

LA CONVENCIÓN
INTERAMERICANA SOBRE
DERECHO APLICABLE A
LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES
COMENTADA



JAMES GRAHAM

La presentación y disposición en conjunto de la presente obra son propiedad del autor. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida, mediante ningún sistema o método, electrónico o mecánico sin consentimiento por escrito del autor

® 2017, JAMES GRAHAM

Todos derechos reservados



James Graham es ciudadano americano, originario de Luxemburgo, quien actualmente vive en México. Ejerce la profesión de abogado internacional. Es licenciado tanto en Derecho, como en Ciencias políticas por la Universidad de París 2 Panthéon-Assas. También es egresado en

Relaciones internacionales del Instituto de los Altos Estudios Internacionales de París. Obtuvo su Doctorado en Derecho en la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne. Enseña como profesor titular en la Universidad Autónoma de Nuevo León, después de haber sido profesor en la Universidad de Luxemburgo, y la Universidad de Saarbrücken, Alemania. Es autor de unos 15 libros sobre Derecho, y autor de más de 200 artículos científicos publicados en inglés, francés, alemán, y español.

Contacto: graham@3-ct.com

Facebook: [@graham3ct](https://www.facebook.com/@graham3ct)

INDICE

| | |
|---------------------|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| Artículo 1 | 7 |
| Artículo 2 | 9 |
| Artículo 3 | 10 |
| Artículo 4 | 10 |
| Artículo 5 | 11 |
| Artículo 6 | 13 |
| Artículo 7 | 13 |
| Artículo 8 | 16 |
| Artículo 9 | 16 |
| Artículo 10 | 19 |
| Artículo 11 | 23 |
| Artículo 12 | 24 |
| Artículo 13 | 25 |
| Artículo 14 | 27 |
| Artículo 15 | 27 |
| Artículo 16 | 28 |
| Artículo 17 | 28 |
| Artículo 18 | 29 |
| Artículo 19 | 30 |
| Artículo 20 | 30 |
| Artículo 21 | 30 |
| Artículo 22 | 31 |
| Artículo 23 | 31 |
| Artículo 24 | 31 |
| Artículo 25 | 32 |
| Artículo 26 | 32 |
| Artículo 27 | 32 |
| Artículo 28 | 32 |
| Artículo 29 | 33 |
| Artículo 30 | 33 |
| BIBLIOGRAFÍA | 34 |

INTRODUCCIÓN

La Convención¹ está supuesta ser la copia “latina” de la Convención de Roma, elaborada en la Unión europea². Sin embargo, al querer mezclar el Derecho civil de los países latinoamericanos, y la Common Law de los Estados Unidos (y parcialmente de Canadá), el resultado es una muy mala redacción, muchas veces contradictoria, e incomprensible, por querer a fuerzas satisfacer a todos los Estados involucrados. Consecuentemente, ningún país ha ratificado la Convención con excepción de México y Venezuela: y eso porque la CIDIP V a cargo del proyecto tuvo su reunión en México, y porque el relator de la Conferencia viene de Venezuela³.

Siendo así las cosas, no cambia el hecho de que la Convención es parte del Derecho positivo mexicano, e intentaremos indicar la mejor manera de cómo interpretar la Convención para tener una mayor seguridad jurídica.

¹ Para una muy buena presentación de la Convención y sus múltiples interrogantes, véase: Moreno & Albornoz, Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional, *Derecho administrativo global*, 01/04/2011; Samtleben, Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", in Fernández Arroyo & González Martín (coord.), *Tendencias y relaciones. Derecho internacional privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, Porrúa, 2010.15.

² Hoy Reglamento 593/2008 (Roma I).

³ G. Parra Aranguren.

México a ratificar la Convención, hizo la siguiente declaración:

"Los Estados Unidos Mexicanos declaran, con fundamento en el Artículo 1 de la Convención, que ésta no se aplicará a aquellos contratos a celebrarse por el Estado, sus entidades y organismos estatales, en los que actúa como ente soberano con potestad de derecho público, cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional."

