

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención: Derecho Internacional Económico

**Implicaciones de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el
comercio internacional**

Magdalena Núñez Jaramillo

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los 30 meses después de su aprobación.

.....
Magdalena Núñez Jaramillo
31 de octubre de 2007

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención: Derecho Internacional Económico

**Implicaciones de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el
comercio internacional**

Magdalena Núñez Jaramillo

Tutor: Ab. Carmen Amalia Simone

Quito, 2007

ABSTRACT

La presente tesis tiene como propósito analizar la vigencia de un principio contractual de suma importancia como lo es el principio de la autonomía de la voluntad, el cual ha pasado por diversas etapas de evolución. Este principio es fundamental puesto que no solamente se manifiesta en la contratación, sino que constituye un pilar esencial de todo el ordenamiento social, pero sobre todo, responde de manera idónea a las tendencias de la economía actual. Por lo anterior, este trabajo busca exaltar la correspondencia existente entre la autonomía de la voluntad, como principio general, y la libertad contractual, manifestación del primero en el ámbito jurídico, y el comercio actual.

Se parte así con un esbozo de las características más importantes que presenta el comercio en la actualidad, cuyo principal rasgo es su internacionalización y complejidad, dada la globalización ineludible. Posteriormente, se expone lo que significa el principio de la autonomía de la voluntad como principio general y se describe su desarrollo en el ámbito jurídico (libertad contractual), exaltando las limitaciones tradicionales de las que ha sido y es objeto. Esta somera descripción de lo que en esencia guarda dicho principio tiene como finalidad exaltar la correspondencia entre este principio y el modelo económico imperante en el mundo, constituyéndose en el fundamento que le ha permitido desarrollarse al orden económico.

Finalmente, se analiza la aplicación del principio en mención en el comercio internacional. La autonomía de la voluntad como fundamento económico ha jugado un rol muy importante en el desarrollo del comercio internacional. Con sus postulados y las facultades que otorga a los sujetos, ha permitido que el Derecho se adapte a las nuevas formas que el comercio ha adoptado con los cambios del contexto internacional. Sin este principio no habría sido posible responder a los nuevos desafíos que presenta la complejidad del mundo y sus múltiples interrelaciones. En la parte final de este trabajo, se exaltarán los beneficios de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en el comercio internacional, pero asimismo, se expondrán las consecuencias negativas, para el mismo comercio, que provoca su aplicación extrema.

Dichos aspectos negativos se relacionan con los mismos problemas por los cuales en el pasado se promovía el desconocimiento del principio en mención: el desequilibrio de las partes; no obstante, en el ámbito internacional, esa realidad se torna aún más compleja por el contexto en el cual se desarrolla. Por esto, es esencial que se trabaje a nivel internacional conjuntamente entre Estados y actores privados a fin de, consensualmente, definir formas contractuales que beneficien a todas las partes, que se evite la desigualdad negocial y se prevenga la inequidad de derechos en general, tendencias que siempre han estado presentes y que el Derecho ha tenido y tiene el papel de prevenir.

AGRADECIMIENTOS

Cuando terminamos un reto que lo iniciamos alguna vez, volvemos atrás y vemos el camino que hemos recorrido. Todo pasó tan rápido y casi sin sentir. Pero esa velocidad con la que pasó el tiempo significa que estuvimos afanados y gozosos de lo que hacíamos, aprovechando cada instante para hacer algo más. Ese empuje y esperanza de cumplir una meta jamás sería posible si no tuviéramos seres luz que nos impulsan a lograrlo. Solos no somos nada. Todas las personas con las que nos encontramos en algún momento representan algo en nuestra vida. No podría nombrar a todas las personas que han hecho algo en mí.

Quiero agradecer a Dios por otorgarme cada día múltiples oportunidades (mi Maestría es una más) y por contar con mis padres, quienes me han apoyado de manera incondicional y me han enseñado lo que no se puede aprender en la universidad. También agradezco a Dios por darme la dicha de tener aún a mi abuelita junto a mí, a mi hermana y por haber encontrado a un hombre que con su ejemplo de vida y su fortaleza me ha impulsado y apoyado hasta cumplir mis retos. Gracias Diego por ser mi mejor compañero, mi mejor amigo y el ser que amo.

A la Universidad Andina Simón Bolívar por valorar mi esfuerzo y permitirme crecer, con la esperanza que lo invertido en mí, contribuya en un futuro cercano para tener un Ecuador más justo y grande ¡No decepcionaré esa confianza! A mis profesores todos por compartir conmigo sus conocimientos, adquiridos también con esfuerzo y dedicación. Un agradecimiento especial a Carmen Amalia, mi tutora, por su predisposición a ayudarme, por su total entrega y por sus palabras de aliento; gracias a ella por su motivación.

Quito, 31 de Octubre de 2007

ÍNDICE

| | |
|---|------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I..... | 9 |
| CARACTERIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL ACTUAL | 9 |
| 1.1 FACTORES DETERMINANTES DEL ACELERAMIENTO DEL COMERCIO INTERNACIONAL 9 | |
| 1.1.1 <i>La Globalización y la Internacionalización de las economías nacionales</i> | <i>9</i> |
| 1.1.2 <i>La interdependencia, cooperación e integración.....</i> | <i>11</i> |
| 1.2 CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL: | 17 |
| 1.2.1 <i>Predominio de los principios de la economía de mercado: apertura de los mercados, liberalización del comercio y desregulación estatal.....</i> | <i>19</i> |
| 1.2.2 <i>Incremento de los intercambios y universalización de la producción.....</i> | <i>21</i> |
| 1.2.3 <i>Pluralidad de sujetos participantes.....</i> | <i>23</i> |
| 1.2.4 <i>Las nuevas tendencias del comercio internacional</i> | <i>24</i> |
| 1.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL | 26 |
| 1.3.1 <i>Beneficios del comercio internacional.....</i> | <i>26</i> |
| 1.3.2 <i>Limitaciones del comercio internacional.....</i> | <i>28</i> |
| CAPÍTULO II..... | 32 |
| FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD..... | 32 |
| 2.1 ORIENTACIONES IDEOLÓGICAS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD | 32 |
| 2.2 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA ECONOMÍA DE MERCADO | 35 |
| 2.3 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO UNO DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN: LA LIBERTAD CONTRACTUAL..... | 39 |
| 2.3.1 <i>Definición</i> | <i>39</i> |
| 2.3.2 <i>Características.....</i> | <i>44</i> |
| 2.3.3 <i>Origen, evolución y vigencia</i> | <i>49</i> |
| 2.3.4 <i>Estructura del principio.....</i> | <i>53</i> |
| 2.4 LAS LIMITACIONES TRADICIONALES DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD | 58 |
| CAPÍTULO III..... | 65 |
| EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: APLICACIÓN E IMPLICACIONES | 65 |
| 3.1 EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DE LA CONTRATACIÓN TRADICIONAL | 65 |
| 3.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL | 71 |
| 3.2.1 <i>La predisposición contractual como característica de los contratos modernos.....</i> | <i>72</i> |
| 3.2.1.1 <i>Las condiciones generales de contratación</i> | <i>74</i> |
| 3.2.1.2 <i>Los contratos de adhesión</i> | <i>76</i> |
| 3.2.2 <i>La vinculación empresarial y contractual</i> | <i>78</i> |
| 3.2.3 <i>La contratación innominada y/o atípica.....</i> | <i>83</i> |
| 3.3 LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DE LOS CONTRATOS COMO HERRAMIENTAS PARA FACILITAR LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES INTERNACIONALES | 87 |
| 3.4 IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL COMERCIO INTERNACIONAL | 91 |
| 3.5 LÍMITES QUE RESTRINGEN EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL..... | 97 |
| CAPÍTULO IV..... | 103 |
| CONCLUSIONES | 103 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 110 |

INTRODUCCIÓN

El orden económico internacional actual se caracteriza por el predominio de una economía de libre mercado, cuya finalidad es lograr un mercado autorregulado mediante la liberalización del intercambio económico internacional y la menor intervención de los Estados, lo que concede un rol cada vez más relevante los sujetos privados participantes en el comercio. Dicho sistema económico, según la teoría económica liberal, será más eficiente y traerá el anhelado bienestar social para todo el mundo. El mencionado orden económico se fundamenta en determinados principios que permiten lograr los objetivos delineados. Uno de ellos es la denominada autonomía de la voluntad: “presupuesto para el desarrollo de un orden “espontáneo” tal lo constituyen el reconocimiento amplio de la autonomía privada, la garantía de la libre competencia, la protección a la propiedad y la seguridad de las pretensiones contractuales mediante una eficiente administración de justicia”¹. Estos elementos garantizarían seguridad jurídica.

El presente trabajo analizará los cambios que ha experimentado la autonomía de la voluntad y el contrato, así como su incidencia en el comercio, entendiendo que, en la actualidad, los intercambios comerciales y, por ende, la contratación, no se limita ya a las fronteras nacionales, por lo que, es imperativo esbozar la proyección que el principio en mención ha tenido en el ámbito internacional. La autonomía de la voluntad se ha consolidado como principio en casi todas las legislaciones del mundo, de manera que, es necesario comprender el rol que ésta desempeña en la actualidad en las relaciones comerciales internacionales. Las interrogantes de las que se parten son: ¿Qué implicaciones genera la aplicación del principio de autonomía de voluntad en el comercio internacional? ¿Cómo contribuye la autonomía de la voluntad a la liberalización del comercio?

La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se ha consolidado por la imperante economía de mercado que lo estimula y por las manifestaciones políticas democráticas que consideran a la libertad como la base de las relaciones sociales. Son pilares de la economía de mercado la libertad individual-contractual y la libertad económica; se las entiende como interrelacionadas, puesto que, a mayor libertad de las

¹ Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica DIKE, 2º Edición, Medellín, 1998, p. 86.

personas y menor intervención del Estado en la economía, mayor liberalización para el comercio y, por ende, mayor crecimiento y bienestar económico. La autonomía de la voluntad ha facilitado la invención de nuevas formas contractuales que respondan al nuevo escenario, las cuales, teóricamente, al ser producto de la libertad contractual, se entiende promueven el libre comercio y por ello significarían el afianzamiento de la economía de mercado.

No obstante, al interior de los Estados, la absoluta y/o excesiva aplicación del mencionado principio ha alterado la naturaleza de los contratos, de las relaciones comerciales y, consecuentemente, de las relaciones sociales, alteraciones que han desvirtuado al principio en mención. Ante esto, el Estado ha tenido que intervenir para, con ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad, restablecer el equilibrio contractual que supone el ejercicio de dicha autonomía y que ha sido mermado por la moderna contratación. En el ámbito internacional esta realidad es más compleja.

En una economía de libre mercado, donde se impulsa el libre comercio, la competencia y la exaltación de la participación de los privados, el principio de la autonomía de la voluntad y, con éste, los contratos, recobran importancia; no obstante, es necesario comprender las limitaciones que dicho principio encuentra en el comercio internacional y de dónde provienen (considerando que a nivel internacional no existe un Estado regulador). La explícita o implícita presencia de este principio en todos los contratos torna necesario entender su estructura, características y limitaciones para posteriormente, analizar su rol en la nueva contratación comercial, así como sus implicaciones positivas y negativas en la liberalización de los intercambios comerciales internacionales.

Al ser el presente un trabajo teórico, las fuentes de consulta han sido de tipo bibliográfico de las cuales se ha hecho un trabajo de procesamiento de datos, comparación y crítica. El estudio se inicia con un esbozo de las características del comercio internacional en la actualidad; posteriormente se describe al principio de la autonomía de la voluntad, para finalmente, introducir a dicho principio en la dinámica del comercio internacional y comprender su rol en las nuevas manifestaciones del comercio.

CAPÍTULO I

CARACTERIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL ACTUAL

1.1 Factores determinantes del aceleramiento del comercio internacional

1.1.1 *La Globalización y la Internacionalización de las economías nacionales*

El mundo ha experimentado varios cambios en las últimas décadas. Autores como Martín Hewson y Timothy Sinclair, consideran que la Globalización económica y el fin de la Guerra Fría constituyen los ejes esenciales para entender el cambio global. El primero de estos fenómenos, la Globalización, para muchos no es reciente, sin embargo, el despunte que ha tenido en la última década ha alterado el orden social existente. Este fenómeno constituye el contexto o escenario en y bajo el cual, se desarrollan las relaciones sociales en la actualidad.

La Globalización es “la actual etapa de la economía mundial que se caracteriza por las estrechas interrelaciones que se han establecido entre los países, hecho que tiene su base en el desarrollo alcanzado por los transportes, las comunicaciones y el procesamiento y transmisión automatizados de información”.² Esto quiere decir que con la Globalización, hechos, decisiones y actividades que se desarrollan en un determinado lugar del planeta tienen importancia y repercusión sobre el resto de individuos del mundo. De esta manera, los problemas locales se tornan globales, y los problemas globales son locales. Es por esto que se ha caracterizado al mundo actual como interdependiente.

La Globalización ha generado una internacionalización de las relaciones sociales, es decir, éstas se llevan a cabo más allá de las fronteras del Estado – Nación tradicional. Como efecto de esta realidad, han aparecido nuevos problemas que involucran a todas las naciones del mundo a los que se ha denominado “amenazas globales”: el terrorismo, los desastres naturales, la migración, el narcotráfico, las enfermedades contagiosas, etc. Estas amenazas o problemas globales afectan la vida de las personas de todo el mundo y son de tal magnitud que ningún país puede

² <http://info.lanic.utexas.edu/project/sela/docs/cl22di4.htm>

solucionarlos unilateralmente; esto sobre todo debido a que han traspasado las fronteras produciendo efectos en el interior del resto de Estados. Los problemas comunes han generado objetivos y/o intereses compartidos y, por ende, la necesidad de crear estrategias conjuntas para enfrentar tales amenazas.

En el mundo actual, la dimensión espacial y temporal es distinta; el referente no es más el territorio³: “el territorio de un país, hoy, es una parcela de la aldea global, (...) es un espacio común”⁴. La globalización ha dinamizado la interrelación de los sucesos que se llevan a cabo dentro de la esfera nacional con los que se ejecutan en la esfera internacional⁵.

Es luego del fin de la Segunda Guerra Mundial cuando se inicia la etapa de internacionalización del mundo y de la economía tal como ahora se la conoce. Las consecuencias de la Guerra Mundial incentivaron la búsqueda de mecanismos para lograr una cooperación política, económica y social que evite futuros enfrentamientos. Así, se crearon instituciones internacionales con el objeto de garantizar la paz y armonizar las relaciones económicas internacionales. La más importante de estas instituciones fue la Organización de Naciones Unidas (ONU). Si bien el rol esencial de la ONU consistía en garantizar la paz, no obstante, en el marco de esta organización también se impulsaron objetivos de carácter económico tendientes a mejorar el bienestar y calidad de vida de todos los habitantes del mundo. De esta manera, esta organización se convirtió en el instrumento jurídico base para definir la nueva estructura del comercio internacional.

Más recientemente, con el fin de la Guerra Fría, se han redefinido las relaciones internacionales⁶. Este evento generó que los paradigmas políticos hasta entonces vigentes empezaran a sufrir una mutación. Se han producido profundos cambios en lo que respecta a la agenda internacional. Durante la Guerra Fría, la seguridad era el tema privilegiado en la agenda política; no obstante, cuando ésta concluyó, los nuevos problemas que emergieron se relacionaban con cuestiones económicas, sociales,

³ Ver: Fulvio Attinà, *El sistema político global*, Paidós, Barcelona - España, 1999, p. 9-11

⁴ www.circulomilitar.org/web2/rev6/revista7.htm

⁵ Ver: Fernando H. Cardoso, *High Level Panel on un-civil society: Civil Society and Global Governance*, <http://www.un.org/reform/pdfs/cardosopaper13june.htm>

⁶ www.circulomilitar.org/web2/rev6/revista7.htm

políticas, ecológicas, culturales, étnicas, etc., las cuales llegaban a tener igual o mayor trascendencia que las de tipo militar⁷. La defensa de la seguridad nacional pasó a segundo plano, al quedar instaurada una sola hegemonía: “desaparecida la importancia del tema bipolar, cuestiones como el narcotráfico, el medio ambiente, la migración y los conflictos interétnicos han tomado relevancia”⁸.

“Puesto que la sensibilidad hacia otras sociedades se han incrementado, nuevos temas han sido llevados al mundo de las políticas”⁹. La agenda internacional se ha tornado más amplia y más diversa. Como Kissinger lo diría en 1975: “ha surgido una gama de cuestiones nuevas y sin precedentes. Los problemas energéticos, de los recursos, del medio ambiente, de la población, del empleo del espacio y de los mares se equiparan ahora con cuestiones de seguridad militar, ideológicas y de rivalidad territorial, las que tradicionalmente habían conformado la agenda diplomática”¹⁰. Con el fin de la Guerra Fría la economía de mercado se estableció a escala planetaria, la cual, según Irti Natalino, implica un Estado mínimo y la confianza en la creatividad de lo privado.¹¹

1.1.2 *La interdependencia, cooperación e integración*

Como ha sido enunciado, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial se aunaron esfuerzos para crear un nuevo orden económico internacional. Con esta finalidad fueron creados el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial (ex BIRF) y, ante el fracaso de la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC), se estableció el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), acuerdo intergubernamental que servirá posteriormente de base para la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Con estas instituciones lo que se buscaba era propiciar un ambiente de cooperación en los ámbitos económico y político a fin de evitar futuros enfrentamientos. Como mecanismo para lograr este objetivo, en el marco de las referidas instituciones se impulsó el compromiso para

⁷ Íbid.

⁸ Pablo Ortíz, *Globalización y conflictos socio ambientales*, Quito, 1997, p. 14.

⁹ Keohane y Nye, *Transnational Relations and World Politics*, Conclusion, p. 379. (traducción libre)

¹⁰ Keohane y Nye, *La Interdependencia en la Política Mundial*, capítulo 2, p. 43.

¹¹ Citado en: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 2005, p. 20.

reducir la protección de los mercados y liberalizar el comercio y así evitar que el proteccionismo, evento que había caracterizado las épocas de crisis económicas, resurgiera.

Con la creación de estas instituciones y los objetivos adoptados por éstas, el mundo fue encarrilándose en la interdependencia ya que la globalización iba adquiriendo nuevas dimensiones. La concientización sobre la realidad que significaba la interdependencia se inició en la década de 1960, percepción que comenzó en el ámbito político – militar debido al contexto que se vivía: el desarrollo nuclear y la necesidad de una “seguridad colectiva”. La hegemonía económica de Estados Unidos, la integración, el incremento de los intercambios mundiales y los efectos más allá de las fronteras de los fenómenos, pusieron de manifiesto la realidad de la “interdependencia”¹². Ésta ha generado la necesidad de institucionalizar el ámbito económico y, en ausencia de instituciones, las situaciones de interdependencia dictan a los Estados su conducta.¹³

Puede decirse que la interdependencia se produce en tres niveles: en el mercado de productos (aumento de las exportaciones e importaciones), en el mercado de trabajo (desplazamiento de trabajadores y profesionales entre países) y en el mercado de capitales (el dinero se invierte a escala internacional)¹⁴. No obstante, es necesario tomar en cuenta que la interdependencia en el mercado del trabajo ha evidenciado notables retrasos en relación al avance registrado por el mercado de productos y de capitales.

De acuerdo al informe *Interfuturs*, la interdependencia económica, ecológica y cultural tenderá a acrecentarse lo que generará beneficios pero también nuevos problemas y vulnerabilidades.¹⁵

Los problemas globales (llamados así debido a que son del interés de todos los

¹² Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 89.

¹³ *Ibid*, p. 92.

¹⁴ Ver: Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Civitas, España, 2001, p. 42.

¹⁵ Informe elaborado por la OCDE en 1979 donde fue introducido el término “interdependencia”. Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit, p. 90 y 94.

Estados y actores del sistema¹⁶ y producen efectos que no pueden ser controlados dentro de las fronteras de los Estados) y la necesidad de evitar nuevas conflagraciones mundiales, tornaron evidente la necesidad de cooperar. Estas son las razones por las cuales se intensificó la interdependencia, cuyo reconocimiento exige la creación de instituciones, regímenes, convenios, tratados, acuerdos y otros mecanismos a fin de cooperar en la resolución de los problemas comunes y reducir los conflictos que estos generan para el beneficio recíproco¹⁷. Ejemplos de estos regímenes son el régimen monetario internacional de Bretton Woods (1944), el régimen de la Ley de Mar (1970), etc. Si no hay cooperación de las políticas entre todos los países, las acciones y soluciones unilaterales de los Estados son ineficaces. La cooperación y coordinación internacional se tornan indispensables para la eficacia de las políticas y para la creación de reglamentaciones y regímenes internacionales colectivos.

Es necesario exaltar que en este conjunto de actores que están comprometidos en la búsqueda de soluciones a los problemas comunes, no solamente se incluyen los Estados, sino además a actores no estatales o de la sociedad civil¹⁸ que paulatinamente se han introducido en el tratamiento de dichos problemas y que cada vez ganan mayor incidencia y presión en el mundo político, razón por la cual, los Estados no pueden pasar por alto sus demandas.

Tanto actores estatales como no estatales han iniciado un trabajo conjunto para el tratamiento de ciertos problemas. Esto en razón de que, por un lado, los instrumentos de los gobiernos ya no son suficientes en el mundo actual y por otro, las asociaciones y ONG's no tienen los recursos o la autoridad suficiente para afrontarlos unilateralmente¹⁹. Así, se ha configurado una obligación compartida que ha tornado necesaria la cooperación:

“Una de las características de la actual etapa de las relaciones transnacionales es la existencia de un elevado factor de cooperación entre Estados y otros sujetos de Derecho internacional. (...) El tradicional Derecho internacional de la coexistencia ha dado paso al Derecho internacional de la

¹⁶ Fulvio Attinà, *El sistema político global*, Ob. Cit, p.198.

¹⁷ *Ibid*, p. 191-192; 157-158.

¹⁸ Existen actores transnacionales (infra y supra - estatales): organismos y organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, grupos y movimientos sociales (no necesariamente con fines altruistas como las guerrillas), movimientos de resistencia, grupos ambientalistas, grupos defensores de los derechos humanos, grupos económicos y financieros transnacionales, grupos religiosos, ecologistas, empresas transnacionales y multinacionales, fondos financieros internacionales y otras instituciones.

¹⁹ Fulvio Attinà, *El sistema político global*, Ob. Cit., p. 191 y 199.

cooperación. En dicha cooperación las Organizaciones internacionales juegan un importante papel²⁰

De acuerdo a Ileana Di Giovan, la cooperación internacional “abarca todos los organismos intergubernamentales creados después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de promover el comercio y las relaciones financieras internacionales en un marco ordenado y sobre bases equitativas y sus “productos””²¹.

Las políticas adoptadas por las organizaciones internacionales emergentes propiciaron el incremento de las actividades comerciales y la ampliación de los mercados lo que desembocó en una interdependencia económica mayor, la misma que “obliga a una estrecha cooperación internacional a la hora de establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial”.²²

La cooperación internacional se caracteriza por su institucionalización, es decir, se han conformado instituciones que actúan como órganos que la gestionan²³, esto debido a que se requiere que la cooperación tenga cierta duración en el tiempo, caso contrario, pierde su sentido de existencia. No obstante, ello no quiere decir que no existan mecanismos de cooperación informales con singular eficacia.²⁴

Paulatinamente, y como producto del reconocimiento de la importancia de la cooperación, se incrementaron acuerdos y asociaciones de integración que si bien en un principio se establecían con fines netamente comerciales, con el tiempo, abarcaron objetivos más ambiciosos de carácter político y social. Es así como se pasó de la cooperación a la integración la cual significa más que la mera reducción de barreras para el intercambio comercial. La integración implica la supresión absoluta de barreras y la creación de un mercado único²⁵. Así, se ha arribado al reconocimiento de un

²⁰ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 76.

²¹ Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 65 – 66. Por “productos” se refiere a los acuerdos, decisiones, resoluciones, recomendaciones que resultan de las votaciones o los consensos formados en esos organismos así como a sus estatutos y reglamentos.

²² Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit, p. 73.

²³ Ver: Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 76.

²⁴ Por ejemplo, las relaciones de los bancos centrales. Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 92.

²⁵ Esta clara diferenciación entre cooperación e integración la establece el autor Tamames. Ver: Ramón Tamames, *Estructura Económica Internacional*, Alianza Editorial, 19º edición, Madrid, 1999, p. 59.

Derecho de la Integración. Como producto de esta realidad, los mercados se tornan complementarios y cada vez más interdependientes, características básicas del escenario económico actual.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando precisamente el proceso de integración por regiones tomó fuerza como resultado de algunos factores que ya han sido enunciados y que caracterizan la actual etapa de la globalización, a saber: el desarrollo de las tecnologías de las comunicaciones, la información y el transporte, la identificación de problemas comunes, la liberalización del comercio y la inversión impulsada por las organizaciones internacionales establecidas y los nuevos desafíos que el escenario internacional presenta a todos los países, entre ellos, la necesidad de incrementar la producción y la competitividad. Para enfrentar esta compleja realidad, la mejor estrategia ha sido la integración: “la apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se constituyen en las obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos”²⁶.

El mencionado desarrollo de la tecnología, las comunicaciones, la información y el transporte es uno de los factores más relevantes para explicar la integración, esto debido a que, la reducción del tiempo y de los costos del transporte y de las comunicaciones han acortado las distancias y eliminado las fronteras, lo que ha beneficiado especialmente al consumidor.

La integración supone la apertura de los mercados nacionales, regionales y mundiales a fin de reducir y/o eliminar los obstáculos (arancelarios o no arancelarios) al libre comercio de bienes y servicios. Además, la integración implica la libre circulación de capitales y de personas (ésta última enfrenta las mayores trabas). La libre circulación “vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes (empresarios) y demandantes (consumidores), (...) vínculos también potencialmente conflictivos. (...) El proceso que suele calificarse como «mundialización» es, pues, el resultado de una serie de decisiones y

²⁶ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 64.

acciones cuyo propósito central es la creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero”²⁷.

Como consecuencia de la confluencia de todos los eventos mencionados,

“actualmente, las economías nacionales se han convertido en «mundiales»: cada una de ellas se inserta de forma cada vez más estrecha en un haz de relaciones (monetarias, financieras, comerciales, industriales, tecnológicas...) a escala universal. De ello resulta un conjunto de dependencias y solidaridades entre los diferentes países, que desborda el mero ámbito de las relaciones económicas, para extenderse a una cultura cada vez más uniforme, a modos de vida crecientemente estandarizados”²⁸.

Con el surgimiento de los nuevos actores (y la importancia que han adquirido), así como con la definición de regímenes internacionales compartidos, el Estado se ha visto obligado a tomar en cuenta esas nuevas posiciones y actores y así, ha tenido que redefinir sus políticas: “el Estado se ha redimensionado a favor de otros sujetos colectivos, que restringen su capacidad de imponer reglas a los propios ciudadanos y de aplicar políticas públicas independientes”²⁹.

“La dimensión estatal de los poderes económicos, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían, desaparece del comercio internacional tras la segunda guerra mundial”³⁰. Antes de este suceso, los Estados-Nación gozaban de soberanía y de todos sus atributos en materia económica; “una manifestación de dicha soberanía era la elaboración de tratados bilaterales de carácter comercial que solían incluir la cláusula de la nación más favorecida”³¹.

El Derecho Internacional Público se edificó sobre la concepción de “soberanía estatal” y la igualdad de los mismos (coexistencia de soberanías), concepción que implicaba una serie de principios entre ellos la jurisdicción *prima facie* exclusiva de cada Estado sobre su territorio y la población, la no intervención en los asuntos de otros Estados y la subordinación a las obligaciones contraídas en los tratados (o contratos) internacionales (*pacta sunt servanda: lo tratado o consentido debe cumplirse*). La idea de soberanía económica se imponía a la de

²⁷ Íbid.

²⁸ Íbid, p. 63.

²⁹ Fulvio Attinà, *El sistema político global*, Ob. Cit, p. 253.

³⁰ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit, p. 39.

³¹ Íbid.

cooperación internacional. En la actualidad, por el contrario, el principio *pacta sunt servanda* ha prevalecido sobre el de soberanía.³²

La globalización está produciendo un profundo cambio en los procedimientos de toma de decisiones públicas: “asuntos, hasta hace poco tiempo resueltos por cada país de acuerdo con sus intereses, hoy se norman por tratados, convenios y acuerdos internacionales, los cuales limitan, restringen y condicionan las posibilidades de acción de cada país en particular”³³. La noción de interdependencia de la cual se hizo alusión anteriormente, se contrapone al concepto de soberanía y llega a convertirse en la regla sustituyendo a ésta última, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho Internacional Público tradicional (dialéctica soberanía – interdependencia)³⁴:

“El deterioro de la soberanía del Estado se corresponde con el creciente poder y movilidad de los actores transnacionales privados, esto es, de grandes empresas que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado al máximo el terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio”³⁵.

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que el principio de soberanía todavía es defendido por muchos países y no ha perdido vigencia. Se puede decir más bien que se ha redefinido debido a las exigencias del nuevo medio internacional. Así, se ha argumentado que “es compatible con la esencia de la soberanía el que un estado se someta libremente a una restricción de su soberanía a favor de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o, incluso, transfiera determinados derechos soberanos”³⁶.

1.2 Características generales del comercio internacional:

El aspecto económico, sobre todo el comercial, es quizás el que mejor refleja la

³² Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit, p. 83 – 84.

³³

www.bcie.org/bcie/Publicaciones/40aniversario/40aniversariobcie.pdf+Evoluci%C3%B3n+del+concepto+de+soberan%C3%ADa&hl=es

³⁴ Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit, p. 92.

