho a escoger el idioma en que se redacta el negocio. La autología se da siempre con tal de que la ley no disponga lo contrario. Por regla general impone la parte fuerte, por ejemplo, el prestamista, a la débil, verbigracia, al prestatario, su idioma como texto oficial. Francia reafirmó recientemente la ley del 31 de diciembre de 1975, sobre la obligatoriedad del uso del francés, que declara el francés como lengua obligatoria." (155) por ejemplo, para contratos de trabajo a cumplir

(155) Sobre esta ley, véase DELAPORTE, VINCENT: *La loi relative à l'emploi de la langue française*. En: *Revue Critique de Droit International Privé*, T. 65, págs. 447 y siguientes.

en Francia; un texto no francés no produce prueba. La ley se considera como ley de orden (*loi de police*)". (156)

Cuando se trata de empresas multinacionales, con negocios en varios países de lenguas distintas, sin embargo, es probable que se redacten varios contratos en lenguas diferentes, pudiendo escogerse un idioma como lengua oficial, o sostenerse que todas las versiones son igualmente válidas.

De cualquier forma, el idioma escogido tiene una estrecha relación con las cláusulas de elección de derecho y foro. Frecuentemente, la lengua escogida será la misma de los árbitros, o del tribunal. (157) Resultaría extraño encontrar un contrato redactado en español que se somete al derecho inglés y a los tribunales franceses. El derecho está expresado en un idioma y, por lo tanto, si se quiere una justa e informada resolución de un conflicto, debería escogerse precisamente ese idioma.

En el mundo actual, el inglés ha tomado la característica de ser una verdadera *lingua franca*, que se supone manejan aunque sea mínimamente los que se dedican a ciertos negocios internacionales.

Muchos términos comerciales están recogidos solamente en lengua inglesa.

Las distintas legislaciones podrían adoptar respecto a la lengua dos posiciones: sostener que se trata de un contrato nacional aquél que está redactado en su propia lengua o, por el contrario, sostener que un contrato que no está redactado en su propia lengua no es nacional. La primera posición es excesivamente amplia e incluye a muchos

(156) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 198.

(157) En este sentido, KAHN, PHILIPPE. *L'interprétation des contrats internationaux*. En: *Revue critique de Droit International Privé*, 1981, págs. 5 y siguientes.

contratos que pueden ser extranjeros o internacionales. La segunda, es restrictiva en exceso.

Consideramos que la lengua no es un elemento internacional relevante para caracterizar a un contrato como internacional. Así, por el solo hecho que un contrato esté redactado en idioma inglés, no significa que deba aplicarse el derecho inglés, o que no deba aplicarse el derecho chileno al caso. Un contrato puede estar redactado en inglés o en cualquier otra lengua que no sea el español, sin perder por ello el carácter de contrato interno chileno. Basta que la celebración y cumplimiento del contrato se hayan realizado en Chile, para que la ley chilena rija todos los aspectos del contrato. Lo planteado está en consonancia con el rechazo que hemos formulado a la nacionalidad de las partes y su domicilio como elementos internacionales relevantes para convertir un contrato en internacional. Por lo tanto, un extranjero que esté de paso en nuestro país y que compra un producto cualquiera, puede verse obligado a redactar el contrato en un idioma extranjero, por falta de conocimientos de la lengua de Cervantes. No por ello deja de tratarse de una compraventa netamente interna.

## §59. LAS NORMAS DE INTERPRETACION EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Los artículos 8° y 9° de la Convención tratan sobre la interpretación del contrato de compraventa internacional. (158)

(158) Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 8°.

1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias per-

Al comparar tales normas, queda en evidencia que varias de ellas coinciden con las internas, con algunos matices.

