

Apuntes prácticos sobre la
autonomía de la voluntad
como punto de conexión
en el

Colección en DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

**DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL**

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE
KATIA FACH GÓMEZ
Coordinadores



**Universidad
Zaragoza**

Universidad
Externado
de Colombia

135
Años

JOSÉ MANUEL
ÁLVAREZ ZÁRATE
KATIA
FACH GÓMEZ
(COORDINADORES)

APUNTES PRÁCTICOS SOBRE
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
COMO PUNTO DE CONEXIÓN
EN EL DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Apuntes prácticos sobre la autonomía de la voluntad como punto de conexión en el derecho económico internacional / José Manuel Álvarez Zárate, Katia Fach Gómez (coordinadores) ; Walter Birchmeyer [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

364 páginas : ilustraciones ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 349-355) e índice.

ISBN: 9789587906226

1. Derecho económico internacional – 2. Autonomía de la voluntad (Derecho) – 3. Análisis económico – 4. Contratos comerciales – 5. Derecho internacional privado I. Álvarez Zárate, José Manuel, coordinador II. Fach Gómez, Katia, coordinadora II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

341.59 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia MRJ

junio de 2021

ISBN 978-958-790-622-6

© 2021, JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE Y KATIA FACH GÓMEZ (COORDS.)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2021

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE

KATIA FACH GÓMEZ

*El lugar de la autonomía de la voluntad en el derecho
económico internacional contemporáneo*

RESUMEN

La autonomía de la voluntad es un principio contractual fundamental que figura tanto en las teorías de derecho privado como de derecho internacional privado. Al tenor de lo anterior, este capítulo analiza su papel en las contrataciones internacionales que, desde la óptica del derecho económico internacional, se configura con nuevos matices dentro del contexto de la globalización y con ello da lugar a la apertura de nuevos debates jurídicos y al cambio de paradigmas en torno a él.

PALABRAS CLAVE

Autonomía de la voluntad, autonomía material, autonomía conflictual, derecho económico internacional, derecho internacional privado, derecho comparado, derecho global.

ABSTRACT

Autonomy of will is a fundamental contractual principle that appears in both Private Law and International Private Law theories. In light of the above, this chapter analyzes the role of this principle in international contracts, which, from the perspective of International Economic Law, is configured with new nuances within the context of globalization and thus gives rise to the opening of new legal debates and paradigm shifts around the principle of autonomy of will.

KEYWORDS

Autonomy of Will, Material Autonomy, Conflict Autonomy, International Economic Law, Private International Law, Comparative Law, Global Law.

SUMARIO

Introducción. El lugar de la autonomía de la voluntad en el derecho económico internacional contemporáneo. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La presente obra colectiva ofrece un análisis de la autonomía de la voluntad desde una perspectiva del derecho económico internacional, y mide su impacto en las contrataciones internacionales valiéndose para ello de las posturas de diversos autores y autoras en el ámbito latinoamericano y europeo. Así las cosas, este trabajo de investigación profundiza en el análisis de la autonomía de la voluntad, principio contractual bien conocido en el contexto del derecho económico internacional, con innovaciones importantes, al punto de introducir las herramientas de análisis económico del derecho y contrastarlas con las teorías ya conocidas del derecho privado, retomadas por el derecho internacional privado; y a pesar de que este principio de raigambre liberal ha sido tratado exhaustivamente, sigue presentando grandes retos para el jurista contemporáneo en la era de la globalización.

EL LUGAR DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Siendo la autonomía privada el pilar fundamental de la relación contractual, actualmente la gran mayoría de los legisladores nacionales, así como relevantes instancias supranacionales, reconoce el principio de la autonomía de la voluntad contractual. Con fundamento en las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, este principio es uno de los que gozan de mayor vigencia en el contexto contemporáneo, especialmente en el terreno del derecho del comercio internacional. La libertad contractual es uno de los pilares del desarrollo económico, y dentro de ella la libertad negocial es un eje fundamental. Para Soto (2000) el poder de autodeterminación de las personas es lo que involucra la libertad como exaltación de todo derecho fundamental.