³⁵ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 72 – 73.

³⁶ Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica DIKE, 2º Edición, Colombia, 1998, p. 115 – 116.

nueva realidad emergente en el mundo contemporáneo descrita en párrafos anteriores. El mundo actual se caracteriza por la interdependencia, la misma que es generada por la globalización y los adelantos tecnológicos. Absolutamente todas las relaciones humanas tienen esta dimensión internacional. La interdependencia económica ha generado un triple efecto: el desarrollo de las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el desarrollo de las sociedades transnacionales³⁷.

Si bien el comercio internacional es una actividad que ha existido siempre debido a la necesidad de la humanidad de proveerse de recursos para su subsistencia, no obstante, en la actualidad, la magnitud, alcances y formas con los que éste se lleva a cabo presentan considerables desarrollos. Sin duda alguna, el fenómeno de la globalización, con todo lo que éste implica, ha coadyuvado al desarrollo del comercio internacional. Como efecto de los procesos de globalización, interdependencia, cooperación e integración, desde 1948 el comercio mundial creció más rápidamente que la producción mundial (alrededor de 6% y 4.2% respectivamente). El comercio actual se fundamenta en los principios de la cláusula de la nación más favorecida, la reciprocidad y la no discriminación.³⁸

El comercio en la actualidad no se restringe a las fronteras del Estado – Nación tradicional. No se puede pensar en el comercio nacional si no se toma en cuenta al comercio internacional; de hecho, casi no se puede establecer una diferencia clara entre el uno y el otro, puesto que se dan de manera simultánea.

El comercio internacional ha pasado por diversos períodos en los cuales ha habido mayor o menor apertura comercial. A los períodos de promoción del libre comercio siguieron etapas de proteccionismo³⁹.

Si bien en el siglo XIX hubo un par de décadas de apertura comercial promovida por Gran Bretaña, no obstante, es luego de la Segunda Guerra Mundial cuando la economía mundial adquiere las características que se evidencian en la actualidad. Se

³⁷ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 72 – 73.

³⁸ Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 15.

³⁹ El proteccionismo se establecía en épocas de crisis. Con la I Guerra Mundial y la Gran Depresión se abandonaron los postulados del libre comercio, arribando a un fuerte nacionalismo económico.

pasa entonces desde un régimen de comercio de esquema demoliberal de las economías estatales⁴⁰, cuyos principios habían sido la libertad de comercio, libre cambio y la igualdad de trato al nacional y al extranjero, a una apertura económica que demanda a su vez una política de desarrollo y de reconstrucción del mundo.

Estas exigencias alteraron los planteamientos clásicos del capitalismo burgués y del nacionalismo estatal, razón por la cual, los acuerdos neoliberales de postguerra impulsaban un crecimiento sostenido del intercambio comercial a escala planetaria y ya no incluían repartos de territorios entre las grandes potencias para su dominación.⁴¹

Otro de los aspectos relevantes que se debe tomar en cuenta es que el mundo actual se caracteriza por “la repercusión del sector financiero sobre el comercial. (...) Es imposible estudiar los comportamientos del comercio internacional, sus condicionamientos y principios rectores sin prestar atención a los mercados financieros internacionales”⁴². A continuación se presentan algunas de las características más importantes del sistema de comercio internacional actual.

1.2.1 Predominio de los principios de la economía de mercado: apertura de los mercados, liberalización del comercio y desregulación estatal.

El funcionamiento de la economía actual se fundamenta en los principios de la economía de mercado los mismos que abarcan mucho más que meros postulados económicos de competencia y libre comercio. La economía de libre mercado es posible debido a premisas ideológicas que la fundamentan, las cuales ofrecen no sólo una forma de producir, sino un estilo y forma de concebir y vivir la vida.

La promoción del libre mercado es el fundamento de la economía. Para el efecto, se han proliferado tanto las organizaciones y asociaciones, como tratados y acuerdos entre países que estimulen la apertura de sus mercados e incrementen el intercambio comercial con el fin último de lograr el desarrollo y bienestar social. El modelo económico actual no solamente estimula el libre comercio de bienes y servicios, sino

⁴⁰ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 40.

⁴¹ *Íbid*, p. 41.

⁴² *Íbid*, p. 71 – 72.

también la libre circulación de capital como estrategia para el traslado del ahorro hacia la inversión.

El pilar de la economía de mercado son los principios del liberalismo clásico (actual neoliberalismo)⁴³: libertad de comercio, inversión y cambio, libertad de competencia, libre autonomía de la voluntad (libertad contractual y libertad de contratar) y la no intervención del Estado en el mercado (libertad del mercado). En la actualidad estos principios se han convertido en el centro del accionar económico mundial. Esta gama de libertades sólo son posibles si se complementan con otro principio básico: la igualdad de derechos y obligaciones⁴⁴ (no discriminación).

Para cumplir con tales principios se propugna la desregulación de los mercados y la disminución gradual de la intervención del Estado en la economía, así como el incremento del rol del sector privado. Es así como el Estado ha perdido gradualmente el control sobre ciertas áreas económicas y sociales, limitándose a complementar las actividades del mercado: financiamiento de infraestructura y regulación mínima en situaciones límite; incluso áreas sensibles como la educación, salud y servicios básicos en general se han privatizado y de esta manera el Estado ha dejado su papel como garantizador y protector de intereses colectivos.

La economía de mercado “es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y los propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, llegan a cooperar entre sí y a satisfacer sus necesidades con economía de recursos”⁴⁵.

Algunas características de este orden de producción son: el intercambio libre y voluntario de bienes, servicios y, más recientemente, de capitales; la ausencia de

⁴³ Las fechas clave de este movimiento fueron 1846, con las denominadas «Leyes de Peel» que abrieron a Inglaterra a la importación de cereales de América, y 1860, fecha del Tratado Cobden-Chevalier, de hondo contenido librecambista entre Francia e Inglaterra. El librecambio internacional contó con el apoyo, aunque con matices distintos, de los economistas políticos clásicos (Adam Smith, David Ricardo y Carlos Marx), y estuvo asociado al *laissez-faire*, esto es, con la libertad de empresa y la no intervención estatal. Fuente: Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 41.

⁴⁴ Ver: Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional, Protección Procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 2005, p. 557.

⁴⁵ Eduardo A. Barbier, “Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor”, en: VVAA, *Política y Derecho de Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998, p. 401.

coerción arbitraria necesaria para la competencia y la eficiencia; la neutralización del intervencionismo estatal (desaparición del Estado de Bienestar), la desregulación y la privatización⁴⁶.

A más del Estado mínimo se impulsa un Derecho mínimo. El Derecho es meramente formal; su función es facilitar el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual, sin intervenir salvo en situaciones en las cuales el sistema se encuentra en peligro o en inestabilidad. El Derecho se debe limitar a acompañar los procesos económicos posibilitando a los particulares la creación, dentro de la libertad negocial, de las figuras jurídicas más adecuadas para la realización de los intercambios, es decir, dotar de seguridad jurídica al sistema económico para que pueda reproducirse. De esta manera, la juridificación de la economía se transformó en desjuridificación (renuncia de la utilización de instrumentos jurídicos). En lugar del Derecho común, los usos empresarios adquieren fuerza normativa (la denominada *lex mercatoria*). En este marco, es evidente el dominio de la racionalidad económica y con ella de la eficacia.⁴⁷

1.2.2 Incremento de los intercambios y universalización de la producción

El mundo actual se caracteriza por “la universalización de los intercambios económicos”. Las empresas multinacionales, debido al poder que han adquirido, son capaces de decidir a escala mundial respecto a la circulación, promoción y comercialización de los bienes⁴⁸, lo que, sin duda alguna, ha sido posible gracias a los desarrollos tecnológicos a los que se ha hecho alusión, que han permitido el acrecentamiento de las relaciones comerciales y de producción.

Las empresas han aprovechado estos medios para extender su producción y

⁴⁶ Esta orientación ideológica se la conoce como «Consenso de Washington», expresión utilizada por el economista inglés John Williamson en la década de los ochenta, y se refiere a los temas de ajuste estructural que formaron parte de los programas del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras instituciones, en la época del reenfoque económico durante la crisis de la deuda desatada en agosto de 1982. El modelo incluye una rígida disciplina fiscal, racionalización del gasto público, liberalización comercial y financiera, privatizaciones, desregulación, beneficios para las inversiones extranjeras directas, etc. Fuente: Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 74.

⁴⁷ Esta caracterización de la economía de mercado parte del análisis que sobre ésta se hace en: Eduardo A. Barbier, “Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor”, Ob. Cit, p. 401 – 404.

⁴⁸ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Vitoria, País Vasco, 1994, p. 140.

venta a través de las fronteras nacionales; de esta manera, las inversiones y la producción en la actualidad se caracterizan por la deslocalización, es decir, se ejecutan en diversos países en donde existan condiciones atractivas para el beneficio económico. Esto es lo que se ha denominado la internacionalización o fragmentación de la producción. Esta estrategia les permite utilizar las ventajas comparativas de cada país, y además, hacen únicos los distintos mercados en los que fabrican los bienes intermedios que requiere su producción final.⁴⁹ Es por esta razón que las empresas transnacionales requieren para su accionar de un sistema donde impere el libre cambio.

A fin de cumplir con este objetivo, se movilizan grandes sumas de capital, lo que “a menudo tiene profundos efectos destabilizadores para la economía real, el empleo, el bienestar de la población y el medio ambiente (...). Como consecuencia, la política económica de los Estados, incluso de los más poderosos, no puede ser valorada, en cuanto a sus fines y objetivos, ni definida, mediante sus medios, sin tener en cuenta la dimensión internacional”⁵⁰.

Al acrecentamiento de los intercambios comerciales, debido a su excesiva y rápida proliferación, se lo conoce como la “masificación de la producción y el consumo”, realidad que altera las relaciones sociales y cambia los parámetros de conducta y de vida. En la denominada “masificación”, el fin último de las relaciones sociales es el intercambio de bienes y servicios, sin importar con quién se lo haga ni la forma de realizarlo, siempre y cuando ésta sea eficiente (de menor costo). En este sentido se ha hablado de un “anonimato” en las relaciones sociales y contractuales: todo el tiempo contratamos pero no tenemos conciencia que lo hacemos ni tampoco con quien lo hacemos (tampoco es de interés conocerlo). Algunos autores afirman que el desarrollo capitalista, que comenzó con la mercantilización de bienes y la tenencia de propiedades, ha llegado a su culminación, a fines del siglo XX, con la mercantilización del tiempo y de la experiencia humana⁵¹.

⁴⁹ Ver: Jaime Requeijo González, *Estructura Económica Mundial*, McGraw – Hill, España, 1997, p. 12.

⁵⁰ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 72 – 73.

⁵¹ *Íbid.*

1.2.3 Pluralidad de sujetos participantes

Una de las características esenciales del Comercio Internacional es la pluralidad de participantes y, por ende, de los métodos de producción jurídica y de técnicas de reglamentación: “las relaciones económicas internacionales no se desarrollan exclusivamente entre Estados, sino entre grupos; no se trata exclusivamente de grupos de Estados, integrados en diversos mercados (UE, Mercosur, OPEP, etc.), sino también de grupos transnacionales, industriales y financieros, cuya estructura se imbrica en el propio campo de acción de los Estados y sus mercados”⁵².

Los sujetos que intervienen en el comercio internacional actual son tanto de carácter público como privado: el Estado o los gobiernos (empresas estatales, bancos centrales, etc.), y actores privados con tendencia a la asociación internacional (Empresas multinacionales⁵³, bancos comerciales); adicionalmente, se pueden considerar como actores de las relaciones económicas internacionales a los organismos internacionales (FMI, Banco Mundial) y otros órganos informales, órganos directivos de agrupaciones regionales e instituciones nacionales de proyección mundial como la Reserva Federal de Estados Unidos⁵⁴. Estos sujetos del comercio participan mutuamente y sus acciones tienen influencia mutua (interrelación).

Las empresas privadas, nacionales o extranjeras, se han convertido en las principales protagonistas y beneficiarias del medio económico. Muchas transnacionales llegan a manejar recursos económicos que rebasan los presupuestos de países en vías de desarrollo. Su poderío económico las ha llevado incluso a incidir en decisiones políticas. Ejemplo de la fuerza e importancia que han adquirido las empresas transnacionales es la ingerencia de foros empresariales en las decisiones estatales en los

⁵² *Ibid*, p. 73.

⁵³ Aunque están estrechamente ligadas, es necesario aclarar la diferencia existente entre los términos multinacional y transnacional. El primero se relaciona con empresas de gran magnitud que funcionan en distintos países por medio de sucursales o filiales, por lo cual están sujetas a diversos sistemas jurídicos. Por su parte, con el término transnacional, se designan a las actividades que no sólo se realizan fuera de las fronteras del país a que el agente económico pertenece (empresa, banco) sino fuera de toda regulación jurídica soberana (nacional o intergubernamental) Por ejemplo, las operaciones de los euromercados. Fuente: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 64.

⁵⁴ Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 11 – 13.

organismos internacionales de comercio como la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Las empresas multinacionales, si bien no aparecen en el siglo XX, es en la segunda mitad de éste que logran su apogeo, ya que la apertura de los mercados, el desarrollo de la tecnología, los medios de transporte y comunicación les permite realizar sus gestiones y producir a escala mundial.

Finalmente, es necesario tomar en cuenta que esta pluralidad de sujetos, el distinto grado de desarrollo de los estados que conforman el sistema y la diversidad de sistemas económicos, políticos y sociales inmersos, configuran otra de las características del ámbito económico actual: la heterogeneidad de la economía mundial.⁵⁵

1.2.4 Las nuevas tendencias del comercio internacional

El crecimiento de la producción y el comercio continúa desarrollándose de manera acelerada coadyuvado por los constantes desarrollos tecnológicos. Estas crecientes relaciones comerciales abarcan a nuevas regiones geográficas y nuevos sectores de producción. En los últimos años ha cobrado una gran importancia el comercio intra-industrial más que el inter-industrial, es decir, el comercio entre diferentes países de los mismos tipos de productos.

Esto se debe a que en la actualidad, las ventajas comparativas, defendidas por David Ricardo, están siendo desplazadas por la diferenciación de productos y las economías de escala. Al ser los recursos productivos de los países variables (capital y técnica)⁵⁶ las ventajas comparativas dejan de ser estáticas. Los países comercian productos similares debido a que los bienes producidos por empresas diferentes no son idénticos aunque satisfagan la misma necesidad; adicionalmente, el incremento de la

⁵⁵ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 73. La heterogeneidad de la economía mundial también es exaltada por el autor Tamames; ver: Ramón Tamames, *Estructura Económica Internacional*, Ob. Cit., p. 57.

⁵⁶ Ver: Jaime Requeijo González, *Estructura Económica Mundial*, Ob. Cit., p. 16-17.

escala de producción genera reducción de costes lo que otorga mayores beneficios⁵⁷.

Por otro lado, otra de las tendencias del comercio internacional actual es su ampliación hacia nuevas zonas geográficas. Mayor número de países se incorporan al comercio mundial y, para el efecto, han firmado acuerdos regionales y/o han manifestado su interés de adherirse a la OMC. Adicionalmente, nuevos ámbitos de gestión han sido incorporados en las negociaciones: el comercio de servicios o comercio invisible (servicios financieros, seguros, telecomunicaciones, transporte, servicios profesionales, entre otros) y la protección de la propiedad intelectual.⁵⁸

Las economías occidentales tienen una tendencia a la terciarización por lo cual sus gobiernos se han visto en la imperiosa necesidad de presionar para abrir los mercados de servicios. Este suceso ha propiciado la generación de nuevos focos proteccionistas⁵⁹. Existen en la actualidad múltiples manifestaciones de proteccionismo, baste citar las medidas proteccionistas de los Estados Unidos y la Unión Europea en lo relativo al sector agrícola. Las demandas de protección actuales se justifican en argumentos tales como la falta de un juego limpio en el comercio, los bajos salarios existentes en los otros países (dumping social), dumping ecológico, etc. Los mismos procesos de integración regional son una manifestación de proteccionismo aunque aceptado en la normativa comercial internacional (Estipulado en el Artículo XXIV del GATT).

Los tradicionales temas relacionados a las medidas de frontera (aranceles, subsidios, barreras no arancelarias) han dejado de ser los únicos de la agenda y han sido incorporados otros tales como la inversión, las políticas de competencia y las compras del sector público.

La inversión extranjera se ha reforzado. Los países compiten por atraer mayor cantidad de inversiones debido a los beneficios que éstas otorgan, entre ellos, la

⁵⁷ *Ibid*, p. 7.

⁵⁸ *Ibid*, p. 5.

⁵⁹ Las presiones para que se retorne a cierto proteccionismo provienen de los sectores de los profesionales, de los servicios financieros (posible desnacionalización del ahorro y protección de inversores y accionistas), así como del sector audiovisual en el caso de Europa. Algunas de las fórmulas proteccionistas que se utilizan en el mundo actual son: la imposición de cuotas, las restricciones voluntarias a las exportaciones, precios mínimos, subsidios a la producción o exportación y las barreras no arancelarias (barreras técnicas y administrativas).

modernización de las industrias, la transferencia de tecnología, la generación de empleos, la financiación de la balanza de pagos, capacitación al recurso humano. En el ámbito internacional, la inversión extranjera se ha convertido en una fuerza de integración ya que, como se ha enunciado, la producción está deslocalizada o distribuida entre varios países.

Otro de los principales cambios estructurales de la economía mundial y, por ende, del comercio internacional es la importancia que cobran las redes en los mercados:

“En palabras de F.J. Rifkin estamos ante un proceso de «sustitución de los mercados por las redes y de la propiedad por el acceso, la marginación de la propiedad física, el ascenso de la propiedad intelectual, así como el incremento de la mercantilización de las relaciones humanas. Estamos pasando de la era del capitalismo industrial a la era del capitalismo cultural, caracterizada por el protagonismo de los servicios frente a la mercancía: la tecnología ha reducido tanto los ciclos de vida de los productos, que los consumidores ya no prestan atención a un bien que pronto quedará obsoleto, prefiriendo acceder al mismo a través de nuevas técnicas como el alquiler o el *leasing*. No en vano la nueva configuración del comercio internacional diseñado en Marrakech, otorga una especial atención a los servicios y a la propiedad intelectual”⁶⁰.

1.3 Ventajas y desventajas del comercio internacional

1.3.1 Beneficios del comercio internacional

Al comercio internacional se le reconocen beneficios para el desarrollo; con la internacionalización del comercio se puede lograr un crecimiento económico lo que, de hecho, se ha logrado en las últimas décadas.

Las ventajas que se le atribuyen al comercio internacional son: a) la expansión de los mercados y el consumo; b) el estímulo de la competencia que permite la obtención de mayor variedad de productos, con mejor calidad y a menores precios (beneficios para los consumidores); c) la división internacional del trabajo: movilidad de los factores de producción y productos de consumo entre países (complementación y acceso a productos escasos); d) la especialización y eficiencia: la especialización se consigue a través del comercio internacional al permitir el desarrollo de las posibilidades de producción y de consumo que, sin su existencia, quedarían

⁶⁰ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 75.

relegadas a lo generado en el entorno económico de la autarquía; d) la generación de economías de escala lo que implica el impulso de la producción, la renta y el empleo; e) la incorporación de nuevas tecnologías: reducción de costos y mejoramiento de la calidad.⁶¹ Todos estos elementos se espera eleven el nivel de vida de la población.

El comercio internacional estimula la interrelación e interdependencia mundial y, de cierta manera, ha coadyuvado para que los países enfrenten los mismos retos, desafíos así como los mismos problemas. Por esto, se ha fomentado la cooperación internacional con la cual se pueda identificar estrategias apropiadas para enfrentar la nueva realidad. Se espera con esto, que los beneficios logrados sean comunes.

Otro aspecto positivo que se le ha atribuido a la liberalización del comercio es que estimula la libertad de las personas, principio básico de una sociedad democrática. Los actores económicos emprenden actividades productivas con la menor restricción estatal. Esta libertad económica es la manifestación de la libertad individual de las personas. El ejercicio de este derecho reduce las posibilidades que el Estado, bajo el control de ciertos gobiernos, violente los derechos de las personas.

La liberalización comercial se convierte en un aspecto positivo en países donde se requiere una reforma fiscal, ya que estimula un paso desde tributaciones indirectas (impuestos a la venta de productos sin discriminar entre sus adquirentes) a tributaciones directas (impuestos sobre los ingresos percibidos por sectores de mayores ingresos y no por toda la población).

Con la liberalización del comercio se promueve en la población nuevos hábitos y una mentalidad emprendedora. Las personas buscan su beneficio en base a su propia gestión y no sólo esperan que el gobierno, con una actitud paternalista y a veces demagógica, les provea de los recursos para su subsistencia.

Estas actitudes muchas veces generan corrupción, puesto que incluso los empresarios aprovechan la protección que les brinda el Estado para lograr mejores beneficios. Así, su labor se encamina más a lograr la simpatía de los gobiernos de turno,

⁶¹ Ver: Jaime Requeijo González, *Estructura Económica Mundial*, Ob. Cit., p. 8.

con prácticas que tienden a institucionalizarse, que a la búsqueda de estrategias que satisfagan las necesidades de los consumidores. La liberalización comercial disminuye la tendencia a otorgar favores personales o pagar determinado precio por conseguir ventajas de los beneficios que entrega el Estado; además, se desestimula el contrabando debido al descenso de los aranceles.

Los defensores del libre comercio afirman que éste permite un mejor uso de los recursos económicos mundiales. Los países pueden concentrarse en lo que mejor saben hacer y comprar de sus socios comerciales aquellos bienes que ellos producen mejor. La ausencia de un comercio abierto limitaría el consumo de los Estados, reduciría los mercados y frenaría el desarrollo tecnológico. Se debe adicionar a estas ventajas, los beneficios que genera la inversión extranjera que ya han sido citados en el acápite anterior.

1.3.2 Limitaciones del comercio internacional

A pesar de los beneficios que provee el comercio internacional, es necesario tener en cuenta que las condiciones y formas en las que éste se produce no son siempre las mejores y más equitativas.

Sin desmerecer los beneficios citados, la liberalización comercial plantea riesgos. Uno de los mayores problemas que presenta el comercio internacional es que no beneficia por igual a todos los países. No todos los estados cuentan con el mismo nivel o grado de desarrollo por lo cual no pueden aprovechar de la misma manera los beneficios que ofrece el comercio internacional.

Esta consideración fue tomada en cuenta por la escuela heterodoxa luego del fin de la Segunda Guerra Mundial, encabezada por Raúl Prebisch. Estos economistas exaltaron las diferencias existentes en el nivel productivo y tecnológico de los países desarrollados o del centro y los de la periferia (proveedores de materia prima) cuyas relaciones de intercambio tienden a deteriorarse debido a que los unos producen sólo bienes primarios, que con el tiempo pierden su valor, en relación a los productos manufacturados que produce el centro. Este reconocimiento de la existencia de un centro y una periferia puede ser, de acuerdo a ciertos autores, una manifestación del

fenómeno de la interdependencia.⁶²

Es esencial tener en cuenta que no todos los países se encuentran en las mismas condiciones para desarrollar la producción y el comercio. Según las ventajas comparativas cada país debería especializarse en lo que produce de manera más eficiente (mejor y a menor costo); pero el desigual acceso a los medios tecnológicos⁶³ y las precarias condiciones económicas para generar condiciones competitivas, incluso en el recurso humano, hacen que no todos los países puedan aprovechar o estén en condiciones de especializarse en los productos en los que podrían ser más eficientes:

“El éxito comercial no es estático. La capacidad de competir de forma adecuada en ciertos productos puede desplazarse de una empresa a otra cuando cambia el mercado o cuando la aparición de nuevas tecnologías hace posible la fabricación de productos mejores y más baratos. La experiencia demuestra que la competitividad puede también desplazarse de unos países a otros”⁶⁴.

El crecimiento que ha registrado el comercio en las últimas décadas no necesariamente significa desarrollo socio – económico puesto que éste último implica que el incremento de la riqueza sea distribuido de manera equitativa, lo que sin duda alguna, no ha sucedido; contrariamente, la pobreza ha ido en aumento. Adicionalmente, ciertas formas de comercializar o producir pueden tener serios impactos en el medio ambiente y afectar otros aspectos sociales.

La defensa del libre comercio se ha convertido en un paradigma, con un fuerte componente ideológico derivado del «culto al mercado» que domina en la actualidad⁶⁵. Pero el comercio internacional no debe considerarse un fin en sí mismo, sino un medio. Para la OMC un comercio más libre es un presupuesto necesario para el crecimiento económico y para elevar el nivel de vida⁶⁶. La ideología de la OMC “parte de un mecanicismo indiscutido en orden a las actuaciones a realizar por los Estados con el fin de ampliar el comercio internacional y atraer las

⁶² Ver: Ileana Di Giovan, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Ob. Cit., p. 89 – 91.

⁶³ Como fue citado, en la actualidad las ventajas comparativas han dejado de ser estáticas ya que factores como el desarrollo tecnológico y el capital se desarrollan de manera acelerada por lo cual la tendencia es ahora la competitividad y las economías de escala.

⁶⁴ Juan Carlos Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Ob. Cit., p. 43.

⁶⁵ *Íbid*, p. 73.

⁶⁶ *Íbid*, p. 76.

inversiones y tiende a pasar por encima de otros valores susceptibles de protección que pueden ser más dignos de protección como la protección de los derechos humanos en su máxima extensión”⁶⁷. Ejemplos de estos valores son la utilización de mano de obra infantil y la degradación del medio ambiente.⁶⁸

Debido a la constatación de las limitaciones que exhibe la liberalización del comercio, “se apunta a la consolidación de un nuevo principio (...) de que el comercio debe caminar hacia derroteros más ventajosos para los países menos adelantados dándoles más tiempo para adaptarse, una mayor flexibilidad y privilegios especiales. (...) El papel de la OMC ha de concretarse en acciones tales como la ayuda y la asistencia al desarrollo, la mejora de las condiciones de comercio para los países en vías de desarrollo”⁶⁹.

La competencia perfecta es difícil alcanzar en el ámbito comercial, ya que siempre están latentes determinados intereses particulares que buscan un exacerbado beneficio en desmedro de los intereses de las contrapartes. Es por esto que se han desencadenado una serie de prácticas competitivas desleales en el comercio y que los monopolios y oligopolios tienden a prevalecer. En la economía de libre mercado predominan los intereses individuales, sobre todo de las grandes empresas transnacionales, las cuales han adquirido muchos derechos y pocas responsabilidades y que, con su poder económico, pueden llegar a tener gran incidencia en el orden político y social.

A pesar de las buenas intenciones retóricas que se citan en el discurso sobre los beneficios de la liberalización de los mercados y la competencia, no obstante, en la realidad se ha visualizado que no siempre los participantes del mercado actúan de la manera más coherente con los principios establecidos para impulsar los fines últimos que se han delineado que son el desarrollo y bienestar mundial⁷⁰. De hecho, en circunstancias se han acogido a los principios liberales de mercado para obtener fines

⁶⁷ Íbid, p. 45.

⁶⁸ Íbid, p. 45.

⁶⁹ Íbid, p. 46 – 47.

⁷⁰ Es importante resaltar que el bienestar del ser humano se fundamenta no solamente en el crecimiento económico, sino en la satisfacción de otras necesidades que rebasan las consideraciones económicas tales como el contar con un medio ambiente sano y equilibrado, el desarrollo de relaciones sociales justas, el acceso equitativo a las oportunidades, la armonía y solidaridad social, etc.

exactamente opuestos a los que en teoría deberían buscar. Son bien reconocidos los beneficios económicos individuales conseguidos por las transnacionales a costa del sacrificio de la estabilidad social de los países: explotación de los recursos naturales y de los trabajadores (flexibilización laboral). Por su parte, el fenómeno de masificación de la producción y del consumo actual ha alterado las conductas y expectativas sociales.

Es precisamente esta realidad la que en el presente trabajo se tratará de evidenciar: la utilización de los principios del “libre mercado” para la limitación del “libre” mercado. Aunque parezca contradictorio, los nuevos mecanismos de comercio, que día a día se complejizan e incrementan en nombre de la liberalización y la competitividad, han generado una variedad de restricciones al libre comercio y a la competencia que no obstante se pregona. Las limitaciones u obstáculos que enfrenta el comercio internacional no provienen solamente de las barreras que los Estados imponen, sino que son muchos más.

La economía de libre mercado defiende determinados principios y postulados: la libertad de mercado, libertad de comercio (sin obstáculos) y la competencia leal. Como se constata, la máxima que está detrás de toda esta lógica es “la libertad”, la cual fundamenta y justifica a los postulados económicos enunciados. Esta libertad está representada en un principio denominado la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad, principio articulador de todas las relaciones sociales, ha sido el fundamento ideológico de la economía de mercado puesto que, significa en esencia libertad en las relaciones al derivarse de un principio mayor: la libertad humana. En el ámbito comercial, este principio ha llegado a ser determinante ya que ha permitido el desenvolvimiento de las relaciones comerciales de manera más ágil en la economía de mercado. Es por esta razón que, el siguiente capítulo está dedicado a dar una visión general de lo que el principio de la autonomía de la voluntad significa y lo que implica como resultado del logro de una sociedad democrática y liberal.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el presente capítulo se procederá a exponer los rasgos, características fundamentales y elementos que integran lo que se entiende por autonomía de la voluntad, con el fin de, en base a un análisis de lo que implica este principio, fundamentar la afirmación de que cimienta las relaciones sociales en general y las relaciones comerciales en particular; en otras palabras, establecer las razones por las cuales se considera que la autonomía de la voluntad es el fundamento ideológico de la economía de mercado.