Llama la atención que no se refiera a la intención de ambas partes. Pensamos que ello se debe a que la Convención está pensando en contratos que han sido celebrados por medios no instantáneos, como el telegrama o el télex, en los que no puede formarse una intención común. El recurso a la noción de la persona razonable es análogo al buen padre de familia del que habla el Código Civil al definir la culpa contractual. Del conjunto de las normas se aprecia que no existen grandes diferencias entre el sistema de la Convención y el del Código Civil, siendo ambos subjetivos.

Durante la discusión de la Convención, la Cámara de Comercio Internacional expresó que "no es aceptable permitir que prevalezca la intención de una de las partes sobre el sentido ordinario o corriente, ni siquiera cuando pueda sostenerse que la otra parte 'no haya podido desconocer' que la primera se expresó impropriamente. Es claramente insatisfactorio que el punto de partida para la interpretación de términos comerciales tales como FOB o CIF deba ser lo que una parte haya podido saber respecto de la intención de la otra, en lugar del sentido usual que se les dé en los medios comerciales pertinentes.

#### Continuación nota (158)

tinientes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera práctica que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

#### Artículo 9°:

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

tes. En las relaciones comerciales, el sentido objetivo es el único aceptable en materia de interpretación". (159)

Al formular esta crítica, en nuestra opinión, la Cámara soslaya el hecho que los INCOTERMS sólo son aplicables si las partes han expresado su opinión en tal sentido. Una vez escogidos, no cabe duda que los términos FOB o CIF se interpretarán de la manera establecida en el catálogo, pero porque las partes expresamente así lo quisieron. Los INCOTERMS se interpretarán siempre de la misma forma, tal es su propósito, pero eso no significa que se haya abandonado el criterio subjetivo de interpretación.

#### \$60. LOS INCOTERMS

Los INCOTERMS (International Commercial Terms) son ciertos términos codificados por la Cámara Internacional de Comercio de París, con la intención de facilitar las negociaciones en la compraventa internacional de mercaderías, pues a menudo las partes de un contrato tienen un conocimiento impreciso de las distintas prácticas comerciales utilizadas en sus respectivos países. Esto puede dar pie a malentendidos y a procesos judiciales, con todo lo que ello implica en pérdidas de tiempo y dinero. Para solucionar estos problemas, la Cámara de Comercio Internacional publicó por primera vez en 1936 una serie de reglas internacionales para interpretación de los términos comerciales. Dichas reglas fueron conocidas con el nombre de Incoterms 1936. Ellas han sido enmendadas en los años 1953, 1967, 1976, 1980 y últimamente en 1990, con el objeto de ponerlas al día respecto a las prácticas comerciales más modernas.

(159) Ver la cita de esta opinión, recogida en ESPINA OTERO, ALBERTO Y QUINTANA HURTADO, ALEJANDRO. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Análisis de la Convención de las Naciones Unidas*. Memoria de Prueba. Editorial Jurídica de Chile, 1985, págs. 37 y 38.

"El objeto de los Incoterms es el de establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional. Así podrán evitarse las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de tales términos en distintos países o, por lo menos, reducirse en gran medida". (160)

Ellos se refieren a diferentes siglas que se usan principalmente para saber cuáles son las prestaciones que incluye el precio en la compraventa internacional.

Por ejemplo, la sigla CIF (Cost, Insurance and Freight) (Costo, Seguro y Flete), significa que en el precio de la oferta el oferente incluye los costos de la cosa y además los gastos que demandará el seguro y el transporte de ella, obligándose a entregar la mercancía a bordo del buque, en el puerto de embarque, en la fecha o dentro del plazo estipulado.

Como este, existen otros términos que detallan con precisión las obligaciones a las que se sujeta una u otra parte facilitando enormemente todo el proceso de negociación.

Los INCOTERMS, que ocupan un lugar destacado entre los usos comerciales a los que hace alusión la Convención de la ONU, posibilitan la negociación rápida y precisa de compraventas internacionales *inter absentes*, a través de medios de comunicación. Esta es su mayor utilidad. Es claro que si ambas partes negociaran el contrato *per presentes*, en un mismo país, las siglas perderán mucho de su utilidad, pues ya no será tan necesario contar con ese lenguaje debido a que la cercanía permite la discusión a fondo de cada una de las cláusulas.