Por su parte, Madrid Parra (2003) señala que la autonomía se asienta en la libertad natural del hombre y es resultado del racionalismo; es decir que el ser humano construye sus normas a partir de los intereses que lo mueven, los cuales en muchas ocasiones poseen un tinte económico. Por otra parte, hoy en día el dinamismo y la sofisticación de las relaciones privadas escapa a las estipulaciones —en ocasiones, genéricas y rígidas— de la norma positiva. En otras palabras, el legislador contemporáneo no está en

posibilidad de determinar el contenido de todos los negocios jurídicos a través de instrumentos de naturaleza legislativa, y por ello ha optado por reconocer de manera expresa esta facultad en las normas civiles y mercantiles (Bohórquez Orduz, 2004). Inclusive algunos Estados han registrado en sus Constituciones el principio de la autonomía de la voluntad, verbigracia Perú en el artículo 62 de su Carta Magna del año 1993.

La autonomía de la voluntad descansa principalmente en dos axiomas: el liberalismo económico y la preeminencia del individualista, ambos conectados intrínsecamente con el contrato, el cual deriva su fuerza obligatoria de la voluntad de los contratantes y a su vez resguarda su fundamento económico. *Per se* los contratantes siempre buscan un beneficio mutuo que realza el sentido pecuniario de las transacciones comerciales (Larroumet, 1999).

Sumado a lo anterior, en sentido amplio la autonomía de la voluntad está conformada por el poder de las partes para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, y por el uso, goce y disposición de facultades y derechos subjetivos a que tienen derecho (Hernández Fraga y Guerra Cosme, 2012). Por tanto, inexorablemente en el contrato la voluntad de los particulares cumple una función más importante, ya que su elemento característico es el consentimiento, o sea, el acuerdo libre de la voluntad de las partes.

Así las cosas, como consecuencia natural del ejercicio de la voluntad, que se erige como principio general de toda materia contractual, las partes son libres de determinar las condiciones y contenidos de sus contratos. En ese sentido, como ya se manifestó, se argumenta que el contrato es un instrumento que está a merced del interés económico de las partes; no obstante, según Capobianco (2016), el mercado no puede ser confiado exclusivamente a la autonomía de los particulares, ya que ello significaría ignorar que se caracteriza por la existencia de situaciones de asimetría informativa y de debilidad contractual que no son funcionales para su correcto desarrollo.

Por tanto, los límites que debe observar este principio y derecho de la autonomía de la voluntad han sido reconocidos en los ordenamientos jurídicos y refrendados por la doctrina. Dicho de otra manera, la autonomía no puede ser considerada como un poder absoluto que produce e impone reglas, estando, por tanto, limitada por las leyes imperativas, la moral, la buena fe, las buenas costumbres y el orden público. Desde una perspectiva económica se puede decir que estos límites son la respuesta que el legislador da a las alteraciones sobrevenidas de las circunstancias con impacto

económico en el equilibrio recíproco de las prestaciones, con el ánimo de corregir la asimetría que se pueda presentar (Rubio Gimeno, 2017).

Además, se debe resaltar que el principio de la autonomía de la voluntad se entrelaza con los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, en virtud de los cuales las partes en un contrato deben responder a la reciprocidad respecto de sus intereses, lo que se torna consonante con el orden económico que debe regir en todo Estado. Así las cosas, es verdad sabida que los principios del derecho y los propios de la contratación, como la autonomía de la voluntad, deben funcionar en armonía con las disposiciones legales, lo que brindará garantía y seguridad jurídica a los contratantes (Causa, 2015).