Es así que las diversas legislaciones en materia de hidrocarburos, por ejemplo, prevén que es el Derecho mexicano el que siempre se aplica a los diversos contratos, aunque fuera con inversionistas extranjeros.

CAPÍTULO PRIMERO
Ámbito de aplicación

Artículo 1

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Como lo veremos más adelante en los artículos 7,9, y 10, es de preguntarse si la Convención permite la aplicación de la *lex mercatoria*, visto que se determina que se trata del “Derecho aplicable”, y no de la “Ley aplicable”. La doctrina usualmente considera que la expresión “Ley” no permite la aplicación de la *lex mercatoria* u otros derechos cuya fuente no es una ley estatal, como por ejemplo lo vemos en Roma I. Sin embargo, el art. 17 claramente indica, que se debe tratar de un Derecho estatal, eliminando así la posibilidad de elegir la *lex mercatoria*.

Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

Se trata de una definición clásica del conflicto de leyes, eliminando otros criterios como el criterio económico por

⁴ Diario Oficial de la Federación, 01/06/1998.

ejemplo utilizado en Francia y en Colombia. La idea detrás era de evitar que las partes internacionalizaran su contrato a través de la elección de un Derecho extranjero, cuando todos los elementos apunten al mismo orden jurídico.

Ahora bien, no se define lo que se debe entender por residencia habitual, entre otros, lo que conlleva a que es el juez competente quien debe calificar tal criterio. No obstante nuestro desacuerdo sobre este tema⁵, es de Derecho positivo que la calificación se haga *de lege causae*, en virtud de la aplicación supletoria en materia mercantil del Código civil federal y su artículo 14.I. Si se trata de una materia civil, entonces se aplica, por ejemplo, en Nuevo León el art 21bis II que también *a priori* tiene que operar de *lege causae*.

Sin embargo, en virtud del art. 4 de la Convención, se puede opinar que el juez tiene la obligación de calificar las diversas nociones no según la *lex causae*, como en México, sino buscar calificaciones autónomas según el Derecho comparado. Esta interpretación tiene nuestro favor, visto que una de las consideraciones de la Convención es de “la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional”. Un buen ejemplo es el de la definición del establecimiento. Si el Derecho interno requiere que sea el establecimiento principal, el juez tendría que tomar en consideración, entre otros, la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, cuyo artículo 10 dispone que, en caso de multiplicidad de establecimientos de una de las partes, “su

⁵ Graham, *Manuel de Derecho internacional Privado*, Zamanga Editores, 2016.44 ([iBooks](#); [google](#)).

establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”, y así operar una calificación autónoma y no *de lege fori* o *de lege causae*.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Recordemos que México declaró en este sentido que: “.. que ésta [la Convención] no se aplicará a aquellos contratos a celebrarse por el Estado, sus entidades y organismos estatales, en los que actué como ente soberano con potestad de derecho público, cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional”.

Artículo 2

El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

Se trata, lo que se llama doctrinalmente, de una aplicación universal. Desde el momento, en que hay un contrato internacional que no esté excluido de la aplicación de esta

Convención, el juez deberá aplicar sus reglas de conflicto, y si el resultado es la aplicación de una ley de un Estado que no es miembro a esta Convención, aun así tendrá que aplicarla.

Artículo 3

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

La presente disposición no tiene sentido visto que no determina una regla que se puede aplicar. Consecuentemente, si un contrato internacional se hizo electrónicamente, pues es un problema de Derecho interno, y como el art. 12 prevé que es la *lex contractus* es la que se aplica a los problemas de validez y forma, será esa Ley que decidirá si el contrato es válido o no. En relación con la prueba de un contrato electrónico, es una cuestión procesal, y será la *lex fori* del juez que determinará como comprobar un contrato internacional electrónico.

Artículo 4

Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

La presente disposición tampoco establece una regla. Sin embargo, lo dispuesto tiene que ser interpretado a favor de las calificaciones autónomas, en lugar de la calificación *de lege causae*. Por vía de consecuencia, la definición de lo que

es o no una residencia habitual, por ejemplo, se deberá hacer según el Derecho comparado y no según la *lex causae*. Esta interpretación tiene nuestro favor, visto que una de las consideraciones de la Convención es “la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional”.