Finalmente, es necesario resaltar que los INCOTERMS, a pesar de su nombre, no se refieren a una nomenclatura comercial variada,

sino que están referidos únicamente a la compraventa comercial, detallándose si en el precio de venta se incluye el seguro y flete, según la vía a emplear para el transporte.

## §61. EL CODIGO DE BUSTAMANTE

En una disposición plenamente concordante con las normas del derecho privado chileno, formulado para el tráfico interno, (161) el Código de Bustamante establece que los contratos se interpretarán en conformidad con la ley que los rija, que no es otra que la que las partes han determinado autónomamente. Si bien es cierto que este Código no dice expresamente que los contratos se interpretarán de acuerdo con la intención de las partes, ello se debe nada más que a la técnica propia del DIPr. No se consagró directamente la solución, pero las partes pueden escoger para interpretar su contrato una ley que contenga un sistema subjetivo, como también una que tenga otro objetivo, según les parezca más conveniente, realizando, si fuere necesario, un *dépeçage* convencional para establecer que la interpretación se regirá por una ley diferente de la escogida para el resto del contrato. (162)

### (161) Código Civil

*Artículo 1560:* Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

### (162) Código de Bustamante

*Artículo 184:* La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija.

Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de la voluntad.

*Artículo 185:* Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara.

*Artículo 186:* En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

60) Véase INCOTERMS 1990, Cámara de Comercio Internacional de París, 1990, pág. 3.

## CAPITULO IX

### EFFECTOS Y EXTINCION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §62. EFECTOS

Durante mucho tiempo, los artículos 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio fueron los únicos preceptos a partir de los cuales debía resolverse los grandes problemas planteados por los contratos internacionales: su concepto, los métodos usados para determinar la ley aplicable al fondo y a los efectos de los mismos; y la relación con la ley que rige los bienes. Ellos resultaron ser francamente insuficientes para resolver todos esos puntos, lo que quedó de manifiesto en las diversas interpretaciones formuladas por la doctrina.

Algunos autores sostuvieron que la autonomía de la voluntad estaba contemplada en tales disposiciones, mientras que otros resolvieron el problema sin siquiera mencionarla. (163) Entre los que la acep-

(163) En general, los autores de Derecho comercial no han abordado en profundidad todas las implicancias del artículo 113 del Código de Comercio. Se encuentra entre ellos incluso un desconocimiento de la doctrina de la autonomía de la voluntad, que no se encuentra ni siquiera esbozada en las correspondientes obras de Derecho comercial. En este sentido, Ver: OLAVARRIA AVILA, JULIO. *Manual de Derecho Comercial*, tomo II, Editorial Jurídica, 1956, págs. 308 y 309: "Leyes que rigen los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en Chile. El Código de Comercio no innova en cuanto a las reglas que deben aplicarse a los contratos que se celebran en el extranjero y que deben cumplirse en Chile. Por el contrario, se remite en el artículo

taron, hubo quienes postularon que ella podría conducir incluso a que un Derecho extranjero rigiera los efectos de los contratos civiles y comerciales que se ejecutan en Chile, no observando diferencias entre los artículos mencionados. (164) Otros, sostuvieron que a los efectos de los contratos civiles se aplica la ley chilena (artículo 16 inciso 3º Código Civil) y también a los comerciales; en este último

#### Conclusión nota (163)

...3 expresamente a las normas dadas sobre el particular por el Código Civil en su artículo 16. En consecuencia, la regla "locus regit actum", la ley del lugar rige el acto, se aplicará a la celebración del contrato y a su perfeccionamiento, pero como lo dice el inciso final de ese artículo 16, los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas". Incluso se ha llegado a calificar el artículo 113 como inútil. Ver: VARELA, RAUL. *Derecho Comercial*. Tomo III Obligaciones y Contratos. Editorial Universitaria, Santiago, 1966, pág. 27: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, se rigen por la ley chilena, de acuerdo con lo que prescribe el inciso final del artículo 16 del Código Civil. Así, pues, la entrega, pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes nacionales, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa. Esto es lo que dispone el artículo 113 en un precepto inútil pues se limita a decir algo que habríamos concluido, aun en su defecto".

