

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DERECHO APLICABLE A LA ELECCIÓN: UN ANÁLISIS SEMÁNTICO() (438)*

CELINA A. LÉRTORA MENDOZA

SUMARIO

I. Problema. 1. Enunciado. - 2. Surgimiento del problema. - 3. Datos a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tener en cuenta. - II. Análisis del problema. - III. Conclusión.

I. PROBLEMA

1. Enunciado: ¿Puede declararse un derecho aplicable, y por lo tanto válidamente aplicable en su totalidad, para determinar luego si la elección del mismo fue válida (o no) por carecer (o no) de vicios de consentimiento?

En otros términos: ¿Es posible declarar válida la aplicación general de un ordenamiento jurídico para aplicarlo luego parcialmente?

2. Surgimiento del problema: En materia contractual las reglas fijadas por los distintos ordenamientos jurídicos sólo tienen aplicación en caso de silencio de las partes, y por ende son supletorias de la voluntad presunta. En general la elección del derecho aplicable no tiene limitaciones de orden público, y a lo más puede conculcarlo alguna disposición del ordenamiento jurídico elegido.

En vistas a un determinado contrato, las partes pueden elegir el derecho que va a regirlo, y que por consiguiente resolverá en caso de disenso sobre las cláusulas materiales del mismo. Pero además la elección del derecho puede ser impugnada: éste es, precisamente, el caso que planteamos en el enunciado del problema.

3. Datos a tener en cuenta: A fin de deslindar con claridad el ámbito del problema planteado, fijaremos ciertos puntos a definir previamente al análisis semántico.

3.1. Las partes están de acuerdo en que hubo intención de elegir un derecho, y sólo discuten si ese derecho se ha elegido válidamente. Por consiguiente nuestro análisis no se refiere al caso en que haya disenso sobre la voluntad de elegir. Consideramos que es importante tener esto presente, pues desde el punto de vista axiológico se exige que la solución sea respetuosa de esta voluntad de las partes: no es lo mismo aceptar de común acuerdo que hubo voluntad de elegir un derecho (aunque se discuta sobre la validez del acto mismo de elección) que negar la voluntad de acogerse al derecho de elección. En este segundo caso se cuestiona directamente la aplicación de un derecho voluntariamente elegido, y por tanto se afirma la voluntad de someter el contrato al derecho que resultara aplicable según las normas generales. Por lo tanto, la solución que propugna prescindir directamente de la voluntad de las partes en caso de disenso, y aplicar el derecho que hubiera resultado aplicable de no haber mediado elección, omite la mitad del problema, y desconoce uno de sus datos fundamentales: que las partes están de acuerdo en la voluntad de elección. De modo que prescindir de la voluntad electiva es hacer de la cuestión supuesto y prescribir que no hubo elección, lo cual es falso, porque al discutirse si el derecho X fue válidamente elegido, se implica que hubo elección. Los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

argumentos doctrinarios a favor de esta solución rechazada se reducen básicamente a considerar que en caso de impugnación, el derecho elegido se torna problemático y que, por tanto, debe descartarse, en beneficio del derecho que hubiera resultado aplicable, que toma así mayor seguridad, y su aplicación es probablemente más correcta. A esto debe observarse que la problematización de la aplicación válida de un derecho impugnado nos exige resolver el caso dentro de los límites en que se ha planteado, o sea, resolver sobre esta problematicidad.

No desconocemos que la otra solución es más práctica en los hechos, porque elimina de una sola vez dos escollos: primero, resolver si el derecho impugnado puede aplicarse, y segundo, resolver sobre los vicios del consentimiento aducidos (sea conforme al derecho impugnado o a otro que resultare aplicable), pero desde el punto de vista lógico - jurídico la solución es incorrecta.

3.2. La elección sólo puede ser impugnada por una de las partes, y más concretamente por la parte afectada por ella, pues la elección como tal no conculca el orden público y no puede ser declarada inválida de oficio. La solución será declarar que la elección fue válida o inválida, pero no inexistente.

3.3. Las causales impugnatorias obviamente han de ser vicios de fondo en el consentimiento, invocados al momento de la impugnación, pero que deben probarse (conforme al derecho declarado aplicable), y aun puede llegar a determinarse que no los hubo.

3.4. El acto de elección impugnado por vicios de consentimiento puede ser considerado, desde el punto de vista lógico - jurídico:

- a) como pacto (tácito) previo al contrato;
- b) como pacto (tácito) posterior al contrato;
- c) como un contrato independiente adicional;
- d) como parte integrante del acto jurídico total (contrato).

No tiene relevancia, por lo tanto, la forma en que la elección se haya instrumentalizado, pues cualquiera que sea, o aun en el caso de que no hubiera ninguna formalidad, la solución lógica será la misma. Toda cuestión sobre los hechos o las formalidades está fuera del problema, y debe resolverse conforme a los principios jurídicos correspondientes.