Artículo 5

Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;**
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;**
- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;**
- d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;**
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;**
- f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.**

Las exclusiones no necesitan muchos comentarios. Grosso modo, se excluye la materia familiar, que normalmente

está considerada como parte del orden público interno⁶; también se excluye, en pocas palabras, la materia bancaria

⁶ NULIDAD DE CONTRATO. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE EL PACTO DE SUMISIÓN A CIERTA LEY CONDUZCA A SU INVALIDEZ POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL. Las bases contenidas en las cinco fracciones del artículo 121 constitucional constituyen reglas o criterios de solución de conflictos normativos entre leyes de diferentes Estados de la República y, por tanto, sirven para determinar la ley aplicable a los actos públicos, registros y procedimientos de cada una de tales Entidades; de manera equivalente a las reglas del Derecho Internacional Privado en lo relacionado con el llamado "conflicto de leyes". En dichas reglas se ha admitido la posibilidad de que por la autonomía de la voluntad, las partes elijan o determinen la ley que ha de regirlos cuando por alguna razón exista alguna conexión o concurrencia entre diversas leyes, por lo cual debe considerarse admisible la sumisión de las partes a cierta ley en casos de conflictos normativos entre leyes de distintas Entidades Federativas, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, es decir, no se prive de derechos o se libere de **obligaciones irrenunciables por su carácter de orden público, como sucede con el derecho de alimentos, las normas de protección a los menores de edad, entre otros, o que lleven a desconocer la capacidad o el estado civil de las personas.** Asimismo, tampoco debe conducir a perjudicar los derechos de un tercero o a incurrir en un fraude a la ley, es decir, a que al seguir las disposiciones de cierta ley, se burle o evada el derecho que tenga un tercero al amparo de la ley renunciada, o bien, se dé la apariencia de legalidad a un acto ilícito o no permitido por el Derecho que originalmente obliga a la persona. En esa medida, el pacto de sumisión a la ley de cierta Entidad Federativa constituye una violación al artículo 121 constitucional que conduce a su invalidez cuando concurren las siguientes condiciones: a) que haya un conflicto normativo; b) que se elija una de las normas en pugna; c) que la aplicación de la ley elegida tuviera como resultado la renuncia de derechos que no deben serlo por su carácter de orden público, o que llevara al fraude a la ley o a perjudicar derechos de tercero. Tesis: 1a. LXXVII/2017 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2014692 51 de 56 Primera Sala Publicación: viernes 07 de julio de 2017 10:14 h Tesis Aislada (Constitucional).

que muchas veces está regida por leyes de policía. En relación con las sociedades, el hecho es que muchos países no lo consideran como contratos de asociación, sino como instituciones que necesariamente tienen que ser regidas por el Derecho interno. Finalmente, el arbitraje está regido por la Convención de Nueva York, y, por lo tanto, para evitar cualquier conflicto, se excluyó.

Artículo 6

Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.

El presente artículo en realidad tendría que ser parte del artículo 5, porque por su redacción excluye de su campo de aplicación a todas las compraventas internacionales que son regidas por la Convención de Viena de 1980.

CAPÍTULO SEGUNDO

Determinación del derecho aplicable

Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su

conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Como ya lo hemos observado bajo el artículo 1, el empleo del vocablo “derecho” puede llevar a pensar que hay la posibilidad de elegir reglas de Derecho que no sean estatales como la *lex mercatoria*. Sin embargo, recordamos que por el juego del art. 17, tal determinación no es posible.