Pareciera ser que la autonomía de la voluntad es un capítulo consolidado en los ordenamientos jurídicos nacionales; sin embargo, no se debe olvidar que la autonomía presenta dos vertientes: material y conflictual. La primera otorga la potestad a las partes de fijar el contenido de sus contratos, es decir, elaborar sus cláusulas y estipulaciones. La segunda es la facultad de las partes en una contratación internacional de elegir el derecho aplicable a sus contratos (Ravassa Moreno, 2004). Su mayor reconocimiento se encuentra en el ámbito del comercio internacional, siendo admisible ante la existencia de un contrato internacional. El soporte de la autonomía conflictual está en la inclinación de las partes a elegir un derecho acorde a sus intereses y evitar someterse a los sistemas conflictuales de los ordenamientos jurídicos nacionales que, a la postre, terminan nacionalizando un negocio jurídico internacional (Londoño Sepúlveda, 2020).

En su faceta conflictual la autonomía de la voluntad ha generado muchos debates en las doctrinas latinoamericana y europea (Garcimartín Alférez, 2019), a la par con las férreas posiciones de algunos Estados de negarle alcance y reconocimiento dentro de sus marcos jurídicos con el argumento de que soslaya su soberanía. No obstante, diversas tesis apoyan la construcción y declaración de esta autonomía en el comercio internacional, inclusive hasta el punto de incluirla como una forma de conexión entre los sistemas conflictuales del derecho internacional privado. Algunos esfuerzos de relevantes organizaciones internacionales han impulsado su inclusión en el espacio internacional; piénsese, por ejemplo, en los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Conferencia de La Haya, la Conferencia Interamericana sobre Derecho

Internacional Privado (CIDIP), y la Unión Europea que ha aprobado diversos reglamentos comunitarios en los que se reconoce claramente el principio de la autonomía de la voluntad tanto en el contexto del derecho aplicable como en el de la competencia judicial internacional. Adicionalmente, algunos Estados han flexibilizado sus posiciones en torno a la autonomía de la voluntad adoptándola a través de sus leyes nacionales, o bien, mediante la ratificación de exitosos tratados internacionales, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

Toda vez que no es un debate agotado, la autonomía conflictual contiene diversos temas que generan discusiones, algunos de los cuales se analizan en esta obra desde una perspectiva económica. Así las cosas, al igual que la autonomía de la voluntad material y el contrato, la autonomía conflictual también se soporta en un robusto argumento desde la esfera económica. Sin duda el comercio internacional representa un importante rubro para las economías de los países que importan y exportan bienes y servicios mediante la concreción de acuerdos privados de carácter internacional, que a su vez son materializados a través del instrumento contractual. Es así que, como fruto de la autonomía de las partes, el contrato posee no solo componentes jurídicos sino fundamentalmente expresa el interés económico de las partes de un contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia económica que representa el principio de la autonomía de la voluntad, en la presente obra colectiva se hace imperativo realizar una revisión de los principales postulados emergentes de las teorías del Análisis Económico del Derecho, especialmente aquellos que fueron expuestos por Richard Posner y la escuela neoclásica, con el fin de justificar la libertad contractual desde un enfoque de eficiencia como complemento de la eficacia. Así, la autonomía conflictual puede encarnar un mecanismo racional-económico de los contratantes para adecuar sus contratos internacionales a sus intereses y objetivos económicos. En adición a lo expuesto, es posible alcanzar un mayor análisis de esta cuestión a partir de los argumentos de Coase sobre los costos de transacción en la negociación y los efectos en la ejecución del contrato. Ello es así porque las partes buscan por excelencia maximizar sus beneficios, y la elección del derecho aplicable al contrato permite disminuir los costos cuando se someten a un derecho que conocen y aprueban, dejando a un lado los avatares que puede traer consigo el desconocimiento de las leyes nacionales. Estos

argumentos serán debatidos a lo largo de varios capítulos de esta obra coral, reflexionándose igualmente respecto del rol que debe jugar el Estado desde el enfoque económico.

