

# La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales

**Laura Trigueros Gatsman**

SUMARIO Antecedentes / Características de la convención / Ámbito de aplicación de la convención / La determinación del derecho aplicable / El principio de autonomía de la voluntad / Límites a la autonomía de la voluntad / Determinación del derecho aplicable por el tribunal / Materias reguladas en forma específica / Excepciones a la aplicación del derecho / Excepciones a la aplicación de la convención / Interpretación de la convención / La cláusula federal / Conclusión.

## **Antecedentes**

Pocas materias han tenido una evolución tan acelerada en los últimos años como la relativa a la contratación internacional. No es necesario hacer ninguna referencia a la importancia del tema; basta constatar la proliferación de nuevos tipos de contratos internacionales y de nuevos medios técnicos de concertarlos, para comprender la rapidez con la que se han tenido que adoptar medidas que hasta hace pocos años eran muy controvertidas y la urgencia por encontrar soluciones a los problemas que actualmente se presentan. El tema de la contratación internacional se ha trabajado durante muchos años; primero por la doctrina y posteriormente por los organismos internacionales, que tienen como misión específica la formulación de convenciones que ayuden a solucionar los problemas que en este ámbito se presentan, problemas que en muchas ocasiones están relacionados con el derecho internacional privado. Se ha optado por la elaboración de instrumentos que, de una u otra forma, intentan unificar la regulación de la materia contractual. Estos documentos han sido aceptados por numerosos países y la mayoría de ellos están vigentes en la actualidad.

La respuesta de los diferentes organismos e institutos internacionales ha sido por demás eficiente. Desde 1929, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNI-DROIT), decidió emprender el esfuerzo de unificación en materia contractual. La propuesta fue presentada por Erast Rabel y se concretó a

una ley uniforme sobre contrato de compraventa internacional. Fue hasta 1964 cuando se aprobaron, en La Haya, dos convenciones: la ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, que regula básicamente las obligaciones del comprador y del vendedor, y la ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías. Ambas entraron en vigor en 1972, y aun cuando algunos países las han denunciado al ratificar la convención de Viena sobre la materia, continúan aplicándose y utilizándose como fuente de interpretación de convenciones posteriores.

Se han utilizado dos técnicas para enfrentar el problema de la contratación internacional:

- La concertación de convenciones internacionales de carácter general, que tienen por objeto resolver los problemas que se presentan, sobre todo por lo que toca a la determinación de la ley aplicable a los contratos, sin importar la materia sustantiva sobre la que éstos versen.

Tal es el propósito de las convenciones de la Comunidad Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, celebradas en Roma, en 1980 y de La Haya, que se concluyó en 1985; así como del proyecto que actualmente se trabaja en el **UNIDROIT**, para concretar los principios generales en materia de contratos mercantiles internacionales, que está prácticamente terminado.

- La conclusión de tratados para regular contratos sobre materias específicas, a través de normas materiales o de normas de vinculación. A esta clase pertenecen la convención de Viena sobre compra-venta internacional de mercaderías, celebrada en 1980, y la convención de La

Haya, celebrada en 1985, sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa, respectivamente.

En el área latinoamericana, el esfuerzo que actualmente se realiza, tiene su antecedente en los instrumentos de codificación y unificación del derecho internacional privado producidos en la región.

- El tratado de derecho civil internacional, concertado en 1888-89 en Montevideo, en la reunión del Congreso Sudamericano de derecho internacional privado, que fue firmado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, y que dedica sus artículos 32, 33 y 39 a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales.

- El código Bustamante, que se aprobó en la sexta conferencia panamericana de derecho internacional privado, convocada por el Congreso Panamericano, posteriormente llamado Unión Panamericana, y por el Instituto Americano de Derecho Internacional Privado. Esta reunión se llevó a cabo en La Habana en el año de 1928. El título cuarto del código contiene normas de vinculación en materia de obligaciones y contratos internacionales.

Estos instrumentos, formulados a fines del siglo pasado y a principios de éste, tenían características distintas de los actuales. El propósito de aquellos era elaborar una codificación general en materia de derecho internacional privado; los tratados modernos persiguen una finalidad menos ambiciosa: pretenden regular un problema concreto. Mientras en el tratado de Montevideo o en el código Bustamante la regulación de los contratos formaba parte de un capítulo, en los actuales son el objeto único del acuerdo.<sup>1</sup>

La convención sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, que se concluyó en México en marzo de 1994 en el seno de la V conferencia interamericana de derecho internacional privado (CIDIP-V) auspiciada por la Organización de Estados Americanos (OEA), tiene este último carácter, y por lo mismo guarda una relación más estrecha con los instrumentos europeos que con sus antecedentes americanos.

Todos estos acuerdos, con excepción del de la Organización de Naciones Unidas, han tenido como objetivo resolver los problemas que se presentan en un ámbito regional específico, entre sistemas jurídicos cuya coexistencia es imperativa, debido a la vecindad de los estados en los que rigen. Sin embargo, sus resultados han

ido más allá de lo previsto; los instrumentos han funcionado como elementos sucesivos de perfeccionamiento en el proceso de evolución de la materia.

Este proceso no ha seguido una trayectoria lineal. Ha transcurrido más de un siglo desde la aparición del primer antecedente citado. Sin embargo, entre la época de sus primeras manifestaciones y el último documento aprobado por la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) en marzo de 1994, existe una continuidad en el trabajo y en el método empleado. Puede observarse, sobre todo en las convenciones de carácter general, el desarrollo de las soluciones que en un principio sólo se enunciaron tímidamente: se han superado obstáculos y mejorado las propuestas de regulación acordadas en convenios anteriores, se han aclarado los términos imprecisos, se ha perfeccionado en general el manejo de los contratos internacionales y su interpretación.