2.1 Orientaciones ideológicas del principio de la Autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad tiene su base en ideas que escapan o que no se limitan a lo jurídico. Se deriva de un principio más general: la libertad y/o autonomía de las personas, principio esencial de las relaciones sociales de la sociedad actual el cual implica la libertad de las personas para elegir por sí mismas. La autonomía de la voluntad es un elemento fundante de la sociedad económicamente liberal y políticamente democrática de la actualidad.

Según Moisés, después de Aristóteles, las escuelas la Estoica⁷¹ y la Epicúrea⁷² influyeron en el iusnaturalismo clásico, las que, sumadas al racionalismo kantiano, dieron por resultado el fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad. Filosóficamente, ese principio reposaría en dos pilares: a) el iusnaturalismo y/o individualismo, según el cual la libertad es un derecho natural del hombre (aporte del cristianismo) y, b) el racionalismo de la modernidad (siglos XVIII y XIX) que fortaleció dicha libertad natural mediante la positivación de sus postulados con la Revolución

⁷¹ El ideal del hombre sabio impuesto por la recta razón, es decir, que ha superado o vencido todas las pasiones e influencias externas. Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 2005, p. 31.

⁷² El único bien es el placer. Los placeres no radican sólo en las sensaciones físicas sino también los placeres del espíritu como la amistad. Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 31 – 32.

Francesa (1789) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁷³ El hecho de que este principio se funde en los principios propios de la Ilustración (libertad e igualdad llevadas al plano jurídico)⁷⁴ ha sido reconocido por destacados autores⁷⁵.

El iusnaturalismo y el racionalismo configuran la idea de que “la autonomía de la voluntad es el fundamento de toda dignidad humana”⁷⁶; es decir, es la misma condición humana la que exige el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. El hombre debe actuar en procura de la satisfacción de sus necesidades vitales y espirituales, para lo que se encuentra dotado de razón y voluntad. Por esta razón, el principio de autonomía de la voluntad tiene manifestaciones en todos los ámbitos sociales⁷⁷ y no regula exclusivamente los negocios jurídicos entre privados; es el primer principio rector y condicionante de todas las acciones del hombre, en cuyo reconocimiento se funda su dignidad como persona: “la autonomía de la voluntad gobierna soberana la totalidad de los actos del hombre”⁷⁸.

Si bien el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en todos los actos del ser humano, no obstante, en el ámbito económico ha llegado a tener singular importancia, ya que ha fundamentado la doctrina económica liberal. Santos Briz reconoce la estrecha relación existente entre la ordenación económica y el Derecho de la

⁷³ En esta Declaración se afirmaron los derechos naturales del individuo, o garantías individuales, contra el Estado. Ver: Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición, 1986, p. 167 – 168.

⁷⁴ http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html, revisada a marzo 2007.

⁷⁵ Para Alessandri este principio “es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas proclamadas por la Revolución Francesa” (Arturo Alessandri R., *De los Contratos*, Ed. Jurídica de Chile, sin fecha ni número de edición, p. 11); para Silvia Contarino, este principio se fundamenta en la libertad jurídica, la cual a su vez, es la manifestación en el plano jurídico de los principios de la Ilustración: igualdad y libertad (Sivia Contarino, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p. 55 y siguientes, en: http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html, revisada a marzo 2007); Santos Briz señala que “la esfera contractual de Derecho privado es una manifestación de la libertad y libre desarrollo de la persona” (Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 22.) Stiglitz dice: “la libertad individual, se tradujo, en el ámbito de la contratación privada, en la libertad contractual” (Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, p. 183).

⁷⁶ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 158.

⁷⁷ La manifestación de la autonomía de la voluntad a nivel estatal estaría dada por el principio de *autodeterminación de los pueblos* y en la tan nombrada y controversial *soberanía*.

⁷⁸ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 19.

Contratación.⁷⁹ Este principio tiene una estrecha vinculación con el modelo económico imperante en el mundo actual:

“Un reconocimiento pleno del principio de autonomía de la voluntad por parte del Derecho Positivo se corresponde con una economía de libre mercado, pues este principio lleva implícito que el Estado no ha de inmiscuirse en el desenvolvimiento de los intercambios económicos realizados por los particulares mediante la celebración de contratos. En la medida en que el Estado interviene en los intercambios económicos, la libertad contractual se limita”⁸⁰.

El principio de la autonomía de la voluntad se fundamenta en el análisis filosófico individualista de los derechos subjetivos o naturales del ser humano, postura que se identifica la doctrina económica liberal⁸¹. Según la filosofía individualista, los hombres nacen libres e iguales:

“Esta libertad y esta igualdad son de la esencia del hombre, y son considerados en forma perfectamente abstracta, de manera independiente a los apremios y desigualdades que de hecho pueden afectar al individuo en cada caso concreto. Los filósofos del siglo XVIII afirmaban en consecuencia, los derechos de los individuos no solamente contra el Estado, sino contra todo grupo que amenace la libertad individual, principalmente contra el régimen de las corporaciones que regía en ese entonces la actividad profesional. La sociedad debía entonces organizarse en adelante, sólo entre individuos entre los cuales las relaciones sociales no podían organizarse sino sobre un fundamento voluntario, es decir, contractual.”⁸²

Según Gounot, la doctrina individualista se resume en los siguientes axiomas: a) el individuo es la base de la organización social y jurídica (voluntad libre); b) la libertad hace que el ser humano sea su propio y único amo; c) la libertad lo hace respetable y sagrado, elevándolo a la dignidad de fin en sí mismo; d) el Derecho es la libertad inicial y soberana que todo hombre posee; y, e) las relaciones de una voluntad libre con otra u otras voluntades libres se fundan en la libertad: “de la voluntad libre todo proviene, a la voluntad libre todo conduce (...) Los derechos fundamentales del hombre serían conculcados si se le sometiera a obligaciones no queridas por él”⁸³.

⁷⁹ Ver: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 23.

⁸⁰ Ver: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

⁸¹ La filosofía individualista estuvo vigente durante los siglos XVII y XVIII. Se basó en las teorías contractualistas de Hobbes y Rousseau, Grocio y otros filósofos como Kant, Wolf, y juristas como Domat y Pothier. La idea central de ellos es que el individuo conserva derechos esenciales contra el Estado y contra todo aquel que pretenda reducir su libertad y su propiedad; por lo tanto, puede hacer cuanto desee en sus relaciones privadas. Fuente: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 18.

⁸² Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, en: VVAA, *Política y Derecho de Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998, p. 137.

⁸³ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 168.

2.2 La Autonomía de la voluntad y la economía de mercado⁸⁴

Las consideraciones filosóficas del iusnaturalismo, racionalismo y de la ideología individualista se complementaron con consideraciones de carácter económico para el afianzamiento del principio de la autonomía de la voluntad. Este principio logró consolidarse debido a las supuestas ventajas que engendraría⁸⁵ en el ámbito económico convirtiéndose en un axioma del liberalismo económico.

La doctrina económica del siglo XVIII consideraba el contrato social de intercambio como el fenómeno elemental de todo orden social para el desarrollo económico. Al considerar que el hombre actúa racionalmente, se dedujo que siempre contratará de la mejor manera al conocer él sus propias necesidades. Puesto que el ser humano no puede obrar contra sus intereses, sus obligaciones voluntariamente consentidas son necesariamente justas. De esta manera, el contrato garantizaría la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales aseguraría espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico⁸⁶.

Todo contrato que sea libre es un contrato justo, cualquiera que sea su contenido⁸⁷. “En materia contractual la intervención legislativa debe reducirse al mínimo, porque siendo el contrato el resultado del libre acuerdo de las voluntades entre personas colocadas en un perfecto pie de igualdad jurídica, no puede ser fuente de abusos ni engendrar ninguna injusticia”⁸⁸. Kant consideraba que “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”⁸⁹. Gounot afirmaba que “la justicia contractual es un hecho natural determinado por la libre competencia, no una

⁸⁴ Por “Economía de Mercado” se hace referencia a la organización o estructuración económica que se fundamenta de manera general en el mercado y la libre competencia; no obstante, esta Economía de Mercado puede adoptar varias tipologías dependiendo del grado de intervención que el Estado tenga en el mercado; así, últimamente se habla de Economía Social de Mercado. Para mayor información sobre las clases de organización económica que se pueden identificar, ver: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 22 – 24.

⁸⁵ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 169.

⁸⁶ *Ibid*, p. 170.

⁸⁷ Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 165 – 166.

⁸⁸ Arturo Alessandri R., *De los Contratos*, Ob. Cit., p. 11.

⁸⁹ Ver: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 10.

exigencia ideal a la cual los hechos deben someterse” lo que prohibía toda intervención “en los contratos so pretexto de corregirlos, a nombre de una imaginaria equidad, o de pretendidas injusticias”.⁹⁰ Se tornó así necesario eliminar los obstáculos que enfrenta la libertad contractual, y de esta manera, el principio de la autonomía de la voluntad se impuso por su utilidad social.

De acuerdo a la doctrina económica liberal, la ley de la oferta y demanda responde necesariamente al interés general ya que, en un mercado sin trabas ni proteccionismos es la mejor garantía del bienestar. Esta ley crea lo justo ya que permite que las convenciones determinen precios justos; por otro lado, la planificación y el Estado como agente económico son inconcebibles; el Estado debe ser solamente un “policía o guardián de la paz”⁹¹.

En este contexto, el principio de “*laisser faire, laisser passer*”, que implícitamente reconoce el de “*laisser contrater*”, es el predominante: “el Estado debe *dejar hacer y dejar pasar*: permitir que los hombres concluyan en la más amplia libertad sus intercambios de bienes y de servicios. ¡Que los individuos contraten como lo deseen, y así se asegurarán la justicia y el progreso!”⁹².

Por otra parte, la teoría económica liberal ha defendido la independencia del mercado frente al Derecho; de acuerdo a este pensamiento, el Estado y el Derecho deben tener una participación mínima en la economía ya que ésta tiene sus propias reglas y por tanto ambos deben ser solamente instrumentos que permitan el normal funcionamiento de la economía (actuar en situaciones límite). La misión del Derecho positivo es asegurar a las voluntades el máximo de independencia que resulte compatible con la libertad ajena. Los límites a la autonomía individual sólo se conciben en cuanto impiden los abusos de unos sobre la libertad de los otros.

“El Derecho no tiene por qué preocuparse ni del valor moral del fin perseguido por las partes ni de la repercusión social del acto. En una palabra, el Derecho es la

⁹⁰ Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 137- 138.

⁹¹ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 170.

⁹² *Ibid.*

autonomía del ser humano”.⁹³ La tarea del Derecho es asegurar las libertades; el Derecho Contractual tiene como finalidad precautelar la eficiencia de la iniciativa de las partes en el sistema de libre competencia; “ello ofrece estímulos para nuevos métodos productivos o de distribución, con lo que se incrementará el bienestar de la sociedad; este postulado económico se corresponde con el axioma de libertad contractual”.⁹⁴

La *mano invisible* del mercado dirige los movimientos mercantiles en función de las leyes de la oferta y la demanda; este movimiento mecánico y automático generará necesariamente un equilibrio en las relaciones mercantiles que, en última instancia, se extrapolará a las relaciones sociales en general, otorgando a la sociedad el bienestar y desarrollo económico y social que anhela. Es así como se considera al mercado un “lugar neutro”⁹⁵ de toda valoración ideológica.

No obstante, como el ex Presidente de Colombia Belisario Betancur manifiesta, la realidad demuestra que contrariamente a la consideración anterior, el capitalismo y particularmente la economía de mercado se han desarrollado en gran parte debido al fundamento ideológico que los ha sustentado. La economía de mercado para su funcionamiento requiere necesariamente de ciertos principios (base ideológica). Dichos principios son los derechos fundamentales.

Según al autor Jaime Santos Briz, ésta es una postura que se afianza en la doctrina privatista, ya que se consideran los derechos fundamentales como principios básicos de una sociedad justa, libre y ordenada y por ello no se limitan a regular la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino también entre los ciudadanos entre sí; el autor enfatiza que dichos derechos son los mismos que se derivan de la dignidad de la persona.⁹⁶ El Derecho Privado⁹⁷ en general, y el Derecho de contratación en particular, se basan en la

⁹³ *Ibid*, p. 168.

⁹⁴ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p.16–17.

⁹⁵ Ver: Belisario Betancur, “Filosofía de los Derechos Humanos”, en: *Política y Derecho del Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998., p. 23.

⁹⁶ Ver: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 17–18. Se reconoce que la dignidad humana es un principio elemental de Derecho Natural y ésta corresponde a toda persona, ya que es innata e inseparable.

⁹⁷ Para Pascual E. Manzini, el Derecho privado consta de dos partes: una necesaria donde rige el principio de la nacionalidad (estatuto personal, estado, capacidad de las personas, familia y sucesiones) y una parte voluntaria en donde rige la libertad (obligaciones y formación de contratos). Es en esta última parte donde se encuentra la “autonomía de la voluntad”. Fuente: Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 66.

dignidad y libertad de las personas, “lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales”⁹⁸.

Siguiendo a Betancur, es evidente que la economía de mercado y los derechos humanos se relacionan entre sí, aunque no necesariamente dichas relaciones sean efectivas en todo momento, es decir, que se complementen cien por ciento⁹⁹. El autor sostiene que los derechos humanos constituyen un fundamento al capitalismo, sin los cuales, éste no habría alcanzado el desarrollo logrado y, por lo tanto, están vinculados a la economía de mercado. Constituyen así, la base ideológica que permite y/o da “sentido” al mercado:

“Son las primeras declaraciones de los derechos del hombre, la Bill of Rights Británica de 1688, la Declaración de Independencia Americana de 1776 y sobre todo la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las que han servido de fundamentación al capitalismo. Es por la mayor parte de los derechos reconocidos en estas declaraciones, por lo que la economía de mercado ha podido enraizar”¹⁰⁰.

Es así como el autor constata que no hay economía de mercado sin la consagración de ciertos derechos fundamentales tales como la libertad de empresa (libertad para ejercer la actividad económica), el derecho a la propiedad y la libertad contractual (marco jurídico adecuado para intercambios económicos entre sujetos autónomos de derecho)¹⁰¹.

Así, hay un estrecho nexo (indisoluble) entre la libertad jurídica y la libertad económica¹⁰²; este nexo se concreta en el ámbito jurídico en el principio de la Autonomía de la voluntad: “el individuo en el cual los economistas se interesan, es un ser racional autónomo, capaz de contratar con libertad”¹⁰³. Como se evidencia, la libertad humana está estrechamente ligada a la organización económica; la libertad comprende,

⁹⁸ Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 18 – 19. No obstante, el autor reconoce los peligros en cuanto a la seguridad jurídica que se derivan de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, no así Nipperdey quien sostiene la eficacia absoluta de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados cuando una de las partes está en posición de desventaja, lo que permite que se evite una igualdad ficticia. (p. 20)

⁹⁹ Ver: Belisario Betancur, “Filosofía de los Derechos Humanos”, Ob. Cit, p. 24 – 25.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 25.

¹⁰¹ Según Santos Briz, estas libertades se condesan en la denominada “libertad de industria” que encierra la libertad de creación de empresas y libertad de economía, libertad de competencia, la de contratación, la de producción y la de consumo. Ver: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 26.

¹⁰² Belisario Betancur, “Filosofía de los Derechos Humanos”, Ob. Cit, p. 26.

¹⁰³ *Ibid*, p. 28.

desde el punto de vista económico, la libertad de competencia, la de concurrencia, la libertad de consumo y la de contratación, sin la que no es imaginable una economía de mercado.¹⁰⁴ También “es esencial para la moderna economía de mercado la libertad de asociación y de la propiedad privada”¹⁰⁵ y hasta la libertad de profesión.

La economía capitalista requiere del Derecho para generar la confianza necesaria en el sistema y poder operar, o en otras palabras, requiere del Derecho para que formalice las premisas económicas y vele por su cumplimiento (seguridad jurídica). Con dicho estado de Derecho es posible que la economía de mercado se desarrolle y de esta manera Betancur señala que sólo así se entiende que las sociedades de economía de mercado sean las más jurisdizadas y que al tiempo de su evolución se enriquezcan los derechos humanos¹⁰⁶.

2.3 La Autonomía de la voluntad como uno de los principios esenciales de la contratación: la libertad contractual

2.3.1 Definición

Antes de ensayar un concepto, es necesario señalar que este principio no solamente es controversial por lo que implica, sino que su misma denominación ha generado discrepancias.¹⁰⁷ Así, algunos autores, tales como Díez – Picazo y Gullón, utilizan la expresión “autonomía privada o de la persona” en lugar de “autonomía de la voluntad”; esto debido a que consideran que es la persona la que goza de la autonomía más no la voluntad. La voluntad solamente es dependiente de una decisión libre; es la persona en cuanto autónoma la que puede hacer uso de su voluntad.¹⁰⁸

Tanto desde el Derecho Natural como del Derecho Positivo, la Autonomía de la Voluntad es un principio general del Derecho que inspira la organización del Derecho

¹⁰⁴ Ver: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, p. 26.

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 27.

¹⁰⁶ Los derechos humanos han evolucionado desde derechos fundamentales de primera generación, que son las libertades fundamentales, a los de segunda y tercera generación que encierran derechos económicos y sociales. Ver: Belisario Betancur, “Filosofía de los Derechos Humanos”, *Ob. Cit*, p. 27.

¹⁰⁷ Alternativamente se utilizan las expresiones autonomía privada, autonomía de la persona o autonomía negocial.

¹⁰⁸ Ver al respecto: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, en: Alterini, De los Mozos y Soto, *Contratación Contemporánea, teoría general y principios*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 242 – 243.

Privado¹⁰⁹; al ser general, no reconoce otro sustento más que la naturaleza misma del hombre y domina todo el derecho¹¹⁰ y, en este sentido, Díez – Picazo y Gullón manifiestan que es inderogable por el ordenamiento jurídico¹¹¹.

Etimológicamente “autonomía” significa “el poder de gobernarse por sus propias leyes (...). Dentro de la literatura jurídica (...) significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos, es decir, es un “órgano creador de Derecho”¹¹². La “autonomía de la voluntad” es el poder de las personas para normar sus propias acciones (autorregularse) así como las acciones con otras personas. Este principio supone una estrecha relación entre libertad y voluntad. La autonomía de la voluntad es el núcleo generador de las relaciones jurídicas: “sin libertad y sin voluntad son ellas inimaginables, inconcebibles”¹¹³.

La autonomía de la voluntad es el principio general según el cual las personas tienen el poder de autodeterminación de sus actos y que compromete todo el ámbito de la autarquía personal; así la han definido varios autores tales como: Federico de Castro y Bravo, Díez – Picazo y Gullón, Pietro Rescigno, Francesco Galgano, De la Cruz Berdejo, Luna Serrano, Rivero Hernández, Llambías, Borda, etc¹¹⁴. No obstante, es necesario señalar que este principio general, cuando se manifiesta en el ámbito jurídico adquiere el nombre de libertad contractual. Es decir, por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad es un principio general de todos los actos humanos; por otro, la libertad contractual es la manifestación de este principio general en el ámbito jurídico: “la libertad contractual es una expresión tan característica de la autonomía de la voluntad, que incluso algunos importantes autores confunden aquella, que es una especie, con ésta, que es el género”¹¹⁵.

Por lo anterior es que también se define a la autonomía de la voluntad como el poder de gobierno de la propia esfera jurídica o como el poder de gobernarse a sí mismo (sus intereses) y

¹⁰⁹ *Íbid*, p. 224.

¹¹⁰ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 65 – 66.

¹¹¹ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 224. Díez – Picazo y Gullón consideran que la autonomía de la voluntad deberá ser aplicada en ausencia de ley o falta de costumbre y servir como criterio de interpretación de las normas jurídicas. (p. 225.)

¹¹² Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 63.

¹¹³ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 215.

¹¹⁴ Ver la síntesis del pensamiento de estos autores que se hace en: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 217 – 241.

¹¹⁵ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 187.

ordenar las relaciones jurídicas (autorregulación o autorreglamentación)¹¹⁶. En este caso, de acuerdo a López Santa María se estaría haciendo referencia a la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico, es decir, a la libertad contractual.

En este mismo grupo de autores se puede ubicar a Galgano, para quien la autonomía de la voluntad es el reconocimiento de poder, que otorga la ley a los sujetos privados, para proveer la constitución de relaciones patrimoniales.¹¹⁷ Según el autor, conforme al principio de autonomía de voluntad, por un lado, nadie puede ser despojado de sus bienes o forzado a asumir prestaciones a favor de otros contra su voluntad, y por otro lado, significa que los sujetos privados pueden constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales. La autonomía de la voluntad implica tres libertades: libertad de escoger el tipo de contrato, libertad de determinar el contenido del mismo y libertad de concluir contratos atípicos o innominados.¹¹⁸

Un aspecto esencial que exaltan los autores es la relación de este principio con la libertad, sin que eso signifique que la libertad sea el supuesto de la autonomía de la voluntad, sino que la segunda se sustenta en la primera¹¹⁹. De hecho, Díez – Picazo y Gullón precisan la diferencia entre libertad y autonomía privada. Para ellos, la libertad es reconocer a la persona una esfera de actuación, un “poder hacer”, en cambio, la autonomía de la voluntad es reconocerle al individuo “soberanía para gobernar la propia esfera jurídica”, es decir, la autonomía de la voluntad es la libertad referida al ámbito del poder de gobierno de la propia esfera jurídica.¹²⁰ Concluyen que, “el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo”.¹²¹ En otras palabras, la autonomía de la voluntad es la libertad en el campo jurídico.

Para López Santa María, la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes; ésta es la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce; por ello es autónoma.¹²² La autonomía de la voluntad es la libertad de la

¹¹⁶ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 221. Ésta última es la concepción de los autores Díez – Picazo y Gullón, para quienes la autonomía privada es una consecuencia de la calidad misma de persona, inherente a su naturaleza.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 228.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 240.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 240.

¹²¹ *Ibid.*, p. 222.

¹²² Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 165.

voluntad y “a la luz del racionalismo, la voluntad es tan fuerte qua la Sociedad misma es explicada como el resultado de un acuerdo de voluntades de los hombres”.¹²³

Para el referido autor, los principios del consensualismo, libertad contractual, fuerza obligatoria y efecto relativo de los contratos son subprincipios o derivaciones de la autonomía de la voluntad y el principio de la buena fe, si bien va adquiriendo renovado vigor, se perfila, según el autor, independientemente de ella¹²⁴, ya que este principio exige a las partes que se comporten leal y correctamente desde los tratos o negociaciones precontractuales hasta los postcontractuales.

Para Messineo¹²⁵, el principio de la libertad contractual puede tener varias acepciones: a) ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato ya que éste debe ser el resultado del *libre debate* entre ellas, es decir, de acuerdo a este autor, la “autonomía de la voluntad” estaría conformada por el consenso entre las partes; b) con tal que se respeten las normas legales imperativas el contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad (autodeterminación de cada una de las cláusulas); c) las partes tiene la facultad de derogar las normas dispositivas o supletorias puestas especialmente para los contratos nominados singulares y de sustituir a ellas un régimen diverso fijado por la voluntad de las partes; d) admite la autodisciplina en algunas materias, esto es, la disciplina establecida por las mismas partes interesadas (en el llamado *contrato normativo*); y, e) faculta a las partes a concluir contratos con fines prácticos aún no previstos por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico; se trata de los llamados contratos innominados.¹²⁶

Según Moisés, corresponde a Kant el mérito de haber acuñado la expresión al postular a la voluntad de todo ser racional como voluntad legisladora universal y distinguirla de la heteronomía.

¹²³ Íbid, p. 168.

¹²⁴ Íbid, p. 166.

¹²⁵ Es importante señalar que para este autor, la libertad contractual se refiere *sólo* a los contratos regulados, o sea, que pertenecen a tipos "que tienen una disciplina particular" en la ley (*nominados*). Esto debido a que se pone a los contratos el límite de la licitud y seriedad de la causa del contrato. Ver al respecto: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952, p. 16 – 17.

¹²⁶ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 16-17. Ver también: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

La voluntad es autónoma cuando se gobierna a sí misma y es heterónoma cuando está dirigida desde afuera¹²⁷. Según Kant, la autonomía de la voluntad es la cualidad de la voluntad en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse, conforme a los dictados de su conciencia sin más límites que las idénticas y concurrentes facultades de otros hombres¹²⁸.

Sin embargo, para otros autores, la expresión y formulación del principio de la autonomía de la voluntad es relativamente reciente¹²⁹ y habría sido enunciada por primera vez por Weiss en 1886 en sus estudios sobre Derecho Internacional Privado. Para Sara Feldstein, las expresiones utilizadas antes de Weiss eran *autonomía de las partes*, *autonomía del hombre* o *autonomía de los contratantes*¹³⁰.

Para Alessandri, la autonomía de la voluntad es “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”¹³¹. Para el referido autor, la voluntad es soberana y el contrato nace del acuerdo de voluntades y es dicho acuerdo el que determina los efectos y la duración del contrato. Al respecto este autor manifiesta:

“En virtud de esta autonomía, los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aún modificar su estructura, por ejemplo, estipulando un pacto comisorio en un contrato unilateral, subordinando la existencia de un contrato consensual al otorgamiento de una escritura (...) (*pueden*) alterar, modificar y aun suprimir las obligaciones que son de la naturaleza de un contrato; determinar el contenido del contrato, principalmente su objeto, y la extensión y efectos de los derechos y obligaciones que engendre; fijar su duración; señalar las modalidades que han de afectarles; determinar, entre las legislaciones de los diversos Estados, aquella por la cual ha de regirse el contrato, etc.”¹³².

La autonomía de la voluntad se manifiesta cuando dos o más personas pueden quedar obligadas por su propia iniciativa; “esta autonomía significa que, en principio, todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera (...) El acuerdo, el consenso, la unión de voluntades (...) se forma mediante lo declarado por

¹²⁷ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 62.

¹²⁸ *Íbid*, p. 61 – 62.

¹²⁹ Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 57.

¹³⁰ Esta concepción sobre el surgimiento de este principio está basado en el estudio de la autora Sara L. Feldstein de Cárdenas: *Contratos Internacionales*, obra citada.

¹³¹ Arturo Alessandri, *De los contratos*, Ob. Cit., p. 10.

¹³² *Íbid*.

una y otra parte y significa que cada una ha ajustado su conducta a la declaración de voluntad de la otra”¹³³. La voluntad se expresa, se presume o se acata, a través del consentimiento de las partes o acuerdo de voluntades de dos o más personas.

La autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico, es decir, la libertad contractual, se ha convertido en un pilar fundamental en la formación de todo tipo de acuerdo y ha desempeñado un rol aún más esencial en la caracterización de las nuevas formas de contratación. La libertad es quizás el principio más importante que regula la formación de los contratos. Es en virtud de este principio que la contratación en general y, con mayor razón, la contratación internacional ha logrado un singular desarrollo en la actualidad.

La libertad contractual puede manifestarse en un acuerdo implícita o explícitamente (por ejemplo, los Incoterms). En los contratos, las disposiciones son formuladas por las propias partes y son ley sólo para ellas. Esta catalogación de fuerza de ley de los contratos ya estuvo presente en Rousseau¹³⁴. El principio de autonomía de la voluntad ha sido considerado por la doctrina como íntimamente vinculado al principio de igualdad jurídica, según el cual, el Derecho concede a todos los sujetos jurídicos iguales prerrogativas¹³⁵.

2.3.2 Características

De manera general, y recogiendo varias interpretaciones de autores, el principio de la autonomía de la voluntad que, como se enunció, se configura en el ámbito jurídico como libertad contractual, implica por un lado, la libertad de contratar o no y con quién, y por otro, el poder de los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen

¹³³ José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A, Tomo II, Volumen I, 1973, p. 5 y 59, en: <http://www.usma.ac.pa/web/DI/Profesores/JorgeKam/Temas%20pedag%C3%B3gicos/El%20principio%20de%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20la%20voluntad%20en%20materia%20contractual.pdf> revisada a marzo 2007.

¹³⁴ Ver al respecto: J.J Rousseau, *El contrato social*, t.I, Cap. IV, en la trad. Esp. de C. Berges, Madrid, 1981, p. 10, citado en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 9 – 10.

¹³⁵ http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

contractualmente¹³⁶. Conforme a este segundo elemento, se faculta a las partes que celebran contratos para que puedan escoger la ley aplicable a sus compromisos contraídos, el contenido de dichos compromisos y los tribunales a los cuales acudirán para dirimir los conflictos en caso surgieran. El fin de esta facultad otorgada a los contratantes es lograr una mayor seguridad y certeza en las relaciones.

Para Silvia Contarino¹³⁷, la autonomía de la voluntad se fundamenta en la libertad jurídica la cual se divide en libertad para contratar y libertad contractual. La primera, es la libertad para celebrar o no el contrato y con quién se lo hace; y, la libertad contractual, es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. En este mismo sentido se manifiestan López Santa María y Moisés para quienes, en materia de contratos, la libertad contractual o autodeterminación de las partes, es el principio capital del Derecho Privado y precisan la diferencia entre libertad de contratar y libertad contractual. No obstante estos dos autores, en lugar de las anteriores expresiones utilizan libertad de conclusión y libertad de configuración, reservando la denominación libertad contractual para designar al principio de la libertad en el campo de los contratos.¹³⁸

Siguiendo a estos autores, la libertad contractual se subdivide en libertad de conclusión y de configuración. Según la *libertad de conclusión* las partes son libres para contratar o no contratar (celebrar o no un contrato) y para escoger al cocontratante. Nadie puede ser privado de su libertad de contratar ni ser obligado a ello.¹³⁹ Las partes también gozan de la libertad de extinguir un contrato asumiendo las respectivas consecuencias que esto genere si es de común acuerdo (distracto o rescisión) o por voluntad de una sola de las partes (resolución, revocación o rescisión unilateral convencional o legal).