(164) Ver: ALBONICO, FERNANDO, op. cit., pág. 143: "En este artículo (el 16 del Código Civil), que da valor y eficacia a las estipulaciones de los contratos celebrados en país extraño conforme a una legislación extranjera, se ha reconocido que los contratantes pueden regirse por otra legislación que la nacional, es decir, por aquella que los contratantes contemplaron al celebrar la convención.

Por su parte, el Código de Comercio, reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional, en el artículo 113 fue más lejos aún: declaró expresamente que las partes podían sujetar los efectos de los contratos celebrados en país extraño para cumplirse en Chile, a la legislación que quisieren; esta disposición no es como se ha creído, una excepción o contradicción a lo establecido por el inciso final del artículo 16 del Código Civil, que sujeta los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile a las leyes chilenas; no, el legislador del C. Civil no creyó necesario establecer que las partes podrían estipular lo contrario; lo subentendió, ya que el Código en dicho inciso, sólo está interpretando la voluntad presunta de los contratantes.

caso, a menos que los contratantes hayan dispuesto otra cosa (artículo 113, Código de Comercio).

La conceptualización del contrato internacional, como vimos, no fue abordada por la doctrina más antigua. (165) Los autores, sin pronunciarse sobre el concepto, y basados en la clara distinción formulada en los artículos mencionados, procedían a distinguir entre los contratos celebrados en Chile para ser ejecutados en el extranjero y los celebrados en el extranjero para ser ejecutados en Chile, determinando la ley aplicable a ellos. (166)

Esta forma generalizada de abordar el asunto en nuestro Derecho no hace más que ratificar, a nuestro juicio, el concepto que dimos de contrato internacional: el único elemento relevante para convertir un contrato en internacional, para el Derecho chileno, es su ejecución total o parcial en un país diferente de aquel en el que se celebró. Esta es la razón por la cual la doctrina en Chile, que abordó la problemática del contrato internacional sin mencionarlo por su nombre, nunca se preguntó si otros elementos extranjeros podrían influir sobre la ley aplicable al contrato; debe entenderse que tácitamente se pensó que no existía tal posibilidad.

Hoy día, el protagonismo de ambas disposiciones para resolver los problemas de los contratos internacionales, ya no es exclusivo. De ellos se extrae el concepto y ya no hay duda que, interpretados sistemáticamente con otras disposiciones que hemos citado (167),

(165) Véase §8.

(166) También se han tratado los contratos celebrados en el extranjero para ser ejecutados en otro país extranjero, pero cuyo cumplimiento se pide en Chile. Nosotros preferiremos tratar tal situación, a la que agregaremos los contratos internos extranjeros cuya ejecución se pide en Chile, en la tercera parte, por estar indisolublemente ligados al problema de la determinación del foro. En este capítulo, por motivos de claridad de la exposición, haremos abstracción de dicha materia.

(167) Ver § 17.

contemplan la autonomía de la voluntad. Este principio, sin embargo, admite excepciones, que serán estudiadas en la segunda parte.

En consonancia con nuestro concepto y con el tratamiento de la materia que hace la generalidad de la doctrina chilena, estudiaremos los efectos de los contratos haciendo uso de la tradicional distinción.

#### A. CONTRATOS CELEBRADOS EN CHILE

En conformidad con el concepto que hemos encontrado de contrato internacional, es forzoso concluir que si un contrato se celebra en Chile para producir todos sus efectos en Chile, se trata de un contrato interno. Ningún problema de DIPr se plantea en este caso, quedando totalmente excluida la autonomía de la voluntad para determinar el Derecho aplicable o para escoger un foro extranjero. (168) Ninguna influencia tendría que una o ambas partes fueran extranjeras, o domiciliadas fuera del territorio nacional.