Algunos autores han criticado el trabajo realizado a través de la OEA en las conferencias interamericanas, porque consideran que son una mera repetición, una copia de los tratados que se celebran en otros ámbitos, sobre todo en el de las conferencias de La Haya.<sup>2</sup> Sin embargo, si se observa desde la perspectiva apuntada, la labor desarrollada en las conferencias interamericanas resulta jugar un papel de especial relevancia. Esta convención es una muestra del avance que se ha logrado en la materia, en comparación con sus antecedentes europeos.

### **Características de la convención**

Los estados americanos son, en su mayoría, parte de la convención de Viena. Esta, a pesar del carácter material de muchas de sus disposiciones y de abarcar la regulación de un número considerable de problemas, no agotó la materia contractual. El mismo año de su aprobación, se concluyó en Roma la convención sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales. Las conferencias diplomáticas en que se discutieron ambos instrumentos fueron, en alguna época, casi simultáneas.

En 1984, al comenzarse a preparar la CIDIP-IV, los países miembros de la OEA decidieron elaborar una convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales en virtud de que el foro de La Haya y el de Roma no tenían un

1. Véase VALLADÁO, Haroldo Teixeira, *Derecho internacional privado*, trad. Leonel PÉREZNIETO CASTRO, ciudad de México: Trillas, 1974, *in totum*.

2. SAMTLEBEN, Jllrgen, citado por Friedrich JuENGER en *Conflicis oflaw and multistate justice*, Dordrecht: Nijthoff Publishers: 1994, *in totum*.

impacto trascendente en la región. El proyecto fue preparado por un grupo de expertos mexicanos y, después de discutirse en los grupos de consulta previstos por la propia organización, se presentó a la conferencia de Montevideo en 1989. El proyecto no se aprobó.<sup>3</sup> Finalmente, se resolvió elaborar un documento que contuviera las bases para seguir trabajando el tema en la siguiente reunión, cuatro años después.<sup>4</sup>

El nuevo proyecto estuvo a cargo de la delegación de México. Fue discutido por el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 1991 y posteriormente en la reunión de expertos celebrada en Tucson (Arizona) en noviembre de 1993. Con el fin de asegurar su éxito, se prepararon estudios de especialistas en la materia, se enviaron cuestionarios a los distintos países miembros para recabar sus opiniones, sobre todo en lo relativo a la relación con su derecho interno, y se realizó un estudio por la propia secretaría de la OEA. Finalmente, tras intensos debates, la convención fue aprobada el 14 de marzo de 1994.<sup>5</sup>

Su texto sigue muy de cerca al de las convenciones de Roma y de La Haya. Esta relación era de esperarse, dado que los criterios contenidos en esos documentos derivan de una práctica internacional aceptada. Sin embargo, en algunos casos, no se habían logrado soluciones adecuadas, o al menos no lo suficientemente precisas como para dar el problema por resuelto y retomar las disposiciones de las convenciones europeas sin mayor discusión, por lo que fue necesario abrirlas nuevamente a debate.

Se obtuvieron avances significativos en relación con puntos esenciales, tales como:

- la precisión en los criterios para definir el ámbito material de aplicación de la convención;
- la posibilidad de ampliar este ámbito a los contratos celebrados por estados y entidades públicas;

- la determinación del derecho aplicable al contrato, a falta de elección de las partes, y
- la precisión en los criterios de interpretación.

Las características que dan a la convención interamericana un carácter novedoso y de vanguardia están relacionadas con estas materias. En otras, se mantiene lo ya establecido por convenciones anteriores: la importancia de la voluntad de los contratantes en la elección del derecho aplicable al contrato; la presencia de normas imperativas para limitar esa libertad; la posibilidad de que los tribunales, en uso de facultades discrecionales, cumplan sus funciones sin las limitaciones contempladas en otros instrumentos internacionales; la introducción de criterios de interpretación, tanto por lo que se refiere a los contratos como por lo que toca a la propia convención, con base en su carácter internacional y a los principios generales del derecho.

### Ámbito de aplicación de la convención

El criterio de la convención a este respecto es el de ampliar lo más posible su ámbito material de aplicación y evitar, o al menos simplificar, cualquier problema de calificaciones que pudiera presentarse al respecto. Por esta razón, el único criterio que se empleó para determinar ese ámbito fue el carácter internacional del contrato.

Se resta importancia a la naturaleza civil o mercantil del mismo, en consideración a qué los problemas generales que se presentan afectan de igual manera a ambos tipos de contratos. Sin embargo, es evidente que los contratos mercantiles constituyen la preocupación primordial; este interés resulta evidente en las referencias a otros instrumentos internacionales y en el tipo de restricciones que se imponen a la aplicación del derecho previsto e incluso a la propia convención.<sup>6</sup>

Es importante haber mantenido este criterio ya que la calificación de la mercantilidad, de un acto o de un contrato, presenta divergencias muy notables entre los diferentes sistemas jurídicos de la zona, especialmente si se considera la presencia de sistemas de **common law**. Por otra parte los métodos utilizados para efectuar esta calificación tampoco son uniformes: se le sujeta, indistintamente, a la ley del foro, a la ley del lugar de celebración del contrato o a la del lugar donde se producen

3. Sobre los problemas que se presentaron durante la conferencia de Montevideo para la redacción de la convención sobre tratados, PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "El tema de la contratación internacional en la IV Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado" en *Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UAM, México, 1992, pp. 145 y ss.

4. Las bases aprobadas y el texto del proyecto que la delegación de México propuso a la CIDIP-IV y que fueron aceptadas para desarrollar el tema en la siguiente reunión, pueden consultarse en VÁZQUEZ PANDO, Fernando, *Nuevo derecho internacional privado mexicano*, Themis, México, 1990, pp. 676 a 680.

5. Pueden consultarse al respecto los documentos preparados por OEA: OEA/ser.K.5- CIDIP- V/doc.5/93; OEA/Ser.K./XXI.5 - CIDIP- V/doc.9/93 - 29 oct. 1993.