Por su parte, por la *libertad de configuración*, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca. Se manifiesta al momento de

¹³⁶ José Melich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, 1993, p. 27, en: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

¹³⁷ Ver: Silvia Contarino, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p. 55 y siguientes, en: http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html, revisada a marzo 2007.

¹³⁸ Ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 128.

¹³⁹ *Ibid*, p. 129.

dotar de forma y contenido al contrato y, eventualmente, pueden hasta modificar su contenido. Esta libertad se subdivide en libertad de contenido o de configuración interna y libertad de formas o configuración externa¹⁴⁰.

La libertad de configuración interna es la facultad de las partes para regular sus intereses y derechos como estimen más conveniente, es decir, la libertad que tienen para disponer del objeto¹⁴¹ y del tipo contractual¹⁴² (éste último consiste en la facultad que tienen las partes de utilizar o no para sus negocios los tipos contractuales premoldeados que la ley establece y modificar o combinar los distintos tipos (elementos naturales) o agregar cláusulas no previstas (elementos accidentales))¹⁴³.

La libertad de configuración externa es la facultad de las partes de un contrato para elegir la forma del contrato; no obstante, es importante enfatizar que las formas contractuales son generalmente exigidas por la ley con el fin de proteger los derechos de terceros¹⁴⁴. Alterini enfatiza que existen ciertos contratos que son de formalidad solemne absoluta por lo que la forma no es dejada a la elección de las partes, sino que es un plus añadido a la voluntad¹⁴⁵.

Messineo también exalta la necesaria diferenciación entre libertad de contratar y libertad contractual y dice: “la libertad contractual existe (cuando existe) exclusivamente respecto del ordenamiento jurídico, y no tiene sentido hablar de *libertad contractual* respecto a terceros, mientras que es legítimo hablar de li-

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 129 – 131.

¹⁴¹ Para Colin y Capitant, un contrato no tiene objeto. El contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones y son dichas obligaciones las que tienen un objeto (una cosa material, un hecho, una abstención). Así, el *objeto inmediato* de los contratos es la obligación, y el *objeto mediato* es la prestación, la cual puede ser cualquier cosa, siempre y cuando no se viole ni el orden público ni las buenas costumbres. Fuente: Colin, A. – Capitant, H., *Curso elemental de derecho civil*, tr. redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid, 1925-1943, t. III, p. 645, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 130.

¹⁴² Existen varios actos jurídicos en los cuales las partes sólo tienen libertad de decidir si deciden llevar a cabo el negocio o jurídico o no, pero no pueden modificar en absoluto el contenido y consiguientemente los efectos, ni dar vida a otros negocios que los previstos por el derecho (por ejemplo el matrimonio). La voluntad de las partes tiene mayor libertad en el derecho de cosas y en el derecho de sucesiones y una libertad casi plena en el derecho de obligaciones: principio de la libertad de contratación. Fuente: Enneccerus - Nipperdey, en Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martín, *Trinado de derecho civil*, tr. Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1944, t.1 - 2º, § 176, p. 289 y ss, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 131.

¹⁴³ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 131 – 132.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 132.

¹⁴⁵ Ver: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 21.

bertad de contratar con respecto a terceros y significa (...) libertad de entrar o no en relaciones contractuales con personas diversas”¹⁴⁶.

Por su parte, para Larroumet, las características de la libertad contractual son la soberanía de la voluntad (libertad para contratar; la voluntad se basta a sí misma) y la fuerza obligatoria de la voluntad (lo pactado entre las partes es ley para éstas)¹⁴⁷. En su estudio sobre la evolución de la autonomía de la voluntad en el Derecho argentino, el autor Gregorini recoge varios componentes de este principio, y plantea que éste comprende:

“a) la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo; b) la de elegir con quien contratar; c) la de decidir sobre las condiciones propias de la regulación que se conviene (...) d) la posibilidad de modificar, transmitir y extinguir los efectos de lo convenido sincronizando con el cocontratante el ejercicio de estas facultades, reconociendo como límite la preservación de los derechos de terceros”¹⁴⁸.

Para Helios Sarthou¹⁴⁹, el principio de autonomía de la voluntad está compuesto por cuatro aspectos: primero, un poder generador de la relación o vínculo jurídico; segundo, un poder que implica establecer reglas de funcionamiento, derechos y obligaciones; en tercer término, un poder reformador de la relación o capacidad de las partes para modificar la estructura inicial de la relación; y por último, un poder extintivo del vínculo establecido.

De acuerdo a Alterini, la libertad contractual abarca varias libertades, entre ellas: la facultad de celebrar un contrato, la de rehusarse a hacerlo, la de elegir el cocontratante y la de determinar su objeto; éstas son las denominadas autodecisión y autorregulación. Por otro lado, se incluye la libertad de elegir la forma del contrato, de modificarlo, de transmitir la posición contractual y de ponerle fin¹⁵⁰. Adicionalmente, las partes de un contrato tienen libertad para formular los contratos fuera del catálogo de los

¹⁴⁶ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 19.

¹⁴⁷ Fuente: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

¹⁴⁸ http://www.iaba.org/Law%20Review_Vol%203/LawReview_3_EGregoriniC.htm, revisada a marzo 2007.

¹⁴⁹ Helios Sarthou, *Trabajo, Derecho y Sociedad*, Tomo II, 2004, p. 11 y siguientes, en: <http://72.14.205.104/search?q=cache:wonmSAcSUwQJ:www.audtss.com.uy/xvijn/cerizola2005.pdf+autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+de+las+partes&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=ec>, revisada a marzo 2007.

¹⁵⁰ Ver: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 36 – 37.

nominados o típicos.¹⁵¹ Para el autor, el grado en que se ejecuten estas libertades dependerá de la noción de *orden público económico* el cual impone el contenido contractual. Dicho *orden público económico* puede ser de *protección*, en donde tiende a resguardar a una de las partes para el equilibrio del contrato, y de *dirección*, según el cual, se coadyuva a la realización de ciertos objetivos económicos estatales¹⁵².

Los autores De la Cruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández asignan a la autonomía de la voluntad dos funciones: por un lado, otorga a los sujetos privados la potestad de confeccionar sus reglas jurídicas y, por otro, autoriza a los mismos para que realicen acciones que creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas con las cuales regulen sus intereses.¹⁵³

La autonomía de la voluntad tiene dos dimensiones: una autonomía material y una conflictual. Según la autonomía material, las partes pueden escoger con quién contratar y el contenido de su contrato (cláusulas y condiciones) respetando los límites imperativos. Por su parte la autonomía conflictual determina la ley aplicable al contrato, puesto que todo contrato tiene ley. Para que un contrato sea válido debe cumplir con ciertos requisitos que la ley aplicable impone. Esa ley también puede ser escogida por las partes en virtud de la autonomía conflictual¹⁵⁴.

Mediante la autonomía material, según Boggiano, además de seleccionar el derecho aplicable al contenido del contrato, el que les sea más conveniente, las partes pueden también excluir de ese Derecho Privado elegido las normas imperativas o coactivas que se aplican solamente para contratos locales. Como las partes pueden excluir el derecho aplicable según el ordenamiento jurídico nacional eligiendo otro, entonces pueden también excluirlas parcialmente mediante la aludida autonomía material¹⁵⁵.

¹⁵¹ *Ibid*, p. 29.

¹⁵² *Ibid*, p. 37 – 38.

¹⁵³ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, *Ob. Cit.*, p. 230.

¹⁵⁴ R. Rueda Valdivia y A. Lara Aguado, *Carácter Internacional, preparación y negociación, redacción, formación garantías*, Curso de Derecho del Comercio Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Sede Ecuador, 2006 – 2007, p. 14.

¹⁵⁵ Héctor Vásquez Ponce, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Vilella Editor, 1º Edición, 2001, p. p. 50 – 53.

2.3.3 Origen, evolución y vigencia

Autores como Moisés están convencidos de que la autonomía de la voluntad es un principio de Derecho Natural, es decir, se basa en una regla de moral indiscutida.¹⁵⁶ Consideran que el Derecho ha existido desde siempre con el ser humano: “desde su creación encontramos al hombre y a su voluntad, pero él no está solo, sino en compañía de otros hombres con voluntades concurrentes”¹⁵⁷. La convivencia de dichas voluntades puede ser antagónica por lo cual se tornó necesario el desarrollo de la administración de la justicia.¹⁵⁸ Según Moisés, en toda esta evolución ha estado presente, aunque a veces de manera implícita, la autonomía de la voluntad¹⁵⁹ y advierte que todo desconocimiento de la autonomía de la voluntad (y de la libertad que es su presupuesto esencial) ha terminado en una grave crisis¹⁶⁰. Por esta razón, el autor estima que la autonomía de la voluntad se ha manifestado desde que el ser humano pensó en la justicia (Derecho).

Para Niboyet, crítico de este principio, y para la mayoría de los autores interesados en el tema, el origen de la doctrina del principio de la autonomía de la voluntad se lo puede atribuir a Doumoulin, un jurista francés, quien habría sido el primero que interpretó casos a la luz de la denominada voluntad de las partes. Posteriormente, sus seguidores se encargaron de sistematizar sus ideas y así, el principio se expandió con notable rapidez por toda Europa.

De acuerdo al análisis histórico que presenta Moisés en su estudio, la autonomía de la voluntad tuvo manifestaciones desde el pensamiento griego sobre la justicia, pero habrían sido los sofistas quienes plantearon el problema de lo justo por ley (iuspositivismo) y lo justo por naturaleza (iusnaturalismo) lo que, a decir del autor, “da un amplio margen a la *autonomía de la voluntad*, pero desconoce sus límites al negar la naturaleza social del hombre. Es que el hombre tiene una naturaleza doble, *individual* y *social*, en la cual la autonomía de la voluntad reconoce sus *fundamentos* y *límites* respectivamente”¹⁶¹.

¹⁵⁶ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 25.

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 26.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 26.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 26 – 27.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 58 – 59.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 28.

El Derecho Romano, influenciado por el pensamiento griego, “reconoció la más amplia *independencia* al individuo y *autonomía* a su voluntad. El principio era el de la no ingerencia del Estado en las cuestiones privadas. La voluntad era fuente de todo derecho y obligación”.¹⁶² En el Bajo Imperio Romano, el intervencionismo estatal fue muy marcado, lo que de cierta manera habría mermado la importancia del principio de la autonomía de la voluntad.

En la Edad Media, el Derecho es influenciado por el cristianismo, con lo que se forma el denominado Derecho Canónico. Este Derecho dio sustento espiritual al principio de la autonomía de la voluntad ya que consagró la máxima *pacta sunt servanda*. Si bien esta máxima ya la registró Ulpiano en el Digesto y Justiniano¹⁶³ en el Codex, no obstante, se fortaleció con la doctrina canonista;¹⁶⁴ “así, el aporte moral más importante para la consolidación del principio lo realizan los *canonistas*, quienes llegaron a considerar un pecado asimilable a la mentira (*mendacium*) el hecho de no cumplir con lo pactado”¹⁶⁵.

Posteriormente, en la misma Edad Media se registró cierta limitación a la libertad de contratar cuando se condenó la injusticia usuraria y se demandaba un justo precio. Luego, el Derecho de la Edad Media se irá convirtiendo de canonista a laico, el cual tuvo la tendencia intervencionista registrada en el Bajo Imperio pero con el fin de beneficiar a los señores feudales¹⁶⁶.

Ya en la modernidad, Solari exalta la alianza del Derecho Romano con los principios de la escuela del Derecho Natural:¹⁶⁷ “la simbiosis armónica entre la labor unificadora de los romanistas en lo jurídico y el triunfo de las ideas liberales en lo

¹⁶² *Íbid*, p. 34.

¹⁶³ En Justiniano estaba ya inmerso el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual, puesto que distinguió su presupuesto esencial: la libertad de acción, los límites a la libertad (leyes, dolo) y la fuerza obligatoria de los pactos. Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 35.

¹⁶⁴ *Íbid*, p. 34 – 35.

¹⁶⁵ Mazeaud, Henri, León y Jean, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 37.

¹⁶⁶ En esta etapa, la libertad de trabajo y el derecho de propiedad (vasallos) fueron limitados.

¹⁶⁷ Cit. en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 47.

filosófico hizo renacer el principio de la *autonomía de la voluntad*¹⁶⁸. La codificación¹⁶⁹, originada a fines del siglo XVIII, produjo el afianzamiento del Derecho Natural, al cual se le quería elevar a la categoría de fuente exclusiva del Derecho Privado; de esta manera, de acuerdo a Solari, “la codificación viene a ser mucho más que la unificación formal del Derecho Privado, para convertirse en la expresión positiva de un sistema filosófico”.¹⁷⁰

Posteriormente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 exaltó la igualdad y libertad de los seres humanos, enfatizando que la libertad consiste en poder hacer lo que no perjudique a los demás y que la ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad, así que, todo lo que no esté prohibido está permitido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena¹⁷¹: “con ello quedaba consagrado positivamente el principio de la *autonomía de la voluntad* (...) pues *libertad e igualdad* hacen a su esencia”.¹⁷²

En síntesis, durante el siglo XIX, época en la cual prevalecía en la filosofía del Derecho el “individualismo jurídico”¹⁷³, este principio dominó y se consagró de manera absoluta puesto que se consideraba que la “autonomía de la voluntad”, manifestación de la libertad humana, era un derecho natural que no podía ser arrebatado por ninguna ley positiva. En esta época, el principio no encontró limitaciones. Posteriormente, el desarrollo de la producción, del comercio y de la industria, los adelantos tecnológicos de la Revolución Industrial (desarrollados antes de la Revolución Francesa), la división del trabajo y la especialización multiplicaron los intercambios. Se produjo un acrecentamiento acelerado del comercio que, si bien mejoró el nivel de vida de la población, no obstante, ese incremento de bienestar no fue equitativo, al tiempo que se generaron abusos:

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹⁶⁹ Las obras de Domat y Pothier sentaron las bases para la concreción de una legislación uniforme en el Código de Napoleón.

¹⁷⁰ Cit. en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 49.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 48 – 49.

¹⁷² *Ibid.*, p. 49.

¹⁷³ Tendencia ideológica que consideraba al individuo como una voluntad libre desprendido del medio social. El ser humano es el objeto, fundamento y el fin del Derecho. Esta tendencia filosófica entiende que el hombre tiene derechos naturales anteriores a la sociedad donde lo esencial es la libertad. Ver: Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 63 y 68-69.

“la Revolución Francesa y el Código de Napoleón consagraron a la *libertad* y a la *igualdad* como derechos innatos del hombre, como presupuestos indispensables para que éste pueda desenvolverse en ejercicio de su *voluntad autónoma*, pero las consecuencias de la Revolución Industrial exteriorizaron y acentuaron un desequilibrio fáctico (...) que se manifestó principalmente en dos tipos de relaciones: obrero – patronales y de consumo masivo”¹⁷⁴. “La situación socio – económico – cultural generada por la Revolución Industrial, causa el quiebre en los hechos de la igualdad ideal”¹⁷⁵.

Ante esta realidad, surgió la necesidad del control e intervención del Estado en los negocios privados para la protección de la parte débil, lo que tuvo consecuencias en la formación y efectos¹⁷⁶ de los contratos, es decir, en la libertad y en su fuerza obligatoria. De esta manera, al individualismo que había imperado durante los siglos XVIII y XIX se le opuso un derecho social¹⁷⁷ con un Estado protector de los débiles y garantizador de la igualdad¹⁷⁸. Así, luego de la etapa de auge¹⁷⁹ del principio de la autonomía de la voluntad, vino la crisis, puesto que fueron puestos en tela de duda sus alcances. Primero las críticas al principio fueron tenues¹⁸⁰ y paulatinamente tomaron fuerza hasta llegar a serios cuestionamientos que ponían en duda inclusive su misma existencia.

La crítica a este principio se dio en dos niveles¹⁸¹: en una primera instancia (desde 1894) se limita a la autonomía de la voluntad en nombre de las leyes imperativas o prohibitivas, ya que significaría quitarle a la ley su carácter obligatorio. Posteriormente, la crítica se vuelve más radical y se amplía la limitación del mencionado principio a las denominadas leyes supletorias o interpretativas y se argumentó que la ley siempre se impondrá. Fruto de estas críticas, en el ámbito internacional para fines del siglo XIX y principios del siglo XX, se retiraron del campo de la “autonomía de la voluntad” las materias reguladas por las leyes imperativas de los Estados.

¹⁷⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 54.

¹⁷⁵ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 54.

¹⁷⁶ *Ibid*, p. 54 – 55.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 54.

¹⁷⁸ Posteriormente el Estado empezó a crecer sin medida y su rol fue desvirtuado respondiendo a intereses de determinados sectores (que no necesariamente eran los más débiles). Ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 55 – 56.

¹⁷⁹ Esta división por etapas de la evolución del principio de la “autonomía de la libertad” ha sido tomada del estudio, ya citado, realizado por Sara Feldstein de Cárdenas.

¹⁸⁰ Las críticas tenues venían de autores como Von Bar (1862) y Brocher (1872); las críticas radicales provenían de autores como Niboyet (1927), quienes incluso llegaban a plantear la inexistencia del principio. En el Derecho interno, el principio entra en crisis con Ihering (1875), Pillet, Aubry, Rolin, Audinet, Martin. Ver: Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 70 y 80.

¹⁸¹ Ver: Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 80 – 81.

Con el transcurrir del tiempo y ante la ineficacia del Estado para responder a las necesidades comunes de la sociedad, su importancia fue atenuada paulatinamente, lo que permitió que el principio de la autonomía de la voluntad sea nuevamente afianzado conjuntamente con las ideas económicas liberales que habían caído en desuso debido a las crisis económicas.

En la actualidad, se puede considerar que el principio ha ingresado a una nueva etapa de su evolución, en la cual, si bien se reconoce sus limitaciones, no por ello se desconoce el principio; además se exaltan sus aspectos positivos y los beneficios que ofrece. Sara Feldstein considera que es una etapa de equilibrio, no obstante, evidencia una firme tendencia a su consolidación¹⁸².

2.3.4 Estructura del principio

Para entender los alcances y el significado del principio de la autonomía de la voluntad es necesario separar sus componentes y analizarlos independientemente.

El primer término que conforma este principio, la autonomía, también denominada autarquía, se encuentra en el ámbito de la libertad¹⁸³. La autonomía es la capacidad de decidir por sí mismo y pertenece, en primera instancia, a la persona¹⁸⁴ luego de lo cual también puede ser considerada como una cualidad que adquiere la voluntad. La autonomía permite en primer término tomar una decisión libre (libertad de acción/ autodeterminación), y luego obligarse o no con otra persona (fuerza vinculante / autorresponsabilidad)¹⁸⁵. Sin libertad no hay voluntad y la fuerza vinculante emana de la propia voluntad como ley de sí misma¹⁸⁶. En suma, las personas son libres de obligarse o no, pero una vez que se han obligado deben cumplir o responder por la obligación contraída. Así, lo que primero fue libre decisión, luego es constreñimiento.¹⁸⁷

¹⁸² *Íbid*, p. 70.

¹⁸³ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, *Ob. Cit.*, p. 242.

¹⁸⁴ *Íbid*.

¹⁸⁵ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, *Ob. Cit.*, p. 122 – 123.

¹⁸⁶ *Íbid*, p. 62.

¹⁸⁷ *Íbid*, p. 64 y 86.

Al tratar la autonomía de la voluntad, los autores se remiten a la libertad como fundamento de este principio. De acuerdo a De la Cruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, “sin libertad no existiría el principio jurídico conocido como autonomía de la voluntad”¹⁸⁸. La libertad es “potencial poder de decisión, de elección, de opción (...) es el sustento o fundamento de la voluntad”¹⁸⁹ y sólo se la puede percibir a través de los actos concretos en que se manifiesta¹⁹⁰. Los filósofos que han tratado de dar una interpretación de la libertad coinciden en determinar que la libertad es el ser del ser humano y que por tanto éste es libre por naturaleza.¹⁹¹ Filósofos como Sartre expresan que “el ser libre (...) no significa que pueda actuar siempre de acuerdo a sus íntimas decisiones”¹⁹², esto debido a los dos momentos que tendría la libertad: potencia para decidir y acto concreto¹⁹³. En base a lo anterior, se puede argumentar también que la libertad presenta dos manifestaciones: libertad formal o jurídica y libertad material o fáctica. Esta doble forma en que se puede manifestar la libertad ha generado la denominada “desigualdad negocial”, realidad que merma la libertad de la voluntad. Así, el principio de libertad se relaciona con el de *igualdad* y deben estar indisolublemente unidos, a tal punto que no resulta concebible el primero sin el segundo.¹⁹⁴

Desde que se contrata, esa autodeterminación se convierte en *autovinculación* de las partes, en otras palabras, quienes concluyen un contrato se *autovinculan recíprocamente* estableciendo de tal modo para su relación recíproca una norma: *la lex contractus*”.¹⁹⁵ En este sentido Federico de Castro y Bravo manifiesta que con la autonomía de la voluntad, a más de ser expresión de libertad, se espera que el acto o declaración de voluntad tenga un valor jurídico, es decir, que sea vinculante, “con lo que implícitamente se niega la libertad a desdecirse o retractarse”; según el autor, para lograr este valor jurídico es esencial la intervención del Estado¹⁹⁶.

¹⁸⁸ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 230.

¹⁸⁹ *Ibid*, p. 243.

¹⁹⁰ *Ibid*.

¹⁹¹ Ver la recopilación de varios autores sobre la libertad que se hace en: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 243 – 249. Sobre la libertad ver también: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 10 y 16.

¹⁹² Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 247. Este autor cita a Kierkegaard y Sartre quienes afirman que ser libre no significa obtener lo que se quiera, sino determinarse a querer por sí mismo. (p. 247 – 248.)

¹⁹³ Ver: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 247.

¹⁹⁴ Ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 127.

¹⁹⁵ *Ibid*, p. 162.

¹⁹⁶ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 220.

El principal efecto de todo acto jurídico es *su fuerza vinculante*, la cual se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*¹⁹⁷. “Dado el principio general de la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria cae por su propio peso como subprincipio o corolario necesario de la misma”¹⁹⁸. Es un principio que no es exclusivo de los contratos, sino que es propio de todos los actos que tienen por objeto establecer entre las personas relaciones jurídicas¹⁹⁹. Marco Risolía y Federico Videla consideran a la fuerza obligatoria del contrato como uno de sus elementos esenciales, ya que reposa sobre la conciencia del ser humano de quedar obligado hacia su prójimo.²⁰⁰

En principio, los actos sólo producen efectos entre quienes los celebran, y no pueden perjudicar ni favorecer a terceros. Se aplica esta regla principalmente a los *contratos* y a las *sentencias*.²⁰¹ Sin embargo, el principio puede en determinados casos afectar a terceros (*efectos indirectos o externos*), por ejemplo, un contrato a favor de un tercero²⁰². Al respecto, Alterini manifiesta que “el efecto obligatorio y el efecto creador o traslativo de derechos reales están limitados a las partes. Pero esto no significa que los terceros puedan desconocer la situación nueva establecida por el contrato, cuando les es *oponible*”²⁰³.

Varias teorías se han formado para justificar la fuerza obligatoria de los contratos. Así encontramos tesis voluntaristas, moralistas, utilitaristas, de la veracidad y la confianza, positivistas, de la dignidad humana, etc. La mayoría de ellas se centra en decidir si los contratos obligan porque así lo quieren las partes o sólo porque lo manda la ley.²⁰⁴ Es por esto que la tesis voluntarista y la normativista son las más relevantes²⁰⁵.

¹⁹⁷ Los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan.

¹⁹⁸ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 191.

¹⁹⁹ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 155.

²⁰⁰ M. Risolía y F. Videla, “La fuerza obligatoria de los contratos después de la reforma del Código Civil por la ley 17.711”, en *Contratos*, t.II, Buenos Aires, 1973, p. 241, citados en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 58.

²⁰¹ Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, tr. Delia García Daireaux, supervisión Jorge Joaquín Llambías, La Ley, Buenos Aires. 1988, t.I, n° 594. p. 443, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 164.

²⁰² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 165.

²⁰³ Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 21.

²⁰⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 157 – 158.

²⁰⁵ Sobre estas tesis ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 158 – 161.

La fuerza vinculante de la voluntad no es un principio absoluto puesto que por razones de equidad en determinadas circunstancias su rigor debe atemperarse (doctrina de la imprevisión); pero, estas circunstancias deben ser valoradas con criterio restrictivo²⁰⁶. Son las llamadas causales de resolución o reajuste contractual.²⁰⁷ Para Moisés, sólo en la imprevisión se aplican correcciones en razón de la equidad, ya que en los casos de lesión o de adhesión a cláusulas predispuestas estamos en presencia de vicios de la voluntad. En la imprevisión, la parte goza de entera libertad al celebrar el contrato, no obstante, circunstancias imprevistas sobrevinientes le impiden cumplir con lo pactado; por su parte, en los casos de lesión o de adhesión, la voluntad de la víctima o del adherente se encuentra viciada desde el inicio, más allá del desequilibrio en las prestaciones²⁰⁸.

Por su parte, la voluntad “es la potencia del alma que mueve al hombre a hacer o no hacer alguna cosa, es libre albedrío o libre determinación.”²⁰⁹ Puede ser entendida como un “querer” que está dentro de la libertad.²¹⁰ La voluntad tiene la virtud de establecer relaciones jurídicas. Merece ser destacado que la voluntad no es equiparable a la libertad puesto que ésta última es el fundamento de la voluntad: “la voluntad es uno de los medios para realizar, a través de un acto, el fin o fines propuestos por la libertad”²¹¹, es decir, es uno de los instrumentos del cual se vale la libertad para concretar las decisiones. La libertad es incondicionada mientras que la voluntad no; cuando la voluntad interviene la decisión ya ha sido tomada²¹². Autores como Díez – Picazo y Gullón consideran que la voluntad no es suficiente ni única para llevar a cabo un acto jurídico cualquiera, sino que se requieren de todas las potencias del ser humano²¹³.

La voluntad es requisito esencial de todo acto, y por ende del contrato. Toda la vida consciente del hombre está dominada por la voluntad; pero, para el Derecho esto no basta,

²⁰⁶ *Ibid*, p. 163.

²⁰⁷ Este reconocimiento de la necesidad de graduar la obligatoriedad de la fuerza vinculante ya se presentaba en Derecho Romano y el Derecho Canónico de la Edad Media el cual hacía prevalecer la justicia conmutativa no sólo a la fecha de celebración del pacto (lesión), sino también en la de su ejecución (imprevisión). Fuente: Ghestin, Jacques – Billiau, Marc, *El precio en los contratos de larga duración*, tr. Luis Moisset de Espanés y Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, 1994, n° 79, p. 158., citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 163.

²⁰⁸ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 163.

²⁰⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 89.

²¹⁰ Ver: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 243.

²¹¹ *Ibid*, p. 251.

²¹² Ver la diferencia entre voluntad y libertad que se hace en: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 250 – 251.

²¹³ *Ibid*, p. 241.

sino que además debe ser exteriorizada.²¹⁴ Esta concepción es adoptada sobre todo por la doctrina argentina basada en las disposiciones del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield de 1869 (artículos 897 y 913)²¹⁵, según el cual, los elementos del acto o hecho voluntario son: la voluntad y la manifestación, es decir, ser exteriorizado y ser practicado con discernimiento, intención y libertad²¹⁶, los cuales en ocasiones pueden estar viciados por el error, el dolo y la violencia (vicios de la voluntad).²¹⁷ El Código ecuatoriano también incorpora estas concepciones al haberse constituido en 1858, casi de manera íntegra, sobre la base del Código Andrés Bello, en el cual la autonomía privada es un principio fundante²¹⁸.

Mientras la voluntad no se exteriorice se mantiene dentro de los dominios de la moral y al margen del imperio del Derecho. La manifestación de la voluntad puede ser expresa, tácita o presumida por la ley²¹⁹. No obstante, la voluntad puede a veces no ser coincidente con su manifestación. Algunas teorías se han desarrollado al respecto, las cuales oscilan entre dos extremos: teoría de la declaración, objetiva o alemana²²⁰ y teoría de la voluntad, subjetiva o francesa²²¹. Según el autor Rescigno, inicialmente, la atención se centró en la voluntad ante lo cual se tornaba esencial asegurar la plenitud y pureza de la libertad. Los cambios en las relaciones económicas cambiaron la perspectiva tornándose primordial la consideración de la declaración²²².

La primacía de la declaración era defendida por quienes creían que eso dotaba de seguridad a las transacciones.²²³ No obstante, una posición intermedia es la que se ha adecuado más a la realidad; es la denominada teoría de las expectativas razonables. Esta posición intermedia toma en

²¹⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 90.

²¹⁵ Ver: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 231 – 232.

²¹⁶ Para ampliar este tema ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 90 – 92.

²¹⁷ *Ibid*, p. 12.

²¹⁸ Otros países cuyos códigos se inspiran en el Código de Bello son: Uruguay, Argentina, Brasil, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Colombia, Panamá.

²¹⁹ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 93.

²²⁰ La declaración de la voluntad es la incorporación, es la objetivación del querer, el cual, fuera de aquella, es como si no existiese. No es la voluntad la que constituye la sustancia del negocio, sino la declaración de la voluntad en su formación externa u objetiva (propósito objetivo) Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 95.

