

LA CONVENCION EUROPEA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A OBLIGACIONES CONTRACTUALES: ALGUNAS OBSERVACIONES CRITICAS DESDE LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE

Friedrich K. Juenger*
Profesor de Derecho de la Universidad de
California

I

Hace unos cincuenta años, Goodrich escribió:

La cuestión de qué derecho determina la validez de un contrato... es el tema más confuso del conflicto de leyes. No sólo varían las reglas en las diferentes jurisdicciones, sino que las decisiones del mismo tribunal con frecuencia enuncian teorías inconsistentes sobre el tema.¹

Esta observación ya no es válida en los Estados Unidos. Ahora el tema más confuso es el conflicto de leyes en casos de responsabilidad por actos ilícitos ("torts")², área que ha sufrido los mayores estragos de la "revolución conflictual"³ cuya bandera revolucionaria primero se desplegó en un caso contractual, *Auten v. Auten*⁴. Pero desde entonces el conflicto de leyes en materia contractual se ha convertido en un campo tranquilo, dada la escasez de decisiones recientes, en contraste con la multitud de fallos en materia de responsabilidad delictual⁵.

En parte, la complejidad del tema podría ser responsable de la magra cosecha de opiniones judiciales ya que se equipa a las partes con fuertes incentivos para resolver entre sí mismos los conflictos de leyes. A diferencia de la responsabilidad por actos ilícitos, los contratos son preconcebidos. En lugar de correr riesgos innecesarios en juicio las partes (y sus asesores) pueden eliminar los conflictos de leyes redactando cláusulas que designan el derecho aplicable así como el tribunal competente para resolver disputas que puedan surgir⁶. Además, las reglas contractuales sustantivas de las jurisdicciones del common law son bastante similares y el *Uniform Commercial Code* reduce aún más la incidencia e importancia de los conflictos de leyes. Así, en tanto que generaciones de eruditos del derecho internacional privado han ganado fama escribiendo sobre casos viejos como *Milliken v. Pratt*⁷, el interés académico en este terreno excede considerablemente a su importancia práctica.

Entonces, hay que preguntarse si la situación en Europa es tan distinta como para necesitar una Convención sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales (la Convención de Roma) tal como la firmaron los Estados miembros de la Comunidad Europea⁸. Aquellos abogados que se especializan en asuntos internacionales serían probablemente los primeros en negar esta necesidad. Pero aún es comprensible que el tema haya atraído la atención de los juristas del Mercado Común Europeo. Ya existe en Europa un precedente de unificación en el ámbito del derecho internacional privado: la Convención de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de sentencias civiles y comerciales⁹. Esta Convención, a pesar de sus rasgos xenofóbicos¹⁰, es un importante logro que sirve para inspirar otras tentativas. Además, ya que la Convención de Bruselas garantiza el libre reconocimiento de las sentencias de los Estados miembros dentro de la Comunidad Europea, el abuso potencial de sus bases competenciales surge como

problema. Así, esta Convención dirigió la atención al fenómeno del "forum shopping"¹¹. Al menos teóricamente reglas supranacionales podrían asegurar la armonía de las soluciones, es decir, que la decisión sea única siempre, cualquiera que sea el foro que haya de decidirlo. Se cree que así sería posible neutralizar la natural tendencia de los demandantes: maximizar sus posibilidades de éxito seleccionando el tribunal que aplicará el derecho más favorable a su causa¹². Tales maniobras parecen particularmente reprobables cuando se trata de disputas contractuales. Como dijo Story: "sería tan injusto aplicar una ley diferente como lo sería el determinar los derechos de las partes mediante un contrato distinto"¹³. Por ello, hay cierta lógica en la decisión europea de proseguir la Convención sobre competencia y la ejecución de sentencias con otra sobre el conflicto de leyes.

Así se ve la interrelación entre las dos convenciones europeas, la de Bruselas y la de Roma. Ambas comparten cierta semejanza con el derecho estadounidense. La Convención de Bruselas importó a Europa el principio de "entera fe y credito" del artículo IV, párrafo 1, de la Constitución de los EEUU, en combinación con la legislación "long-arm" como la han adoptado los estados norteamericanos. La práctica norteamericana se refleja igualmente en varios detalles, tales como la introducción de la inhibitoria ("*special appearance*" del derecho anglosajón)¹⁴ y en ideas fundamentales, como en el énfasis en el emplazamiento como salvaguardia del derecho de audiencia¹⁵. Leyendo la Convención de Roma, el lector norteamericano recibe la misma impresión de *déjà-vu*. Como el voto del juez Fuld en el caso de *Babcock y Jackson*¹⁶ y los preceptos del Segundo *Restatement*¹⁷, la Convención contiene una mezcla de diversas teorías.

El eclecticismo no es la única razón por la que la Convención de Roma tiene un sabor francamente norteamericano. El lenguaje, estilo y conceptos utilizados igualmente reflejan un "impresionismo jurídico" y una terminología vaga que recuerdan la literatura estadounidense. La responsabilidad por la oscura fraseología no recae completamente en los distinguidos redactores de la Convención, pero indica que varios problemas fundamentales son de difícil solución. Esto se hace aparente contrastando las disposiciones amorfas de la Convención sobre la localización objetiva, con las mucho más claras reglas sobre la autonomía de la voluntad¹⁸. Demuestra que hasta el presente nadie ha sido capaz de establecer reglas conflictuales satisfactorias para contratos, ya que es un principio universalmente conocido que las partes pueden someter sus contratos a un ordenamiento predeterminado por ellas.

II

En primer lugar, entonces, unas palabras sobre la autonomía de la voluntad. Este principio es de gran antigüedad: Una estipulación del derecho aplicable existía ya en el contrato matrimonial entre el Cid y la dama de León con la cual se casó en 1074¹⁹. Dumoulin, escribiendo en el siglo XVII, hizo de la autonomía de la voluntad un concepto central del derecho internacional privado²⁰. A lo largo de los años, este principio sobrevivió numerosos ataques académicos²¹. En los EEUU encuentra apoyo tanto en la jurisprudencia²², como en el Segundo *Restatement*²³ y el *Uniform Commercial Code*²⁴. Me extrañaría que en Europa puedan seriamente poner en duda este principio hoy en día²⁵ y podría dudarse la necesidad de codificar algo tan ampliamente aceptado²⁶.

Sin embargo, como otros principios jurídicos, la autonomía requiere algunas definiciones, calificaciones y excepciones para funcionar satisfactoriamente. En primer lugar, ¿cómo debe expresarse la elección del derecho aplicable al contrato? El artículo 3 (1) de la Convención toma la misma posición implícita en § 187 del Segundo *Restatement*²⁷; ambos permiten al juez inferir la intención de las partes, interpretando los términos del contrato, (por ejemplo a base de su lenguaje o el uso de términos y conceptos que pertenecen a un

sistema jurídico determinado). Como el Segundo *Restatement*, la Convención rechaza la idea de una intención presunta o hipotética, es decir la mera especulación acerca de cual hubiera sido la intención de las partes si hubieran pensado sobre el punto.

¿Es necesario que el derecho estipulado tenga alguna conexión con el contrato? § 187(2) (a) del Segundo *Restatement* exige, en cuanto a ciertos aspectos²⁸, una "relación sustancial" o "alguna otra base razonable" en apoyo de la elección. El artículo 3 de la Convención, aún más permisivo, no contiene ninguna limitación. Pero desde luego, los contratos "se celebran para propósitos serios y rara vez, si jamás, eligen las partes un derecho sin buena razón"²⁹. Entonces, desde el punto de vista práctico, la Convención otra vez sigue el mismo camino del Segundo *Restatement*³⁰.