6. Véase especialmente el artículo 5 de la convención.

sus efectos; con frecuencia se presentan complicaciones por las características especiales del caso y se hace necesario corregir la calificación, lo que provoca dificultades adicionales e innecesarias.<sup>7</sup>

Por lo que respecta al carácter internacional del contrato se utilizan dos criterios para determinarlo:

- a) la residencia habitual o el establecimiento de los sujetos en diferentes estados parte, o
- b) los contactos objetivos del contrato con más de un estado parte.

Por lo que toca al primer elemento, fue necesario incluir los dos conceptos: residencia habitual y establecimiento, porque la convención se aplica tanto a operaciones civiles como mercantiles; por lo tanto, debe hacerse una diferencia entre las personas físicas y las personas morales a ese respecto. No se utiliza el concepto de domicilio sino el de residencia habitual con objeto de evitar, en lo posible, un problema de calificaciones. Aun cuando esto no se logre en algunos casos, existen mayores probabilidades de superarlo, porque la tendencia del derecho internacional actual a emplear este último concepto ha provocado una cierta uniformidad en los textos de los tratados y porque, si bien los sistemas jurídicos siguen conservando diferencias respecto de su contenido, éstas pueden ser menos relevantes cuando el concepto está integrado por elementos objetivos, referencias descriptivas, de hecho, como es el caso de la residencia habitual.

Por lo que toca al término establecimiento, se trata también de un concepto que ha sido empleado en el ámbito internacional con frecuencia, de modo que no presenta actualmente mayores dificultades de interpretación. En todo caso, el informe general, de la conferencia diplomática en la que se aprobó la convención, contiene datos suficientes sobre esa discusión, de los que se deriva que los adjetivos "comercial" o "principal" no fueron considerados necesarios, para la localización del mismo con vista al contexto de la convención. La única precisión que se hizo, y se pidió su inclusión expresa en el informe, fue la relativa a la posibilidad de que hubiera varios establecimientos, y en ese caso se precisó que debía considerarse como tal, aquel que tuviera mayores vínculos con el contrato. Es decir, no será necesariamente el

establecimiento principal, sino aquél en que se haya efectuado la actividad relacionada con la operación en cuestión o aquel con el que el contrato, el cumplimiento de las obligaciones, etc., esté más relacionado.<sup>8</sup>

El hecho de que el artículo 10. de la convención no contemple la posibilidad de que sólo una de las partes tenga su residencia o su establecimiento en algún estado parte, no resulta un impedimento para la aplicación de la convención, dado que ese solo dato podría ser considerado como elemento objetivo determinante para su aplicación.<sup>9</sup>

El segundo criterio de definición, de la internacionalidad del contrato, implica también una apertura notable en relación con otros textos internacionales. Al referirse a los contactos objetivos de éste con más de un estado parte, permite al tribunal o al órgano de aplicación actuar con una mayor amplitud en la determinación de esta característica y, al mismo tiempo, le impone un marco de referencia preciso.

En este caso puede pensarse en la posibilidad de que el elemento que determine la internacionalidad del contrato sea la elección, por las partes, de un derecho extranjero para regularlo, cuando naturalmente no hubiera sido posible aplicarlo; es decir, en caso de que el contrato no tenga ningún otro elemento que permita considerarlo internacional.

Lo anterior es factible puesto que no se descarta específicamente el supuesto. En la convención de La Haya de 1985, en la que la internacionalidad del contrato depende de que el contrato implique una situación de elección o un conflicto de leyes... y \* con ello se abre un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes que pueden incluso convertir, un contrato interno en internacional, cuando así convenga a sus intereses.

Una característica que hace de la convención un documento original es la inclusión en su ámbito de aplicación, salvo reserva expresa, de los contratos en los que intervenga como sujeto un estado o alguna entidad u organismo estatal.

7. Por esta razón, en los Principios sobre contratación mercantil internacional de *UNIDROIT* se hizo una referencia amplísima a la calificación del carácter mercantil del contrato.

8. En este punto se produjo una discusión en torno a la definición del establecimiento. Se optó por evitar los calificativos de permanente o principal, para reforzar la referencia a aquel que tenga mayor vinculación con el contrato o su negociación.

9. El problema se presenta en convenciones que restringen su ámbito de aplicación al criterio territorial. Véase: Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compra venta internacional de mercaderías, Viena, 1980.

Expresamente se excluyó el requisito de que dichos contratos fueran de naturaleza privada. La intención de los delegados, por mandato de sus gobiernos, fue precisamente hacer extensivos los beneficios y las ventajas que la convención aporta, a los contratos celebrados por los estados o sus dependencias, sin importar la naturaleza de los mismos, para evitar los problemas que acarrea la falta de definición del derecho aplicable en estas áreas.<sup>10</sup>

### **La determinación del derecho aplicable**

De los problemas que presentan en la actualidad los contratos internacionales destaca por su importancia el relativo a la determinación del derecho aplicable. Implica la regulación de dos puntos esenciales: la posibilidad de admitir la autonomía de la voluntad de las partes y sus posibles limitaciones; y la designación, por parte del legislador o del juez, de un derecho que regule las relaciones contractuales, en los casos en que las partes no la hayan efectuado o cuando no se considere válida su elección. En este último punto es en donde la convención presenta una diferencia notable respecto de otros instrumentos internacionales.

### ***El principio de autonomía de la voluntad***

La convención otorga a las partes una libertad plena para elegir el derecho aplicable al contrato. El sistema jurídico elegido, es decir, el derecho de la autonomía,<sup>11</sup> funciona como el eje principal de la convención. Excepción hecha de las normas imperativas, que se considera imprescindible admitir, no se establece ninguna limitación a su ejercicio. Cualquier ordenamiento jurídico puede regular el contrato. Se admite, incluso, la aplicación del derecho de estados que no sean parte de la convención.<sup>12</sup>

Por lo que toca a la plena autonomía de las partes, a partir de la celebración de la convención de Roma, se abandonó la tesis que sostenía que el derecho aplicable al contrato debía tener siempre una vinculación objetiva con la operación. Esta tesis fue aceptada por mucho tiempo como la más adecuada para asegurar un desenvolvimiento adecuado de la relación contractual, de manera que la libertad de elección de un determinado sistema jurídico por las partes se veía restringida, pero se conservaban espacios razonables para su ejercicio. En la actualidad, los criterios han cambiado; se considera que, en general, las partes se encuentran capacitadas para efectuar esa elección y por tanto se les permite tomar una decisión totalmente libre.<sup>13</sup>

La libertad de elección actual incluye la posibilidad de modificar el derecho aplicable al contrato, en cualquier momento de su operación o de su ejecución, siempre que haya acuerdo entre las partes y que se salvaguarden los derechos de terceros.