²²¹ Considerada clásica y dominante, partiendo del dogma de la voluntad, esta teoría sostiene que la esencia del negocio está en la voluntad y que la declaración es sólo un medio de manifestación, prevaleciendo en caso de conflicto la voluntad real sobre la declarada. Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 95.

²²² Ver: Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 226 – 228.

²²³ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 93 – 94.

consideración los principios de responsabilidad y confianza, es decir, se debe obrar diligentemente o de buena fe (principio de responsabilidad), para no crear falsas expectativas en nuestros interlocutores quienes deben tener una razonable convicción acerca de los reales alcances del acto (principio de confianza)²²⁴.

2.4 Las limitaciones tradicionales del principio de autonomía de voluntad

A pesar de la importancia de este principio ha sido, y es, objeto de diversos debates respecto a las limitaciones que puede o debe presentar: “el fundamento de la autonomía radica en el interés de las partes, bien que sujeto a límites”²²⁵. Quienes consideran que el contrato no ha entrado en crisis a pesar de los cambios que se han registrado a propósito de la predisposición contractual y la intervención estatal, estiman que la crisis es de la autonomía de la voluntad, y no es tanto un problema de cercenamiento que enfrenta la libertad, sino que es un problema de determinar sus límites²²⁶.

En la actualidad se reconoce el carácter relativo de este principio casi de manera general; Díez - Picazo y Gullón manifiestan que “otorgar un carácter absoluto a la autonomía de la voluntad significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio personal”²²⁷. De la Cruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández reconocen las limitaciones de la autonomía de la voluntad enfatizando que, si bien los sujetos individuales pueden organizar sus relaciones según convenga a sus intereses, corresponde al ordenamiento jurídico el determinar si acepta o rechaza dichas decisiones²²⁸. Así, el reconocimiento de su relativismo es ineludible, no obstante, hay dos posiciones al respecto: quienes consideran que la limitación al principio es algo negativo y quienes consideran que es algo positivo y necesario.

²²⁴ *Íbid*, p. 96 – 97 y 123.

²²⁵ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, p. 39.

²²⁶ Ver: Martín-Ballester y Luis Costea, *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Madrid, 1963, p. 35, citado en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 16.

²²⁷ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 225.

²²⁸ *Íbid*, p. 230 – 231.

Dentro de los que consideran negativa la limitación del principio de la autonomía de la voluntad están los simpatizantes de los postulados del libre mercado. Estos manifiestan que la libertad, y con ella la autonomía de la voluntad, debe ser un espacio en el cual no existan regulaciones estatales puesto que es parte de la *mano invisible* que guía el mercado automáticamente hacia la eficiencia. Para ellos, “el orden justo tanto en el sentido lícito como en el de conveniente es el que resulta del libre y espontáneo acuerdo de las fuerzas del mercado (...) La justicia formal (acuerdo) equivale a la sustancia (de su contenido)”²²⁹.

No obstante, se ha desarrollado doctrina que manifiesta que la libertad total no tiene cabida cuando se vive en sociedad. Federico de Castro y Bravo estima que es engañoso decir que la autonomía de la voluntad es una libertad de hacer o no hacer algo exento de la intervención del Estado, debido a que el contexto social en el cual se desarrolla el ser humano, hace necesario una regulación en las relaciones.²³⁰ Por su parte, Díez – Picazo y Gullón estiman que “la naturaleza del hombre y el respeto a la persona exigen (...) el reconocimiento de la autonomía, pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada”.²³¹ Para estos autores, es una cuestión de equilibrio.

“En todo momento, jurídicamente hablando, el ejercicio de cualquier manifestación de la libertad en la vida de relación social, salvo en el campo marginal del “disenso” y de la “desobediencia civil”, se halla sujeto a unas reglas que son garantía de la autenticidad de su propia expresión y, naturalmente, a unos límites o deberes negativos que ponen un contrapunto necesario en el conflicto subyacente entre libertad y autoridad. Lo que hace posible la existencia de un “orden social”²³².

En opinión de Farjat, los seguidores del liberalismo conciben al ser humano en su carácter abstracto sin tomar en consideración sus diferencias de toda índole (una igualdad abstracta)²³³. Autores como Alessandri (1940) sostienen que la exageración del

²²⁹ Carlos Cárdenas Quirós, “La supuesta santidad de los contratos y el Art. 62 de la Constitución política del Perú”, en: Alterini, De los Mozos y Soto, *Contratación Contemporánea, teoría general y principios*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 269.

²³⁰ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 219 – 220.

²³¹ *Ibid*, p. 225.

²³² José Luis de los Mozos, “La autonomía privada: notas para una relectura del Título de los contratos del Código Civil español”, en: Alterini, De los Mozos y Soto, *Contratación Contemporánea, teoría general y principios*, p. 198.

²³³ Carlos Cárdenas Quirós, “La supuesta santidad de los contratos y el Art. 62 de la Constitución política del Perú”, Ob. Cit., p. 268.

principio de la autonomía de la voluntad y las transformaciones de la economía y de la sociedad han producido severas críticas al principio cuyas limitaciones más importantes están relacionadas con el derecho del trabajo (sueldos vitales), límites a los intereses por créditos, etc.,²³⁴ y más recientemente, con el Derecho de los consumidores.

De acuerdo a la interpretación que Contarino hace del principio de la autonomía de la voluntad, el componente de este principio que se limitaría sería la libertad contractual, es decir, la fijación de los términos del contrato, no así la libertad para contratar que continúa en plena vigencia²³⁵. López Santa María ha manifestado que la ruptura o deterioro de la libertad contractual viene dado por el dirigismo contractual:

“por razones de orden público económico (manipular o manejar la economía nacional), o de orden público social (proteger a los grupos sociales más débiles, como trabajadores, arrendatarios, consumidores), el legislador cada vez con más frecuencia, fija imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos, los que dejan de estar entregados a la libre decisión de las partes”²³⁶.

Se ha constatado que los límites al principio de autonomía de la voluntad son siempre de carácter legal. “La libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite, la excepción, y, por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente”²³⁷. Generalmente, se habla del orden público y de las buenas costumbres como límites a este principio, pero éstos limitan el principio en cuestión en tanto están contemplados en la ley²³⁸. Por esta razón, se ha dicho que “las leyes relativas a los contratos sean, por lo general supletorias de la voluntad de las partes. La misión del juez, en caso de litigio es interpretar o restablecer esa voluntad, pero no crearla”²³⁹.

²³⁴ http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html, revisada a marzo 2007.

²³⁵ Íbid.

²³⁶ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición, Tomo I, 1998, p. 263, en: http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html, revisada a marzo 2007.

²³⁷ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 15.

²³⁸ http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm, revisada a marzo 2007.

²³⁹ Arturo Alessandri R., *De los Contratos*, Ob. Cit., p. 11.

Las limitaciones tradicionales que ha enfrentado el principio en cuestión son las *prohibiciones legales*, el *orden público* o las *buenas costumbres*.²⁴⁰ Las partes no pueden estipular nada que vaya contra las normas imperativas; tampoco pueden alterar o modificar las cosas que son de la esencia del contrato que pacten, pues, de hacerlo, éste no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro diferente. De acuerdo a lo anterior, las partes tienen la prohibición de concluir contratos que no tengan una disciplina particular (innominados) cuando con ellos se quiera realizar intereses no merecedores de tutela jurídica (por ejemplo los contratos ilícitos, imposibles o en fraude de la ley); además tienen prohibición de autodisciplina en materias en las que dominan normas imperativas o fuera de los casos admitidos por la ley²⁴¹.

Al hablar de moral y buenas costumbres, no se hace referencia a la moral individual o íntima del ser humano, sino a la moral pública la cual se identifica con el concepto de buenas costumbres: “*la moral pública o buenas costumbres* es lo que está bien para la conciencia social, es decir, para la generalidad de los individuos que componen la sociedad”²⁴². Las concepciones del “orden público” y las “buenas costumbres” serán determinadas por cada legislación puesto que son términos relativamente subjetivos cuya definición depende del tipo de sociedad de que se trate.

Según Kaller De Orchansky, la noción de orden público es un concepto inasible, ligado esencialmente a las ideas que predominan en la sociedad y su caracterización es como un conjunto de principios y no de disposiciones o de leyes.²⁴³ Díez – Picazo y Gullón exaltan también el relativismo de la moral y orden público, ya que reconocen que son disposiciones que cambian de acuerdo a la época y circunstancias y que esto puede generar inseguridad jurídica²⁴⁴.

No obstante, es necesario enfatizar que el principio de la autonomía de la voluntad no se ha visto restringido solamente por las leyes imperativas u orden público. Para Francesco Galgano, las limitaciones al principio en cuestión provienen, a más de la

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 18.

²⁴² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 138.

²⁴³ Cit. en: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 17.

²⁴⁴ Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, Ob. Cit., p. 226.

ley, como consecuencia de la sociedad industrial (producción en serie y a gran escala), la cual exige la intervención del gobierno en la regulación de las relaciones del mercado²⁴⁵. Este principio ha sufrido múltiples restricciones que no provienen sólo del Estado sino que, además, puede ser limitado por el accionar de los mismos contratantes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Esta realidad es exaltada por Moisés, razón por la cual, a continuación se esbozan las restricciones que, de acuerdo a dicho autor, enfrenta el principio en cuestión.

Para Moisés existen diferentes formas en que este principio puede ser limitado. Básicamente distingue dos tipos de restricciones que, si bien son de la libertad, no obstante, se relacionan directamente con la autonomía de la voluntad al fundamentarse este principio en la libertad. Estas restricciones son: los límites y las limitaciones. Los límites de la libertad son los márgenes intrínsecos, naturales, propios o inmanentes de la libertad y las limitaciones son restricciones extrínsecas a ella, esto es, impuestas desde afuera (heterónomas) por un poder ajeno a la voluntad del sujeto (intervencionismo estatal y predisposición contractual).²⁴⁶

Los *límites de la libertad de las acciones* son el orden público (leyes imperativas y dispositivas que carecen de eficacia supletoria), la moral pública, las buenas costumbres y los derechos de terceros (individuales o colectivos), de acuerdo a lo cual, la libertad de todo hombre encuentra su inmanente límite en la libertad del prójimo o en los intereses de la sociedad en su conjunto.²⁴⁷ En este marco, pueden haber imposiciones para contratar (a profesionales y a proveedores de servicios básicos)²⁴⁸, prohibiciones legales (por ejemplo de cláusulas excluyentes o limitativas de responsabilidad), reglamentaciones (exigen claridad y legibilidad de los contratos y otras normas a cumplir para precautelar la equidad)²⁴⁹ y disposiciones relativas a los términos de validez del contrato y a vicios de la voluntad.

²⁴⁵ *Íbid*, p. 229.

²⁴⁶ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 133.

²⁴⁷ *Íbid*, p. 134 – 136.

²⁴⁸ No obstante, “cuando el contrato es impuesto la libertad de no contratar desaparece”, así como también se merma la libertad de elegir el cocontratante. Fuente: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 40.

²⁴⁹ Ver: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 44 – 47.

En suma, los límites a la libertad se identifican con el interés superior o el bien común de la sociedad para preservar la vida social común²⁵⁰.

En cuanto a las limitaciones, éstas pueden provenir del Estado o de los particulares y pueden ser justificadas o no. Por un lado, las restricciones estatales son necesarias puesto que la vida en sociedad necesariamente requiere de la intervención del Estado como instrumento o mecanismo para el mantenimiento del orden público y la paz social. El Estado está obligado a respetar los derechos individuales y excepcionalmente puede restringirlos coactivamente por razones de interés general determinadas por la ley. Pero el exceso de su intervención se denomina intervencionismo estatal.²⁵¹ La intervención estatal se justifica en situaciones de emergencia, la cual es una situación de grave crisis política o económica que, previsible o no, resulta extraordinaria y excepcional (guerra, conmoción interna o crisis económica)²⁵².

La intervención del Estado en materia contractual²⁵³ puede ser, por un lado, de carácter *permanente*, poniendo límites a la autonomía de la voluntad por razones de *orden público*: contrato de trabajo, contrato entre cónyuges, contrato de consumo, etc. Por otro lado, la intervención del Estado puede ser de carácter *transitorio*, cuando situaciones de *emergencia* así lo exigen y están debidamente justificadas; no obstante, en ningún supuesto puede el Estado obligar a los particulares a contratar, ni alterar substancialmente las prestaciones pendientes.

En cuanto a las limitaciones que provienen de los particulares, al margen de la fuerza o la intimidación, éstas componen lo que se ha denominado *la predisposición contractual*, según la cual, quien detenta una posición negocial dominante impone sus condiciones: la otra parte pierde su capacidad de negociación y sólo se somete a las reglas del primero lo que hace que el equilibrio y la autonomía de la voluntad se deterioren. Las doctrinas que distinguen las restricciones a la autonomía de la voluntad provenientes de los particulares tratan de desentrañar el contenido social del contrato y exaltan que el exceso de libertad contractual pudiera desembocar en abusos.

²⁵⁰ Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 21– 22.

²⁵¹ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 138 – 139.

²⁵² *Ibid*, p. 139 - 141.

²⁵³ *Ibid*, p. 142.

Es necesario enfatizar que, en un mundo globalizado como el actual, todas las restricciones enunciadas (límites y limitaciones) no sólo pueden provenir del Derecho interno sino también del Derecho internacional, esto debido a que en la actualidad se encuentra en gestación una comunidad internacional (o al menos se busca formarla). Como se ha podido evidenciar, las restricciones al principio de la autonomía de la voluntad provienen de algunas fuentes y son de algunas clases. En el siguiente capítulo se analizarán las restricciones “internacionales” que enfrenta el principio de la autonomía de la voluntad y se las relacionará con el comercio internacional.

En la economía de libre mercado el comercio es la principal actividad económica y en el mundo actual este comercio presenta características propias de la etapa de Globalización que vivimos²⁵⁴. Como ha sido expuesto, la economía de libre mercado está íntimamente relacionada, o más aún, fundamentada en el principio de la autonomía de la voluntad: “con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares)”²⁵⁵. Por esto, el siguiente capítulo está dedicado a analizar al principio que nos ocupa en el ámbito internacional y específicamente en el comercio internacional.

²⁵⁴ Estas características fueron expuestas brevemente en el Capítulo I de este trabajo.

²⁵⁵ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 15.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: APLICACIÓN E IMPLICACIONES

El presente capítulo presentará un esbozo de las características de la contratación moderna haciendo especial énfasis en la contratación comercial que en la actualidad ha sobrepasado las fronteras estatales. Para el efecto, se partirá de un somero análisis de la evolución del contrato, desde sus características clásicas hasta sus manifestaciones contemporáneas. Esto tiene como objetivo analizar el papel que el principio de la autonomía de la voluntad ha desempeñado en cada fase de la evolución del contrato hasta la época actual.

3.1 Evolución de la autonomía de la voluntad y de la contratación tradicional

El contrato ha tenido que evolucionar a la par de los cambios registrados en el mundo. La contratación masiva se ha convertido en el nuevo sistema de contratación privada²⁵⁶. Así, desde el principio de autonomía de voluntad, fundamentado en el análisis filosófico individualista de los derechos subjetivos (doctrina económica liberal), se pasó hacia una búsqueda del reequilibrio contractual (la igualdad)²⁵⁷.

Los contratos clásicos (siglos XVII y XVIII) incluían en su concepción el principio de igualdad y de equivalencia de las prestaciones; se pensaba que los sujetos siempre actuaban eficientemente en función de su propio interés debido a su racionalidad; por esto se creía que los contratos eran justos. El ser humano era considerado un ser libre e igual a sus semejantes, por lo tanto, a todo pacto entre ellos el sistema normativo le brindaba efecto obligacional y categoría de ley individual²⁵⁸. Si no había vicios en la libertad, en el conocimiento o en la intención, el pacto había que cumplirlo; se constituía en ley para las partes, primero, porque la voluntad brindaba un

²⁵⁶ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 19.

²⁵⁷ Ver: Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 137 – 138.

²⁵⁸ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit, p. 15.

valor jurígeno, y luego, porque el acto se llevaba a cabo en un marco de igualdad y libertad en las relaciones económicas²⁵⁹.

En este contexto, la autonomía de la voluntad era imperante y se hacía abstracción de cualquier restricción que significara relativizarla (por ello es un dogma). No interesaba que el acuerdo no hubiera sido realizado por libres e iguales y se descartaba que lo acordado fuera injusto, puesto que consideraba que contratar es prever y ante eso no era posible el surgimiento de situaciones sobrevivientes que justificaran su alteración, incluso si dicha alteración proviniera del mismo Estado; solamente se aceptaba las decisiones de las partes que lo habían creado.²⁶⁰

En el siglo XIX, con la Revolución Industrial, se enraizó la concentración de capitales y la creación de poderosas corporaciones que pusieron de manifiesto la desigualdad económica. Desde este acontecimiento, y durante el siglo XX (sobre todo desde la década de los 60`s), se ha ido incrementado la producción y el consumo de manera acelerada. Todos buscan consumir, muchas veces sin necesidad, conducta que es impulsada por la publicidad y las nuevas técnicas de venta. Este fenómeno es conocido como la masificación de la producción y del consumo o la civilización del consumo.

La masificación del consumo alteró los parámetros económicos y sociales. Esta nueva realidad requiere de métodos más ágiles para colocar los bienes y servicios en el mercado, por lo que la negociación contractual empieza a perder funcionalidad. En este contexto, el contrato deja de ser la obra creada por pares y se transforma en un esquema predispuesto por el proveedor sin participación de la contraparte, quien ve limitadas sus alternativas. Si no acepta las condiciones estipuladas por el predisponente, la opción que tiene es no contratar, pero de ninguna manera negociar el contenido del contrato.

Para el siglo XX, la concepción clásica del contrato entra en evidente descenso. “El postulado de la libertad absoluta se contrapone con el desenvolvimiento del

²⁵⁹ Íbid, p. 15 – 16. Esta concepción del contrato era el producto de las ideas imperantes del iusnaturalismo, racionalismo e individualismo que fue analizado en el capítulo anterior.

²⁶⁰ Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ob. Cit., p. 183 – 184.

individuo en sociedad, lo que importa relaciones interdependientes”²⁶¹. La igualdad no es real; por el contrario, existe un permanente estado de confrontación y antagonismo entre los desiguales: empleadores y trabajadores, propietarios y locatarios, los predisponentes y adherentes, empresarios y consumidores²⁶², y por qué no añadir también, los grandes empresarios y los distribuidores o pequeños empresarios. En otras palabras, es evidente la existencia de una parte débil. El tráfico negocial masivo generó grandes diferencias en el poder de negociación de las partes²⁶³ haciendo necesaria la inserción de herramientas restablecedoras del equilibrio y de protección del desigual (control formal o de consentimiento y control de fondo o de contenido)²⁶⁴.

Según Montesquieu y Rousseau “corresponde a las leyes particulares el igualar las desigualdades”; la libertad no puede subsistir sin la igualdad²⁶⁵. Así, se establecieron algunos mecanismos para el restablecimiento de la igualdad: el derecho imperativo, la reformulación de la función de las normas supletorias, la consagración de la relación de equivalencia como standard jurídico en paridad de situación con la buena fe o el orden público, y la revisión del contrato (rechazada por los defensores de la autonomía de la voluntad).²⁶⁶

En la sociedad actual es muy fácil constatar las desigualdades existentes en muchos ámbitos. Las relaciones económicas y comerciales son quizás el área en donde se torna más visible esta realidad. “No podemos pensar a todos los hombres como sujetos absolutamente libres (...) el poder de negociación no es el mismo”²⁶⁷. Las reconocidas fallas del mercado no hacen sino reflejar esta realidad del desequilibrio en las relaciones económicas y sociales²⁶⁸.

²⁶¹ *Ibid*, p. 184.

²⁶² *Ibid*, p. 184 – 185.

²⁶³ José Antonio, Ballesteros Gañido, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 51 y ss., citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 127

²⁶⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 128.

²⁶⁵ Montesquieu, L. V, Cap. VI, p. 36, y Rousseau, L. II, Cap. XI, p. 55 y 54, citados en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 80 – 81.

²⁶⁶ Ver: Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ob. Cit., p. 186 – 198. Ver también: Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional, Protección Procesal del usuario y consumidor*, Ob. Cit., p. 16 – 17.

²⁶⁷ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit, p. 33.

²⁶⁸ No en vano se ha reconocido ampliamente que si bien el capitalismo y la economía de mercado han coadyuvado para el incremento de la producción y la riqueza en el mundo, el gran problema ha sido la distribución desigual de esos avances en la sociedad y los efectos negativos que esos mismos beneficios

Así, el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el siglo XIX, empieza a ser relativizado en el siglo XX debido a la demanda de solidaridad social, es decir, al restablecimiento de la justicia (igualdad y libertad)²⁶⁹. Según Jorge Bustamante se revalorizó los institutos incorporados por la buena fe, equidad, abuso del derecho, lesión subjetiva e imprevisión²⁷⁰ o reajuste equitativo.

En este contexto, se otorgaron nuevas funciones al contrato. A más de la tradicional función jurídica (servir de instrumento para el acuerdo de voluntades), adoptó relevancia la función económica (mecanismo de intercambio de bienes y servicios, desde lo más simple hasta las más complejas relaciones) y la función social (instrumento de cooperación y colaboración entre personas). Los nuevos pensadores han pretendido sostener la fuerza obligatoria de los contratos a partir de estas dos últimas funciones.

Santos Briz, siguiendo a Lorenzetti, expresa que el “(...) contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes”²⁷¹. Se exaltaba la conjunción de los fines individuales y sociales en base a la conciliación, armonía, el reconocimiento, respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana²⁷². Cárdenas dice: “(...) si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros (...) el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que cabe calificar como la humanización del contrato”²⁷³, es decir, como un medio integrador, armonizador,

han producido en las relaciones sociales y en el medio ambiente; el hecho que la economía (producción, comercio y consumo) se haya desarrollado de manera apreciable, no ha significado la reducción de la pobreza y la desigualdad, las cuales, por el contrario, se han incrementado.

²⁶⁹ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 175.

²⁷⁰ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 21. Ver también: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 52.

²⁷¹ Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, p. 400 – 401. Ver también: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 32.

²⁷² *Ibid.*, p. 401.

²⁷³ *Ibid.*

cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre la otra²⁷⁴. La sociedad en su conjunto debe beneficiarse.

De esta manera, el Estado se incorporó en la vida contractual apareciendo los contratos dirigidos, normativos –imponen las cláusulas más relevantes del contrato (limitan la libertad de configuración interna)-, forzosos –se impone el cocontratante (limita la libertad de conclusión)-, colectivos (se establecen límites de común acuerdo entre las partes), etc.²⁷⁵, en los cuales el Estado regula ciertas relaciones en las que es necesaria su intervención para evitar los abusos de la posición dominante. Estos contratos, si bien tuvieron como objetivo restablecer la igualdad contractual y la autonomía de la voluntad que había perdido una de las partes, no obstante, en el logro de su objetivo necesariamente sacrificaron la autonomía de la voluntad, ya que las partes deben ceñirse a lo estipulado. Así, de cualquier forma la autonomía de la voluntad se vio restringida, ya sea por parte de los particulares en abuso de su posición dominante, o por las normas imperativas impulsadas por el Estado para reequilibrar las relaciones negociales.

En el siglo XX se destacó la importancia de la autonomía de la voluntad, no obstante, se reconoce, asimismo, su insuficiencia para entender las nuevas técnicas de contratación y el contenido dispositivo del contrato. La concepción clásica de contrato presupone que el contrato es negociado, discutido y acordado, por tanto, el legislador sólo debe velar que sea efectivamente libre la voluntad (vicios de consentimiento) y que se otorguen las garantías en un eventual conflicto. Pero esto ha cambiado con la circulación masiva, puesto que la contratación es cotidiana, lo que exige rapidez con el fin de que el contrato pueda ser firmado con un número indefinido de cocontratantes (el mayor número). La negociación es casi imposible por lo que se formulan cláusulas predisuestas.²⁷⁶

Según Velilla, los aspectos que se registran en la evolución reciente de los contratos son: la relatividad de la diferencia entre lo público y lo privado, la unidad del

²⁷⁴ *Íbid.*

²⁷⁵ Para ampliar lo que se entiende por estos contratos, ver: Jorge López Santa María, *Los Contratos, parte general*, Ob. Cit., p. 8, 123 – 137, 189. Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 193.

²⁷⁶ Ver: Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ob. Cit, p. 370.

ordenamiento jurídico (normas ligadas) y la crisis del individualismo producida por la ampliación de la noción de orden público para proteger a la parte débil (proliferación de disposiciones imperativas)²⁷⁷. Las características de los contratos actuales son: a) masificación (ofrecimiento de bienes y/o servicios, de manera homogénea e indeterminada por una parte y la adhesión del cocontratante);²⁷⁸ b) desmaterialización o conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales²⁷⁹ que provienen de la voluntad de las partes (lo que se pacta es un conjunto de relaciones por lo cual se denominan contratos relacionales o redes contractuales –fenómeno de vinculación-); c) despersonalización (no interesa la persona individual sino su capacidad de consumo); y, d) tensión entre intereses colectivos e individuales.

Estas nuevas características que presenta la contratación actual han propiciado un cambio en el contrato tradicional. Algunos autores han hablado incluso de una crisis del contrato²⁸⁰ y/o de la autonomía de la voluntad. Las exageraciones del principio, unidas a las transformaciones económicas y sociales de los últimos tiempos, han provocado severas críticas en contra de la autonomía de la voluntad.

²⁷⁷ Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 162.

²⁷⁸ Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 22.

²⁷⁹ Ver: Ghersi y Lorenzetti, citado en: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 23 – 24.

²⁸⁰ Si bien gran parte de la doctrina habla de una crisis del contrato, existen otras posturas que se oponen a tal consideración y que exponen otras interpretaciones sobre los cambios suscitados, tales como considerar que la crisis sea de la autonomía de la voluntad y otros que manifiestan que han cambiado los parámetros y modalidades para contratar o que simplemente lo que ha variado son las bases en las cuales se asienta la misión y el alcance del contrato, ya que la socialización va en aumento (solidaridad y justicia distributiva). Hay, además, posturas extremas que consideran que la autonomía de la voluntad debería dejar de ser el fundamento contractual. La regla sería la heteronomía: un sistema reglamentario imperativamente impuesto a las partes, que sólo podrán convenir aspectos limitados y particulares de su negocio. Consideran que la autonomía de la voluntad es un mito perimido que debe ceder ante otras libertades. Para ampliar estas concepciones ver: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 12 – 14, 57 – 58, 75 - 79. Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 18 – 19, 166. Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 22. Martín-Ballesteros y Luís Costea, *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Madrid, 1963, p. 35, citado en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 16. Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 165 – 166. Jaime Santos Bríz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 32. Jaime Arrubla Paucar, “Consumidor en el marco de la integración regional”, en: Acciarri y otros, *Colección Derecho Económico III*, Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición, 2001, p. 51. Boris Starck y Henri Roland, *Droit Civil. Obligations*, t. 2, París, 1986, Nro. 22, citado en: Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 59.

Los argumentos para defender la crisis del contrato se centran en la tendencia global a intervenir en los negocios privados (el dirigismo y la intervención judicial), la aparición de nuevas formas contractuales (contratos por adhesión, contratos normados, contratos colectivos, contratos tipo) y la restauración de viejos institutos jurídicos como la doctrina de la imprevisión y lesión. Quienes defienden esta tesis consideran que la concepción del contrato clásico ha caducado porque otorga una casi irrestricta libertad a los contratantes²⁸¹. Borda y Spota argumentaron que la conducta abusiva y dañosa a la sociedad no puede cobijarse en el concepto convención – ley.²⁸²

En síntesis, el contrato actual, debido a la modificación del contexto en general, ha sido transformado pasando de la autonomía de la voluntad a la función social, al equilibrio y a la búsqueda de solidaridad. En ciertos sectores de la doctrina se habla de regla de justicia, es decir, “establecer criterio para tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”²⁸³. El interés de la colectividad debe primar sobre los intereses particulares. Ante esto es que el principio de la autonomía de voluntad perdió vigencia.²⁸⁴

3.2 Características de la contratación comercial internacional

La contratación comercial no escapó a las nuevas tendencias que presentaban los contratos producto de la revolución industrial. Una característica adicional de la contratación moderna, y que se hace más evidente en la contratación comercial, es su internacionalización, es decir, la extensión del tráfico comercial hacia fuera de las fronteras nacionales, por lo que los contratos que se celebran se tornan más complejos a fin de responder a las nuevas demandas. Con la globalización como característica y contexto ineludible, las relaciones sociales, en general, y económico – comerciales, en particular, presentan una dimensión internacional. No es posible entender en la actualidad un comercio que se lleve a cabo únicamente dentro de las fronteras estatales.

²⁸¹ Ver: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 20.

²⁸² *Ibid.*, p. 21.

²⁸³ *Ibid.*, p. 50.

²⁸⁴ Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob. Cit., p. 69 – 71.

Las características de la contratación moderna enunciadas en la primera parte de este capítulo se consolidan cuando se trata de la contratación internacional. En una economía sin fronteras, las transacciones se hacen de manera masiva, entre múltiples actores y de múltiples formas, por lo cual se requiere de una contratación más ágil que permita economizar tiempo y recursos. Así, la contratación comercial internacional presenta ciertas características específicas que responden a las nuevas necesidades del tráfico mercantil: la predisposición contractual (contratos de adhesión), la vinculación de contratos y de empresas (contratos asociativos y de empresa) y la contratación innominada (proliferación de formas contractuales y modos de contratar). A continuación se esbozan estas características.