¿Sería posible someter diversos aspectos de un contrato a ordenamientos distintos? La Convención expresamente permite tal *dépeçage*³¹ y el Segundo *Restatement*, en términos un tanto inciertos, también parece apoyar esta posibilidad³². El Segundo *Restatement*, sin embargo, no toca expresamente la cuestión de si las partes pueden, con posterioridad, someter su contrato a un derecho distinto al que se aplicaba anteriormente, como lo permite la Convención³³. Pero las disposiciones del Segundo *Restatement* no precluyen esta posibilidad; y además existen sentencias norteamericanas que sugieren la posibilidad de un cambio posterior del derecho aplicable³⁴.

Otro problema que surge es el reenvío. Una cláusula estipulando el derecho de algún estado es, necesariamente, ambigua: la palabra "derecho" puede significar el derecho interno sustantivo, o incluir las normas conflictuales del derecho designado. El sentido común sugiere que no es probable que las partes hayan intentado una interpretación que reintroduce el problema conflictual que su estipulación debiera resolver. Por tal motivo el Segundo *Restatement* favorece la interpretación excluyente del reenvío³⁵ y la Convención toma la misma posición en términos aún más categóricos³⁶.

¿Qué sucedería si las partes eligieran un derecho según el cual el contrato sería inválido? La Convención no tiene disposición específica al respecto, aunque la redacción del Artículo 3(4), junto con el artículo 8(1), sugiere la invalidación del contrato. El Segundo *Restatement* es más liberal. Asume que tal elección estaría viciada por error y nulifica el contrato únicamente si el derecho invalidado fuere aplicable por sí mismo, es decir no solamente en virtud de la estipulación de las partes³⁷.

Ni el más ardiente defensor de la autonomía negaría que este principio debe tener límites. Una verdadera autonomía implica, desde luego, la posibilidad de la validación de un contrato, de acuerdo con el derecho elegido, no obstante la invalidez según otro derecho con el cual el contrato tenga una conexión más estrecha. La Convención así como el Segundo *Restatement* permiten tal "tabla de salvamento"³⁸. Por otro lado, ambos coinciden también, en que las partes no pueden evitar, por su estipulación, ciertas reglas imperativas. Pero se distinguen tanto en la redacción cuanto en el alcance de sus disposiciones³⁹. Específicamente las reglas con respecto a las normas extranjeras de aplicación necesaria no son idénticas⁴⁰. Una evaluación de las diferencias entre las disposiciones del Segundo *Restatement* y las de la Convención es difícil, porque ambas son muy complejas. Sin embargo, es dudoso si los resultados prácticos que producen son sensiblemente diferentes⁴¹.

Finalmente, tanto los redactores norteamericanos como los europeos tenían que tratar con el problema de los contratos de adhesión. El Segundo *Restatement*, así como la Convención, reconoce que una libertad de elección sin alguna restricción pervertiría el principio de la autonomía de la voluntad en situaciones en que las partes no disfrutan del mismo poder económico. De acuerdo con el Segundo *Restatement* el uso, por la parte más fuerte, de su poder económico para dictar el derecho aplicable puede viciar el consentimiento⁴². La Convención es más limitada, directa y específica. Distinguiendo entre contratos "normales" y aquellos con consumidores o empleados, establece que la

elección del derecho aplicable no puede utilizarse con el fin de afectar la protección legal de estos grupos⁴³.

No obstante sus diferencias, las disposiciones sobre la autonomía de la voluntad demuestran importantes similitudes, tanto en aspectos generales como en detalles, entre la Convención europea y el *Restatement* norteamericano. Además los enfoques de los varios estados de los EEUU y de los miembros de la Comunidad Europea también son bastante semejantes. Así constatamos un acuerdo universal a través de los sistemas jurídicos desarrollados, independientemente de las diferencias conceptuales y doctrinales⁴⁴. De hecho, la autonomía de la voluntad puede ser el ejemplo más feliz de lo que se ha llamado el "fondo común" de los sistemas jurídicos⁴⁵.

III

Discutamos ahora el problema del derecho aplicable en la ausencia de una elección contractual. Podría preguntarse, ¿Por qué se necesitan reglas que rijan esta contingencia? Las partes celebrando contratos internacionales y sus asesores, deberían estar conscientes de los conflictos de leyes y de la manera de resolverlos mediante estipulaciones adecuadas. Pero, tal vez es fácil sobreestimar la sofisticación de los hombres de negocio y de sus abogados. Muchos fallos destacan serias deficiencias en la redacción de los instrumentos destinados al uso internacional⁴⁶. Este descuido es inexcusable; se esperaría que los asesores legales utilizaran los excelentes instrumentos disponibles tales como el tratado de Delaume, cuando se trata de transacciones internacionales. Sin embargo, en muchos casos las partes, por falta de prudencia o por no llegar a un acuerdo, no alcanzan a resolver el problema de la ley aplicable a su negocio.

¿Y los expertos europeos y norteamericanos cómo han lidiado con estos difíciles y frustrantes problemas? Temo que no muy bien. El Segundo *Restatement* impone una tarea formidable a las cortes. El primer párrafo de su § 188 exige un análisis separado de cada aspecto controvertido del contrato para determinar el derecho con que tenga la "*most significant relationship*" (relación más significativa). Este término suena bien. Pero el Segundo *Restatement* convierte esta directiva simple en una compleja, exigiendo tomar en cuenta las "*choice-influencing considerations*" (consideraciones relevantes a la determinación del derecho aplicable) enumeradas en su § 6. Esta disposición contiene una abundante lista de criterios, todos los cuales son muy plausibles, pero que están en conflicto unos con otros⁴⁷. Por ejemplo, ¿cómo es posible perseguir, al mismo tiempo, las finalidades de la armonía de las soluciones (mencionada en el inciso f de § 6, segundo párrafo) y la protección de la política legislativa del foro (especificada en el inciso b)? Tampoco simplifica la tarea el párrafo 2 de § 185 que enumera varios puntos de conexión, y después ordena que todos deben ser evaluados a la luz de su relativa importancia con respecto al problema jurídico que surge. La permutación de un número ilimitado de puntos de controversia, seis "*choice-influencing considerations*", y cinco puntos de conexión, combinados con la necesidad de evaluar los mismos en relación con cada problema específico supera la capacidad de una computadora.

Los que favorecen un "*proper law approach*" dirían que la búsqueda de la conexión más estrecha no debe ser un proceso mecánico de contar contactos. Pero aun un equilibrista, puede lidiar solo con un número finito de pelotas en el aire. El Segundo *Restatement* reconoce esta dificultad. Para aliviarla, el último párrafo de § 188 prevé que si el lugar de celebración coincide con el lugar de cumplimiento, el derecho de esa localidad se aplicará "usualmente". Pero, ¿qué quiere decir "usualmente"? § § 189-97 tratan de dar una guía adicional, estableciendo reglas tentativas para ciertas clases de contratos. Sin embargo, estas reglas no sirven de mucho, porque están a su vez sujetas a una cláusula de escape que permite la aplicación de cualquier otro derecho que tenga una relación más significativa con el problema en controversia. Tampoco lo previsto en § § 198-207 (que se refieren a varios aspectos específicos en materia contractual, como

forma y capacidad) es de gran ayuda, porque la mayoría de estas disposiciones simplemente remiten de nuevo a las reglas generales de § § 187-88.