La imprecisión en el concepto de contrato internacional ha llevado a algunos autores a posiciones extremas. Así, se ha sostenido que en los contratos celebrados en Chile "rige en primer lugar la ley que las partes hayan elegido expresamente aunque no tenga relación con el contrato de que se trate, por las siguientes razones:

- a) El artículo 1545 del Código Civil que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, sin exigencias adicionales y que es plenamente aplicable, sin discusión, al menos para los contratos celebrados en Chile.

(168) Dado que los autores no se pronuncian acertadamente sobre el concepto de contrato internacional, no queda más remedio que examinar los ejemplos que ellos dan, los que no son siempre coincidentes: Véase nota N° 17, en el cual Vera da un ejemplo que calza perfectamente con nuestro concepto.

- b) El D.L. N° 2.349, publicado en el D.O. el 28 de octubre de 1978, que se refiere a los contratos internacionales para el sector público, consagra esta doctrina. Este cuerpo legal declara válidos los pactos destinados a sujetar al Derecho extranjero los contratos internacionales del sector público, sin exigir que el contrato se haya celebrado en el extranjero. Si esto se admite para el sector público, es obvio que con mayor razón es aplicable al sector privado". (169)

En conformidad a esta doctrina, y dado que en ninguna parte del trabajo se alude expresamente al elemento extranjero necesario para que el contrato sea internacional, es forzoso concluir que en cualquier contrato celebrado en Chile, que produce todos sus efectos en Chile, sería posible escoger una ley extranjera, lo que ya hemos rechazado categóricamente. (170)

Los contratos celebrados en Chile para producir efectos en el extranjero no se encuentran previstos en nuestro Derecho en ninguna norma expresa. Estos contratos, quedan incluidos en el concepto de contrato internacional y, por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho chileno, podrá escogerse el Derecho aplicable. Sobre sus efectos, sin embargo, la ley chilena nada podrá preceptuar, pues no tendría autoridad para referirse a ellos, por tener que ejecutarse en el extranjero. (171) Sin embargo, la opinión contraria también ha sido formulada

(169) VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS y GABRIEL, op. cit., págs. 358 y 359.

(170) Nosotros ya hemos hablado del concepto de contrato internacional contenido en el D.L. N° 2.349, en el párrafo 7.4. Ampliaremos lo dicho al tratar los contratos internacionales del Estado. Véase, además, lo dicho a propósito de los límites a la autonomía de la voluntad, en los párrafos 33 a 45.

(171) En este sentido, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*. Ediar, ConoSur Ltda. Santiago, 1990, pág. 280: "...es menester considerar si el acto va a producir o no efectos en Chile. Si no los va a producir, no hay cuestión: la legislación chilena no tiene por qué inmiscuirse en el caso, y es indiferente que el acto otorgado en el extranjero lo sea por un chileno o un extranjero".

entre nosotros, en contravención, a nuestro juicio, a la concepción territorialista que inspira todo el DIPr chileno. (172)

Tratándose de un contrato celebrado en Chile, que producirá sólo parcialmente efectos en el extranjero, estimamos que también rige la autonomía de la voluntad. Es necesario, sin embargo, poner atención en este caso sobre un eventual fraude a la ley. En último término, la necesidad económica o práctica de celebrar el contrato en un lugar diferente de aquel en que tendrá su ejecución será un factor determinante para dilucidar si existió o no alguna intención fraudulenta de las partes. (173)

## B. CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

Cuando las partes contratan, lo hacen para producir ciertos efectos jurídicos. La importancia fundamental de los efectos de los contratos, unida al tenor literal del inciso tercero del artículo 16 del Código

(172) Después de aceptar la autonomía de la voluntad como válida en Chile, Albónico plantea que "si las obligaciones nacen de contratos otorgados en Chile, la legislación nacional envuelve al contrato, si pudiéramos decir, y queda totalmente regido por nuestras leyes. El artículo 14 del Código Civil tiene plena aplicación en este caso. Con todo, se ha sostenido que si la convención produce efectos en el extranjero no serían competentes nuestras leyes para juzgarla. Profundo error. Nada autoriza para hacer tales distingos". ALBONICO, FERNANDO. *El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia Chilena*, Memoria de Prueba, 1943, pág. 145.