En relación con la determinación de la Ley aplicable en ausencia de una elección, la Convención retiene un método subjetivo bastante criticable, visto que se trata de “adivinar” el Derecho aplicable a partir de la “conducta” de las partes; lo que no quiere decir absolutamente nada, visto que en un contrato no hay conductas, sólo cláusulas, y hechos como el lugar de celebración, entre otros. Asimismo, ¿qué pasaría si se trata de un contrato entre un mexicano y un japonés, que no tiene cláusula de elección de Ley, y que fue negociado en inglés y redactado en inglés, mas fue firmado en México? ¿Se trata de una “conducta evidente de las partes” que resulta en la elección de la Ley americana o la Ley inglesa? ¿O canadiense, o neozelandés? Obviamente que no. La “conducta evidente” tiene que ser en realidad una apreciación objetiva de los elementos del contrato como el idioma, la divisa, el lugar de firma, etc.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

En la medida en que muchos países, como México, tienden a considerar el *forum legis*⁷, es de apreciar que la Convención lo condena de manera expresa.

⁷ PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN. POR REGLA GENERAL, EL JUEZ COMPETENTE, AL RESOLVER UNA CONTROVERSIA JUDICIAL, DEBE APLICAR LA LEY DE SU JURISDICCIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el artículo citado debe interpretarse en el sentido de que en sus cuatro fracciones establece una regla para el Estado Federal respecto de la manera en que las entidades federativas, en el ámbito de sus competencias, se relacionan entre sí, articulando sus órdenes jurídicos para la solución de los conflictos que en ellas se susciten; ello, en la lógica de que tanto las leyes como el derecho creado por cada entidad federativa deben aplicarse y producir sus efectos en la propia entidad, lo que se traduce en que el juez competente, al resolver una controversia judicial, debe hacerlo, generalmente, conforme al derecho vigente y aplicable en su ámbito jurisdiccional, pues la competencia de los órganos judiciales no puede modificarse ni ampliarse por acuerdo expreso o tácito de las partes, es decir, sólo puede prorrogarse por la existencia de una norma que así lo determine. Por tanto, el artículo 121 de la Constitución Federal prevé una prohibición de extraterritorialidad de las normas expedidas en una entidad federativa respecto de otra, lo que se traduce en que la legislación de un Estado sólo tiene obligatoriedad en su territorio, en atención a que cada entidad federativa legisla para su propio ámbito territorial y no para uno diverso. De ahí que dicho precepto constitucional no establece una regla de competencia judicial, sino que reconoce las reglas generales de colaboración entre entidades federativas. Reglas competenciales que no siempre determinan las leyes sustantivas que serán aplicables al caso, pues si bien sí determinan jurisdicción por territorio, dependerá de la litis en concreto la competencia material que se actualice en cada caso. Esto es, si no existe una cuestión extraordinaria que justifique un conflicto entre la competencia del juzgador y la normatividad sustantiva, no ha lugar a dicha división, pues resulta absurdo obligar al

Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

El artículo es bastante claro y no requiere más comentarios.

Artículo 9

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

La presente disposición retoma el principio de proximidad que ya fue consagrado en la Convención de Roma; sin

juez competente a aplicar una legislación que desconoce. Así, esta Primera Sala determina que, por regla general, el juez competente debe aplicar la ley de su jurisdicción y no otra. Amparo directo en revisión 1819/2015. Antonia Adorno de la Cruz, por su propio derecho y en su carácter de albacea de la sucesión a bienes de Wilfrido Bustamante Montejo. 30 de septiembre de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso. Sin embargo, el criterio fue parcialmente modificado por la ya mencionada tesis LXXVII/2017.

embargo, la tarea fue mal hecha, porque no se establece una presunción a favor de cuál Derecho se establecen los vínculos más estrechos, creando una bastante fuerte inseguridad jurídica. Es así que en Roma I, se presume que es la Ley del lugar de la residencia habitual o establecimiento de la parte que realiza la prestación característica que tiene los vínculos más estrechos. Y tal presunción funciona en la mayoría de los casos. Sin embargo, por una visión dogmática, se consideró, en el momento de la redacción del presente instrumento, que tal presunción beneficia a los exportadores de los países desarrollados, que son generalmente los que deben cumplirla, dándoles así una ventaja. Sin embargo, eso no es cierto, visto que de todos modos los vínculos más estrechos en la mayoría de los casos llevan a su Ley. Y si se trata de querer proteger a los consumidores, pues el tema nada que ver con el Convenio, en la medida que la mayoría de las leyes de protección del consumidor son leyes de policía que se aplican automáticamente en virtud del art. 11.