Todo esto suena tal vez un tanto confuso; lo es. Pero cualquiera que comprenda el significado de las disposiciones del *Restatement* no encontrará dificultad en entender la Convención. El concepto básico utilizado por los redactores europeos, "*closest connection*"⁴⁸, imita la "*most significant relationship*". La Convención, al igual que el *Restatement*, enumera contratos para los cuales designa puntos de conexión específicos como tentativamente aplicables⁴⁹. A su vez contiene una cláusula de escape en favor del derecho con el cual el contrato esté más cercanamente relacionado⁵⁰.

Pero, además de enumerar ciertos contratos específicos, la Convención intenta hacer la fórmula "*closest connection*" más concreta por una categorización general de contratos. A este propósito los redactores introdujeron un concepto que no se encuentra en el *Restatement*, el de la "prestación característica"⁵¹. El intento de deducir la conexión más estrecha de la naturaleza típica de un contrato específico no es precisamente una idea nueva⁵². En cierta forma la enumeración de contratos en el Segundo *Restatement* refleja precisamente este pensamiento⁵³. Sin embargo, en Europa la noción de prestación característica se desarrolló en un contexto distinto. En esencia, es un esfuerzo de liberarse de los problemas puestos por la *lex loci solutionis*, principio que, conforme a la enseñanza de Savigny, había sido adoptada por algunos países europeos⁵⁴. Este principio implica que la obligación de cada contrayente depende del derecho del lugar en que él debe cumplir, con el resultado que leyes distintas puedan controlar las obligaciones de las partes del mismo contrato⁵⁵. Para obviar este fraccionamiento se buscaban remedios con el fin de aplicar una sola ley⁵⁶. Llamando al suministro de bienes o servicios más "característico" que el pago de dinero⁵⁷, se proporcionaba un argumento que parecía plausible para preferir el derecho del proveedor⁵⁸ sobre el del pagador. Aunque se ha alegado que esta preferencia se justifica por "consideraciones socio-económicas"⁵⁹, no existe base empírica ninguna en apoyo de esta afirmación "extravagante"⁶⁰ y el concepto de "prestación característica" se ha criticado con buenas razones⁶¹. Esta noción no es más que una arbitraria⁶² y "ficticia pretensión de que un contrato que produce dos obligaciones principales tiene solamente un lugar de cumplimiento".⁶³ No ofrece remedio el que la Convención seleccione el derecho personal de la parte obligada a efectuar la prestación característica en vez del lugar del cumplimiento.

No sólo es arbitrario este concepto, ni siquiera da certeza⁶⁴. Además paradójicamente, aunque es simplista, su aplicación práctica no es siempre sencilla⁶⁵. ¿Cuál, por ejemplo, es la prestación característica de un contrato entre un autor y un editorial?⁶⁶ Cuanto más compleja⁶⁷ la transacción, tanto menos ayuda el criterio. Así, un "*joint venture*", puede integrarse de numerosos contratos que prevén una gran variedad de cumplimientos diversos, tales como la formación de una sociedad anónima, el otorgamiento de licencias en propiedad industrial e intelectual, la transmisión de intereses sobre bienes muebles e inmuebles⁶⁸. ¿Cuál de éstos es más "característico" que los demás? ¿Deben aplicarse diferentes leyes a los distintos aspectos del asunto?⁶⁹ Finalmente, una transacción puede, por razones fiscales u otras, realizarse en diversas formas; ¿cómo puede capturar el elemento meramente formal de un "cumplimiento" la realidad del propósito de los contrayentes?

Aparte de las dificultades de aplicación práctica, el concepto de prestación característica no está en acuerdo con las exigencias de una sana política legislativa. De manera caprichosa este concepto da un privilegio conflictual a los que habitualmente ofrecen mercancías o servicios. Pero ellos son precisamente las partes, las más hábiles en cuanto a la apreciación de los riesgos del comercio internacional y las que pueden protegerse mejor por la estipulación del derecho aplicable y del foro. Es difícil comprender por qué el conflicto de leyes debe favorecer, por ejemplo, "hoteleros o relojeros helvéticos"⁷⁰ sobre sus clientes.

Entonces, el intento de la Convención de localizar los contratos por medio de un "concepto misterioso, casi místico"⁷¹ no convence. Como otros propósitos semejantes resultan en un "producto no convincente de adivinación más que de investigación"⁷². De hecho, los redactores europeos mismos parecen dudar de la eficacia de la "prestación característica". El artículo 4(5) de la Convención permite el desplazamiento del derecho indicado por este criterio mostrando que un contrato tiene una conexión "más estrecha" con algún otro derecho. Esta excepción "lleva el tema a un giro completo, en forma de una maniobra en tres etapas que termina donde empezó"⁷³. ¿Por qué redactar "una regla complicada que en realidad pierde su significado gracias a la disposición nulificante que ordena, en cualquier caso, la búsqueda del país con el cual el contrato tiene su conexión más estrecha"⁷⁴ Quizás los redactores fueron influenciados por el Segundo *Restatement*, que primero abrió tal sendero circular⁷⁵.

IV

Parecería que he destacado mucho la afinidad entre la Convención y el Segundo *Restatement*. Pero aquella contiene aún otras ideas "norteamericanas". Por ejemplo, la distinción entre contratos en general y los consumidores⁷⁶ se encuentra ya en el libro de Ehrenzweig⁷⁷, así como la "regla de validación"⁷⁸ que protege los contratos internacionales contra defectos formales y sustantivos⁷⁹. Varias disposiciones de la Convención quitan la ceguera de Savigny, tomando en consideración políticas legislativas sustantivas⁸⁰. Esas reglas que ordenan conexiones alternativas deben agradar a Leflar⁸¹, quien ha resucitado la idea de Aldricus de que el juez debería de preferir la ley más justa⁸². Cavers ya reclamó que la Convención copia objetivos contenidos en "principios de preferencia" que él había formulado⁸³. Y Lagarde nos indica que el artículo 7⁸⁴ introduce una forma de análisis de, como lo llamó Currie, intereses gubernamentales⁸⁵.

La Convención también trata de un fenómeno que no está relacionado con ningún autor norteamericano específico, pero que recientemente ha atraído algo de atención en los EEUU. El término es francés: *dépeçage*, una descripción apta para lo que podría llamarse, con menos elegancia, hacer pedazos⁸⁶. El problema, ya reconocido desde hace tiempo, se hizo importante en los Estados Unidos después de la introducción de los nuevos enfoques conflictuales. Estos enfoques requieren un análisis separado de cada problema específico que surge en una transacción multinacional. Tal fragmentación implica que distintas leyes pueden regir diferentes puntos en controversia de la misma transacción. En este respecto, la Convención no va tan lejos como el *Restatement*⁸⁷. Sin embargo, la segunda frase del artículo 4(1) autoriza la segregación de partes separables de un contrato y la determinación de la relación más estrecha con respecto a cada una⁸⁸. También exige un análisis independiente de ciertos problemas tales como la validez formal y la capacidad contractual⁸⁹. Y, como el Segundo *Restatement*⁹⁰, la Convención también permite a las partes someter diversos aspectos de su contrato a derechos distintos⁹¹.

Aun en cuanto a los detalles, la Convención ha adoptado soluciones claramente norteamericanas. Por ejemplo, el artículo 5(2) recoge la idea en que se apoyó la Suprema Corte del Estado de California en el fallo *Bernhard v. Harrah's Club*⁹², que la publicidad puede tener importantes ramificaciones para el conflicto de leyes. En el artículo 4(3) los redactores sucumbieron al "*land tabu*" que, según Ehrenzweig, caracteriza el sistema conflictual anglo-americano⁹³. El artículo 10(2) de la Convención se hace eco de las reglas sobre "detalles de cumplimiento" que se encuentra en la § 206 del Segundo *Restatement*.