Nosotros no podemos evitar pensar que por el solo hecho de su celebración en Chile, no significa que un contrato quede totalmente regido por las leyes chilenas. Ello sólo sucederá si el contrato, además, produce todos sus efectos en Chile, ya que en tal caso se tratará de un contrato interno en el cual no se puede escoger la aplicación del Derecho extranjero. Si, a la inversa, produjere efectos en el extranjero, podrá escogerse el Derecho aplicable.

En cuanto a que nada autoriza para hacer el distingo en virtud del cual se sostiene que la ley chilena no sería competente para regir los efectos del contrato en el extranjero, como lo plantea este autor, creemos que tal opinión ha sido formulada olvidando precisamente el artículo 14. La ley chilena no puede pretender su aplicación como regla general en el extranjero.

(173) Véase los ejemplos que pusimos al hablar del fraude a la ley, en el párrafo 40.

Civil, es la causa que ha hecho decir a ciertos autores que ellos son siempre determinados por la ley chilena. De esta manera, se adhieren a la determinación del Derecho aplicable al contrato, por la *lex loci executionis*, pero parcialmente, sólo en cuanto a los efectos, pues el resto del contrato sería regido por la autonomía de la voluntad. (174) (175)

Hemos llegado a un punto fundamental: son los efectos en Chile del contrato otorgado en el extranjero los que ocasionan la aplicación de la ley chilena, ya con ocasión de la capacidad de las partes, en el caso de los chilenos; ya al exigir que se observen solemnidades en su celebración; o, por último, al aplicar la excepción de orden público o de fraude a la ley.

En la actualidad, ya no es tan sencillo resolver esta materia, diciendo por ejemplo que la autonomía rige el fondo de los contratos, pero los efectos de los contratos civiles se rigen por la ley chilena. "Esto sucederá siempre respecto de los contratos que afecten inmuebles situados en Chile, porque el contrato siempre ha de surtir efecto en Chile; pero podría haber duda respecto de los contratos referentes a bienes muebles porque no siempre ha de hacerse valer en Chi-

(174) Esta es la posición de José Clemente Fabres, quien plantea: "Si el contrato se ha celebrado en el extranjero para cumplirse en Chile, entonces sus efectos (derechos y obligaciones, no los requisitos), se rigen por la ley chilena; las estipulaciones consignadas en él deben ajustarse a la ley chilena lo mismo que si se hubieran celebrado en Chile; la ley chilena permite hacer en el extranjero las mismas estipulaciones que permite o autoriza en Chile, pero las unas y las otras, en cuanto a los derechos y obligaciones que producen (que son los efectos), se rigen por la ley chilena". FABRES, JOSE CLEMENTE. *Otras Completas*. Tomo I, *Derecho Internacional Privado*, pág. 166.

(175) En este mismo sentido, CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 114, quien sostiene: "que los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Chile, se arreglarán, significa, según las premisas anteriores, que los derechos y obligaciones que son de la naturaleza del contrato, sean exactamente iguales en los contratos que se celebran en Chile que en los que se celebran en aquel país".



le". (176) En el caso de los contratos comerciales, que siempre versan sobre muebles, sus efectos también están sometidos a la autonomía, por la inequívoca expresión del artículo 113 del Código de Comercio.