Por otro lado, la autonomía conflictual ha suscitado discusiones en el ámbito del derecho internacional privado relativas a institutos jurídicos como el *dépeçage*, más conocido como fraccionamiento legislativo, el cual ha generado fuertes debates en torno a esta facultad de las partes. Para la autora Tatiana Vanessa González Rivera que aborda en esta obra el estudio de la cuestión, fragmentar el derecho aplicable al contrato sigue estando acorde con la libertad de las partes, a la vez que les brinda seguridad jurídica. No obstante, se ha de sopesar igualmente que el *dépeçage* puede elevar los costos de transacción y acentuar las incoherencias propias de los contratos sometidos a diversos ordenamientos jurídicos, llegando incluso a generar un desequilibrio contractual. Es por todo ello que la aplicación del *dépeçage* en la práctica comercial contemporánea requiere un análisis como el que aquí se presenta.

Es importante tener en cuenta que la autonomía conflictual también desarrolla la potestad de las partes de elegir el foro de competencia judicial. Una clara manifestación de lo expuesto es el Reglamento (UE) n.º 1215 del 12 de diciembre de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La posibilidad de que las partes de un contrato elijan los tribunales competentes para resolver la controversia que surja entre ellas es un posicionamiento implantado por el legislador comunitario en relevantes textos de naturaleza comercial. Este planteamiento ha ganado terreno bajo sus fundamentos económicos, lo que a la postre resulta en un mayor beneficio para la región, y a su vez redundante en el valor económico que promueven los contratos internacionales. Igualmente, esta postura ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La experiencia europea es inspiradora para los países de la región latinoamericana que, a pesar de estar unidos por una misma idiosincrasia cultural, parecieran habitar universos heterogéneos en estos temas, lo que ha frenado el desarrollo del comercio internacional, verbigracia en el caso brasileño. Es por ello que el estudio de la autonomía conflictual en el derecho brasileño es de vital relevancia para esta obra colectiva, dado que ese país es un claro

ejemplo de las discrepancias que surgen entre la voluntad de las partes en una contratación internacional y su ausencia de reconocimiento por los ordenamientos jurídicos nacionales. Cabe puntualizar que desde 1996 Brasil reconoce el principio de la autonomía conflictual para la elección del foro; empero, no corre la misma suerte la elección del derecho aplicable, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia brasileñas están divididas respecto de la aceptación del referido principio. Como se apunta a lo largo de este volumen, dicha situación no solo acontece en Brasil: otros Estados latinoamericanos han sido reticentes a estas tendencias uniformadoras.

La otra cara de la moneda en materia de autonomía de la voluntad es Argentina donde, *sensu contrario* que Brasil, desde la promulgación el Código Civil y Comercial de 2014 se permite elegir tanto el derecho aplicable como la jurisdicción. Como se expone en el capítulo la autonomía de la voluntad como punto de conexión del nuevo derecho internacional privado argentino contractual de fuente interna elaborado Walter Birchmeyer, la tarea del legislador argentino ha sido positiva y progresiva para incorporar este principio de la autonomía de la voluntad en su ordenamiento jurídico. Sumado a lo anterior, Argentina ha sido pionera dentro del contexto latinoamericano en la adopción de instrumentos internacionales que reconocen la autonomía conflictual, lo que ha robustecido su comercio internacional. Igualmente, la seguridad jurídica viene dada por los pronunciamientos de la Corte Suprema argentina que ha reconocido plenamente la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Este libro también evoca la importancia que le ha impreso el fenómeno de la globalización a la autonomía de la voluntad, especialmente al desarrollarse exponencialmente en los últimos años las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). La contratación electrónica ha fomentado un mayor flujo del comercio a nivel global, aunque también ha traído consigo serias discusiones jurídicas sobre su alcance y materialización, concretamente en los contratos inteligentes y los criptoactivos, sobre todo porque todavía no existe una regulación uniforme en esa materia. Es por ello que en estos novedosos contextos jurídico-económicos, en los que el uso del medio electrónico ha deslocalizado la contratación, se resalta nuevamente la potestad de autorregulación de los contratantes.