El sistema jurídico elegido tiene como función proporcionar la cobertura jurídica de la operación en todos sus aspectos: suplir deficiencias, llenar lagunas, aclarar conceptos y, en general, complementar los acuerdos y determinar su sentido, respetando la voluntad de los sujetos, pero aportando los elementos formales o de fondo, contenidos en el sistema jurídico por ellos elegido, para lograr un perfecto desarrollo de la relación jurídica y evitar problemas en su ejecución.

La autonomía resulta muy completa también, en el sentido de que puede elegirse un sistema jurídico único para regir el contrato, o bien hacer aplicables diferentes sistemas a los diversos aspectos del mismo, o a los distintos actos jurídicos en él contemplados. Es decir, se admite el fraccionamiento del contrato y, por lo tanto, la remisión simultánea a varios ordenamientos jurídicos para su regulación.

En una época, la admisión del llamado *dépégage* en la celebración de los contratos internacionales fue considerado como un exceso a la libertad conferida. Este criterio ha sido muy discutido por la doctrina, pero finalmente ha prevalecido el punto de vista que apoya su aceptación. No puede negarse que la solución tiene sus inconvenientes. Los argumentos más poderosos en su contra son los referentes a las dificultades que se

10. La discusión que motivó la inclusión de la reserva en este artículo se debió principalmente a los problemas que pueden presentarse en algunos estados por los requisitos de control administrativo que se establecen para los contratos celebrados por el estado. La delegación de los Estados Unidos hizo especial hincapié en ello.

11. Sobre el derecho de la autonomía de la voluntad, véase BATIFFOL, Henri, "Contrats et conventions", *Encyclopédie Dalloz*, T.Í., París, 1968, núm. 5 a 11.

12. Las convenciones de Roma y la de La Haya lo admiten también, art. 2 y 6 respectivamente.

13. El *Second Resatement on the Conflicts of Laws* establece la necesidad de que exista una conexión objetiva entre el derecho elegido por las partes y el contrato. Sec. 187 (2)

presentan en la aplicación conjunta de sistemas jurídicos diversos, y la necesidad de armonizar las normas de cada uno de ellos para lograr una solución adecuada, que permita que los efectos del contrato se produzcan tal como las partes los previeron, sin alteraciones.<sup>14</sup>

Sin embargo, existen razones objetivas para fundamentar esta decisión: debe tenerse en cuenta la multitud de casos en que la importancia económica de las empresas requiere que la operación se desvincule de cualquier sistema jurídico que pudiera afectar la imparcialidad en la interpretación o en la resolución de los conflictos derivados de su aplicación; o la complejidad de la operación concertada, que hace difícil utilizar métodos de integración de ordenamientos jurídicos diversos y, en cambio, dar autonomía a la regulación de cada aspecto del contrato permite encontrar soluciones más adecuadas, que se adaptan mejor a las necesidades y objetivos de las partes, y que prevén soluciones más acordes a los problemas particulares que en el contrato se presentan.<sup>15</sup>

El principio de la autonomía de la voluntad también es aplicable a los sujetos de derecho internacional.

Un estado, que es parte en un contrato, puede sujetar su relación jurídica a cualquier derecho interno. También lo podrían hacer en el caso de que ambas partes fueran estados o entidades estatales. Aun cuando por lo general estos acuerdos se someten al derecho internacional público, esto no obsta para admitir otras opciones. Lo mismo puede decirse de los organismos internacionales: en sus relaciones con personas privadas, también gozan de autonomía para decidir si someten la relación contractual al derecho del estado de la sede del organismo, al del lugar donde se cumplirán las obligaciones, al de un tercer país, etcétera.<sup>16</sup>

En materia contractual, el principio de autonomía de la voluntad de las partes se refiere, tradicionalmente, tanto a la elección del derecho aplicable como a la selección del foro ante el cual pueden presentarse los problemas de interpretación o de incumplimiento del contrato.

En las distintas etapas en las que se discutió el texto de la convención aprobada en la ciudad de México, se hizo

hincapié en que la temática sobre prórroga de jurisdicción, así como sobre las posibilidades y limitaciones para la elección del tribunal competente, no sería objeto de ésta. Se quiso evitar, entre otros, el problema que deriva de la concepción anglosajona de que la elección de foro implica la elección del derecho aplicable. Sin embargo, la norma que se redactó con el propósito de desvincular ambas cuestiones puede interpretarse en el sentido de permitir al juez del foro, elegido por las partes, la aplicación de su propio derecho.

Aun cuando no parece muy claro que ésta haya sido la intención de los redactores, se deja abierta la posibilidad de abordar más adelante el problema de jurisdicción y competencia y de regular específicamente los casos en que la elección del juez conlleve la del derecho. Por lo pronto, la disposición revela una apertura de criterios y una voluntad de lograr un sistema de regulación de la materia contractual que satisfaga a todas las partes y permita su mejor aplicación.