3.5. Sólo si la elección fue válida puede el derecho elegido jugar en la decisión de cuestiones planteadas con respecto a cláusulas materiales del contrato.

3.6. Una solución general y previa, aplicable a todos los casos de impugnación, estaría dada por una norma que estableciera qué derecho se aplica en casos tales. Existe una norma de ese tipo(1)(439)cuyo alcance y carácter lógico - jurídico analizaremos en el próximo párrafo.

3.7. Las soluciones jurisprudenciales, de las que también hay antecedentes interesantes(2)(440), son normas particulares, y según el fundamento en que se basen pueden resultar contradictorias. Cierta uniformidad de criterios determinaría un estado fáctico, desde el punto de vista de la dimensión sociológica, pero no alteran el planteamiento del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema.

II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

1. El derecho elegido, cuya elección se cuestiona, sólo puede regir un contrato en caso de que haya más de un ordenamiento con posibilidad de aplicación. Por consiguiente el derecho elegido no puede ser un derecho aplicable universalmente a todos los contratos, caso en el cual, como es obvio, desaparecería el problema mismo. Supuestos varios ordenamientos de aplicación posible, una norma que autorice a elegir entre ellos (el principio de la libertad de las partes), es una meta - norma desde el punto de vista semiótico. No pertenece al sistema jurídico (a ningún ordenamiento jurídico particular) sino al meta - sistema. Llamemos a esta norma que autoriza a elegir: "meta - norma de elección" (MNE).

La MNE dice: es válido elegir entre varios sistemas jurídicos de aplicación posible a un caso concreto.

2. Admitido que la MNE pertenece a un distinto nivel semántico que el ordenamiento jurídico que se declara o declarará aplicable, es necesario abrir semánticamente el lenguaje jurídico para no caer en paradojas semánticas. Por consiguiente es necesario distinguir los niveles de lenguaje en que se expresan las cláusulas del negocio jurídico total.

3. Conforme a 2, desde el punto de vista meta - jurídico no hay relación causal entre la elección del derecho y el contrato, sino que entre ellos existe una co - relación, o sea, que responden a leyes de composición. Esta correlación es la que existe entre un lenguaje - objeto (las cláusulas materiales del contrato) y su correspondiente meta - lenguaje (la cláusula sobre el derecho aplicable). Por consiguiente las cláusulas materiales del contrato se rigen primariamente por la MNE y secundariamente por el derecho que ella declare aplicable.

4. De 3 se deduce que la cláusula sobre el derecho aplicable y las cláusulas materiales del contrato pertenecen a distintos niveles del lenguaje jurídico.

5. La MNE prescribe (o debe prescribir) dos tipos de validez:

1. La validez primaria, que queda establecida en el enunciado dado en 1: "Elegir un derecho es válido". El simple hecho de elegir no puede pues, ser cuestionado.

2. La validez secundaria, que prescribe los requisitos que debe tener la elección para ser válida en cada caso: "Una elección es válida si no está afectada por algún vicio intrínseco". Nótese que la MNE no determina qué clase de vicios sean, pues ello corresponde al lenguaje jurídico (ordenamiento) y no al meta - lenguaje.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Conforme a lo que antecede, podemos establecer algunas conclusiones. En primer lugar, que la validez primaria se supone en nuestro problema, y que si se niega la voluntad de elegir no hay MNE. No habiéndola, tampoco hay una regla de meta - lenguaje que fije libertad de elección. En dicho caso se aplicará otra meta - regla: "si no hay elección, se aplica el derecho que conforme a las normas de colisión del orden jurídico consultado resultare aplicable". Dado que en materia contractual la elección debe ser de común acuerdo, el disenso de una parte sobre la voluntad de elegir destruye la elección, y por tanto se aplicará el (derecho que hubiera resultado aplicable. Nótese, por tanto, que mientras la impugnación de una elección por vicios de consentimiento torna problemático el derecho elegido, pero deja intacta la voluntad de elegir la impugnación de la voluntad de elegir no torna problemático ningún derecho, sino que suprime la MNE con las consecuencias correspondientes.

En segundo lugar, conforme a la meta - regla, una elección es inválida si efectivamente ha sido viciosa. Pero los vicios (y en su caso incluso el modo de prueba y alcance de los mismos en cuanto a su relación con las cláusulas materiales) deben ser fijados por un ordenamiento. Ahora bien, según los puntos 3 y 4 podemos resolver la cuestión planteada en 3.4. del párrafo anterior, y concluir que la cláusula que alude al derecho elegido para regir el contrato no es una cláusula del contrato sino una metacláusula, o una cláusula meta - contractual. Por lo tanto, ninguna de las cuatro posibilidades lógicas enunciadas debe entenderse en el mismo plano semántico. No es un pacto ni contrato adicional del mismo nivel semántico, sino una cláusula que jurídicamente integra el negocio total d), pero de diferente nivel. Digamos, pues, que las cláusulas materiales componen el nivel X, mientras que la cláusula de elección es de nivel x1. Pero x1 no se refiere directa, sino indirectamente a x; directamente indica el orden X para regir x.