Así pues, como en cuanto a la autonomía de la voluntad⁹⁴, hay similitudes sorprendentes entre las ideas concebidas en Europa y en los EEUU. Estas similitudes no pueden ser accidentales. Más bien, parecen ser fundadas en la frustración compartida por los

redactores que se vieron ante un dilema. Por una parte, el autor del *Restatement* y los europeos aspiraban a la certidumbre, predecibilidad y la armonía de soluciones⁹⁵; valores que únicamente reglas fijas y estables pueden garantizar. Por otra parte, sabían que cualquier regla, aunque no sea excesivamente rígida, siempre puede llegar a resultados insatisfactorios⁹⁶. Para escapar a este dilema, los europeos como los norteamericanos han optado por un mero enfoque, un "*non-rule*". En las palabras de Lagarde, La Convención;

sólo indica al juez el paso intelectual que debe dar, en vez de dictarle la solución que tiene que adoptar⁹⁷.

Quizás, el profesor Lagarde atribuye este método a las "tendencias modernas" que constata⁹⁸. Pero en realidad la idea de que el conflicto de leyes en materia contractual exige un enfoque "impresionista"⁹⁹ en vez de reglas rígidas, es más antiguo que la República Americana. Estaba ya implícita en la noción del "*pactum tacitum*" propagado por Dumoulin en el siglo XVI¹⁰⁰. Más tarde Huber dijo que la *lex loci contractus* no se aplica si los contrayentes tenían otro lugar en mente.¹⁰¹ El famoso dictum de Lord Mansfield en el asunto *Robinson v. Bland*¹⁰² se hizo eco de tal idea.¹⁰³ Y este dictum fue reiterado por Chief Justice Marshall¹⁰⁴ y por el ilustre Story¹⁰⁵. Después Westlake, tal vez influenciado por el concepto *Savigniano* de la "sede" de relaciones jurídicas¹⁰⁶, reformuló la idea¹⁰⁷: postuló que la "conexión más real" de un contrato determina el derecho aplicable¹⁰⁸. Batiffol entonces desarrolló índices de localización¹⁰⁹, que, como el "*proper law*" de Westlake, contrastan con la fórmula subjetiva de Dumoulin que los tribunales franceses habían aplicado durante siglos¹¹⁰.

En los Estados Unidos Joseph Beale, el *rapporteur* del Primer *Restatement*, logró reprimir la herencia común del *common law* y de los países Romanistas¹¹¹. Este *Restatement* ordenó reglas inflexibles y adoptó como principio básico la *lex loci contractus*¹¹². Sin embargo, aunque la Corte Suprema de los EEUU apoyó este principio¹¹³, la jurisprudencia norteamericana lo ignoró frecuentemente. Como escribió Stumberg, "sólo una minoría de estados norteamericanos han pretendido seguir la regla de que la ley del lugar de celebración controla y la mayor parte de éstos no la han aplicado consistentemente"¹¹⁴. Un tribunal de apelación del Estado de Nueva York en los años treinta¹¹⁵ y la Corte Suprema del Estado de Indiana en la siguiente década¹¹⁶ lograron redescubrir el "*proper law*". En 1954 Fuld, juez de la más alta corte del Estado de Nueva York, proclamó una tesis de índices de localización. Adoptó la fórmula "contactos más significativos", en su voto en el caso *Auten vs. Auten*¹¹⁷, decisión con que después alcanzó gran autoridad en el Segundo *Restatement*. Así se realineó el sistema conflictual norteamericano con los de Europa¹¹⁸.

La articulación de este enfoque varía. Unos usan términos subjetivos, enfatizando un intento tácito (o ficticio) de los contrayentes. Otros emplean términos objetivos, enfatizando índices de localización, es decir los contactos que tiene un contrato con un territorio o sistema jurídico¹¹⁹. Juristas distinguidos han notado que la diferencia entre la "intención hipotética" y la "agrupación de contactos" es más teórica que real¹²⁰. De hecho, es tan ilusorio averiguar una intención inexistente como adivinar el centro de gravedad de un contrato que no pesa nada. Pero no es lo mismo el psicoanálisis y la geografía. Según el derecho más estrechamente conectado el contrato puede ser inválido, mas raramente se puede suponer que las partes hayan *intentado* un contrato nulo. Si jueces a veces tratan ambos enfoques como intercambiables, probablemente no es porque no saben distinguir entre leer pensamientos y contar contactos. Más bien, así conservan la libertad de decidir asuntos según les parece justo.

La Convención intenta limitar esta libertad, estableciendo un enfoque claramente objetivo. Sin embargo, jueces que prefieren fundarse en la subjetividad (por ejemplo, para validar el contrato frente a una ley más estrechamente conectada) pueden fácilmente encontrar en cada contrato algunos índices de la intención de las partes y usarlos en la determinación del derecho aplicable como lo permite el artículo 3(1), segunda frase.

Aun si el enfoque fuese exclusivamente objetivo queda mucha libertad a los jueces. Desde luego, hablar de la "relación más estrecha" es plantear el problema, más que ofrecer una solución. Savigny llamó su hipótesis de la "sede" de relaciones jurídicas un principio "formal"¹²¹. El sabía que tales conceptos teóricos no resuelven litigios¹²². La fórmula de la conexión más estrecha, en todas sus peregrinaciones y trasmutaciones, no ha logrado absorber más significado que había al principio. René David hace notar que "esta fórmula no significa nada excepto, quizá, que la respuesta no se tiene aún"¹²³. Los redactores de la Convención estaban conscientes de esta dificultad; por eso introdujeron el concepto de "prestación característica"¹²⁴. Pero este concepto, a su vez, debe ceder a cualquier conexión más estrecha. Entonces, la Convención, como el Segundo *Restatement*, permite "determinaciones individualizadas"¹²⁵, es decir, los jueces disfrutan de amplia libertad para decidir los casos según su preferencia individual. Podría ser lo mejor. Como Leflar ha observado,

la flexibilidad inherente a todo proceso basado en decidir cuáles son los contactos más significativos, o cuáles intereses gubernamentales son de mayor peso, brinda la ventaja de permitir al tribunal fundar su decisión en consideraciones teleológicas y luego apoyar su conclusión por cualquier atribución de peso a contactos que mejor ayude este propósito.¹²⁶

Pero, ¿para qué sirve una Convención que simplemente da carta blanca a las cortes nacionales?¹²⁷ ¿Para qué codificar el derecho internacional privado europeo si la codificación no puede jamás llegar a su meta principal, es decir, evitar la explotación de la Convención de Bruselas para propósitos de "forum shopping"?¹²⁸

Igual al Segundo *Restatement*, la Convención de Roma "puede servir de apoyo para virtualmente cualquier resultado"¹²⁹. Pero un *Restatement* no es más que una recopilación de la jurisprudencia; no pretende ser un código¹³⁰ y cabe duda si puede proporcionar un modelo adecuado para una codificación supranacional¹³¹. Hay que tener en cuenta que el segundo *Restatement* no fue elaborado con tal propósito. Willis Reese, su *rapporteur*, lo llamó un "documento de transición"¹³² y dijo:

Fue redactado durante un tiempo de cambio y caos, en el que había poca indicación del desarrollo futuro en conflicto de leyes... Se espera que con el tiempo nuevas reglas se desarrollarán, o que al menos surgirá un consenso con respecto al enfoque que debe adoptarse para el conflicto de leyes. Este será el momento de iniciar el trabajo de un tercer *Restatement*!¹³³.