### ***Límites a la autonomía de la voluntad***

Puede afirmarse que existen diferentes clases de limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato. En primer término, deben considerarse las restricciones impuestas por el sistema jurídico interno que puede excluir algunas materias de este campo, por considerar que no pueden estar sujetas a una elección por las partes, o por tratarse de materias reguladas de manera imperativa por el propio sistema.<sup>17</sup> La importancia que se otorga a las normas imperativas relacionadas con el contrato es excepcional. Se reconoce la necesidad de mantener como aplicables, en primer lugar, a las internas, las contenidas en el derecho del foro. No se trata de otorgar un respeto excesivo al sistema jurídico del tribunal; responde más bien a la necesidad de reconocer la importancia que las partes o el legislador otorgaron a la autoridad del lugar en donde se ventilan las controversias y, por tanto, a su ordenamiento jurídico. Este, aun cuando no resulte aplicable al fondo del contrato, regula la actuación de los órganos de aplicación. Fincada la jurisdicción ante un órgano determinado, debe atenderse a las disposiciones que en su propio sistema se consideran irrenunciables, que son de aplicación obligatoria.<sup>18</sup>

14. Cfr. LAGARDE, Paul, "Le dépeçage dans le droit international privé des contrats", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, 1975, pp. 649 y ss.

15. Cfr. BATIFFOL, Henri, et LAGARDE, Paul, *Droit international privé*, T. II, 7a. ed., L.G.D.J., París, 1983, pp. 574 y 594.

16. *Idem*, pp. 284 y 298.

17. En algunos casos este problema puede evitarse sometiéndolo a un tribunal arbitral que puede decidir *ex aequo et bono*, esta solución se recomienda en los Principios sobre la contratación internacional de UNIDROIT.

18. Existen disposiciones similares en las convenciones de Roma art. 7 (2) y de La Haya art. 17.

No hay mucho que decir respecto de las normas imperativas contenidas en el derecho elegido por las partes como aplicable al fondo del contrato, o del que, para estos efectos, derive de la decisión del juez, del árbitro o de cualquier órgano de aplicación. Cualquiera que sea el origen de su relación con el contrato, y aunque no se especifique expresamente en el texto de la convención, la interpretación de la misma conforme al principio de mayoría de razón lleva a la conclusión de que no puede desconocerse la necesidad de respetarlas íntegramente.<sup>19</sup>

La convención permite al tribunal aplicar también, en forma discrecional, las normas imperativas contenidas en los sistemas jurídicos que tengan vínculos estrechos con el contrato; confía a su apreciación la relevancia que deba otorgarse a ellas en cada caso.

Esta discrecionalidad evita la enumeración de todos los casos en que la limitante se presenta: permite prescindir de algunos conceptos específicos, como la referencia al derecho putativo, el derecho naturalmente aplicable al contrato, porque sus normas se encuentran, necesariamente, entre las de aquellos ordenamientos que tienen una relación estrecha con contrato.

Lo mismo sucede con el concepto de fraude a la ley; se obtienen los mismos efectos, evitar posibles evasiones a normas de sistemas jurídicos relacionados con el contrato, mantener la vigencia de las normas eludidas, con la ventaja de no tener que demostrar la existencia de todos los elementos que lo configuran, prueba que en algunos casos, como el que se refiere a la intencionalidad de la conducta, puede resultar problemático. Por esa razón no se consideró necesario incluir la figura entre las excepciones a la aplicación del derecho. Un problema adicional se presenta para determinar cuáles normas deben considerarse como imperativas y, por lo tanto, de aplicación necesaria al contrato. Para calificarlas se invocan varios fundamentos: se hace referencia sobre todo a aquellas que afectan intereses de defensa nacional, de la política económica del estado, las normas del derecho monetario; en ocasiones se incluyen normas del derecho administrativo, como las relativas a patentes y marcas, a contratos de consumo; en muchos ordenamientos se incluyen las relativas a los bienes inmuebles.<sup>20</sup>

También a este respecto se ha dotado al tribunal de autonomía suficiente para decidir la aplicación o la exclusión de las normas aludidas.

### ***Determinación del derecho aplicable por el tribunal***

En este punto la convención firmada, en la reunión de la CIDIP-V en la ciudad de México, obtuvo resultados que aventajan enormemente lo que se había logrado en textos anteriores, incluso en los preparatorios de la propia conferencia.

Establece un principio objetivo de solución: cuando las partes no hayan elegido el derecho aplicable al contrato o cuando su elección sea ineficaz, el tribunal debe aplicar el sistema jurídico que tenga los vínculos más estrechos con la relación contractual.<sup>21</sup>

Este criterio ha sido el usual en las convenciones europeas y se tomó como base también en la de México, pero se establecieron diferencias radicales en cuanto a su interpretación.

En aquéllas se utilizan puntos subsidiarios de conexión, que dan contenido al criterio general; se determina cuál derecho debe considerarse como vinculado más estrechamente al contrato: el de la ubicación del inmueble, el de la residencia habitual del vendedor, etc.; se recurre insistentemente, en forma general o particularizada, a la idea de la prestación característica del contrato, como punto de vinculación principal.<sup>22</sup>

En la de México, en cambio, se consagra la discrecionalidad del tribunal para suplir la voluntad de las partes. La facultad que corresponde al juez o al órgano de aplicación implica la posibilidad de apreciar los elementos del contrato y la relación entre las partes libremente, sin tener que sujetarse a criterios preestablecidos ni á puntos de vinculación determinados para resolver sobre la aplicación de un ordenamiento jurídico adecuado.

Se abandonó la práctica de prever puntos de vinculación supletorios, a los que el tribunal se encontraba sujeto; no se remite a ellos, ni siquiera como principios indicativos para ilustrar al juzgador sobre las conexiones que pueden considerarse más comunes, para determinar el derecho aplicable en los casos de los llamados "contratos sin ley".

19. En la convención de Roma se prevé la aplicación de las normas imperativas del derecho que hubieran sido aplicables al contrato de no haber mediado la elección de otro por las partes. Art. 3.

20. Véase GUARDANS CAMBÓ, Ignacio, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

21. Una crítica de este concepto puede encontrarse en K. JUENGER, Friedrich, "El derecho aplicable a los contratos internacionales" *Jurídica*, núm. 23, México, 1994, p. 50, autor que equipara esta noción con la inglesa sobre el *proper law approach*.