3.2.1 La predisposición contractual como característica de los contratos modernos

La predisposición contractual se presenta como un inevitable fenómeno de la vida negocial moderna, que el Derecho debe asumir si no quiere quedar divorciado de la realidad²⁸⁵. La predisposición contractual²⁸⁶ ha sido considerada por los autores como una clase de contrato. Díez-Picazo señala que la distinción entre contratos por negociación y contratos por adhesión es sin duda una de las clasificaciones más importantes²⁸⁷. No obstante, el contexto actual hace pensar que ésta no es solamente un tipo de contrato, sino que es más bien una característica de la mayoría de contratos modernos.

La problemática de la predisposición contractual es tan antigua como el contrato²⁸⁸. Incluso en la contratación negociada son raros los casos en que los contratos se perfeccionan por la discusión particularizada de cada cláusula²⁸⁹. Sin embargo, este fenómeno presupone una industria masiva, por lo que sus antecedentes están específicamente a fines del siglo XVIII y el

²⁸⁵ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 197.

²⁸⁶ Si bien una parte de la doctrina otorga significados distintos a los términos predisposición y adhesión, Moisés considera que en materia contractual ambos se refieren a un mismo fenómeno desde dos perspectivas: la del predisponente (impone condiciones), y la del adherente (adherir o aceptar sin modificaciones las condiciones impuestas). Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 179 – 180.

²⁸⁷ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 139, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 184.

²⁸⁸ Según Moisés, se registran sus antecedentes desde el Derecho Romano donde se utilizaban ya formularios. Ver: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 181 – 183.

²⁸⁹ La contratación clásica prevé un oferente (predisponente) y un aceptante (adherente), con la particularidad de que se pueden presentar contraofertas; lo que no ocurre en los contratos por adhesión. Fuente: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 181.

siglo XIX con los efectos de la Revolución Industrial, pero sobre todo desde el siglo XX que es cuando se desarrolló la producción, comercialización y contratación masiva²⁹⁰. El volumen de negocios y la dinámica impuesta por los mismos tornan obsoleto e ineficaz el sistema clásico de los contratos (tránsito de la contratación negociada a la contratación en masa).

“Axiológicamente, la predisposición contractual -contrariamente a lo que podría indicar un pensamiento generalizado- no es un fenómeno negativo sino necesario para el tráfico comercial”²⁹¹. No obstante, existen factores objetivos (desequilibrio económico -estructural) y subjetivos (desequilibrio técnico funcional)²⁹² connaturales que generan serios riesgos de que el predisponente, aprovechando su posición dominante, imponga condiciones abusivas al adherente. Estas situaciones debe evitar el Derecho²⁹³.

El desequilibrio económico-estructural es consecuencia de las grandes concentraciones de capital por parte de ciertas empresas, las cuales detentan una situación monopólica u oligopólica en el mercado, con grave afectación de la libre competencia. Así, es común que estas empresas impongan sus condiciones a clientes y/o empresas de menor envergadura. El desequilibrio técnico-funcional es producto del profesionalismo del predisponente, quien ejecuta acciones comerciales a diario, por lo cual se ubica en mejor posición funcional. Por su parte, el adherente no tiene en la mayoría de los casos ni siquiera la posibilidad de examinar con detenimiento el contenido del acto²⁹⁴.

Para Moisés, el fenómeno de la predisposición contractual está constituido de dos partes: un medio (condiciones generales o particulares) y un resultado (contratos por adhesión). Siguiendo a Badenas Carpió, dicho autor considera que si bien la mayor parte de los contratos de adhesión son concluidos mediante condiciones generales de la contratación, no todos los contratos de adhesión se concluyen de este modo. Es decir, las condiciones generales de contratación son el medio instrumental más importante con relación a los contratos de adhesión, pero no el único.

Lo que caracteriza al contrato de adhesión no es la generalidad de sus cláusulas, sino la imposición unilateral²⁹⁵ por el predisponente de un determinado contenido contractual a los

²⁹⁰ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 182 – 183.

²⁹¹ *Ibid*, p. 197.

²⁹² *Ibid*.

²⁹³ *Ibid*, p. 196 – 198.

²⁹⁴ *Ibid*, p. 198 – 199.

²⁹⁵ Ver al respecto: Javier Pagador López, *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales predispuestas*, Editorial Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999, p. 22.

adherentes (grupo indeterminado de personas), los que no se encuentran en capacidad de modificarlo. La adhesión puede ser a condiciones generales o particulares. La expresión contrato de adhesión responde al continente contractual, en tanto que las condiciones generales de la contratación están referidas al contenido contractual.²⁹⁶ A continuación se exponen brevemente estos dos elementos constitutivos del fenómeno de la predisposición contractual.

3.2.1.1 Las condiciones generales de contratación

Son un fenómeno de carácter típicamente empresarial²⁹⁷. Constituyen el contenido principal de los contratos por adhesión. Para Moisés, las condiciones generales de la contratación son las cláusulas predispuestas destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos, que una parte (predisponente) impone a otra (adherente). Cumplen cuatro requisitos: *predisposición* (formulación unilateral y previa de las cláusulas, sin importar la autoría material o intelectual de las mismas; puede ser incluso anónima²⁹⁸), *imposición* (imposibilidad de negociar individualmente la cláusula; basta que haya podido influir, más allá de que efectivamente lo haya hecho, para que el contenido no se considere impuesto²⁹⁹), *generalidad* (ser incorporada a una pluralidad de contratos) y *contractualidad* (es contrato (voluntad), no ley)³⁰⁰.

El tráfico comercial moderno ha tornado imperiosa la utilización de estas condiciones de contratación, puesto que permiten uniformar las pautas contractuales, racionalizar los esfuerzos, tiempo y dinero y reducir costos y precios³⁰¹. Sin ellas sería imposible organizar el comercio masivo. “Esta imprescindibilidad de las condiciones generales de la contratación es la que da lugar a que empresarios inescrupulosos, (...), las utilicen para mejorar su posición contractual”³⁰².

Por lo anterior, se ha distinguido en las condiciones generales de la contratación dos funciones³⁰³: una natural (positiva) y una espuria (negativa).³⁰⁴ Su función natural es racionalizar y

²⁹⁶ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 185.

²⁹⁷ Javier Pagador López, *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales predispuestas*, Ob. Cit., p. 31.

²⁹⁸ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 216.

²⁹⁹ *Ibid*, p. 217.

³⁰⁰ *Ibid*, p. 216 - 217.

³⁰¹ Luis Díez – Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ob. Cit., p. 367 y ss, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 215.

³⁰² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 218.

³⁰³ Para Pagador, las funciones de las condiciones generales de contratación son: uniformización o estandarización (ahorro de tiempo y simplificación), reforzamiento de la posición jurídico-contractual más ventajosa para el predisponente, mejora de la organización empresarial (planificación empresarial) y seguridad jurídica. Ver: Javier Pagador López, *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales predispuestas*, Ob. Cit., p. 33 – 45.

³⁰⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 218.

optimizar los recursos de las empresas ante los requerimientos de un mercado masivo de bienes y servicios, logrando la simplificación de los negocios, mayor previsibilidad de riesgos y resultados, así como menores costos y precios³⁰⁵. Siguiendo a Ballesteros Garrido³⁰⁶, Moisés considera que las condiciones generales de la contratación son la respuesta de la técnica jurídica a las exigencias actuales de una economía de escala.³⁰⁷ Las ventajas de las condiciones generales de contratación deberían beneficiar tanto a los empresarios como a consumidores y usuarios.

No obstante, se puede aprovechar negativamente o abusar de las ventajas que ofrece este fenómeno; quien ocupa una posición contractual dominante tiende a hacer un uso desviado de las condiciones generales de la contratación para acrecentar sus beneficios. Así, dichas condiciones se convierten en el más eficaz instrumento para la imposición de condiciones abusivas, lo que el Derecho debe prevenir.³⁰⁸ Sin embargo, el autor enfatiza que las cláusulas generales no tienen por qué ser abusivas, ni las cláusulas abusivas tienen necesariamente que ser generales, ya que pueden ser abusivas cláusulas que son particulares.

Para Manuel de la Puente las cláusulas generales de contratación son consecuencia necesaria de la contratación en masa y están destinadas a facilitar esta contratación³⁰⁹. Para él, su función es lograr la fluidez del tráfico masivo de bienes, productos y servicios, favorecer la producción y el comercio³¹⁰.

Para cierta parte de la doctrina, las condiciones generales de contratación generan un nuevo Derecho autocreado por la economía³¹¹ que coexiste con el Derecho Estatal. Se trata de normas formuladas por las empresas particulares o por uniones de empresas que han inundado la vida económica. Si bien esas normas jurídicas requieren para su validez de la voluntad de las partes, no obstante, detrás de ellas existen poderes que cuidan para que esa

³⁰⁵ Se economizan recursos humanos ya que se requiere poco personal para gran cantidad de contratos; se ahorra tiempo al evitar largas negociaciones y se minimizan errores contractuales mediante su preformulación. Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 219.

³⁰⁶ Ver: José Antonio Ballesteros Garrido, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 72, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 218.

³⁰⁷ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 218.

³⁰⁸ *Ibid*, p. 220.

³⁰⁹ Ver: Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 409.

³¹⁰ *Ibid*, p. 410.

³¹¹ Ver en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 191.

voluntad esté a su disposición. Estas nuevas normas son consideradas por algunos autores como los usos y costumbres del tráfico mercantil.

3.2.1.2 Los contratos de adhesión

En estos contratos³¹², las cláusulas y condiciones son definidas previamente por una de las partes (generalmente las de mayor poder), a las cuales la otra parte solamente le resta adherirse sin haber existido en ningún momento una negociación previa y consensuada. Este tipo de contrato es opuesto al contrato por negociación u ordinario; es la expresión de que el contrato ya no es la consecuencia de la libre voluntad de las partes en el marco de la igualdad jurídica. Según Cabanellas, este contrato es aquel en que una de las partes fija o determina las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas. No hay discusión previa y el adherente está constreñido a la aceptación total o a la abstención³¹³.

Sus características son: a) *generalidad* (oferta destinada a toda una colectividad de contratantes), b) *permanencia* (oferta se mantiene mientras no es modificada por su autor), y, c) *minuciosidad* (oferta detallada)³¹⁴. Pero el rasgo decisivo de la adhesión es el *desequilibrio del poder negociador de los contratantes*³¹⁵. Implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil³¹⁶. Los contratos de adhesión pudieron desarrollarse debido a la capacidad creciente de las empresas para establecer con mayor certeza su costo/ beneficio, es decir, su condición para diseñar un proyecto de mercado³¹⁷.

Los contratos de adhesión pueden ser simples y necesarios; generales y particulares. En los simples, el adherente mantiene la libertad de conclusión, pues se contrata sobre bienes o servicios que no son indispensables. En los necesarios, el adherente carece de toda libertad

³¹² No todos consideran a la adhesión como contrato, ya que estiman que se aproximan más a la ley que a un contrato. Ver el debate entre normativistas y contractualistas, así como tesis eclécticas, en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 187 -197.

³¹³ Víctor Cevallos Vásquez, *Manual de Derecho Mercantil*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1º Edición, 1994, p. 127.

³¹⁴ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 107.

³¹⁵ *Ibid*, p. 108.

³¹⁶ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 440.

³¹⁷ Carlos Ghersi, *Contratos I, Problemática Moderna*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1996, p. 35.

contractual, pues se contrata en condiciones generalmente monopólicas u oligopólicas sobre bienes o servicios de primera necesidad³¹⁸. Según que el objeto de la predisposición contractual sean condiciones generales o particulares, los contratos por adhesión pueden ser generales o particulares³¹⁹.

En el contrato de adhesión la manifestación del consentimiento se agota en un solo acto, quedando sujetas las partes, desde su suscripción, a las condiciones generales y particulares predisuestas. No existen instancias preliminares, por cuanto lo que se busca es precisamente la celeridad del tráfico; tampoco existe un tiempo de reflexión para el adherente ni la posibilidad de la modificación de la oferta. No obstante, al ser contratos celebrados por tiempos indeterminados, generalmente muy prolongados, el predisponente puede modificar las condiciones contractuales, en cualquier tiempo y oportunidad, incluso con posterioridad a la celebración del contrato³²⁰.

Los contratos de adhesión son utilizados por empresarios que realizan un número elevado de contratos con sus clientes con el fin de simplificar el método de contratación; están destinados a un grupo de potenciales contratantes o a la colectividad toda. La oferta permanece vigente mientras el oferente no la retire o modifique y se prevé aún casos hipotéticos y poco probables. El principal problema que plantean los contratos de adhesión es el relativo a la validez del consentimiento. Su justificación es que las inversiones son millonarias, con estructuras complejas y el tráfico comercial acelerado, por lo que es imposible la negociación individual. Si las cláusulas no fueran uniformes para todos, no se podría lograr los fines comerciales, pues los productos y servicios son deseados por una inmensa masa de consumidores.

³¹⁸ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 186.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medicina_prepara.htm

Vistos los abusos³²¹ que pueden generar los contratos de adhesión, dada su finalidad y estructura, la limitación de la autonomía de la voluntad del predisponente se torna necesaria con el fin de mantener el equilibrio entre las partes; de allí la exigencia política de la intervención del Estado³²². No obstante, como ha sido enunciado anteriormente, la intervención del Estado también da como resultado un contrato de adhesión, pero con otra distribución del poder de las partes (contratos dirigidos y forzosos). Por esto, se ha establecido en este trabajo que la adhesión, más que ser un tipo contractual, es una característica de la contratación moderna.

Por lo anterior, son varios los contratos en donde se manifiesta la predisposición contractual: los contratos tipo (cuando los contratantes futuros forman parte de categorías contrapuestas y organizadas de interesados), contratos de hecho (el comportamiento es una manera tácita de declaración de la voluntad; nacen del contacto social), contratos colectivos (afectan a todos los miembros de un grupo o colectividad determinada, aunque no hayan consentido todos), dirigidos (reglamentado y fiscalizado por los poderes públicos en su formación, ejecución y duración), forzosos (ordenados por el Estado para el caso de servicios públicos), normativos (regulación acordada entre las partes para el contrato), etc.

3.2.2 *La vinculación empresarial y contractual*

La empresa es el sujeto que ha adquirido relevancia en la contratación actual. Se ha convertido en un ente muy activo en las distintas transacciones comerciales³²³, cuyo accionar se despliega inclusive más allá de las fronteras estatales (empresas

³²¹ Los contratos de adhesión pueden contener cláusulas abusivas, las cuales Moisés define como aquellas cláusulas predisuestas contrarias a las exigencias de la buena fe, mediante las cuales el predisponente (un profesional) causa en perjuicio del adherente (un no profesional) un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones que para las partes derivan de un contrato. Se registran al menos cuatro especies de condiciones abusivas: a) las que amplían los derechos del predisponente; b) las que limitan las obligaciones del predisponente; c) las que amplían las obligaciones del adherente; y d) las que limitan los derechos del adherente. Ver al respecto: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 220 y 236 - 240. Lydia Calegari de Grosso, "La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de las situaciones contractuales", en: Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, teoría general y principios*, Ob. Cit., p. 329. Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 38.

³²² El Estado puede intervenir en la contratación de dos formas: en la contratación en general y en la contratación en masa; una es la intervención para sancionar lo ilícito o determinar la validez contractual, y la otra es la intervención para prevenir abusos. Ver: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 441.

³²³ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 51.

transnacionales y/o multinacionales)³²⁴. Las áreas que abarcan las actividades empresariales han aumentado en los últimos años y se prevé la misma tendencia en el futuro³²⁵. Los esfuerzos individuales de los empresarios resultaron insuficientes para el despliegue de ciertas actividades y para responder a los nuevos desafíos del contexto internacional, así como a las necesidades de un comercio masivo. Es por esto que han tenido que asociarse a fin de poder cumplir objetivos comunes³²⁶, decisión que los ha llevado a adquirir gran poder económico y hasta político, que en ocasiones es mayor que el de ciertos Estados³²⁷.

“La práctica de los negocios nos muestra como hoy el empresario para conseguir determinados fines recurre a nuevas modalidades contractuales que escapan a la estructura clásica”³²⁸. Los negocios se articulan a través de la conclusión simultánea o sucesiva de una pluralidad de contratos distintos, pero que se encuentran estrechamente relacionados y vinculados³²⁹. Al ser las empresas los actores esenciales del nuevo tráfico comercial, se ha configurado una nueva categoría contractual: los contratos de empresa. Ejemplos de estos contratos son: contratos participativos, contratos de colaboración, uniones transitorias de empresas (UTE), consorcios de exportación, *joint ventures*, *underwriting*, contratos de cooperación interempresarial, alianzas estratégicas, contratos de coproducción, consorcios en general, transferencia de tecnología, *franchising*, *management*, *leasing*, concesión, agencia, distribución, seguros, contratos de negocios (de organización de sus relaciones económicas: convención, acuerdo, protocolo, montaje, *gentleman agreement*, *deal*, *package deal*, *joint venture*³³⁰, etc.³³¹). Es difícil encontrar algún tipo de contrato comercial en el que éstas no intervengan; su objetivo es

³²⁴ Se puede establecer cierta diferencia entre ambas. La empresa transnacional se caracteriza por tener su sede central en un país pero su actividad se desenvuelve más allá de ese país por medio de filiales, sucursales, representantes, etc. Empresa multinacional es aquella en cuya constitución, control y administración intervienen inversores dos o más Estados. Ver: Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 48.

³²⁵ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 69.

³²⁶ *Íbid.*

³²⁷ Ver: Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 48 – 50.

³²⁸ Carlos Ghersi, *Contratos 2, Problemática moderna*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1996, p. 28.

³²⁹ *Íbid.*

³³⁰ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 44 – 45.

³³¹ Ver más sobre estos contratos en: Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 70.

minimizar los costos de negociación³³². El contrato de adhesión y el contrato-tipo pueden subsumirse en los contratos de empresa³³³.

Otro sujeto de significativa importancia en el tráfico comercial moderno es el Estado, el cual, en el desenvolvimiento de su quehacer, debe suscribir innumerable cantidad de contratos, muchos de los cuales los realiza con empresas nacionales e internacionales³³⁴.

Fruto de la vinculación empresarial, la contratación contemporánea ha adquirido otra de sus características esenciales: la vinculación y/o conexión de varios contratos (encadenamientos o redes contractuales). Ésta tiene el fin de atender las nuevas necesidades del tráfico comercial, por lo demás cada vez más amplias y complejas³³⁵. Se celebran con el objeto de lograr el cumplimiento de una operación económica global.³³⁶ Sin esta necesaria conexión no se podría lograr el resultado práctico que cada parte persigue³³⁷. Algunos de estos nuevos contratos son: tarjetas de crédito, medicina prepaga, tiempo compartido, seguros, fondos comunes de inversión, contratos de turismo de viajes combinados, hipercentros de consumo, ahorro previo, crédito al consumo, etc.

Esta vinculación contractual es el resultado del espíritu emprendedor contemporáneo –manifestación de la libertad individual-, unido a la facilidad de comunicaciones y el desarrollo de la tecnología, así como al progreso de las industrias, artes y comercio. Estos factores han hecho posible la invención de modalidades contractuales combinadas, abiertos a la iniciativa individual³³⁸; además, han agilitado los negocios y facilitado nuevos canales³³⁹ (autoservicio, contrato de ventanilla, máquinas automáticas, ordenadores, fax) así como modalidades para contratar (contratos de adhesión, contratos atípicos), haciendo posible incluso la contratación entre ausentes³⁴⁰.

³³² Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 66.

³³³ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 452.

³³⁴ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 77.

³³⁵ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 118.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*, p. 119.

³³⁸ Jaime Santos Briz, *La contratación privada, sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 81.

³³⁹ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 121.

³⁴⁰ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 52 y 79. Ver también: Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 120.

En virtud de este aspecto de la libertad contractual se han generado contratos unidos, yuxtapuestos, mixtos y complejos³⁴¹, llamados por otros contratos recíprocos, los cuales están constituidos por diversos contratos que conservan su individualidad y que quedan sometidos a las reglas que los rigen, razón por la cual, pueden extinguirse independientemente el uno del otro, salvo disposición en contrario³⁴². Dentro de esta categoría se incluyen los contratos conexos, los cuales “son la unión o enlace de dos o más tipos contractuales que persiguen un fin común”³⁴³. Constituyen una multiplicidad de contratos (típicos o atípicos) en red que, si bien son autónomos, deben convivir. Son más que la suma de contratos individuales; es una convivencia de contratos distintos, producto de una unión empresarial.

La diferencia entre los contratos vinculados (o recíprocos) y conexos radica en que en los contratos vinculados no existe una necesidad negocial, sino que la vinculación es el resultado de un acuerdo que puede darse o no entre las partes³⁴⁴; en cambio en los contratos conexos hay un encadenamiento necesario, sin el cual no es posible lograr en plenitud el objetivo propuesto. Según Alterini, los empresarios han luchado para que estos contratos queden totalmente librados a las reglas del mercado (oferta y demanda) para su eficiencia.

La cooperación es el factor que caracteriza a estos contratos, razón por la cual se los ha denominado contratos asociativos o contratos de cooperación. Estos nuevos contratos se caracterizan, además, por trascender las fronteras estatales lo que ha dado como resultado un verdadero sistema de unión internacional de empresas³⁴⁵. Muchas veces estas coaliciones entre empresas son formas peculiares de monopolio³⁴⁶.

A la cooperación internacional entre empresas contribuye la formación de determinados acuerdos entre los distintos Estados que ya no se limitan a las exenciones o desgravaciones arancelarias para el ingreso a un país de determinados

³⁴¹ Jaime Santos Briz, *La contratación privada, sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 82. También llamados contratos plurilaterales. Ver: Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 69.

³⁴² Arturo Alessandri, *De los contratos*, Ob. Cit., p. 38.

³⁴³ Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 418.

³⁴⁴ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 119.

³⁴⁵ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 69.

³⁴⁶ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 441.

productos provenientes de otro, sino que se ha avanzado en la negociación de acuerdos más profundos que involucran la transferencia de tecnología, la complementación comercial e industrial, la generación de inversiones y la constitución de joint ventures que incluyen la formación de empresas o entes binacionales³⁴⁷.

“De lo expuesto puede deducirse que los llamados “sistemas de integración o de cooperación” reconocen, en la mayoría de los supuestos, un origen *supraestatal*, esto es, la suscripción de acuerdos o tratados entre distintos Estados nacionales; en éstos se fijan las pautas de cooperación o de integración y se redactan las distintas normas jurídicas que regularán los conflictos que pueden suscitarse. Es algo así como la fijación de las "reglas del juego", en donde los actores fundamentales serán las empresas de cada uno de los Estados contratantes, las que se vincularán entre sí —o con entes de terceros países— para realizar diversos negocios”³⁴⁸.

Es oportuno señalar que los contratos derivados de la vinculación empresarial pueden presentar, y de hecho sucede, los mismos problemas de desigualdad entre los contratantes en abuso de la posición dominante, es decir, pueden llevarse a cabo luego de negociaciones entre las partes o por adhesión³⁴⁹. En el comercio internacional los actores esenciales son empresas; la contraparte de dichas empresas pueden ser el Estado o una empresa estatal, otras empresas (de igual o menor envergadura) y las personas en general (consumidores y/o usuarios): contratos de transporte, viajes y turismo, propiedad intelectual (contratos de edición, de representación teatral, etc.)³⁵⁰.

Lo descrito en los párrafos precedentes hace notar la multiplicidad de actores que intervienen en el comercio internacional moderno y las relaciones entre ellos, entre los cuales se cuenta al Estado. El contrato moderno se caracteriza ya no por la bilateralidad sino por la multilateralidad o plurilateralidad, debido a la cantidad y complejidad de las prestaciones asumidas y de los sujetos intervinientes³⁵¹. En los contratos comerciales internacionales muchas veces está en juego el prestigio comercial de los países a los cuales pertenecen las partes, pues el comportamiento de un exportador (o incluso de un importador) puede significar la apertura de nuevos mercados o su pérdida o disminución³⁵².

³⁴⁷ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 71 -72.

³⁴⁸ *Ibid*, p. 72.

³⁴⁹ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 44.

³⁵⁰ *Ibid*, p. 47. Ver también: Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 66.

³⁵¹ Pablo Barbieri, *Contratos de Empresa*, Ob. Cit., p. 57 – 58.

³⁵² Juan Farina, *Contratos comerciales modernos I*, Ob. Cit., p. 47.

En esta gama de contratos, es importante tener en cuenta la figura del subcontrato, que es aquel contrato derivado y dependiente de otros contratos previos de la misma naturaleza y que tiene como antecedente contratos atípicos. Los subcontratos son utilizados en negocios de gran inversión económica³⁵³ y son también resultado del progreso comercial. Dentro del subcontrato se incluyen las cadenas o grupos de contratos o la pluralidad de contratos vinculados unos con otros³⁵⁴, no obstante, a fin de posibilitar la subcontratación, se requieren de condiciones específicas que debe reunir el contrato base, a saber, que sea un contrato de tracto sucesivo y que no sea traslativo del dominio, pues si el contrato reviste este carácter, cuando el adquirente celebra un contrato similar con otra persona, ya no habrá subcontrato, sino que simplemente un nuevo contrato autónomo e independiente³⁵⁵.

El fenómeno global de la subcontratación presupone tres partes, aunque naturalmente sólo hay dos partes en cada uno de los eslabones de la cadena y es un tipo de contratación que depende del contrato base³⁵⁶. En la actividad empresarial la subcontratación es frecuente para la producción de bienes³⁵⁷. Las razones que inducen a la subcontratación industrial, por lo general, consisten en disminuir los gastos y/o en lograr una mejor calidad del producto. Un empresario independiente puede disponer del *know-how* que le permita a él, y no a otros, producir componentes técnicamente de mejor calidad³⁵⁸.

3.2.3 La contratación innominada y/o atípica³⁵⁹

³⁵³ Jorge López Santa María, *Los Contratos, parte general*, Ob. Cit., p. 148.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 148.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 149.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 149 – 150.

³⁵⁷ En numerosos países existen Bolsas de Subcontratación, es decir, organismos que ponen en contacto a los empresarios que están en situación de complementarse en las tareas de la producción. Fuente: Jorge López Santa María, *Los Contratos, parte general*, Ob. Cit., p. 150.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Generalmente a estos contratos se los ha denominado indistintamente como innominados o atípicos, y a los nominados como típicos; no obstante, ciertos autores establecen una ligera diferenciación entre esas categorías. Se consideran contratos típicos aquellos cuyo contenido obligacional corresponde a una estructura conocida y habitual en el mundo de los negocios aunque no estén tipificados por la ley. En general, los contratos nominados son típicos, puesto que su estructura obligacional se encuentra descripta legalmente. No obstante, puede darse el caso de ser típicos algunos contratos innominados (generalmente los contratos de agencia, concesión y franquicia son contratos típicos). Por su parte, contrato atípico es aquel cuya estructura obligacional no es conocida ni habitual en el mundo de los negocios (por ejemplo el contrato de sociedad comercial atípico). No existen en general contratos atípicos puros debido a que las partes acuden generalmente a esquemas legislativos conocidos y modifican ciertos detalles o los combinan. Para otros, es más propio usar las expresiones típico y atípico, que nominados e innominados,

En la sociedad globalizada actual, donde la mayoría de negocios tienen vocación internacional, se torna necesario contar con mayor cantidad de vínculos contractuales, no previstos en los textos jurídicos tradicionales, con el fin de atender los crecientes requerimientos del comercio³⁶⁰. La complejización del comercio y la inclusión de los servicios³⁶¹, han redefinido la contratación. El tráfico comercial creó en la práctica nuevas figuras contractuales que, al ser producto de la autonomía de la voluntad, no están regulados por el Derecho, por lo cual se les denomina contratos innominados: “es contrato innominado aquel que, aunque mencionado por la ley, carece de una disciplina particular, a menos que la mención del contrato esté hecha por la ley en un lugar tal, que, mediante remisión, se pueda deducir su disciplina jurídica”³⁶².

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes están facultadas para concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley y pueden crear distintas reglamentaciones conforme a sus necesidades; es decir, pueden establecer nuevos tipos de acuerdos para nuevos negocios o pueden combinar la estructura y regulaciones de dos o más contratos ya conocidos (contratos mixtos); ésta libertad se denomina tipológica, parte de la libertad contractual³⁶³. Sin embargo, estos nuevos contratos deben ser susceptibles de tutela jurídica. Los contratos atípicos deben tener tipicidad social³⁶⁴ (uso repetido y generalizado) y una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos³⁶⁵.

El fundamento económico de esta facultad es la necesidad de adaptación del contrato a los fines y necesidades prácticos de las partes y del tráfico masivo, lo que no

toda vez que hay muchos contratos no reglamentados por el legislador, que si tienen nombre. Ver al respecto: Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 97. Ver también: Nuri Rodríguez Olivera y Carlos López Rodríguez, *Contratos Nominados e Innominados*, en: <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseOb01FuentesB.htm>

³⁶⁰ Esta caracterización de los contratos innominados constituye una síntesis de lo señalado en: <http://196.40.23.180/biblio/cedil/estudios/contratipicosmod.htm>

³⁶¹ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, en: Atilio Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor*, Editorial Temis, Bogotá y Lima, 2001, p. 320.

³⁶² Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 379.

³⁶³ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 301.

³⁶⁴ La tipicidad social es el contrato no regulado, pero impuesto por la práctica comercial. Ver: Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 307.

³⁶⁵ <http://196.40.23.180/biblio/cedil/estudios/contratipicosmod.htm>

permiten las figuras tradicionales³⁶⁶. La formación de nuevos contratos innominados se debe a las nuevas necesidades económicas y a un proceso técnico de diferenciación: “cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica, tanto más crece el número de las nuevas figuras contractuales”³⁶⁷.