A tono con todo lo expuesto, el derecho económico internacional contribuye de forma relevante a articular, a través de principios como el de la

autonomía de la voluntad, el estándar tecnológico en relación con las muy diversas facetas del comercio internacional del siglo XXI. Del mismo modo, la voluntad de las partes también juega un papel preponderante en el plano estatal cuando se trata de una contratación internacional, a pesar que en este campo aún existen limitaciones, por ejemplo, cuando en materia de arbitraje el derecho aplicable es el del Estado parte. Esta situación lleva a la autora Margie-Lys Jaime, a cuestionarse si, teniendo en cuenta el rol preponderante de la intervención estatal en materia de contratación, este principio de la autonomía de la voluntad es una realidad o más bien un mito.

CONCLUSIONES

En definitiva, este libro que aquí se presenta es el resultado de un proceso de investigación desarrollado por académicos procedentes de diversos países latinoamericanos y de España. En él se aborda un conjunto de temas referidos a la autonomía de la voluntad y su impacto en los sistemas económicos nacionales e internacionales. Los artículos que conforman el presente volumen constituyen un importante aporte para la comunidad académica internacional pues presentan un análisis crítico del principio de la autonomía de la voluntad. Cabe resaltar que las investigadoras e investigadores que participan con sus trabajos conocen plenamente la realidad jurídica y económica de la globalización y están comprometidos con la discusión doctrinaria que se presenta en los países latinoamericanos y europeos en materia de autonomía de la voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

- BOHÓRQUEZ ORDUZ, A. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- CAPOBIANCO, E. “El contrato, entre autonomía y heteronomía. La experiencia italo-europea”, *Revista de Derecho Civil*, 3 (1), 2016, 115-131.
- CAUSA, J. A. “Equilibrio económico y financiero del contrato y responsabilidad contractual del Estado”, V. Molinares Hassan (ed.). *Debates Contemporáneos de Derecho Público en Colombia*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2015.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., Madrid, Civitas, 2019.

HERNÁNDEZ FRAGA, K. y D. GUERRA COSME. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil: sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE)*, (6), 2012, 27-46.

LARROUMET, C. *Teoría general del contrato*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Temis, 1999.

LONDOÑO SEPÚLVEDA, N. R. *El derecho aplicable a los contratos internacionales: la evolución hacia el derecho mercantil transnacional*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2020.

MADRID PARRA, A. *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

RAVASSA MORENO, G. *Derecho Mercantil Internacional: principios y normas*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

RUBIO GIMENO, G. “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en M. GRAMUNT FOMBUENA y C. E. FLORENSA I TOMÀS (dirs.). *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid, Dykinson, 2017.

SOTO, C. A. *Contratación contemporánea: teoría general y principios*, Lima y Bogotá, Palestra Editoriales y Editorial Temis, 2000.

Este nuevo volumen de la Colección Derecho Económico Internacional, elaborado en coedición con la Universidad de Zaragoza (España), contiene nueve estudios relacionados con la relevancia de la autonomía de la voluntad y su desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial en el Derecho Económico Internacional. Desde diferentes perspectivas, y aplicando una metodología de derecho comparado entre las corrientes latinoamericana y europea, los autores analizan la autonomía de la voluntad como un principio que sirve para precisar la competencia judicial y escoger el derecho aplicable cuando surgen litigios en la contratación mercantil internacional.

Así las cosas, este trabajo de investigación analiza en profundidad la autonomía de la voluntad y aporta innovaciones importantes, al punto de introducir herramientas de análisis económico del derecho y contrastarlas con las teorías ya conocidas del derecho que han sido retomadas por el Derecho Internacional Privado. Y a pesar de que este principio de raigambre liberal ha sido altamente tratado, sigue presentando grandes retos para el jurista contemporáneo en la era de la globalización.