V

Un cínico podría decir que la Convención trata de codificar dos materias: la primera, autonomía de la voluntad, no necesita codificación, y la segunda, reglas objetivas, no puede codificarse. Esta afirmación puede ser demasiado dura. Pero, queda la pregunta si, en vez de dedicar tal esfuerzo a la elaboración de reglas conflictuales no hubiera podido destinarse, con mayor provecho, a la unificación del derecho sustantivo en materia contractual¹³⁴. Tal proyecto trataría más de similitudes que de diferencias. En contraste, la elaboración de reglas conflictuales no sólo acepta todas las idiosincrasias nacionales, sino les da legitimidad y permanencia¹³⁵. Los Estados Unidos pueden vivir sin sistema conflictual fijo a causa de la calidad supranacional del *common law* que asegura un mínimo de uniformidad sustantiva. Pero en el Mercado Común, en donde la individualidad lingüística y nacionalista están mucho más pronunciadas, la prioridad debe darse al desarrollo de un *ius commune* moderno europeo.

He sido muy crítico con la Convención. Sin embargo, se pueden constatar algunos aspectos positivos. Por lo menos, favoreciendo la flexibilidad, los redactores evitaron la rigidez que impide resultados justos en asuntos internacionales. También, se puede notar que sabían distinguir entre contratos en general y los con consumidores¹³⁶, una distinción que reconoce el papel del derecho internacional privado como instrumento de justicia material. Además, el proceso mismo de elaboración era, sin duda, benéfico. Los juristas

Europeos, normalmente limitados por fronteras nacionales, se han expuesto a la presión de ideas rivalizantes. La necesidad de llegar a compromisos ayuda a romper la cadena dogmática que sofoca al conflicto de leyes. En cierto grado, por lo menos, la Convención reconoce que las soluciones pragmáticas deben tener precedencia sobre consideraciones doctrinales. No puede ya mantenerse en adelante el pretexto de que el sistema conflictual sea un mecanismo ciego y que la certidumbre sea su meta exclusiva.

El observador norteamericano percibe con interés cómo los europeos modifican su técnica legislativa¹³⁷, rechazan o limitan los artificios del derecho internacional privado tradicional, tal como el reenvío y el orden público¹³⁸ y empiezan a preferir enfoques libres a reglas rígidas, depositando su confianza en tribunales para resolver los problemas a medida que surjan¹³⁹. Estas tendencias se han criticado, en cuanto a los EE.UU., como indicaciones de una crisis fundamental. Pues, desde la Convención de Roma, parece que esta crisis también aflige el derecho internacional privado europeo.

NOTAS

*Profesor de Derecho, Universidad de California en Davis. Traducción de un artículo publicado en inglés como capítulo 13 de "Contracts Conflicts" (North-Holland Publishing Company, 1982).

1. H. Goodrich, *Handbook on the Conflict of Laws* (1a. ed. 1927) p. 228. Un autor danés, en un estudio comparativo, llega a conclusiones semejantes. O. Lando, *Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*, Tomo III: Private International Law, ch. 24 (1976) § 142.

2. V. Juenger, "La doctrina estadounidense contemporánea a través de algunos autores, en "Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado", editado por L. Pereznieto Castro y C. Belair Mouchel (1979) pp. 251, 270-272. Se ha hecho notar que "el fermento de nuevas ideas que es tan aparente en cuanto a la responsabilidad delictual aún no ha tocado a otras ramas del conflicto de leyes". Reese, *American Trends in Private International Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases*, *Vand. L. Rev.* 33 (1980) pp. 717, 739. Cfr. Y. Lousouarn & P. Bourel, *Droit international privé* (1978) p. 178.

3. En cuanto a esta frase V. Juenger, op. cit. supra nota 2, p. 2 n. 4.

4. 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d. 99 (1954).

5. V.R. Leflar, *American Conflicts Law* (3a. ed. 1977) pp. 306-11; Reese, op. cit. supra nota 2, p. 737.

6. Para una consulta amplia sobre el tema de contratación internacional, consultar G. Delaume, *Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes*, Tomo I (1980).

7. 125 Mass. 374 (1978). Este caso ha inspirado tres artículos germinales de autores norteamericanos: Cavers, *A Critique of the Choice of Law Problem*, *Harv. L. Rev.* 47 (1933) p. 173; Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, *Yale L. J.* 33 (1924) p. 457; Currie, *Married Women's Contracts: A Study in Conflict-of-Laws Method*, *U. Chi. L. Rev.* 25 (1958) p. 227.

8. *Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas* 23 (1980) No. L. 266 (en adelante citada como "Convención"). Para un resumen breve V. Siqueiros, *La Contratación internacional, Posible armonización en su regulación jurídica*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 13 (1980) pp. 807, 815-16.

9. *Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas* 15 (1968 No. L. 299) p. 32 (en adelante citada como "Convención de Bruselas"). Para un resumen breve V. Juenger, *Reflexiones sobre competencia internacional*, *Jurídica* 13 (1981) pp. 997, 1005-1013.

10. V. Juenger, op. cit. previa nota, pp. 1007-1008; Nadelmann, *The Common Market Judgments Convention and a Hague Conference Recommendation: What Steps Next?*

Harv. L. Rev. 82 (1969) p. 1282; Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments: The Common Market Draft, Colum. L. Rev. 67 (1967) p. 995.

11. Giuliano & Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas 23 (1980) No. C 282, pp. 4-5 (en adelante citado como "Informe").

12. Id.

13. J. Story, Commentaries on the Conflict of Laws (8a. ed. 1883) p. 38.

14. Convención de Bruselas, artículo 18. V. Juenger, op. cit. supra nota 9, p. 1010.

15. V. Convención de Bruselas, artículos 20 (2), 27(2); Juenger, op. cit. supra nota 9, p. 1010.

16. 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963). Esta resolución, que introdujo los métodos conflictuales modernos en materia de responsabilidad delictual, fue tema de un coloquio de expertos en derecho internacional privado. Todos estaban en favor de tal desarrollo, aunque no estaban de acuerdo en cuanto a qué razonamiento debe formar su base. V. Symposium, Babcock v. Jackson, A Recent Development in the Conflict of Laws, Colum. L. Rev. 63 (1963) p. 1212.

17. Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) (en adelante citado como Segundo *Restatement*). Esta obra ofrece una mezcla de filosofías opuestas. Comentando la sección 6, la disposición clave, su *rapporteur* dice:

En todos los casos, salvo en los más simples, las consideraciones puestas apuntan en direcciones distintas en forma tal que se requerirá que el tribunal constate cuáles de ellas son de mayor importancia para el propósito concreto. En otros términos, 6 es ecléctica.

Reese, op. cit. nota 2 supra, p. 733.

18. Artículo 4 y artículo 3, respectivamente.

19. V.A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, Tomo I (6a. ed. 1972) p. 88; E. van Kleffens, Hispanic Law Until the End of the Middle Ages (1968) pp. 141-43.

20. V. H. Batiffol & P. Lagarde, Droit international privé, Tomo II (6a. ed. 1976) pp. 307-08; G. Cheshire & P. North, Private International Law (10a. ed. 1979) p. 21. Pero V. F. Gamillscheg, Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts (1955) pp. 42-48.

21. V. E. Rabel, The Conflict of Laws, Tomo I (2a. ed. 1958) pp. 90-93; Lando op. cit. supra nota 1, § § 32, 34, 41, 45.

22. V. por ejemplo Siegelman v. Cunard White Star, Ltd., 221 F.2d 189 (2d Cir. 1955); S. Rampell, Inc. v. Hyster Co., 3 N.Y.2d 369, 144 N.E.2d 371 (1957).