Hoy en día, los efectos de todo tipo de contratos celebrados en el extranjero para ser ejecutados en Chile, se rigen por la ley que las partes hayan escogido. De este modo, adherimos a la tesis más liberal citada precedentemente. (177)

Pero tenemos clara conciencia que estos postulados no son suficientes para resolver todos los problemas que puedan plantearse, por cuanto, aparte de normas especiales que excluyen la autonomía de la voluntad, que examinaremos en la segunda parte, se han dictado normas especiales que consagran soluciones distintas para los efectos de ciertos contratos. Algunas de estas normas refuerzan la conclusión que acabamos de exponer, (178) incluso sin contemplar la dife-

(176) *Ibidem*, pág. 114

(177) Esto, no obstante, no ofrece peligros, pues siempre actuará la excepción de orden público para impedir la aplicación de cualquier norma inconveniente de un Derecho extranjero. Esta excepción a la aplicación del Derecho extranjero, que ya hemos tratado en detalle, es importantísima. Por lo tanto, ella es suficiente para prevenir cualquier incoherencia en el sistema jurídico que pudiera presentarse como resultado de la aplicación del Derecho extranjero. Su olvido o menosprecio ha conducido a que sectores de la doctrina hayan expuesto la necesidad de requisitos no contemplados en la ley, como la conexión con el Derecho escogido, que hemos rechazado.

(1) Por ejemplo:

**Convención de la ONU sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías.**

**Artículo 4°.** La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compra-venta y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

(Continúa nota (178) en página 141)

rencia entre contratos civiles y comerciales, mientras que otras establecen excepciones a ella. (179)

### §63. EXTINCIÓN

Los contratos internacionales se extinguen por los mismos modos que los contratos internos, pero ciertos modos presentan algunos rasgos diferentes de importancia, que nosotros trataremos sucintamente.

#### 63.1. Pago

Conforme a los artículos 113 y 114 del Código de Comercio, el pago debería efectuarse en moneda chilena, a menos que los contratantes hubieran acordado otra cosa.

En los contratos comerciales internacionales, que son los de mayor celebración e importancia práctica, todos los pagos se efectúan en divisas, que los acreedores chilenos se encuentran en la obligación de retornar y liquidar en el mercado cambiario formal, de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la ley N° 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. (180)

#### Continuación nota (178)

**Artículo 6°.** Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

Por otro lado, en el D.L. N° 2.349, que analizaremos con alguna detención, tampoco se establecen limitaciones en cuanto a que el Estado no pueda someter los efectos de los contratos celebrados en el extranjero a una ley también extranjera.

- (179) Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

**Artículo 5°.** Los efectos y ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado en que éste debe ejercerse.

- (180) Ver una sucinta explicación de los diferentes medios de pago, en Exportar es fácil, elaborada en conjunto por el Banco de A. Edwards y ProChile, 1987.

De esta forma, incluso disposiciones tan antiguas como las del Código de Comercio, se adaptan perfectamente a las necesidades del comercio internacional moderno, al permitir el pago en divisas si ello fuere acordado por las partes.

Existen normas uniformes a nivel internacional, elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional de París relativos al cobro de papel comercial y también relativos a los créditos documentarios. (181)

### 63.2. Resolución del contrato

En la compraventa internacional, la resolución del contrato puede ser declarada en forma unilateral por una de las partes, al contrario de lo que sucede en el ámbito interno, donde debe necesariamente ser declarada por el juez. (182)

(181) Para consultar los textos de estos documentos, Ver: VILLEGAS, CARLOS GILBERTO. *Comercio Exterior y Crédito Documentario*. Astrea, Buenos Aires, 1993.

(182) Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 49.

1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

- a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
- b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado. (...)

Artículo 64.

1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

- a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
- b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.

Aquí hay una norma radicalmente diferente para los supuestos de tráfico interno e internacional, lo que muestra el grado de avance de nuestro Derecho, que prevé soluciones adecuadas para las necesidades de los negocios internacionales. Ya no se requieren complicados razonamientos jurisprudenciales para llegar a estas soluciones.