22. Art. 8 convención de La Haya y art. 4 de la convención de Roma.



La falta de puntos de conexión subsidiarios o supletorios elimina las presunciones respecto de la posible voluntad de las partes; permite al órgano de aplicación apreciar y valorar la relación jurídica creada de manera más libre, pretende obtener un mejor equilibrio entre los sujetos y entre las prestaciones objeto del contrato; el objeto es elegir el derecho que mejor convenga a la relación. Para determinarlo, el tribunal debe tomar en consideración, en primer lugar, los elementos objetivos y subjetivos que se deriven del contrato; en segundo, los principios del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. En todos los casos, el tribunal podrá determinar si el contrato debe desmembrarse y, por tanto, si es necesario aplicar á cada una de sus partes un ordenamiento jurídico distinto.

Por lo que toca al primer punto, el logro más importante en esta materia lo constituya el haber desechado el principio de la prestación más característica, como punto de vinculación preferente para substituir a la voluntad de los contratantes.<sup>23</sup> Los redactores decidieron apartarse de las tendencias predominantes en la doctrina europea, que considera como relación más estrecha la del sistema jurídico de la residencia o establecimiento de la parte a cuyo cargo está el cumplimiento de la prestación más característica del contrato. En las convenciones de Roma, en la de La Haya, en la de Viena e incluso en el proyecto que sirvió de base para la elaboración del texto de la de México, se aceptó este criterio; en la conferencia diplomática se rectificó y se marcó un nuevo rumbo, por lo que toca al punto medular del problema. Esta determinación se tomó después de una prolongada discusión en la que se valoraron argumentos distintos respecto de la conveniencia de excluirlo.

23. Esta expresión fue utilizada por primera vez por el profesor SCHNITZER. Para una crítica al respecto véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando, "Un aspecto de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales" *Memoria del XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, en prensa, Cholula, 1995.

24. Este criterio se utilizó en las convenciones de Roma art. 4, La Haya art. 8.

Se considera como la prestación más característica aquella que define la naturaleza o la sustantividad del contrato. Los criterios para definirla son muy variados. En algunos casos se la identifica como aquella obligación que no consiste en el pago de dinero, porque se presume que existe una mayor dificultad en su cumplimiento. En otros, una buena parte de los contratos del comercio internacional, resulta difícil concretarla, por ejemplo cuando existen múltiples obligaciones para cada una de las partes, como en la asociación en participación. Lo mismo sucede cuando se trata de obligaciones bilaterales de dar o de hacer, como en el caso de la permuta o del mutuo.

En ocasiones, establece un principio de desigualdad entre las partes y favorece sistemáticamente la aplicación del derecho de la parte más fuerte en la relación, como sucede en los contratos internacionales de prestaciones de bienes o de servicios, en los que la parte obligada a prestarlos es generalmente la que tiene más experiencia en este tipo de operaciones.

La identificación y la denominación de un contrato por la transmisión de la propiedad de un bien, por el otorgamiento del derecho de uso, etc., tiene como propósito la aplicación de ciertas reglas comunes al tipo de contrato de que se trata, pero no parece ser la solución más adecuada a la localización de la norma objetiva para regular el contrato: resulta difícil de determinar y acarrea problemas adicionales que no hacen más que complicar la situación.

Cuando en el artículo 9o. de la convención se indica al tribunal que debe recurrir al análisis de los elementos objetivos y subjetivos que se deriven del contrato para determinar cuál sistema jurídico tiene mayor vinculación con el mismo, se le faculta para actuar con más libertad, pero dentro de un marco que lo sujeta a la realidad de la relación contractual.

Este criterio se complementa con la remisión a los principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales. Se ha afirmado que se trata de dos criterios de apreciación dispares, difíciles de aplicar conjuntamente; sin embargo, aunque debe admitirse que en la selección de los elementos que indica el primero de ellos puede presentarse alguna interferencia del derecho interno respecto de su enfoque o de los conceptos utilizados, es indudable que la codificación de los principios de la contratación internacional realizada por **UNJDROIT** ha concretado esos

principios reduciéndolos a normas específicas, lo que facilita su identificación y por ende las posibilidades de aplicación directa de los mismos.<sup>25</sup>

El hecho de que exista una referencia expresa a los principios generales en el texto de la convención y que su consulta sea obligatoria para el tribunal constituye, de por sí, un gran adelanto en la materia, independientemente de que fomentará la aplicación de un derecho uniforme, más acorde con las características internacionales del contrato y con las intenciones de la convención. En cambio, en el artículo 10o. se establece la aplicación de un enfoque distinto a los anteriormente mencionados. Se otorgan facultades al órgano de aplicación del derecho para atender a las exigencias de justicia y equidad en la solución del caso concreto. Para tal efecto, puede hacer uso de las costumbres y las prácticas comerciales internacionales y de los principios del derecho mercantil internacional.

Desde luego, puede inferirse que con esta disposición se trata de redondear el contexto en el que el tribunal debe actuar para tomar su decisión, pero adicionalmente se introduce la idea de que la seguridad jurídica no es la única finalidad que se pretende lograr con la convención, sino que debe atenderse igualmente a que los derechos de las partes y sus intereses resulten adecuadamente protegidos.

Más que una regla de interpretación de la convención, se trata de atraer la atención del tribunal sobre los aspectos de fondo del problema y de obligarlo a hacer un análisis completo de la situación, lo cual, por la índole de los criterios y los enfoques sugeridos, puede presentar dificultades serias para el cumplimiento de su cometido.

### ***Materias reguladas en forma específica***

En el ámbito internacional, al igual que en el interno, algunos aspectos de las relaciones jurídicas presentan problemas especiales de regulación, bien sea porque constituyan el elemento básico sobre el que gira la efectividad del acto, bien sea porque se trate de un elemento clave para obtener la finalidad buscada y que, por tanto, requiera de protección. A estas consideraciones hay que agregar otras que, en el derecho internacional

25. Los principios sobre los contratos mercantiles internacionales fueron aprobados en el seno de *UNJDROIT* en mayo de 1994. Véase TRIGUEROS, Laura, "Los contratos internacionales y los principios de *UNJDROIT*", *Memoria del XVIII Seminario de Derecho Internacional privado*, en prensa, Cholula, 1995.

privado, hacen indispensable el acudir a normas especiales para asegurar el desarrollo adecuado de la relación jurídica en cuestión.