“El comercio rehuye ser encerrado en fórmulas rígidas, el empresario necesita libertad para poder desarrollar su empresa. La libertad de empresa, la libertad de contratar, la libre competencia constituyen la esencia del mercado y la garantía de su dinamismo. Todo esto se combina con los avances científicos a los que no puede escapar el Derecho y, (...), el contrato”³⁶⁸.

Las nuevas figuras contractuales se proliferan, puesto que los contratantes no se preocupan por seguir la forma y contenido del contrato nominado, sino que lo que buscan es satisfacer sus intereses, para lo cual se basan mucho en los usos³⁶⁹. Los contratos innominados son de especial relevancia en el derecho comercial, toda vez que las condiciones del nuevo contexto económico exige a los comerciantes la adopción y creación de sus propias figuras legales para regular sus actividades comerciales y solucionar los nuevos problemas.

El aporte de la globalización en favor de los contratos atípicos es haber acelerado y masificado su uso. Para Messineo el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables; a las formas tradicionales de origen romanista, se han agregado figuras contractuales que resultan de la vida económica moderna³⁷⁰. Ante esto, las leyes envejecen precozmente dada la velocidad del tráfico mercantil, el avance de la tecnología y la integración de los mercados³⁷¹.

No es objetivo de este trabajo exponer las múltiples formas que pueden adoptar estos contratos³⁷². Vale decir que todas las clasificaciones toman en cuenta dos aspectos:

³⁶⁶ Juan Farina, *Contratos comerciales modernos 1*, Ob. Cit., p. 372.

³⁶⁷ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 381. Citado también en: Juan Farina, *Contratos comerciales modernos 1*, Ob. Cit., p. 375.

³⁶⁸ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 320.

³⁶⁹ Ver: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 380–381. La costumbre adquiere gran relevancia en estos contratos. Juan Farina, *Contratos comerciales modernos 1*, Ob. Cit., p. 373.

³⁷⁰ Ver: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 381.

³⁷¹ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 321.

³⁷² Para ampliar información sobre la clasificación que la doctrina hace de los contratos atípicos, remitirse a: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 396. Jaime Santos Briz, *La*

si los contratos son totalmente inéditos, sin ninguna remisión a la ley, en cuyo caso son verdaderamente atípicos (por ejemplo, franchising, el know how y el engineering); o si son producto de una vinculación de contratos típicos. En éste último caso, hay que distinguir si se mantiene la independencia de cada contrato (aunque de manera compleja), o si es que se produce una fusión o mezcla de los mismos, en ocasiones con elementos inéditos, dando como resultado un contrato nuevo con varias causas que requiere una nueva regulación (por ejemplo: *outsourcing*, *management*, *catering*, *shopping center*, pensión, servicios funerarios). En esta clasificación se registran los contratos mixtos, complejos, coligados o híbridos.

Estos contratos se regulan con las reglas establecidas por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre que sean lícitas y admisibles (límites del principio). Además, están sometidos a la disciplina normativa general y a los principios generales del Derecho. Cuando en alguno de estos contratos la autonomía de la voluntad no ha previsto una situación posterior y se desarrolla un conflicto, la doctrina ha planteado tres alternativas para su interpretación e integración: a) se aplican las normas de los contratos típicos análogos (teoría de la absorción o calificación³⁷³) lo que implica la identificación de las prestaciones principales y accesorias; b) se construye una normativa combinando las normas correspondientes a cada contrato típico que interviene (teoría de la combinación³⁷⁴); y, c) puesto que los contratos mixtos no se encuentran, en absoluto, regulados por la ley, las normas particulares de los contratos típicos sólo son aplicables por analogía (teoría de la aplicación analógica). Por otro lado, el empleo de los usos y costumbres para la interpretación de los contratos atípicos es de gran importancia.

Para calificar a un contrato como innominado, se debe fundamentar la inexistencia de normas que le sean aplicables (análisis riguroso³⁷⁵); puede darse el caso de que se pretenda disimular la naturaleza del contrato a fin de eludir ciertas normas

contratación privada, sus problemas en el tráfico moderno, Ob. Cit., p. 85 – 87. Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 308 – 317.

³⁷³ Ver: Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 100. Ver además: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 397 – 398.

³⁷⁴ Ver: Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 398.

³⁷⁵ Puede suceder que las partes creen en principio un contrato nominado, pero que se separe de él en un punto concreto. En estos casos, se debe mantener al contrato dentro de la tipicidad siempre que la desviación producida no afecte a la esencia del contrato.

imperativas. Dicho análisis debe fundamentarse en la causa del contrato: donde hay una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde hay pluralidad de causas, habrá pluralidad de contratos³⁷⁶. De la atipicidad de causa depende la atipicidad del contrato.³⁷⁷

3.3 La importancia de la autonomía de la voluntad y de los contratos como herramientas para facilitar los intercambios comerciales internacionales

La exaltación del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional se habría generado, por un lado, dada la ausencia de reglas escritas en el Derecho Internacional, y por otro, debido a los cambios registrados en el mundo con la Globalización. No siempre este principio fue acogido por los derechos nacionales. Andrés Bello en el siglo XIX incentivó una concepción territorialista³⁷⁸ en el Derecho Internacional Privado que se fundaba en la Teoría de la Incorporación, según la cual, se incorpora al contrato las leyes del lugar de celebración de éste. Este pensamiento tuvo gran influencia en distintos países.

Fue en las posteriores conferencias sobre Derecho Internacional Privado y materias específicas, tales como los Tratados de Montevideo, Conferencias de La Haya y el Convenio de Viena³⁷⁹, cuando se afianzó paulatinamente la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, la cual se fundó, entre otros criterios, en que:

³⁷⁶ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 316.

³⁷⁷ *Ibid*, p. 317.

³⁷⁸ Ver: Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 5 – 10.

³⁷⁹ Según el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, la autonomía de la voluntad tendría aplicación en la medida en que lo autorice la ley aplicable, es decir, por principio la ley aplicable no puede ser elegida libremente por las partes. Por su parte, en la Convención de la Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías el principio de la autonomía de la voluntad fue incorporado. Esta convención admite la elección expresa y tácita del principio, además se puede elegir derechos separados o diversos para regir aspectos distintos del contrato. También reglamenta el cambio de elección y la elección tardía del derecho aplicable. Por otro lado, la Convención de Viena de 1980 (Art. 6) exalta el reconocimiento que hace del principio de autonomía de la voluntad; se autoriza a las partes a decidir la total exclusión de la misma Convención, la cual puede ser explícita, tácita e incluso parcial (se pueden incorporar normas materiales diversas). Adicionalmente, la Convención dispone que las partes acuerden usos o costumbres que sean incorporados al contrato. Los límites a la libre elección por las partes del derecho aplicable están dados por la exigencia de tratarse de un contrato internacional, por el orden público (buenas costumbres) y por las normas de aplicación exclusiva. La Convención de la Haya no se ha pronunciado en cuanto a la validez de la libre fijación por las partes de los tribunales competentes ni tampoco la Convención de Viena de 1980. Fuentes: Héctor Vásquez Ponce, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ob. Cit., p. 35 – 37 y Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 45.

“es un asunto de justicia que hay que hacer entre las partes. No entre Estados. Es tiempo de abandonar el territorialismo en las obligaciones contractuales. Después de todo, la última razón por la aplicación de un derecho extranjero es evitar que una parte saque ventajas y la otra sufra desventaja porque el caso va de una jurisdicción a otra”³⁸⁰.

Por otro lado, la localización de la ley aplicable a un contrato mediante las reglas de conflicto (Derecho Internacional Privado) era difícil; por ello, el dejar que las partes escogieran la ley aplicable a un contrato internacional era una manera de alivianar dicho problema y de otorgar mayor previsibilidad a las relaciones comerciales. En la actualidad, la libertad contractual es un principio admitido no sólo en todas las naciones occidentales, sino que también rige ampliamente en países asiáticos como Japón, Tailandia, Indonesia, India, Singapur, Filipinas, Malasia³⁸¹. De acuerdo a Boggiano³⁸², es una práctica generalmente aceptada por los Estados y por ello podría ser considerada como una regla consuetudinaria internacional. “El principio de la autonomía de la voluntad es, pues, la piedra angular de todo el edificio jurídico”³⁸³.

Este principio, llamado en el ámbito jurídico libertad contractual, es un elemento básico de los contratos: “donde ella no obre (la libertad de contratar) y donde falte la espontaneidad del actuar de las partes, queda excluida la figura del contrato”³⁸⁴. El contrato es una herramienta elemental de la economía de mercado debido a que ésta última, inspirada en la tradición liberal, promueve el interés privado y la menor intervención estatal; a su vez, el contrato es el instrumento jurídico que formaliza las relaciones individuales y vincula sus intereses³⁸⁵. Las contrataciones son reflejo del ejercicio de libertad y límites al poder central³⁸⁶. El contrato es una herramienta apta para el constante flujo de bienes y servicios que satisface necesidades.

³⁸⁰ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 32.

³⁸¹ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., 188.

³⁸² Ver: Héctor Vásquez Ponce, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ob. Cit., p. 36.

³⁸³ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 168.

³⁸⁴ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ob. Cit., p. 19.

³⁸⁵ El contrato es el medio para coordinar intereses individuales y contrapuestos (teoría del sujeto de Derecho) en búsqueda de la igualdad jurídica entre los individuos. Ver: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 17 - 19.

³⁸⁶ Ver al respecto: Ricardo Luis Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, p. 89.

Al ser una pieza fundamental de la actividad económica, el contrato encuentra su razón de ser en el mercado; es el centro de los negocios: “todo contrato tiene, en mayor o menor medida, cierto efecto sobre la competencia y sobre la libertad de las partes”³⁸⁷. “La actividad económica no sólo se corona, sino que se hace posible con el contrato”³⁸⁸. En otras palabras, las transacciones económicas se realizan gracias a éste. Así, no se debe olvidar que en todo contrato hay una operación económica³⁸⁹. “La importancia práctica del contrato se mantiene, cualquiera sea el régimen económico en vigor. (...) La contratación siempre subsiste como fenómeno sociológico y jurídico fundamental”³⁹⁰. Obviamente, el sistema económico condicionará el modelo de contrato.

El elemento básico del contrato es la voluntad de las partes³⁹¹. De esta manera, el reconocimiento de la libertad contractual es inevitable para el desarrollo del mercado, puesto que su contenido práctico descansa en su función económico-social³⁹². Para De Page, la autonomía de la voluntad es la traducción en el Derecho de un postulado económico: el libre juego de la oferta y la demanda³⁹³.

Como fue analizado en el capítulo anterior, la autonomía de la voluntad es un principio ineludible de la economía de mercado; por ende, fundamenta las relaciones comerciales. Este principio cumple un rol muy importante en el ámbito económico; es un pilar que regula los intercambios socio - económicos. Con la aplicación de este principio se incrementa la previsibilidad y la seguridad jurídica en las relaciones comerciales: “los principios de previsibilidad, seguridad, utilidad y equidad se complementan como fundamentos de la autonomía de las partes”³⁹⁴.

La autonomía de la voluntad es una práctica exigida por el comercio internacional debido a que éste último tiene características (complejidad, múltiples actores) y problemas, diferentes del Derecho Interno, que demandan de este principio.

³⁸⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 2005, p. 167.

³⁸⁸ Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 295 – 296.

³⁸⁹ *Ibid*, p. 303.

³⁹⁰ Jorge López Santa María, *Los Contratos, parte general*, Ob. Cit., p. 8.

³⁹¹ Ver: Marcelo Daniel Iñiguez, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 18.

³⁹² Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 300.

³⁹³ Juan Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 183, citado en: Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 300.

³⁹⁴ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 40.

Este principio facilitaría los intercambios comerciales internacionales puesto que, al ser la economía mundial extremadamente heterogénea, requiere para su reglamentación, coordinación e impulso, de un fundamento con las características que el principio de la autonomía de la voluntad ofrece.

Alessandri considera que la libertad contractual “es indispensable para el desarrollo del comercio y para el progreso económico y material de los pueblos, pues no sacrifica el interés privado, que es el gran acicate de la producción”.³⁹⁵ Es el complemento obligado del régimen económico y político, pero para evitar los abusos y las injusticias el legislador debe tomar las medidas adecuadas.³⁹⁶ En igual sentido se manifiesta Santos Briz quien dice que el aspecto social del contrato moderno es innegable, pero no debe exagerarse, puesto que el derecho se ordena en definitiva al fin del hombre, aunque la vida de éste se desenvuelva siempre en el medio social³⁹⁷.

Las dificultades que se presentan en el desarrollo del comercio internacional pueden ser atenuadas si las partes eligen la ley que regirá sus compromisos puesto que, así, se “permite alcanzar el fin de la armonía internacional de soluciones más efectivamente”.³⁹⁸ Al ser reconocida la autonomía de la voluntad en todo el mundo, se garantiza su aplicación uniforme, logrando seguridad y previsibilidad: armonización internacional. En suma, la función primordial del principio de la autonomía de la voluntad es garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica, y en este sentido, minimizar los conflictos; es un elemento que garantiza la libertad y agilidad³⁹⁹.

Por su parte, los opositores del principio de la autonomía de la voluntad alegan que el Derecho Internacional Privado es suficiente para regular las relaciones comerciales internacionales. Ven al principio como perturbador de las tareas de coordinación de los sistemas jurídicos nacionales a cargo del legislador, razón por la cual, sería incompatible con el fin del Derecho Internacional Privado. Por esto, lo

³⁹⁵ Arturo Alessandri R., *De los Contratos*, Ob. Cit., p. 12 – 13.

³⁹⁶ *Ibid*, p. 13.

³⁹⁷ Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 32 – 33.

³⁹⁸ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 40.

³⁹⁹ Argumento defendido por: M. Guzmán Zapater, *El principio de la autonomía de la voluntad, el criterio de los vínculos más estrechos, regímenes especiales (consumidores y trabajadores), acción de las normas imperativas, ámbito de la ley rectora del contrato*, Curso de Derecho del Comercio Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Sede Ecuador, 2006 – 2007.

consideran como un mero instrumento, uno de los cuantos, de los que un juez dispone para determinar la ley efectivamente aplicable⁴⁰⁰.

3.4 Implicaciones de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en el comercio internacional

Las características de la contratación comercial moderna enunciadas en párrafos anteriores y las del comercio internacional descritas en el Capítulo I de este trabajo, se fundamentan en el principio de la autonomía de la voluntad puesto que, para el caso de la contratación innominada, es en virtud de este principio que es posible crear nuevos tipos contractuales que faciliten los intercambios comerciales y que se ajusten a los distintos requerimientos de las partes sin tener que estar estipulados por la ley. Si bien el constante crecimiento del comercio internacional ha propiciado la proliferación de una variedad de contratos que atraviesan las fronteras, esto ha sido posible por el principio de autonomía de la voluntad como fundamento de las relaciones comerciales internacionales. A la vinculación contractual y empresarial también ha coadyuvado el principio en mención, ya que la libertad para contratar es básica en este fenómeno.

En lo que respecta a la predisposición contractual (contratación por adhesión), la autonomía de la voluntad también se manifiesta, no obstante, en este caso tiene prevalencia la voluntad de una parte (posición dominante), la cual goza de dicha autonomía en sus dos dimensiones: libertad de conclusión y de configuración. La parte adherente sólo tiene libertad para contratar, aunque esto también es relativo en el caso de los servicios de primera necesidad ofertados en condición de monopolio.

En otras palabras, el poder económico predominante y la posición ventajosa de una de las partes, impide la aplicación efectiva y completa de la autonomía de la voluntad de la otra parte (sea ésta consumidor, usuario, empresarios más pequeños o Estados) para la cual el consentimiento es el único acto voluntario; se elimina la etapa de tratativas y sólo el gran empresario crea el contenido negocial. “Existe

⁴⁰⁰ Criterio defendido por Battifol. Ver: Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 82.

consentimiento y, por ende, contrato, pero la atmósfera contractual se halla enrarecida, y ello consolida la desigualdad formal”.⁴⁰¹

La predisposición contractual es ante todo una limitación heterónoma a la libertad del adherente, quien se ve imposibilitado de influir sobre el contenido del contrato; él está privado de la libertad de configuración. Tal restricción no puede ser considerada un vicio de la voluntad si es que el adherente tiene la posibilidad de no contratar (libertad de conclusión); en caso de que tampoco disponga de la libertad de contratar (bienes o servicios básicos ofertados en condición de monopolio) se estaría ante un vicio de la voluntad.

De cualquier manera, el predisponente está tentado a cometer ciertos abusos aprovechando su posición dominante. Ello impone el establecimiento de un régimen legal que devuelva el equilibrio, respetando los intereses de ambas partes⁴⁰². Aquí aparece la otra forma que adquiere la predisposición contractual: los contratos dirigidos por el Estado para restablecer la igualdad entre las partes, los cuales, aunque tengan otro sentido, no dejan de ser predispuestos y, por tanto, limitantes de la autonomía de la voluntad.

No obstante, y tal vez paradójicamente, el principio de la autonomía de la voluntad ha recobrado importancia en la actualidad ya que ha sido defendido e impulsado dada la tendencia predominante hacia la apertura de los mercados, la globalización y las políticas democráticas que estimulan la libertad como el pilar fundamental de la sociedad. “Una de las paradojas del contrato contemporáneo es, en efecto, el simultáneo auge y deterioro del voluntarismo”⁴⁰³. Debido a la internacionalización de la economía, la autonomía de la voluntad recobra importancia; ésta facilita las relaciones comerciales cada vez más complejas.

Por otro lado, a nivel internacional no existe un Estado central que tipifique los contratos y regule o reequilibre las relaciones comerciales en beneficio de la parte débil. Es por esto que con la globalización e internacionalización de la economía podría hablarse ya no de contratos modernos, tendentes a restituir la igualdad contractual perdida, sino del surgimiento de contratos postmodernos que se caracterizarían por

⁴⁰¹ Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ob. Cit., p. 186.

⁴⁰² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 200.

⁴⁰³ Jorge López Santa María, *Los Contratos, parte general*, Ob. Cit., p. 7.

recuperar a la autonomía de la voluntad como su principio elemental (como en el contrato clásico) y que se ejecutarían entre sujetos de varios países, situación que lleva a los Estados nacionales a ver restringida su capacidad de control y regulación.

Al no haber un Estado central, la tendencia ha sido al predominio de la autonomía de la voluntad, en virtud de lo cual se han formado una serie de contratos que escapan a todo control. Se augura así un nuevo redimensionamiento de la autonomía de la voluntad. Este principio ha generado una proliferación de técnicas de comercialización elaboradas por las empresas entre las cuales se incluyen nuevas modalidades de contratación. Esto, con el fin de fomentar el consumo masivo, ya que de la velocidad con que circulen las mercancías dependen las ganancias.

Para Ghersi⁴⁰⁴, las características de los contratos postmodernos son la alta concentración del poder y los avances tecnológicos que han revolucionado la manera de hacer contratos. Estos contratos se desarrollan en medio de los cambios operados en la revolución de la minielectrónica, la desregulación de los servicios prestados por el Estado, la privatización, la flexibilidad laboral, etc.⁴⁰⁵ Los empresarios tienen el poder económico, más el poder de la necesidad al proveer servicios básicos a la sociedad, entregados por el Estado para su administración. Esto desemboca en mayor desigualdad social ya que no todos pueden acceder a los servicios básicos en las condiciones estipuladas por las empresas (contratos de adhesión).⁴⁰⁶

En síntesis, si bien la autonomía de la voluntad ha recuperado vigencia e importancia sobre todo en el ámbito internacional, no obstante, la predisposición contractual, característica elemental del nuevo tráfico mercantil, limita este principio. Así, la autonomía de la voluntad es impulsada y restringida al mismo tiempo por las necesidades del tráfico comercial moderno. Esta situación ha hecho pensar que en honor a la libertad se deben permitir esas nuevas formas de contratación restrictivas, lo que ha motivado las más severas críticas a dicho principio.

⁴⁰⁴ Ver: Carlos Ghersi, *Contratos 2. Problemática moderna*, Ob. Cit., p. 88.

⁴⁰⁵ *Ibid*, p. 84.

⁴⁰⁶ *Ibid*, p. 87 – 90.

Es una situación compleja y hasta contradictoria el hecho de que se hayan creado figuras contractuales que eliminan el principio o fundamento en el cual se basó su creación: la autonomía de la voluntad, y que en su nombre se quiera perpetuar su existencia formal y su inexistencia práctica. Se llega entonces a un cuestionamiento: ¿la excesiva aplicación de la autonomía de la voluntad conlleva a su limitación? ¿Es compatible la plena libertad con la plena igualdad?

En este marco, Moisés manifiesta que inescrupulosa y erróneamente se tiende a atribuir al principio de la autonomía de la voluntad la responsabilidad por el sometimiento del adherente a las condiciones del predisponente, cuando, casualmente, en el fenómeno de la predisposición contractual lo que está fallando es el substrato (voluntad) del principio por afectación de su antecedente (libertad) con relación a la parte sometida. La predisposición disocia la declaración y la voluntad del adherente, pretendiendo dar prevalencia a la primera. En otras palabras, en la predisposición contractual la voluntad del adherente no es autónoma, sino que está condicionada heterónomamente por la voluntad del predisponente.⁴⁰⁷ El adherente dice aceptar las condiciones que se le imponen, aunque no esté de acuerdo con ellas, porque no le queda otra alternativa si quiere obtener el bien o el servicio.

El desequilibrio negocial de las partes ha convertido a la predisposición contractual en terreno fértil para que germinen todo tipo de imposiciones y abusos por parte de quien detenta una posición dominante.⁴⁰⁸ Así, la autonomía de la voluntad está amenazada ya que es víctima de permanentes atentados. Esta realidad, que en el ámbito interno se pudo contrarrestar por la acción estatal, se torna también evidente en el ámbito internacional, en donde existe un desigual poder de negociación de las partes: por un lado las empresas de gran poder, y por el otro, los consumidores y/o usuarios, otras empresas de menor tamaño y hasta los Estados – nación. A nivel internacional, no existe sin embargo, un “Estado” o un “juez” que “dirija” los contratos, por lo que la autonomía de la voluntad se impone (contrato postmoderno).

La ampliación del mercado se presenta entre países con desigual nivel de desarrollo. Las empresas establecen entre sí acuerdos con los cuales muchas veces logran monopolizar el mercado; la estructura de poder de las grandes multinacionales

⁴⁰⁷ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 200.

⁴⁰⁸ *Ibid*, p. 19.

les permite desarrollar métodos de mercadeo que atraviesan las fronteras⁴⁰⁹. La estructuración económica actual de la empresa tiende a una creciente racionalización⁴¹⁰ y a la automatización⁴¹¹ de la producción. La racionalización de la producción ha generado uniformidad en la contratación, lo que ha dado lugar a la creciente utilización de contratos prerredactados⁴¹². “La empresa –de modo especial la “gran” empresa de nuestro tiempo- tiende a maximizar su utilidad - poder”⁴¹³. D'Alembert había precisado que, en el comercio, "no todos pueden tener la misma parte en las ventajas, aunque todos tengan el mismo derecho a ellas", derecho denominado de desigualdad o ley del más fuerte, del cual es difícil no abusar⁴¹⁴.

En virtud de dicha racionalización y automatización, se exigen mejores condiciones de inversión para lo cual se recurren a estrategias que minan las condiciones sociales y ambientales. Así, se produce la explotación laboral y de los recursos naturales. El elemento principal de la historia contemporánea se deteriora: la responsabilidad social.⁴¹⁵ En este punto, conviene precisar lo manifestado por Montesquieu: "la libertad del comercio no es una facultad concedida a los negociantes para que hagan lo que quieran (...) en los países libres es donde el negociante encuentra contrariedades sin número", lo cual "molesta al comerciante, pero favorece al comercio"⁴¹⁶.

En la economía de libre mercado la competencia es un elemento esencial, puesto que lo que el mercado abierto buscaría es aflorar las iniciativas empresariales para incrementar el comercio en mejores condiciones: variedad de productos a menor precio. El consumidor sería entonces el más beneficiado, quien tendría mayores y mejores productos a escoger (de gran calidad) con precios más cómodos y servicios de mayor

⁴⁰⁹ Jaime A. Arrubla Paucar, “Consumidor en el marco de la integración regional”, Ob. Cit., p. 50.

⁴¹⁰ Es el conjunto de todas las medidas dirigidas a elevar al máximo la productividad, y a alcanzar, con ahorro de gastos, la relación mejor posible entre prestación y producción. Fuente: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 29.

⁴¹¹ Conjunto de los modernos métodos de producción que persiguen ejecutar el proceso de producción de fábricas enteras en forma completamente automática” con el fin de lograr la mayor rentabilidad de la inversión y facilitar el trabajo del ser humano. Fuente: Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 30.

⁴¹² *Ibid*, p. 29.

⁴¹³ Mario Bonfanti, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 30.

⁴¹⁴ Atilio Alterini y López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob.Cit., p.60–61.

⁴¹⁵ Juan Trimboli, “El movimiento de consumidores: avances y desafíos en el marco de la globalización”, en: VVAA, *Política y Derecho de Consumo*, Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998, p. 357–359.

⁴¹⁶ Atilio Alterini y Roberto López Cabana, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Ob.Cit., p. 60–61.

calidad. La libre competencia es considerada un presupuesto de la libertad⁴¹⁷. No obstante, las nuevas prácticas comerciales pueden mermar la competencia. Con los nuevos contratos se establecen estrategias muchas veces monopolistas de exclusividad en el mercado y bajo ciertas condiciones. Dichos contratos pueden generar asociaciones (acuerdos horizontales y verticales⁴¹⁸) convertidas en verdaderos monopolios que, con su tamaño y poder, les resulta sencillo demoler cualquier competencia menor. Sin embargo, en ocasiones la limitación a la libre competencia puede contribuir para lograr mayor eficiencia en la integración de los sistemas de distribución⁴¹⁹.

La información juega un rol importante en el mercado. Son los profesionales quienes deciden el tipo y cantidad de información que circula, la cual es de su beneficio. Ellos están en condiciones de manipular el consentimiento del consumidor con estrategias de venta agresivas.⁴²⁰ La falta de información veraz para escoger es una limitación de la libertad del consumidor.⁴²¹ En este sentido, la publicidad juega un rol esencial, ya que reemplaza la etapa previa de tratativas, condiciona el consentimiento e incita al consumo masivo, lo que además, ha alterado el proceso de formación del contrato⁴²². La publicidad puede afectar la competencia⁴²³.

⁴¹⁷ Ver al respecto: Yuri Vega Mere, “El Derecho del Consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo”, en: Atilio Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor*, Ob. Cit., p. 588 – 592.

⁴¹⁸ Para un análisis más detallado sobre el tipo de alianzas y acuerdos que hacen las empresas, remitirse a: Paul Nihoul, *Introducción al derecho de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, Colombia, 2005, p 105 – 116 y 131- 169.

⁴¹⁹ Puede ayudar a que pequeñas y medianas empresas se beneficien de la cooperación puesto que los desafíos actuales tornan el contexto difícil para quienes no cuentan con el capital necesario; además, con ciertas restricciones a la competencia se pueden alcanzar otros objetivos relacionados con la protección del empleo y la producción nacional; algunos acuerdos de suministro y distribución, de transferencia de tecnología, de especialización, de investigación y desarrollo compensan sus efectos restrictivos sobre la competencia, proporcionando una contribución al bienestar general (mejora de la producción, progreso técnico o económico y ventajas para los consumidores). Ver: Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Ob. Cit., p. 50-51.

⁴²⁰ Por ejemplo: la diferenciación artificial de los productos, la discriminación de precios, las técnicas de persuasión como las ventas con prima y ofertas conjuntas, precios de lanzamiento, juegos, loterías, ventas atadas, ventas fuera del establecimiento, envío forzado de productos, bola de nieve, precios de liquidación y otros. La falta de educación con la que cuenta el consumidor permite que este tipo de estrategias funcionen ya que éste compra casi sin reflexión. Ver: Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Ob. Cit., p. 52-57.

⁴²¹ Ver: Marco Velilla, “La evolución de la teoría general del contrato y el Derecho del Consumidor”, Ob. Cit., p. 140 – 143.

⁴²² Ver: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti, *Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 1993, p. 96.

⁴²³ Con la publicidad se pueden adoptar medidas como el descrédito de competidores con información falsa u omisión de información importante, comparaciones con informaciones falsas, extremos no análogos, propaganda con incentivos no reales, utilización del prestigio ajeno o símbolos de la

3.5 Límites que restringen el principio de Autonomía de la Voluntad en el contexto internacional

Una vez analizada la importancia y rol que desempeña la autonomía de la voluntad en el comercio internacional, a continuación se esbozarán los límites y limitaciones que, no obstante, enfrenta este principio en el ámbito internacional, puesto que, como se ha enfatizado en el presente trabajo, si bien la autonomía de la voluntad tiene vigencia, también presenta restricciones⁴²⁴.

En cuanto a los límites, son reconocidos ya varios principios internacionalmente imperativos. Paulatinamente se han ido definiendo un orden público y unas buenas costumbres internacionales producto de los acuerdos, convenios y regímenes internacionales que tienen como función lograr consensos entre los países en determinadas materias. Por ejemplo, muchas Convenciones sobre Derechos Humanos son reconocidas por casi la totalidad de países del mundo. Para Boggiano, lo que pone límites al principio de la autonomía de la voluntad son “las normas y principios *internacionalmente* imperativos (...) Éstas (las partes) pueden desplazar las normas *imperativas internas* sólo aplicables a contratos domésticos”⁴²⁵.