23. Segundo Restatement § § 186, 187.

24. U. C. C. § 1-105.

25. V. Informe, pp. 15-16.

26. El artículo 3(1), conforme al cual el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, reafirma una regla conflictual común a todos los estados miembros de la Comunidad. Informe, p. 15.

27. V. Informe, p. 17, Segundo Restatement § 187, comentario a.

28. Es decir, si las partes intentan desplazar reglas imperativas o, como dice, el Segundo Restatement en § 187(2), "si el aspecto particular es uno que las partes no podían resolver mediante una disposición contractual explícita."

29. Segundo Restatement § 187, comentario f. Como uno de los autores de la Convención ha observado "la práctica jurídica... no revela el recurso a elecciones caprichosas o carentes de sentido." Lagarde, The European Convention on the Law applicable to Contractual Obligations: An Apologia, Va. J. Intl L. 22. (1981) pp. 91, 96.

30. V. también artículo 3(3) de la Convención (si el contrato está conectado sólo con un país, la estipulación de las partes no puede evitar la aplicación de las reglas imperativas de ese país); Segundo Restatement § 187, comentario d (igual). U.C.C. § 1-

105(1) es menos liberal. Requiere una "conexión razonable" entre el contrato y el derecho elegido.

31. Convención artículo 3(1), tercera frase.

32. Segundo Restatement § 187, comentario i.

33. Convención artículo 3(2). Esta regla se aplica bajo dos condiciones: La elección posterior no debe perjudicar la validez formal del contrato, ni los derechos de terceros. V. North, *Varying the Proper Law*, en *Multum non Multa* (Festschrift Lipstein) (1980) p. 205.

34. V. *Leary v. Gledhill*, 8 N.J. 260, 84 A. 2d 725 (1951); *Watts v. Swiss Bank Corp.*, 27 N.Y.2d 270, 265 N.E.2d 739, 317 N.Y.S.2d 315 (1970) (si ninguna de las partes invoca el derecho extranjero, la *lex fori* se aplica).

35. Segundo Restatement § 187(3) prevé:

Si no hay indicación de una intención contraria, se aplica el derecho interno del estado cuyo derecho ha sido elegido.

V. también id., comentario h.

36. V. Convención artículo 15.

37. V. Segundo Restatement § 187, comentario e ilustración 8 (1971).

38. Esta conclusión resulta del texto del artículo 3(1). V. además la excepción específica del artículo 3(3). El Segundo Restatement es más concreto. § 187 distingue entre aspectos "que las partes pudieran haber resuelto mediante una cláusula explícita en su contrato" (párrafo 1), y los que no están a la disposición de los contrayentes (párrafo 2).

39. Compárense Convención artículos 7 y 16 con Segundo Restatement § 187(2)(b).

40. Compárense Convención, artículo 7(1) con Segundo Restatement § 187(2) (b).

41. Frases tales como "políticas legislativas fundamentales de un estado que tiene un interés mayor" y "reglas imperativas... (que) deben ser aplicadas independiente del derecho aplicable al contrato" no se definen por sí mismas. Otorgan un amplio margen al tribunal de decidir *ad hoc*, tomando en consideración tanto el contenido de las reglas en juego como los intereses de las partes. Compárense Informe 26-28 con Segundo Restatement § 187, comentario g.

42. V. Segundo Restatement § 187 comentario b, ilustraciones 2 y 3 y Nota de *rappporteur*, comentario b.

43. V. artículos 5(2) y 6(1) de la Convención. Adicionalmente, el artículo 7 de la Convención prevé la invalidación de cláusulas que estipulan un derecho con intento de evadir leyes protectoras.

44. V. Informe, pp. 16-17.

45. V.R. Schliesinger, *Comparative Law* (4a. ed. 1980) pp. 36-41, 302-03; Lando, op. cit. supra nota 1, pp. 24-3.

46. En la jurisprudencia se encuentran muchos ejemplos de cláusulas mal redactadas. V. por ejemplo *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.*, 221 F.2d 189 (2d Cir. 1965); *Goodman v. Deutsch-Atlantische Telegraphen Gessellschaft* 166 Misc. 509, 2 N.Y.S.2d 80 (1938); *In re Helbert Wagg & Co., Ltd.*, (1956) 1 All E.R. 129. Cf. *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972) (elección de foro).

47. V. Nota 17 supra y texto acompañante.

48. V. artículo 4.

49. V. artículo 4, párrafo 3 (contratos relativos a inmuebles) y 4 (contratos para transporte de bienes). Cfr. artículos 5 (contratos con consumidores) y 6 (contratos de empleo).

50. Párrafos 3 y 4 del artículo 4 meramente establecen una presunción sobre el derecho con el cual los contratos relativos a inmuebles y empleo se consideran más estrechamente conectados.

51. V. artículo 4(2).

52. V.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* (2a. ed. 1976) p. 188 nn. 506, 507; E. Rabel, *The Conflict of Laws*, Tomo II (2a. ed. 1960) p. 471.

53. V. Cavers, *The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects*, S. Cal. L. Rev. 48 (1975) 603, 623-24. Al parecer, la primera promulgación conflictual que intentó categorizar contratos en esta forma fue la ley polaca del 2 de agosto de 1926, *Gaceta Oficial Polaca* No. 501 (1926) (versión inglés en E. Cheatham, N. Dowling, H. Goodrich & E. Griswold, *Cases and Materials on the Conflict of Laws* (2a. ed. 1927) pp. 482-83). Sus orígenes son discutidos por Lando, *supra* nota 1, § 125. Schnitzer, frecuentemente considerado como autor del concepto de prestación característica, cita esta ley en apoyo de su posición. Schnitzer, *Les contrats internationaux en droit international privé Suisse*, *Recueil de Cours* (1968-I) pp. 541, 566, 574. La ley conflictual polaca actual contiene una enumeración de contratos específicos, combinado con una regla según la cual en casos no especificados se aplica este concepto. V. artículo 27 de la Ley relativa al derecho internacional privado y procesal *Gaceta Oficial* No. 97 (1963) (traducción al francés en *Statutory Private International Law* (1971) p. 261. Otros países socialistas han copiado este enfoque. V. Juenger, *The Conflicts Statute of the German Democratic Republic: An Introduction and Translation*, *Am. J. Com. L.* 25 (1977) pp. 332, 347-48, 357-58 (1977); Lando, *op. cit. supra* nota 1, § 125, 131, 232.

54. V. Rabel, *op. cit. supra* nota 52, 464-66; Lando, *op. cit. supra* nota 1, § 22.

55. Lando, *supra* nota 1, § § 18, 22, 128; Rabel, *op. cit. supra* nota 52, 469-71; Schnitzer, *op. cit. supra* nota 53, pp. 549, 551, 553.

56. V. Lando, *op. cit. supra* nota 1, § § 24, 129; Lando, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations*, *Rebels Zeitschrift* 38 (1974) pp. 6, 30; Schnitzer, *op. cit. supra* nota 53, pp. 555, 559-63, 568-70, 576; Vischer, *The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, *Recueil des Cours* (1974-II)- 1, 53-55, 63.

57. Informe, p. 20; Schnitzer, *op. cit. supra* nota 53, pp. 562-63, 597-78.

58. Como punto de conexión la Convención utiliza la localidad del proveedor (residencia habitual, administración central, sede comercial), en vez del lugar de cumplimiento. En esta forma la Convención evita ciertas dificultades que surgen, por ejemplo, si el proveedor hace más de una prestación, o si se hace la prestación en un lugar que tiene poca relación con el negocio. V. Informe, p. 21; Schnitzer, *op. cit. supra* nota 53, pp. 556, 561-62.