En la técnica conflictual, existen principios uniformemente aceptados respecto de la identificación del derecho aplicable para regular ciertos problemas. Así la capacidad de las personas se rige por el derecho de su residencia habitual o de su nacionalidad; la validez formal de un acto, por el derecho del lugar de su celebración; los efectos, por el sistema jurídico del lugar en donde se llevan a cabo, etc. Es también común que, respecto de los elementos que pueden afectar la validez del acto, se propongan puntos de vinculación subsidiarios con objeto de mantener, dentro de lo posible, las condiciones de viabilidad de la relación jurídica concertada.

Cuando casos de esta naturaleza se presentan, no es posible aplicar los criterios generales para determinar el derecho aplicable al contrato; es necesario establecer una regulación especial para las materias que tienen estas características. En las convenciones de Roma y de La Haya se ha optado también por una solución similar. En el contexto descrito, resulta lógico el acudir a las reglas de conflicto comúnmente usadas, para resolver estos problemas.

En todo caso se prevé como regla general, la aplicación del derecho que corresponda, de conformidad con los términos de la convención; pero cuando se trata de la existencia o la validez del contrato, o de la protección de los derechos de terceros, se incluyen reglas especiales para asegurar el éxito de la operación y la obtención de las finalidades buscadas.

Respecto de la existencia y validez material del contrato o de sus disposiciones, se aplica la regla general; pero si el punto que se discute es la nulidad del consentimiento de una de las partes: "...para establecer que una de las partes no ha consentido debidamente..." se debe tomar en consideración el derecho de la residencia habitual o el del establecimiento de dicha parte, de acuerdo con lo que dispone el artículo 12.

Por lo que se refiere a la validez formal, en el artículo 13 se establecen, como puntos de contacto subsidiarios, el derecho del lugar de la celebración o el del lugar de la ejecución. Es suficiente que se cumplan los requisitos contenidos en cualquiera de esos ordenamientos para considerar válido el contrato.

En este punto se ha agregado una variable más: se contempla la posibilidad de que las partes "se encuentren" en el mismo estado o de que estén en estados distintos al momento de la celebración del contrato. En este segundo supuesto, deberá acudir-se a cualquiera de los derechos de los estados en que se haya celebrado el acto o al del lugar de ejecución. El texto de esta disposición es confuso; se tomó como modelo la convención de Roma que desarrolla varias hipótesis dentro de su artículo 9o., situación obligada por las referencias que en ella se manejan respecto de diferentes tipos de contratos; pero en la convención de México se perdió la claridad de aquí.<sup>26</sup>

Quizá una de las materias más delicadas, desde el punto de vista de su regulación internacional, sea la relativa al registro y la publicidad de algunos contratos. Estas formalidades especiales se establecen con objeto de cumplir con una función de protección de los intereses de terceros. Generalmente se las encuentra en áreas que un sistema jurídico ha regulado con cierta liberalidad; en las que no se imponen limitaciones legales a la voluntad de las partes. Los problemas que se derivan del incumplimiento de estos requisitos son difíciles de resolver, dadas las implicaciones que conllevan respecto de los derechos de terceros.<sup>27</sup>

Atendiendo a estas dificultades, el artículo 16 dispone que todo lo relativo a estas materias debe regularse por el derecho del lugar donde los contratos deban registrarse o publicarse.

Respecto del contrato de mandato, y especialmente respecto de la cuestión relativa a la relación causal entre los contratantes, personas físicas o morales, no se estableció una regla especial de solución, por lo que debe estimarse que se aplica el derecho designado por la convención; pero se íbice una referencia específica a la obligación del tribunal de tomar en consideración las normas, costumbres y principios del derecho comercial internacional. Esta referencia subraya la importancia que debe concederse a la *lex mercatoria* en la materia, que debe prevalecer sobre otras indicaciones.

26. La falta de claridad del texto puede deberse a un error de mecanografía, pues textualmente dice: art. 13 (2): Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o **con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra con el derecho del lugar de su ejecución.**

27. Este problema se ha planteado recientemente ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por una controversia de contradicción de tesis sobre la aplicación del protocolo sobre régimen legal de los poderes y la subsistencia de la legislación local en materia de protocolización y registro del poder.

Debe hacerse notar que, por lo que toca al mandato, existen convenciones específicas que regulan algunos de sus aspectos en el campo internacional, por lo que el contrato se sustrae de la aplicación de las

normas de la convención, en lo que a estos aspectos se refiere.<sup>28</sup>

### **Excepciones a la aplicación del derecho**

Las excepciones a la aplicación del derecho que rige al contrato se presentan en los casos en que las normas específicas, que regulan una conducta de las partes o un efecto del contrato, son contrarias al orden público del sistema jurídico del lugar en que deberían aplicarse.

El caso de las normas imperativas y las de aplicación inmediata, constituye un supuesto distinto e independiente. No puede considerárseles como un caso de excepción a la aplicación del derecho elegido o determinado para regular el contrato. Cuanto más, limitan la autonomía de las partes, porque implican la consideración de normas que éstas no habían tomado en cuenta.<sup>29</sup>

La referencia al orden público tiene por objeto resolver los problemas de incompatibilidad entre las normas del sistema jurídico que resultó aplicable, y las que constituyen los elementos fundamentales o los principios básicos del foro. La imposibilidad de mantener la aplicación de las primeras, se debe a que la estructura del sistema receptor no resiste la introducción de elementos contrarios a sus principios fundamentales. En la convención se ha utilizado la fórmula clásica para referirse a ella, la cláusula general que permite desechar la norma extraña y sustituirla por la propia.