Por otro lado, al no existir en el medio internacional un Estado central, las limitaciones al principio provenientes de dicho ente destinadas a reequilibrar las relaciones contractuales internacionales son nulas; las normas imperativas estatales que se mantienen son aquellas que definen la validez de los contratos; adicionalmente, es necesario considerar que, si bien no se cuenta con un Estado central, se registran otro tipo de sujetos como las organizaciones internacionales y las agrupaciones regionales que, por decisión de los estados que las conforman, han asumido roles y funciones que en ocasiones pueden suplir o sobreponerse a las decisiones de sus miembros (la denominada pérdida o redefinición de la soberanía). En este sentido, se podría afirmar que, si bien las limitaciones estatales a nivel internacional son menores, no obstante, eso

competencia para beneficiarse. Ver: Susana E. Lambois, *El consumidor y sus derechos*, en: <http://www.salvador.edu.ar/lambo1.htm>

⁴²⁴ Se sigue el esquema de clasificación de las restricciones esbozado en el capítulo anterior.

⁴²⁵ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 39.

no significa que no existan normas imperativas internacionales que deben ser cumplidas.

Finalmente, las limitaciones al principio provenientes de los particulares son evidentes a nivel internacional puesto que, en un mundo donde se ejecutan infinidad de contratos entre pluralidad de actores, con intensa actividad productiva y de consumo y donde las fronteras territoriales tienden a desaparecer por el fenómeno de la Globalización, la predisposición contractual se convierte en una necesidad imperante y puede manifestarse en cualquier sector en donde dos o más partes, de diferente poder económico o de negociación, requieran llevar a cabo un contrato.

Enmarcadas en esta clasificación de las restricciones, a continuación se presentan algunos de los límites y limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad que se han estipulado en el ámbito internacional⁴²⁶.

a) *Orden público internacional y normas de policía.*- la ley elegida por las partes puede contrariar gravemente ciertas disposiciones de carácter imperativo (orden público internacional) lo cual se determina por medio de las leyes de conflicto. Adicionalmente, se lo puede limitar debido a la aplicación de *normas de policía* las cuales no requieren de las normas de conflicto para ser identificadas sino que son aplicables directa e inmediatamente. Estas últimas son disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presenta algún vínculo estrecho y que deben ser aplicadas. Para darlas aplicación, se debe considerar su naturaleza y objeto así como las consecuencias que se producen si son aplicadas o no⁴²⁷.

b) *Limitaciones de carácter legal o fraude a la ley*⁴²⁸. - bajo el amparo de que las partes pueden elegir la ley que más les conviene, pueden evadir la ley que normalmente sería la aplicable debido a los puntos de conexión que tiene con determinado contrato. En este sentido se ha limitado a la autonomía de la voluntad argumentando que debe tener relación la ley elegida con algún elemento del contrato (debe haber vinculación o

⁴²⁶ Las limitaciones que se presentan se basan en gran medida en la clasificación que la autora Sara Feldstein presenta en el estudio que ha sido reseñado, no obstante, se recogen límites identificados por otros autores con los cuales se complementa y enriquece la información proporcionada por la autora.

⁴²⁷ Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 91 - 92.

⁴²⁸ La segunda denominación es utilizada por la autora Sara Feldstein en su estudio.

conexión real). Además, la libre elección de la ley aplicable a un contrato tiene que subsumirse dentro de los límites imperativos que la ley les impone. Existe fraude cuando se sobrepasa esos límites y así el acto se convierte en ilícito y deja de tener validez legal.

Se deben considerar las leyes que otorgan validez a los contratos; estas normas de validez generalmente están estipuladas en las legislaciones nacionales. Algunos requisitos de validez son: objeto lícito, necesidad de cumplir con ciertas formalidades en el caso de los contratos solemnes, capacidad de las partes, vicios del consentimiento, representación legal o voluntaria de las sociedades comerciales, normas para proteger la libre competencia o la competencia desleal. Otra limitación se da cuando al escoger una jurisdicción, ésta es excluyente de otros tribunales.

Es por esto que, una de las primeras acciones que se debe hacer para analizar las limitaciones y alcances de la autonomía de la voluntad es ver si los Estados reconocen a este principio, y si lo hacen, ver el grado de aceptación⁴²⁹. De esto incluso dependerá el lugar e importancia que ocupe la llamada *lex mercatoria* en la legislación de un país. No obstante, todos los Estados han reconocido este principio⁴³⁰.

c) *Internacionalidad objetiva*.- Sara Feldstein señala que las partes pueden gozar del principio de autonomía de la voluntad siempre y cuando se trate de un contrato *internacional* (más de una legislación estatal). Las partes no pueden decidir deliberadamente cuándo su contrato es internacional o no.

d) *Dépeçage o número de leyes a escoger*.- otra de las limitaciones que se registran es que en algunas legislaciones no admiten que se pueda escoger, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, más de una ley aplicable debido a la complejidad que esta opción generaría, además de afectar la unidad del contrato. Otras legislaciones, y en particular el Convenio de Roma, sí aceptan esta posibilidad. Esto se denomina *dépeçage* y es la modalidad que se está imponiendo.

⁴²⁹ Héctor Vásquez Ponce, *Derecho de los Negocios Internacionales*, p. 47 – 59.

⁴³⁰ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 40.

Existe otra modalidad de esta limitación y es la que se produce cuando el legislador pone a disposición de las partes un catálogo de leyes a las cuales pueden subsumir su contrato, es decir, se da unas cuantas opciones a las partes entre las cuales escogen, pero no es una elección totalmente libre sino restringida y limitada a lo ofrecido por el legislador.

e) Rechazo del reenvío.- es una limitación según la cual la ley elegida por las partes es la “ley sustancial de un Estado con exclusión de sus normas de conflicto, lo cual obviamente evita el reenvío”⁴³¹.

f) Limitación al momento de la elección.- las partes pueden por un lado, ser libres de escoger la ley aplicable en cualquier momento, incluso luego de la celebración del contrato y llegar incluso a alterar la elección realizada (Convenio de Roma); no obstante, también puede darse el caso que las partes solamente puede elegir la ley aplicable en determinado momento (celebración del contrato).

g) Personas jurídicamente débiles o ramas jurídicas tuitivas.- algunas de las limitaciones a este principio vienen dadas por la desigualdad socioeconómica de las partes contratantes a pesar de, teóricamente, ser iguales jurídicamente. Según Sara Feldstein, “la tendencia actual consiste en el reconocimiento de una libertad restringida cuando, por diversos motivos, la igualdad se desvanece ante la superioridad socioeconómica de una de las partes. Ello recompone el equilibrio contractual mediante la protección de los más débiles en la negociación”⁴³². La misma autora incluye en esta categoría a los consumidores y a los trabajadores a quienes no se les puede privar de los derechos mínimos que les aseguraría la ley que normalmente se aplicaría⁴³³.

Boggiano⁴³⁴, si bien ha identificado a los típicamente débiles en los contratos, sin embargo, ha hecho notar que la autonomía de las partes en este sentido también puede ser beneficiosa puesto que, en el comercio internacional, el escoger una ley que conceda beneficios mayores a los consumidores, puede ser una estrategia para incrementar sus

⁴³¹ Sara L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 88.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm

⁴³⁴ Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit., p. 41 – 42.

ventas: “es posible que la autonomía de las partes cumpla también una finalidad de elevar los niveles de equidad en la protección de la parte típicamente más débil”.

Por otro lado, pero dentro de este grupo, se pueden incluir a los derechos fundamentales expresados con carácter constitucional, los cuales se han planteado como limitadores del principio de la autonomía de la voluntad en algunas circunstancias. El principio más importante en este sentido es la igualdad⁴³⁵. Al haber sido desmentida la supuesta igualdad de las partes de los contratos tradicionales, se reveló como injusto al principio de autonomía de la voluntad por la nueva contratación; así, se ha tendido a hacer prevalecer la justicia a fin de determinar si es la igualdad o la libertad la que se impone en cada caso (ambos principios de igual rango)⁴³⁶.

h) Equidad negocial y buena fe.- la autonomía de la voluntad ha sido limitada también por ciertas consideraciones como: el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión (teoría de la imprevisión), las situaciones de fuerza mayor, la excesiva onerosidad sobreviviente (*hardship/rebus sic stantibus*), situaciones injustas o irrazonables en general (avanzada edad, salud de una de las partes, descuido aprovechado, etc.). Todas estas consideraciones consagran como pilar el principio de la buena fe, el cual pondría límites y condiciones a la discrecionalidad contractual. En suma, lo que la limita es la búsqueda de una “equidad negocial”.

i) Las normas suprestatales.- los acuerdos y compromisos a los que llegan los Estados para incentivar su cooperación en diversos ámbitos, en última instancia, están encaminados a regular las actividades de los particulares de cada país, beneficiando o perjudicando sus actividades comerciales y, por ello, lo que sus Estados acuerdan terminan siendo restricciones a su libre autonomía⁴³⁷. Es por esto que, las negociaciones estatales en el marco de organizaciones internacionales o interestatales, como la OMC o los tratados de integración regional, generalmente están asesoradas por el sector

⁴³⁵ Entendido no como una igualdad aritmética sino como una igualdad proporcional, y en función del cual se requiere igual trato para quienes son o están en igual posición, al tiempo que determina una consideración diferente para quienes no son iguales o no están en igual posición.

⁴³⁶ Todo esto en: <http://72.14.205.104/search?q=cache:wonmSAcSUwQJ:www.audtss.com.uy/xvijn/cerizola2005.pdf+autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+de+las+partes&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=ec>

⁴³⁷ Recuérdesse en este punto lo señalado respecto de la importancia de los acuerdos de integración estatal para las fusiones empresariales.

empresarial (o al menos participan) de los países y otros sujetos particulares implicados en dichas negociaciones⁴³⁸.

En síntesis, el principio de autonomía de la voluntad, a pesar de su resurgimiento en la contratación contemporánea, no obstante, sigue siendo objeto de algunas restricciones, razón por la cual, las partes de un contrato siempre deberán tener en cuenta determinadas limitaciones que les impone la ley en la elección del contenido contractual. En el ámbito internacional la autonomía de la voluntad tiene mayor fuerza debido a que las características del contexto le permiten imponerse.

Los límites internacionales del principio son las normas del orden público internacional (muy relacionados a los derechos humanos) y las limitaciones están conformadas por las leyes imperativas que definen la validez contractual y que responden a las legislaciones nacionales. Asimismo, se deben considerar las normas supraestatales resultantes de la integración internacional, fenómeno derivado de la globalización. Por último, es importante exaltar que a nivel internacional las restricciones a la autonomía de la voluntad por parte de una de las partes es más propensa y común (desigualdad negocial) debido a las características del contexto internacional; los Estados poco pueden hacer para proteger a la parte débil en los negocios internacionales; incluso los mismos Estados pueden convertirse en aquella parte débil de una negociación cuando deben contratar con las gigantescas empresas transnacionales de la actualidad.

⁴³⁸ Por ejemplo los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral de la Comunidad Andina de Naciones.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

La autonomía de la voluntad es un principio elemental, no sólo de la contratación, sino de las relaciones sociales en general, ya que se deriva de un principio mayor: la libertad humana. Este principio es el fundamento de la sociedad democrática – liberal y de la economía de mercado, por ello su importancia en la contratación comercial. Sin el mencionado principio, la economía de mercado no habría podido desarrollarse. Por esto, este principio ha estado presente en todas las etapas de la evolución contractual, no obstante su mayor o menor incidencia; pasó desde su gran apogeo en el contrato clásico, a su denominada crisis en el contrato moderno debido al dirigismo y predisposición contractual, para finalmente, en el contrato contemporáneo, asistir a su reforzamiento.

El comercio moderno demanda nuevas formas contractuales que respondan a las necesidades emergentes; dichas nuevas formas de contratar han sido posibles gracias al amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad. La economía y el comercio actual se caracterizan por su globalización e internacionalización, la integración e interdependencia de los mercados, la cooperación, la complejidad, los múltiples actores involucrados, el incremento masivo y la universalización de la producción y del consumo, así como la consecuente masificación en la contratación; todo esto sustentado en el predominio de los principios de la economía de libre mercado.

Este contexto ha requerido del principio de la autonomía de la voluntad, ya que éste permite la invención de nuevas formas de contratación: la predisposición contractual, la vinculación de contratos y la atipicidad, formas contractuales coadyuvadas por los nuevos mecanismos para contratar que ofrece el desarrollo tecnológico (computadores y máquinas en general); en otras palabras, la autonomía de la voluntad permite la eficiencia y agilidad en el comercio, así como la adaptación del Derecho a los cambios suscitados. Así, la autonomía de la voluntad resulta vital en una economía de mercado para el desenvolvimiento de éste.⁴³⁹

⁴³⁹ Ver: Walter Gutiérrez, “Los contratos atípicos”, Ob. Cit., p. 295.

En el desarrollo de estas nuevas formas y mecanismos contractuales se ha acentuado una realidad que siempre ha estado presente: la desigualdad o desequilibrio económico y social de las partes del contrato. Las modernas modalidades, por lo demás necesarias y positivas para el eficiente funcionamiento del comercio masivo de la actualidad, han tenido como resultado negativo la acentuación de las desigualdades. Si bien los Estados a su tiempo asumieron un rol esencial para restituir el justo orden, no obstante, la internacionalización de la economía y de la sociedad actual no parece dar mayor margen al Estado para que cumpla esa función.

La predisposición contractual es un fenómeno actual que, si bien se configuró gracias a las libertades y facultades otorgadas por la autonomía de la voluntad, no obstante, ha llegado a restringir dicho principio en el cual se fundó. Con la predisposición contractual la autonomía de la voluntad se restringe, ya que se manifiesta solamente para una de las partes, lo que refleja la desigualdad negocial, económica y de status o condición de dichas partes en la contratación. Así, se registraría una paradoja: el producto del principio se revela en contra de él, lo merma. Moisés interpreta este fenómeno como vicio de la voluntad puesto que se está afectando la autonomía y voluntad de una parte; por ello, para el autor, la autonomía de la voluntad no es la responsable por los efectos de la predisposición contractual.

Más que una clase de contrato (de adhesión), la predisposición contractual se ha convertido en una característica de la contratación en general; esto debido a que se manifiesta no sólo en los contratos creados por particulares para atender sus nuevas necesidades, sino que la intervención estatal en la contratación, destinada a restablecer el orden y la equidad (o la autonomía de la voluntad perdida por una de las partes), también limita la autonomía de la voluntad. Al imponer el Estado las condiciones y cláusulas a las que ambas partes deben acogerse, la autonomía de la voluntad necesariamente queda restringida. En suma, los contratos de adhesión, contratos tipo, contratos dirigidos, forzosos, normados y en muchos contratos atípicos derivados de la vinculación contractual, son manifestaciones de la predisposición contractual y, por ende, limitan la autonomía de la voluntad. Se evidencia cierta contradicción entre autonomía de la voluntad y predisposición contractual. Así, la autonomía de la voluntad es un principio relativo que puede ser restringido por los particulares o por el mismo Estado.

La nueva contratación es internacional, y, si bien parte de la libertad y la igualdad de las partes y tiene como objetivos promover el libre comercio y la libre competencia para otorgar mayores beneficios a toda la humanidad (presupuestos de la economía de libre mercado), no obstante, se estarían produciendo consecuencias opuestas a esos objetivos. Muchas modalidades modernas de contratación (vinculación empresarial, atipicidad y predisposición contractual) propician la configuración de monopolios internacionales que obstruyen el libre comercio y la libre competencia; además, dichas prácticas promueven la competencia desleal. Así, fundamentados en los principios de la economía de libre mercado, los actores privados corrompen dichos principios. Alterini señala que muchos que predicán el liberalismo han ignorado el profundo humanismo, propio de las teorías liberales bien entendidas, que ven en el otro a una persona igual a uno, con los mismos derechos y libertades⁴⁴⁰.

De manera muy hábil los actores económicos se han acogido a la libertad como principio para obtener fines exactamente opuestos a los que en teoría deberían buscar. Así, el libre comercio que se propugna sufre una restricción desde sus mismos postulados: *la utilización de los principios del libre mercado para la limitación del libre mercado*. Esto ocurre debido al gran poder que han adquirido determinados actores en la economía mundial, lo que, al igual que en el ámbito interno, les otorga la capacidad de imponer sus condiciones a la parte débil en la contratación y sobreponerse a los principios elementales de la economía y del comercio (no discriminación, libre comercio, abolición de monopolios, eliminación de la competencia desleal, igualdad, trato justo y equitativo).

Con una excesiva libertad de las partes para contratar, el discurso sobre los beneficios que el libre comercio otorga para el bienestar social no pasa de ser mera retórica, puesto que sin una restricción, cada parte busca su interés sin importar si son coherentes con los principios que fundamentan el libre mercado (la igualdad, el beneficio recíproco, la buena fe).

“Salta a la vista que la identidad de lo contractual con lo justo es una falacia (...) es igualmente inexacto que la libertad contractual produzca siempre resultados económicos

⁴⁴⁰ Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 398.

socialmente útiles. Dejados solos, los hombres de ordinario no se orientan a las actividades más convenientes para el interés general, sino que a las ocupaciones más rentables, buscando el máximo de lucro individual con el menor sacrificio posible”⁴⁴¹.

La libertad no puede ser absoluta puesto que implicaría “libertad para unos y esclavitud para otros, ya que quienes gozaran de derechos sin restricción lo harían a costa de los derechos de sus semejantes”⁴⁴². Dejarlos, pues, en absoluta libertad, para obrar como les plazca puede generar perturbaciones económicas y sociales, que es deber del poder público prevenir y evitar⁴⁴³. Para el profesor australiano David E. Allan, “es una desafortunada paradoja que *demasiada libertad destruye la libertad*, por lo cual incluso en una sociedad liberal es preciso que el legislador intervenga y limite la libertad para preservar la libertad”⁴⁴⁴. “La libertad sin freno trae, paradójicamente, la supresión de la voluntad”⁴⁴⁵.

La excesiva libertad en la contratación traería como consecuencia la distorsión del comercio y la eliminación del libre comercio, premisas de las cuales se partió para impulsar las nuevas formas de contratación. Aunque parezca contradictorio, los nuevos mecanismos de comercio, que día a día se complejizan e incrementan en nombre del libre mercado, han generado una variedad de restricciones a éste. Dichos mecanismos, al limitar la competencia y distorsionar el libre mercado, limitan la libertad contractual. Entonces, ¿para alcanzar los objetivos del libre mercado, se debe procurar el pleno libre mercado, o, por el contrario, son necesarias ciertas limitaciones e intervención estatal?

El creciente desarrollo del comercio internacional y la falta de leyes uniformes a nivel mundial para regular esta importante actividad han hecho del principio de autonomía de la voluntad una opción que ofrece múltiples ventajas para la regulación del comercio internacional. Este principio facilita el comercio y permite que éste fluya de manera más ágil y con consecuencias más predecibles (seguridad jurídica). Por estas razones, la autonomía de la voluntad se ha reforzado en la actualidad propiciando la proliferación de nuevos contratos que pueden ser denominados postmodernos, que son

⁴⁴¹ Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 170.

⁴⁴² Segundo Linares Quintana, *La constitución interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960, pp. XV y 187, citado en: Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 133.

⁴⁴³ Arturo Alessandri R., *De los Contratos*, Ob. Cit., p. 12.

⁴⁴⁴ Ver: Jorge López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Ob. Cit., p. 188.

⁴⁴⁵ Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 430.

aquellos que ampliamente reconocen y se fundamentan en la autonomía de la voluntad, dejando al Estado con escasa capacidad para intervenirlos.

No obstante, el excesivo uso de esta libertad podría generar desigualdades e inequidades mayores, de por sí ya existentes, en el ámbito del comercio internacional y tornar a esta actividad en una guerra entre los más fuertes por acaparar todos los espacios y las oportunidades que de dicha actividad emanan. Al carecer de un Estado regulador y reequilibrador de las relaciones, el desigual goce de la autonomía de la voluntad es muy frecuente; así, siempre habrá una parte débil.

Es por esto que ciertas restricciones o límites se tornan necesarias para que el comercio internacional cumpla con la función que todos esperan de él: lograr su crecimiento para impulsar el desarrollo de todos los habitantes del planeta y con ello incrementar el nivel de vida y bienestar. La intervención estatal para reequilibrar las relaciones contractuales es cada vez menor dadas la internacionalización y complejidad de la contratación. No obstante, a nivel internacional se han encaminado esfuerzos tendentes a homogenizar ciertos tipos de contratación a fin de evitar los abusos potenciales. La finalidad de las legislaciones uniformes consiste en eliminar la desigualdad contractual resultante de la absoluta admisión del principio de la autonomía de la voluntad⁴⁴⁶.

En síntesis, la libertad es positiva, no sólo para el mercado sino para la vida humana; no obstante, se debe tener en cuenta que son necesarias ciertas limitaciones a dicha libertad que se relacionan con los derechos de los demás; esto hace posible la convivencia humana en igualdad de condiciones, elemento básico para desarrollar la misma libertad. La desigualdad ha venido a conmovir el presupuesto esencial de la autonomía de la voluntad: la libertad. El nuevo sistema productivo, sin desconocer sus ventajas, trajo consigo la aparición de la gran empresa y con ello el quiebre de la igualdad fáctica de los hombres. “La historia ha dado muestras más que elocuentes de las aberraciones a que conducen una libertad sin igualdad, que no es libertad sino explotación, y una igualdad sin libertad, que no es igualdad sino sometimiento”⁴⁴⁷. Por ello, la libertad y la igualdad

⁴⁴⁶ Gabriel Stiglitz, *Protección Jurídica del Consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 25.

⁴⁴⁷ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Ob. Cit., p. 213.

deben ejecutarse recíprocamente. El Derecho y el Estado deben evitar que ambos principios choquen impulsando su armonía.

Así, se ha dicho que en los contratos la autonomía de la voluntad para ser tal debe ser bilateral⁴⁴⁸, lo que implica libertad e igualdad recíproca. Para el efecto, el contrato debe ser justo, en el que primen principios como el bien común, la honestidad, la solidaridad y la equidad⁴⁴⁹. Para alcanzarlo, la libertad (autonomía de la voluntad) debe primar cuando las partes son iguales y la equidad (igualdad) debe hacer lo propio en el caso de partes desiguales. “Esta tesis no ataca la autonomía privada en su raíz, sino que la refuerza haciendo real la libertad contractual”⁴⁵⁰. Se debe diferenciar lo que es la autonomía del abuso de la libertad contractual⁴⁵¹. Una sociedad justa y moderna no puede permitir a un sujeto que para la consecución de sus objetivos tenga que abusar o engañar al otro contratante.

Como algunos autores señalan, los contratos deben cumplir no sólo una función económica sino también social. Los contratos y las actividades económicas deben estar encaminados a lograr el bienestar general, ser un instrumento para este fin. El egoísmo propio de la naturaleza humana de la que habló Hobbes, no permite que esto sea logrado solamente por medio de la libertad que se le otorga a cada integrante de la sociedad. Si esto hubiera sido así, el Derecho Positivo jamás habría sido necesario ya que la sola acción racional y prudente de las personas, en uso de su libertad, habría garantizado la igualdad y el crecimiento sostenido lo que, sin duda alguna, no ha sucedido. El Derecho y/o Estado intervienen no para afectar la libertad, sino para restituirla del lado en que es amenazada⁴⁵².

El libre juego de fuerzas en el mercado no necesariamente lleva al equilibrio ni a la competencia perfecta. Tampoco el libre mercado se traduce en igualdad de acceso a las oportunidades que ofrece el sistema, a la información, a la negociación, a la distribución de beneficios, a la justicia y, tal vez lo más esencial, la igualdad en el goce

⁴⁴⁸ *Íbid*, p. 200 – 201 y 127.

⁴⁴⁹ Ver: Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 399–400.

⁴⁵⁰ Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Ob. Cit., p. 20.

⁴⁵¹ *Íbid*, p. 84.

⁴⁵² Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 398.

de la *libertad*. La lógica del mercado, y sus fallas, otorga ventajas para ciertos sujetos que los coloca en una posición dominante; la igualdad que se propugna es meramente formal lo que llevará a que se generen abusos en el sistema y así, se alterarán los ideales igualitarios y democráticos en los que se fundamenta todo el sistema social⁴⁵³. Con la constatación de la existencia de un contratante débil se rompen los dogmas de la igualdad y la libertad. Es notoria una actitud crítica respecto del *laissez faire*.

Finalmente, a pesar de las críticas al principio de autonomía de la voluntad, éste sigue siendo el fundamento de la contratación, lo que no implica desconocer sus límites y limitaciones. “El principio de la autonomía de la voluntad, aún cuando pueda ofrecer reparos, significa, en última instancia, desde el plano filosófico, el reconocimiento concreto de la libertad de la persona en el ámbito de sus relaciones negociales”⁴⁵⁴. El reto está entonces en conjugar la libertad y la igualdad, que en ocasiones pudiera parecer que se excluyen una a la otra. Libertad e igualdad, que si bien son la esencia del principio de la autonomía de la voluntad, tienen una difícil vida conjunta: para atemperar sus relaciones es que el Derecho existe, sino, no habría sido necesaria su creación.

⁴⁵³ Ver: Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Ob. Cit, p. 113 - 114.

⁴⁵⁴ Jorge Mayo, “La autonomía de la voluntad ¿es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?”, en: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, La Ley S.A., 1996, T.1996-E, p. 833, citado en: Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y principios*, Ob. Cit., p. 384.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri R., Arturo, *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, sin fecha ni número de edición.
- Alterini, De los Mozos y Soto, *Contratación Contemporánea, teoría general y principios*, Bogotá, Editorial Temis, 2000.
- Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Atilio Alterini y otros, *Contratación Contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor*, Editorial Temis, Bogotá y Lima, 2001.
- Arrubla Paucar, Jaime, “Consumidor en el marco de la integración regional”, en: Acciarri y otros, *Colección Derecho Económico III*, Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, 2001.
- Attiná, Fulvio, *El sistema político global*, Paidós, Barcelona - España, 1999.
- Barbier, Eduardo A., “Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor”, en: VVAA, *Política y Derecho de Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998.
- Barbieri, Pablo, *Contratos de Empresa*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- Betancur, Belisario, “Filosofía de los Derechos Humanos”, en: *Política y Derecho del Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998.
- Boggiano, Antonio, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990.
- Bonfanti, Mario, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Bourgoignie, Thierry, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Vitoria, País Vasco, 1994.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Tomo I, Editorial Heliasta, Argentina, 2005.
- Cevallos Vásquez, Víctor, *Manual de Derecho Mercantil*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1º Edición, 1994.
- Di Giovan, Ileana, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Farina, Juan, *Contratos comerciales modernos 1 y 2*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005.

- Feldstein de Cárdenas, Sara, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- Fernández Rozas, Juan Carlos, *Sistema del Comercio Internacional*, Civitas, España, 2001.
- Gherzi, Carlos, *Contratos 1 y 2, Problemática Moderna*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1996.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional, Protección Procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 2005.
- Guzmán Zapater, M., *El principio de la autonomía de la voluntad, el criterio de los vínculos más estrechos, regímenes especiales (consumidores y trabajadores), acción de las normas imperativas, ámbito de la ley rectora del contrato*, Curso de Derecho del Comercio Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Sede Ecuador, 2006 – 2007.
- Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica DIKE, 2º Edición, Colombia, 1998.
- Iñiguez, Marcelo Daniel, *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 2005.
- Keohane y Nye, *Transnational Relations and World Politics*, Conclusion. Keohane y Nye, *La Interdependencia en la Política Mundial*, capítulo 2.
- López Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición, 1986.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las Normas Fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952.
- Moisés, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 2005.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1º Edición, 1993.
- Nihoul, Paúl, *Introducción al derecho de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, Colombia, 2005.
- Ortiz Pablo, *Globalización y conflictos socio ambientales*, Quito, 1997.

- Pagador López, Javier, *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales predispuestas*, Editorial Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999
- Requeijo González, Jaime, *Estructura Económica Mundial*, McGraw – Hill, España, 1997.
- Rueda Valdivia, R. y Lara Aguado, A., *Carácter Internacional, preparación y negociación, redacción, formación garantías*, Curso de Derecho del Comercio Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Sede Ecuador, 2006–2007.
- Santos Briz, Jaime, *La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966.
- Stiglitz, Gabriel, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.
- Tamames, Ramón, *Estructura Económica Internacional*, Alianza Editorial, 19º edición, Madrid, 1999.
- VVAA, *Política y Derecho de Consumo*, Navegante Editores, Bogotá, 1º Edición, 1998.
- Vásquez Ponce, Héctor, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Vilella Editor, 1º Edición, 2001.

Fuentes en Internet:

- <http://info.lanic.utexas.edu/project/sela/docs/cl22di4.htm>
- <http://www.un.org/reform/pdfs/cardosopaper13june.htm>
- www.bcie.org/bcie/Publicaciones/40aniversario/40aniversariobcie.pdf+Evoluci%C3%B3n+del+concepto+de+soberan%C3%ADa&hl=es
- http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm
- <http://www.usma.ac.pa/web/DI/Profesores/JorgeKam/Temas%20pedag%C3%B3gicos/EI%20principio%20de%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20la%20voluntad%20en%20materia%20contractual.pdf>
- http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/implicaciones.htm
- http://www.iaba.org/Law%20Review_Vol%203/LawReview_3_EGregoriniC.htm
- <http://72.14.205.104/search?q=cache:wonmSAcSUwQJ:www.audtss.com.uy/xvijn/cerizola2005.pdf+autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+de+las+partes&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=ec>
- http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0.1493.SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333.00.html
- <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseOb01FuentesB.htm>
- <http://196.40.23.180/biblio/cedil/estudios/contratipicosmod.htm>
- <http://www.salvador.edu.ar/lambo1.htm>