### 63.3. Nulidad

Esta sanción civil en virtud de la cual se priva al acto de su eficacia, se presta para numerosos problemas en el área del DIPR de los contratos.

Nosotros pensamos que las normas de fondo aplicables son las que priman, y que no existe una ley independiente que aplicar a la nulidad. En consecuencia, si se trata de la nulidad del contrato por incapacidad de una de las partes, se determinará previamente cuál es la ley que la regula. De acuerdo a esa misma ley, se declarará la nulidad del acto, si procediere. Lo mismo ocurrirá respecto del objeto, las solemnidades y la causa.

También tratándose de los contratos internacionales rige la distinción entre la nulidad relativa y absoluta.

Existe, sin embargo, una doctrina, cuyo exponente más destacado fue Savigny, según la cual si las partes han escogido una ley que anula su contrato, "sería necesario hacer abstracción, dentro de la ley escogida, de las disposiciones que anulan el contrato" (183), en virtud de las necesidades del comercio internacional.

No compartimos esta idea. El Reichsgericht alemán, en sentencia de 1936, planteó que "si existen reglas sobre la validez de los contratos

(183) Citado por BATIFFOL, *Subjectivisme et Objectivisme* citate, pág. 46.

ello no obedece a razones puramente arbitrarias, artificiales y sin valor, sino porque hay contratos injustos, en los que la parte económicamente más fuerte abusa de su poder respecto de la parte débil, y de ahí el que las legislaciones intervengan". Pero las relaciones, en un medio de naturaleza transnacional, ¿no exigirían mayor libertad? No, decía el Reichsgericht, porque también en este medio aquellas garantías son necesarias, la protección de los débiles y la de los intereses generales". (184)

En realidad, estamos de acuerdo en que las relaciones internacionales exigen mayor libertad a las partes para celebrar sus contratos. Estas necesidades ya han sido satisfechas en alguna medida por el legislador interno. Por ejemplo, ya se aludió a la resolución del contrato, en la compraventa, a los intereses en el mutuo, a las formas especiales de hacer el pago, etc. Dichas normas especiales son necesarias, sin duda. Pero en silencio del legislador, ha de entenderse que no hay diferencias con los contratos internos y deben aplicarse las normas de orden público internas.

### 63.4. Prescripción

La prescripción extintiva de las acciones judiciales, debe ser regulada también por la ley que las partes han escogido.

Aparte del Código de Bustamante, (185) que lleva a esta conclusión, no hay normas especiales en nuestro Derecho, a pesar que estamos en conocimiento que hay una Convención Internacional preparada por UNIDROIT, que no ha sido firmada por nuestro país.

(184) Sentencia consultada en Carrillo Salcedo, op. cit., pág. 126.

(185) Código de Bustamante.

Artículo 229. La prescripción extintiva de acciones personales se rige por la ley a que esté sujeta la obligación que va a extinguirse.

## CAPITULO X

### CALIFICACION DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

#### §64. LOS CONTRATOS Y OTRAS AREAS DE ESTUDIO DEL DIPr

Después de indagar sobre la forma de distinguir los contratos nacionales de los internacionales, nos ocuparemos de la forma de distinguir estos últimos de otras áreas del estudio del DIPr.

Tradicionalmente, en los estudios de DIPr de la parte especial, se han estudiado los contratos como una de las secciones del Derecho Civil internacional, siendo las otras las personas y su capacidad, el estatuto real, el matrimonio, y las sucesiones. Nos corresponde precisar sus caracteres diferenciadores, cuando existiere estrecho contacto entre los contratos y alguna de aquellas áreas.

#### 64.1. Estatuto personal y derecho de familia

La capacidad de las partes es uno de los elementos del contrato.

Nosotros analizamos las reglas de la capacidad al hablar de la forma y fondo de los contratos.

Cuando una de las partes fuere incapaz según la ley del lugar de celebración del contrato, podrá declararse su nulidad por falta de capacidad. Si esa parte fuera chilena y el contrato produjera efectos en