59. Informe, p. 20; Schnitzer, *op. cit. supra* nota 53, pp. 579-81.

60. Diamond, *Conflict of Laws in the E.E.C.*, *Current Legal Prob.* 32 (1979) pp. 155, 159.

61. V. Jessurun d'Oliveira, "Characteristic Obligation" in the Draft E.E.C. Obligation Convention, *Am. J. Comp. L.* 25 (1977) pp. 303, 309-13; Siehr, *Zum Vorentwurf eines EWG-Uebereinkommens ueber das Internationale Schuldrecht*, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* 19 (1973) pp. 569, 576 (ambos comentando un proyecto anterior de la Convención). Cfr. Vischer, *op. cit. supra* nota pp. 56, 62.

62. Jessurun d'Oliveira, *op. cit. supra* nota 61, p. 313, hace notar la "ausencia de cualquier trazo que los autores se beneficiaron de estudios económicos o sociológicos". Por ello piensa que

en tanto no se pruebe lo contrario... "economía" y "sociología" sirven únicamente como muñecos de ventrilocuo para las ideas preconcebidas de los escritores... De hecho, los escritores presentan su propia evaluación como si la hubieran obtenido mediante la aplicación de criterios científicos inmutables de disciplinas asociadas, que se suponen libres de juicios extremadamente de valor. La introducción de estas disciplinas es en verdad extremadamente funcional en el sentido de que disimula la subjetividad propia de los escritores

Id. Además Jessurun d'Oliveira sugiere que el intento de agrupar los contratos en varios tipos, en vez de inspirarse en consideraciones socio-económicas, refleja la "clasificación de los contratos... que tiene sus raíces en el pensamiento romanista". I. p. 317.

63. Rabel, op. cit. supra nota 52, p. 474.

64. Schnitzer, op. cit. supra nota 53, p. 574, confiadamente afirma que el concepto de "prestación característica" logra soluciones predecibles, pero más tarde concede que no constituye un dogma infalible, id. p. 577 y que es inevitable un vestigio subjetivo. Id. p. 580.

65. Los protagonistas del concepto acentúan las virtudes de sencillez y simplificación.

V. Informe p. 21; Schnitzer, op. cit. supra nota 53, p. 563. Pero un crítico alega que la Convención "añade varios enfoques vagos y alternativos a uno (que ya es vago)". Collins, Contractual Obligations E.E.C. Preliminary Draft Convention on Private International Law, Int'l & Comp. L. Q. 25 (1976) pp. 35, 45 (comentando un proyecto anterior de la Convención).

66. Compárense Neuhaus, op. cit. supra nota 52, p. 192 y Lando, op. cit. supra nota 1, 170, 266, con Schnitzer, op. cit. supra nota 53, pp. 608-09.

67. Pero a veces el concepto ni siquiera funciona satisfactoriamente en casos sencillos un ejemplo es el contrato con un distribuidor. V. Collins, op. cit. supra nota 65, p. 46, 48; Lando, op. cit. supra nota 1, 170.

68. V. Lando, supra nota 1, 170. La forma superficial en que Schnitzer trata con este problema sugiere que su concepto es solamente destinado a situaciones bastante sencillas. V. Schnitzer, op. cit. supra nota 53, pp. 616-17.

69. Con relación al dépeçage V. notas 86-91 infra y texto acompañante.

70. Jessurun d'Oliveira, op. cit. supra nota 61, p. 328 (aludiendo al origen suizo del concepto).

71. Diamond, op. cit. supra nota 60, p. 169.

72. Rabel, op. cit. supra nota 52, 485 (comentando la ley polaca citada en nota 53 supra).

73. Collins, op. cit. supra nota 65, p. 48.

74. Id. p. 49. V. también Jessurun d'Oliveira, op. cit. supra nota 61, pp. 326, 328-29, 330-31.

75. V. p. supra.

76. V. Cavers, op. cit. supra nota 53, pp. 620-21; Lando, op. cit. supra nota 1, §§ 71, 72, 77, 79, 155, 158, 159, 232; Lando, op. cit. supra nota 56, pp. 17-20, 32-36, 54-55; Siehr, op. cit. supra nota 61, pp. 573-74, 576, 586. V. también Jessurun d'Oliveira, op. cit. supra nota 61, pp. 318, 320, 324. Como este autor hace notar, hay cierta contradicción entre el concepto de la prestación característica y las reglas que protegen la parte más débil. Id. p. 324; también Neuhaus, op. cit. supra nota 52, p. 190.

77. A. Ehrenzweig, A Treatise on the Conflict of Laws (1962) 454-58.

78. *ib.* pp. 465-85.

79. V. artículos 9 (validez formal), 11 (incapacidad), 14 (2) (carga de la prueba).

80. V. artículos 5(2) y (3) (contratos con consumidores), 6(1) (contratos de empleo), 9 (5) (validez formal de contratos con consumidores), 11 (capacidad).

81. V. R. Leflar, op. cit. supra nota 5, pp. 212-15, 310-11.

82. V. Juenger, op. cit. supra nota 2, p. 224.

83. Cavers, op. cit. supra nota 53, p. 613; *cfr.* id. pp. 621-22.

84. Este artículo ha sido criticado por muchos. V., por ejemplo, Coing, Zur Anwendung zwingender auslaendischer Vertraege [sic]: Artikel 7 des Uebereinkommens ueber das auf vertragliche Schuldverhaeltnisse anzuwendende Recht, Wertpapiermitteilungen 35 (1981) p. 810; Heini, Auslaendische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht 100-I (1981) p. 65; Mann, Contracts: Effect of Mandatory Rules, in Harmonization of Private International Law by the E.E.C. (1978) p. 31. Pero V. Drobniç, Comments on Article 7 of the Draft Convention, in European Private International Law of Obligations (1975) p. 82; Lando, The E.E.C. Draft Convention on the

Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, *Rabels Zeitschrift* 38 (1974) pp. 6, 36-39; Mengozzi, Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione C.E.E. sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, *Archivio Giuridico* 197 (1979) p. 3.

85. Lagarde, op. cit. supra nota 29, p. 93. V. Delaume, The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Why a Convention? *Va. J. Int'l L.* 22 (1981) pp. 105, 107, 109.

86. V. Reese, *Dépeçage*, A Common Phenomenon in Choice of Law, *Colum. L. Rev.* 73 (1973) p. 58; Weintraub, *Beyond Dépeçage: A New Rule Approach to Choice of Law in Consumer Transactions*, *Case W. Res. L. Rev.* 25 (1974) p. 16.

87. V. pp. supra. Pero cfr. Lando, op. cit. supra nota 1, § § 20, 140, quien hace notar que las disposiciones del Segundo Restatement sobre contratos específicos (189-97) favorecen la aplicación de un solo derecho.

88. El Informe acentúa que "el tribunal debe recurrir a la segregación lo menos posible". Informe p. 23.

89. V. artículos 1(2)(a) y (f), 3(4), 8(2), 9, 11. Además, las disposiciones especiales sobre contratos con consumidores (artículo 5), contratos de empleo (artículo 6) y sobre leyes imperativas (artículo 7), permiten la aplicación, al mismo negocio, de leyes de diferentes estados.