Por lo tanto, aunque la Convención no lo establezca, se debe insistir que se tiene que interpretar el presente artículo en el sentido de que existe la mencionada presunción, que es sólo una presunción simple que puede ser revertida si fuera necesario.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios

generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

El *in fine* del presente artículo es bastante curioso visto que por un lado, admite lo que se llama comúnmente la *lex mercatoria*, pero precisa que sus “reglas” tienen que ser “aceptadas” por organismos internacionales, lo que obviamente no hace sentido, visto que los organismos no aceptan reglas sino crean reglas. En realidad, por su mala redacción, se debe hacer una interpretación teleológica, con el resultado de que son aquellos principios internacionales que fueron codificados por organismos internacionales como, por ejemplo, los Principios UNIDROIT en materia contractual.

También vale la pena de señalar que en la versión en español, el término utilizado es “organismos internacionales”, mientras que el término en inglés “*international organization*” es más restringido. En efecto, este último se limita a las organizaciones multilaterales e intergubernamentales, mientras que la palabra española es más amplia, y podría incluir también a las organizaciones no gubernamentales, empresariales y asociaciones profesionales. En la medida en que de acuerdo al artículo 30 de la Convención, el texto en cada uno de los idiomas oficiales de la OEA es auténtico, es imposible saber si se deben interpretar todos los textos a la versión más restringida o a la más amplia. Por nuestra parte, consideramos que tiene que ser el más amplio, porque si se trata de considerar las prácticas internacionales, es obvio que se deben tomar en consideración los diversos textos emitidos por la CCI por ejemplo.

Dicho eso, con respecto a si se puede aplicar o no la *lex mercatoria* como *lex contractus*, la redacción del presente artículo demuestra de nueva cuenta que no. En efecto, el mandato del juez es bien claro: primero tiene que buscar el Derecho aplicable, y sólo después “tomará en cuenta los principios”: dice tomara en cuenta; no dice aplicará. En otras palabras, se consideran los principios generales del Derecho comercial internacional como usos, y no como reglas de Derecho. Sin embargo, tal apreciación es errónea, en la medida que los usos son presunciones contractuales, mientras que los principios generales son una fuente de reglas de Derecho.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

El mencionado *dépeçage* no requiere más comentarios.

Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

El artículo 10 es probablemente la disposición más fatal del presente instrumento. Los principales redactores de la Convención defienden vehemente que el instrumento

internacional permite elegir la *lex mercatoria* como Ley aplicable⁸. Sin embargo, el texto redactado dice todo lo contrario⁹. En primer lugar, contradice de manera directa el artículo 9, visto que éste ordena al juez de “tomar en consideración” los principios del derecho comercial internacional, mientras que el art. 10 le manda “aplicar” aquellos principios. Y no solamente eso. Se tiene que aplicar las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, además de la Ley aplicable! ¿Qué pasará si las partes eligen que su contrato sea regido por los Principios UNIDROIT, y que el Juez al constar de no se trata de una Ley estatal, determine la Ley mexicana, por ejemplo, como Derecho aplicable? Ahora bien, vamos a suponer que se trata de un litigio sobre el *hardship*. Pues el Derecho mexicano no lo acepta, mientras que los Principios UNIDROIT sí. ¿Qué se hará? ¡Es uno u otro! No puede ser todo al mismo tiempo.

⁸ Juenger, Contract Choice of Law in the Americas, *American Journal of Comparative Law*, 1997. 204; Pereznieta Castro, Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994. 774; Parra Aranguren, The Fifth Interamerican Conference on Private International Law, *Mélanges Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996. 308.

⁹ Y eso es la impresión de la mayoría de los Estados y académicos consultados para una eventual revisión de la Convención (*La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 15/03/2016).

Además, no se pueden aplicar “prácticas comerciales” como reglas!

La solución consiste en considerar al artículo 10 como una regla de interpretación. Quiere decir, una vez que el Derecho estatal aplicable al contrato está establecido, para la interpretación de las cláusulas se tomara en cuenta lo dispuesto en el presente artículo, y la siguiente tesis refuerza nuestra postura:

USOS Y TÉRMINOS COMERCIALES INTERNACIONALES. SIRVEN PARA INTERPRETAR LA INTENCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.