Supuesto lo anterior, y dado el caso de impugnación de la cláusula de elección, se discute si X (derecho elegido) puede decidir sobre x1, Contestamos que:

- X no puede entrar en juego sin una meta - norma que lo declare aplicable.
- x1 es la meta - norma que lo declara aplicable, pero la elección se impugna. Es decir, no se cuestiona la validez del x1 en cuanto elección, sino en cuanto se refiere a X.
- Cualquier otro ordenamiento también deberá aplicarse en base a una meta - norma que lo declare así. Dicha meta - norma no figura en el contrato, y por lo tanto deberá buscarse en otro ordenamiento. Si se busca en otro, caemos en la dificultad planteada anteriormente, de que prescindiríamos de la voluntad de elegir, o sea de la MNE y de la validez primaria de la misma, cumplimentada en el hecho de haber elegido.
- Por consiguiente no hay más ordenamiento jurídico mentado en el contrato que X, ni hay modo de vincular el contrato con otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenamiento jurídico sin prescindir de la voluntad de elección.

- La aparente contradicción en que se incurriría al aplicar un derecho que todavía no se ha declarado aplicable debe solucionarse así: el ordenamiento X está mentado por x1 en dos niveles:

a) a nivel meta - jurídico para todo lo que no sean las cuestiones surgidas de las cláusulas materiales;

b) a nivel jurídico para la solución de los problemas materiales. Por lo tanto, declarar aplicable el derecho X para resolver el problema de su propia elección no es contradictorio, porque X no se aplica a sí mismo, sino que se aplica en virtud de x1, o sea, de una dimensión del meta - lenguaje, que fija las reglas para el lenguaje objeto.

6. Cuando se cuestiona la validez de una elección, hay dos soluciones posibles: o bien entrar en el problema de fondo respecto a los vicios invocados y probarlos, lo que dará por resultado un dictamen que establezca su existencia o inexistencia, y por consiguiente la solución de las cláusulas materiales no lo tendrá en cuenta (no al menos en virtud de la MNE, pues podría ser que un derecho elegido inválidamente por un vicio del consentimiento, y así probado y declarado inaplicable por tal causal, fuera aplicable en virtud de las normas indirectas del ordenamiento jurídico llamado a resolver el caso); la segunda posibilidad es declarar que en caso de duda se prescindirá del derecho elegido, sin entrar en la prueba de los vicios. En beneficio del derecho de elección que las partes han manifestado y supuesto que no haya una meta - norma especial, el juez debe optar por la primera alternativa. Pero nada impide que la misma cláusula meta - contractual contenga la segunda alternativa, en cuyo caso la prescindencia del ordenamiento X es pertinente, pero no por la justificación doctrinaria que hemos impugnado, sino porque su rechazo está determinado por la meta - norma. En otros términos: la meta - cláusula puede determinar que en caso de duda se prescindirá del ordenamiento elegido, o bien puede carecer de este precepto, en cuyo caso no se puede prescindir del ordenamiento elegido.

III. CONCLUSIÓN

1. El derecho elegido es competente para decidir la validez de su propia elección, en virtud de la meta - norma de elección.

2. Lo expresado en 1 no implica la necesidad lógica de que el ordenamiento que juzgue la validez de la elección sea el mismo que el que rige las cláusulas materiales del contrato.

3. En consecuencia, el principio general es: lo que determina la validez de la elección de un derecho primariamente no es el ordenamiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídico que regirá el contrato (o cualquier otro que se aplicare) sino la meta - norma que rige la elección del ordenamiento. En este sentido deben entenderse las normas positivas que establecen que el derecho elegido es competente para juzgar la validez intrínseca de su propia elección.

4. Es posible aplicar a un contrato una MNE complementaria cuyo alcance fuera fijado por normas generales y supletoriamente a la expresa voluntad de las partes: dicha MNE no indicaría el derecho aplicable sino el modo de encontrarlo. Así como la norma indirecta no indica la solución del caso sino la norma aplicable, y por lo tanto es meta - norma con respecto a aquella, una MNE complementaria no indica el ordenamiento que regirá sino la regla con la cual se decidirá el derecho aplicable, y por lo tanto, es con respecto a él una meta - norma. Estableciendo los diferentes niveles de lenguaje jurídico pueden solucionarse los casos concretos sin introducir contradicciones en el razonamiento jurídico.