90. Segundo Restatement § 187, comentario i. V. nota 32 supra y texto acompañante.

91. Artículo 3(1), tercera frase. V. Informe p. 17; nota 31 supra y texto acompañante.

92. *Bernhard v. Harrah's Club*, 16 Cal. 3d 313, 546 P.2d 719, 128 Cal. Rptr. 215 (1976), cert. denied, 429 U.S. 859 (1977).

93. Ehrenzweig, op. cit. supra nota 77, pp. 474, 478, 607, 654.

94. V. p. supra.

95. Compárense Segundo Restatement § 188, comentario b, con Informe p. 4.

96. Compárense Segundo Restatement § 188, comentario c, con Informe pp. 9, 20-22, 27-28.

97. Lagarde, op. cit. supra nota 29, p. 93.

98. Id. p. 91.

99. Autores franceses usan el término "impresionismo jurídico" hablando de los enfoques modernos norteamericanos, que contrastan con el método "cartesiano" del derecho internacional privado clásico. V. Y. Loussouarn & P. Bourel, *Droit international privé* 167-68, 184 (1978).

100. V. H. Batiffic & P. Lagarde, *Droit international privé*, Tomo II (6a. ed. 1976) pp. 307-08; F. Gamillscheg, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts* (1955) pp. 42-48; Lando, op. cit. supra nota 1, § § 10, 27.

101. U. Huberus, *Praelectiones Iuris Romani et Hodierni*, libro 1, título 3, pp. 27-28 (1784). Para una traducción al inglés V. E. Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws* (1947) p. 174. V. También Lando, op. cit. supra nota 1, § 11.

102. (1760), 2 Burr. 1077; 96 E.R. 141.

103. ...la regla general establecida *ex comitate et jure gentium* es, que el lugar donde el contrato se celebra y no donde se litiga, debe considerarse cuando se interpreta y se da efecto a un contrato. Pero esta regla admite una excepción, cuando las partes (en el momento de celebrar el contrato) tenían a la vista otro país.

Id. (citando las Praelectiones de Huber).

104. *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1, 48 (1825).

105. J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws* (7a. ed. 1872) pp. 275, 326 (citando a Huber y a Lord Mansfield).

106. F. von Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, tomo VIII (1849) p. 108.

107. J. Westlake, *A Treatise on Private International Law* (6a. ed. 1922) p. 288, se refiere a la obra de Savigny, aunque no a la página citada en nota 106 supra.

108. El derecho que rige la validez y los efectos de un contrato en Inglaterra se determina a base de consideraciones sustanciales, dando preferencia al país con el cual la transacción tenga la conexión más real y no al derecho del lugar de la celebración como tal.

Id. p. 288.

109. H. Batiffol, *Les conflicts de lois en matiere de contrats* (1938); Batiffol & Lagarde, op. cit. supra nota 95, pp. 236-37, 271-72. V. Lando, op. cit. supra nota 1, § 36.

110. V. H. Batiffol & P. Lagarde, op. cit. supra nota 99, pp. 231-33; Lando, op. cit. supra nota 1, § 117.

111. V. J. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Tomo II (1935 pp. 1044-46, 1077-78, 1090-92, 1171-72).

112. Restatement, *Conflict of Laws* §§ 311, 332-334 (1934).

113. V. por ejemplo *Mutual Life Ins. Co. v. Liebing*, 259 U.S. 209 (1922); *New York Life Ins. Co. v. Dodge*, 246 U.S. 357 (1918).

114. G. Stumberg, *Principles of Conflict of Law* (3a. ed. 1963) p. 227.

115. *Jones v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 158 Misc. 466, 286 N. Y. Supp. 4 (1936).

116. *W. H. Barber Co. v. Hughes*, 223 Ind. 570, 63 N.E.2d 417 (1945).

117. 308 N. Y. 155, 124 N.E.2d 99 (1954).

118. La mayoría de los países europeos (excepto Italia) también emplean enfoques flexibles en vez de reglas rígidas. V. Informe pp. 19-20. Para un panorama comparativo V. Lando, op. cit. supra nota 1, quien concluye que el "uso de un método flexible prevalece". Id. § 4.

119. V. Neuhaus, op. cit. supra nota 52, p. 165; Schnitzer, op. cit. supra nota 53, p. 573. Ambas enfatizan la relación entre el contrato y un sistema jurídico, en contraste con el mero nexo geográfico o territorial.

120. Rabel, op. cit. supra nota 52, pp. 438-39; M. Wolff, *Private International Law* (2a. ed. 1950) pp. 428-29; Lando, op. cit. supra nota 1, § 116; Vischer, op. cit. supra nota 53, p. 55.

121. F. von Savigny, op. cit. supra nota 106, p. 120.

122. id. pp. 131-32, 205-06.

123. R. David, *The International Unification of Private Law*, en *Int'l Encyclopedia of Comparative Law*, Tomo II, cap. 5 (*The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification*) § 16 (1969).

124. El artículo 4(2) [párrafo que introduce la "prestación característica"] da forma y objetividad específica al concepto de "conexión más estrecha", que es en sí demasiado vago.

Informe p. 21.

125. Rabel, op. cit. supra nota 52, p. 444.

126. Leflar, op. cit. supra nota 5, p. 309.

127. V. Nadelmann, *Impressionism and Unification of Law: The E. E. C. Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations*, *Am. J. Comp. L.* 24 (1976) p. 1. V. También Cavers, op. cit. supra nota 53, p. 626.

128. V. Nota, *Revue critique de droit international privé* 62 (1973) pp. 373, 378 (observaciones de Bischoff).

129. Ehrenzweig, *The Second Conflicts Restatement: A Last Appeal for its Withdrawal*, *U. Pa. L. Rev.* 113 (1965) pp. 1230, 1241. V. Jessurun d'Oliveira, op. cit. supra nota 61, pp. 326-329; Nadelmann, op. cit. supra nota 127, pp. 10, 11; Vischer, op. cit. supra nota 53, p. 58. Los redactores de la Convención mantienen que la prestación característica proporciona una "forma específica y objetiva". Informe p. 21. Pero después conceden que el artículo 4(5) "obviamente deja al juez un margen de discreción", que consideran "inevitable". Id. p. 22.

130. V. David, op. cit. supra nota 123, 539.

131. V. Nadelmann, op. cit. supra nota 127, pp. 11, 21.

132. Reese, op. cit. supra nota 2, p. 734.

133. Id.

134. Cfr. Nadelmann, op. cit. supra nota 127, p. 4.

135. La idea de un mercado común está en conflicto con uno de los supuesto fundamentales de la doctrina que enlaza contratos por su prestación característica, doctrina que tiene como premisa básica el concepto de la economía nacional.

Jessurun d'Oliveira, op. cit. supra nota 61, p. 328.

136. V. nota 76 y texto acompañante.

137. V. Nadelmann, The E. E. C. Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, *Am. J. Com. L.* 21 (1973) pp. 584, 586; Nadelmann, *Clouds Over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws*, *Law & Cont. Prob.* 41 (Spring 1977) 54, 83-84.

138. V. artículos 15 y 16 de la Convención. Sobre la relación funcional entre el sistema conflictual tradicional y estas figuras jurídicas V. Juenger, *Comentario*, *Am. J. Comp. L.* 27 (1979) pp. 609, 611-12.

139. V. Informe pp. 22, 27. Conforme a una "Declaración Conjunta" anexa a la Convención, los estados miembros de la Comunidad Europea están preparados a examinar la posibilidad de dar a la Corte de las Comunidades Europeas la competencia de interpretar la Convención. V. Informe p. 38. Sin embargo, puede dudarse si la "Corte puede hacer lo que los redactores evitaron de tocar". V. Nadelmann, op. cit. supra nota 127, p. 17.