La práctica del comercio internacional utiliza determinados términos comerciales, desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional al permitir que agentes de diversos países se entiendan entre sí y hagan prácticos y eficientes los contratos internacionales. La observancia de esos términos derivados de los usos comerciales se desprende de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-Venta Internacional de Mercaderías, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, la cual tiene como propósito, entre otros, la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos para contribuir a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promover el desarrollo del comercio internacional. De la lectura armónica y sistemática de los artículos 4, 8, 9, 25, 26, 27 y 28 de esa convención se desprende el ámbito de aplicación de ésta en cuanto regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Según dichas normas, para los efectos de esa

convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención, pero si tales reglas no fueren aplicables, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Igualmente, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre las que se encuentran las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. También se dispone que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, y se dispone que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Luego, la convención de mérito reconoce las prácticas comerciales internacionales y deben entenderse comprendidas en ellas los usos, términos o conceptos desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional y hacen prácticos y eficientes los contratos internacionales. Así, deben observarse las reglas de la referida convención sobre cómo se cumple con la obligación de entrega de las mercancías y en su caso, cualquier controversia que se suscite puede sustentarse en esos términos comerciales internacionales y su empleo por las partes por tener conocimiento de él o porque deben tener conocimiento del mismo.

Finalmente, es obvia la influencia americana sobre la presente Convención, visto que la referencia a “la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la

equidad en la solución del caso concreto”. En el Derecho civil, el juez no puede buscar la equidad o la justicia, sino aplica su silogismo con la subsecuente conclusión que es automática. Y esa conclusión en principio es justa porque la Ley es justa. Total, para los países de Derecho civil, es de olvidarse lo estipulado en la presente disposición.

Artículo 11

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

El dispositivo se refiere a que el juez tiene que aplicar las leyes de policía de la *lex fori*, que son aquellas leyes del Derecho interno que no obstante a que el conflicto de leyes conlleva a la aplicación de una Ley extranjera tienen que aplicarse porque protegen el orden social, político, y económico de un país¹⁰.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

La aplicación de las leyes de policía de la *lex causae* es facultativa, lo que de nueva cuenta es muy discutible, visto que en pocas palabras el juez puede hacer lo que quiera, y eso sin ningún control. Es un mecanismo de *Cortesy*, que viene de la Common Law, y que implica que en caso, el juez hace la cortesía al país cuya Ley de policía quiere aplicarse. Sin embargo, la idea de la aplicación de la Ley de

¹⁰ Graham, *op.cit*, p.37.

policía extranjera es la de la cooperación internacional basada en la cooperación. Por lo tanto, sí se debe aplicarla, a condición que su aplicación sea pertinente. Quiere decir no es al juez de manera subjetiva de considerar pertinente o no la aplicación de dicha Ley, sino es de verificar de manera objetiva si es pertinente o no in casu de aplicarla. Tampoco, se considera a las leyes de policía de otros ordenes jurídicos que pudieran aplicarse. En ausencia de una disposición de la Convención, se debe concluir que esas son simplemente inaplicables.

CAPÍTULO TERCERO

Existencia y validez del contrato

Artículo 12

La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

La existencia y la validez del contrato se regirá por la *lex contractus*, sin embargo, como lo veremos más adelante, hay un cierto número de excepciones a esta regla simple, como por ejemplo los vicios de consentimiento.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

De manera sorprendente el segundo párrafo viene a contradecir al primero. En efecto, la gran mayoría del tiempo, los problemas de validez contractual son justamente los vicios de consentimiento. Además, la redacción es muy desafortunada, visto que se prevé que debe determinarse al Derecho aplicable, pero sin decir como determinar este Derecho, y después tomar en consideración la residencia habitual o el establecimiento, lo que es incongruente, en la medida en que la residencia habitual, entre otros, no es un cuerpo jurídico. Probablemente, se refiere al Derecho del lugar donde se ubica la residencia habitual o el establecimiento. Ahora bien, tomar en consideración no es aplicar.