Por lo que toca a otras excepciones, la inclusión del fraude a la ley como mecanismo de protección de las normas imperativas de un sistema evadido por maniobras de las partes, resultó innecesaria. La facultad del tribunal para aplicar cualquier norma imperativa de ordenamientos jurídicos relacionados con el contrato, permite obtener los mismos efectos que con la excepción, mantener la vigencia de las normas eludidas, con la ventaja de que no se tiene que comprobar la existencia de cada uno de los elementos constitutivos del fraude que, en algunos casos como el de la intencionalidad de las partes, puede ser problemático.

### **Excepciones a la aplicación de la convención**

A lo largo del texto de la convención se hace referencia a las materias excluidas de su campo de aplicación. Se trata de la aplicación de dos criterios diversos que tienen por objeto delimitar el ámbito material de validez del documento.

Por una parte, se trata de respetar y resguardar la aplicación de otras convenciones internacionales, suscritas sobre materias específicas relativas a la contratación internacional. En esa virtud, la convención no se aplica a los contratos ya regulados por otros tratados (art. 6), ni a las materias reguladas por convenciones que "se celebren en el marco de los procesos de integración económica", cuando se refieran al mismo objeto (art. 20).

Este criterio responde a un principio básico de congruencia entre instrumentos internacionales que pretenden uniformar las normas relativas a los contratos. Hace notar la necesidad de aplicar los principios básicos de la hermenéutica jurídica en el campo de la normatividad internacional.<sup>30</sup>

Por otra parte se excluyen también materias que por su complejidad requieren de un tratamiento especial en instrumentos particulares; y las que están vinculadas a acuerdos internacionales específicos, que aunque no abordan el aspecto contractual, regulan substancialmente los aspectos más relevantes de los problemas que en ellas se plantean y, por tanto, no pueden ser objeto de una doble reglamentación.

En este caso se encuentran las materias en numeradas en el artículo 5: cuestiones derivadas del estado civil de las personas, capacidad de las partes, cuestiones sucesorias o testamentarias, obligaciones derivadas de regímenes matrimoniales o de relaciones familiares; obligaciones provenientes de títulos de crédito, de la venta, transferencia o comercialización de títulos en mercados de valores; acuerdos sobre arbitraje; cuestiones relativas al derecho societario.

28. Véase *supra* p. 22.

29. En estos casos, la regla es la discrecionalidad del juez en tanto que él puede determinar si se aplican o no tales normas imperativas, así como cuáles de ellas deben tomarse en consideración.

30. La referencia tuvo como propósito especial impedir que se dejara de aplicar la convención de Viena dado que se trata de derecho uniforme y ha recibido numerosas ratificaciones.

Desde luego, la convención tampoco se aplica a las materias sobre las que se admite que los estados parte hagan una reserva o una declaración de interpretación; por ejemplo, en lo relativo a los contratos celebrados por estados o por dependencias estatales, o en los casos en que el compromiso del estado parte se haya limitado a un tipo de contrato.

En estos supuestos, no se está ante una excepción a la aplicación de la convención, sino ante una limitación a su alcance, impuesta válidamente por uno de los sujetos, de conformidad con la propia convención.

### **Interpretación de la convención**

Como se ha podido observar, existen principios de interpretación de la convención que son comunes a otros instrumentos internacionales. Tal es el caso del carácter internacional y la vocación de aplicación uniforme de su texto, que deben prevalecer como los ejes fundamentales del documento.

Un elemento novedoso a este respecto es la referencia que se hace en el artículo 3o. respecto a que las normas de la convención deben aplicarse "con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial Inter- nacional". Este criterio introduce el método llamado de interpretación dinámica, que ha sido criticado por los abusos en los que se ha incurrido. Sin embargo, aplicado a esta materia, puede ser un elemento de ajuste que permita la adecuación de la convención a las constantes innovaciones en materia de contratos internacionales, sobre todo en el área mercantil.

La constante remisión a la *lex mercatoria* puede considerarse también como un elemento novedoso de interpretación, ya que obligará al tribunal a recurrir a las resoluciones de los tribunales arbitrales para integrar los elementos necesarios relativos a las normas, usos y principios del derecho mercantil internacional.

### **La cláusula federal**

En virtud de que el mexicano es un sistema jurídico complejo derivado de la estructura federal del Estado, es importante comentar brevemente las disposiciones de los artículos 22, 23 y 24 que contienen la llamada cláusula federal. Su redacción fue propuesta por la delegación de

Canadá. Desarrollan en tres puntos los problemas medulares de la aplicación de tratados en este tipo de sistemas.

En primer lugar, se aclara que la referencia al derecho del Estado o a cualquier punto de vinculación conectado con el Estado, como pudiera ser en el caso, la residencia habitual o el establecimiento, contempla o incluye la referencia al derecho propio de una de sus unidades territoriales. Es evidente que la determinación específica del sistema jurídico local aplicable deberá hacerse conforme a las reglas establecidas por el propio Estado.

Una segunda regla establece que los estados compuestos, por unidades territoriales con sistemas jurídicos propios, no están obligados a aplicar la convención a los problemas que surjan entre sus propias entidades. Con ello se permite que el sistema jurídico interno opte por soluciones diversas a las internacionales, como podrían ser las leyes modelo, cuando lo considere conveniente.

Por último, se incluye la reserva que permite al Estado de estructura compleja señalar cuál será el ámbito territorial de aplicación de la convención dentro de su propio territorio, y las limitaciones que en este aspecto establece respecto de su compromiso internacional, con objeto de evitar reclamaciones por parte de otros estados en los casos en que no pueda aplicar la convención en alguna de sus entidades por problemas de constitucionalidad.

### **Conclusión**

La convención de México, sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, representa un avance significativo en relación con las que le sirvieron de antecedente.

No es un documento perfecto, seguramente dará lugar a algunos problemas de interpretación; algunos de los criterios que se aplicaron en su formulación pudieran ser criticados. Pero, en general, puede afirmarse que el esfuerzo realizado en el seno de la OEA contribuye a facilitar y afinar la convivencia entre los diversos sistemas jurídicos de la región.