Sea lo que sea, la única interpretación que permite una cierta coherencia, es que la Ley aplicable a los vicios de consentimiento es la *lex domicilii* de las partes. Los demás vicios, como la forma entre otros, son regidos por la *lex contractus*, entre otros, como lo veremos ahora.

Artículo 13

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

De nueva cuenta, estamos en presencia de una redacción totalmente fallida, porque si el contrato es celebrado entre partes que se encuentran en el mismo Estado, pues

simplemente la Convención no se aplica en virtud del art. 1. En realidad, se debe considerar que la fracción primera aquí en comento se refiere a los contratos celebrados entre presentes, mientras que la fracción segunda, que sigue, se refiere a los contratos entre ausentes.

En este sentido, el art. 13 ofrece una regla de conflicto a finalidad material para asegurarse que el contrato si posible no sea invalido por una mera cuestión de forma. Si una de las leyes en presencia lo valida, entonces el contrato surte sus efectos; si ninguna Ley lo valida, es que obviamente hay un problema serio con la forma del contrato, y por lo tanto es inválido.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuando (sic) 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 o con el derecho del lugar de su ejecución.

Como lo hemos dicho, la fracción primera se refiere a los contratos celebrados entre presentes, mientras que la presente fracción se refiere a los contratos entre ausentes. Se aplica el mismo comentario que en la fracción anterior.

CAPÍTULO CUARTO Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

La redacción es suficientemente clara para no necesitar comentarios adicionales.

Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Se refiere aquí al problema de los poderes y sus efectos jurídicos. Como el Derecho substancial no es el mismo en todos los países, se invita al juez a considerar el problema

bajo el ángulo de la práctica internacional, aunque eso puede ser bastante complicado, visto que bajo el art. 10, tiene que primero determinar el Derecho aplicable. Si tomamos por ejemplo la hipótesis del mandatario aparente, y si la Ley mexicana considera que no es legal, aun así, tendría que aplicar el principio general del comercio internacional de la buena fe, y validarlo. Sin embargo, no se ve como tal cosa sería posible en la medida en que el juez violaría directamente su Ley. La única manera de operar es de tener una disposición de Derecho interno bastante flexible que permita una interpretación extensa, y entonces al interpretar la disposición referirse al principio general internacional.

Artículo 16

El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

La redacción es suficientemente clara para no necesitar comentarios adicionales.

Artículo 17

Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Aunque una gran parte de la doctrina insista en que la Convención admita la *lex mercatoria*¹¹, al contrario de Roma I, pues parece que nadie leyó el presente artículo que claramente establece que se entiende por “Derecho” “el vigente en un Estado”: más claro no se puede. La *lex mercatoria* no es un Derecho vigente en un Estado. Punto.

Finalmente, la disposición precisa que al elegir una Ley aplicable, se tratará de los disposiciones substanciales de este Derecho, sin referirse a las eventuales reglas de conflicto que existan en ese orden jurídico.

Artículo 18

El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

La Convención permite la intervención del orden público, sin precisar que se trata del orden público internacional y no el orden público nacional¹². Obviamente se trata del primero.

¹¹ González de Cossío, La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional, *Revista de Derecho Privado*, 1997.117.

¹² Graham, *op.cit*, p.61.

CAPÍTULO QUINTO

Disposiciones generales

Los siguientes artículos no requieren comentarios adicionales.

Artículo 19

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

Artículo 20

Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24

Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de

los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPÍTULO SEXTO

Cláusulas finales

Artículo 25

Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo

instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

BIBLIOGRAFÍA

Boggiano, *Contratos internacionales: introducción al estudio de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Depalma, 1995

Fernandez Arruyo, *La convention interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins au-delá de Rome*, *Rev.crit.*, 1995.184

Moreno & Albornoz, *Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional*, *Derecho administrativo global*, 01/04/2011

L. Pereznieta Castro, "Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1994.765

Samtleben, *Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, in Fernández Arroyo & González Martín (coord.), *Tendencias y relaciones. Derecho internacional privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, Porrúa, 2010.15.

