

ALGUNOS BREVES COMENTARIOS A LAS DISPOSICIONES SOBRE LAS  
OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRACONTRACTUALES DEL  
PROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

James A. Graham

No obstante la cercanía con los Estados Unidos de América (EU), no se debe olvidar que México es un país de derecho civil y no de Common Law. Por lo tanto, tenemos que dejar de siempre intentar copiar sobre lo que se hace del lado americano. No porque es malo lo que tienen, sino porque tienen otro sistema y consecuentemente otra manera de ver las cosas. Lo mismo prevalece para el DIPr: tenemos una tradición civilista en esta materia y no vemos como podremos cambiarla. No nos olvidamos que los EU tal cual no tienen un DIPr, sino un sistema de repartición constitucional-territorial-unilateral entre los diversos Estados federados<sup>1</sup>, cuyas reglas después, en pocas ocasiones, se extienden al “conflicto de leyes internacional”. Por lo tanto, la idea de la “justicia material” de la doctrina americana no tiene que prevalecer en México, al menos en materia de obligaciones, objeto de las presentes observaciones.

En efecto, se debe fijar lo que uno se espera de una regla de conflicto: previsibilidad o justicia material<sup>2</sup>? No cabe duda que en lo que concierne las obligaciones, se buscó, en el proyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado<sup>3</sup> la justicia material con todos sus problemas prácticos. En efecto, un código no tiene que ser una obra teórica; sino un instrumento de aplicación en los litigios. Por lo tanto, lo que tiene que prevalecer es la factibilidad y la facilidad probatoria: sólo lo que se puede comprobar vale en el litigio. Por lo tanto, términos como “evidente” en el artículo 105 del Proyecto no tienen realmente sentido en el litigio porque nada nunca es evidente.

Un código también tiene que ser un instrumento de previsibilidad para todos aquellos que redactan contratos o están metidos en actividades que ponen en juego una probable responsabilidad. Las reglas tienen que ser claras y no dejar duda cual es la ley aplicable. Ahí también, el artículo 105 del Proyecto da una ilustración de lo que no se debe hacer: ¿cómo es posible que se anule una elección de ley si hay “perjuicio evidente” para una parte? De dos cosas: o había vicio de consentimiento en el *electum juri*; o la parte fue mal asesorada. En el primer caso, no se requiere precisar eso en la regla de conflicto,

---

<sup>1</sup> Richman & Reynolds, *Understanding Conflicts of Law*, 3 ed., Lexis Nexis, 2003.1; Juenger, The need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems, *RMDIP*, 1999.3.

<sup>2</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y Justicia material*, Porrúa, 2006; Garro, El DIPr en los EU: Balance y Perspectivas, *RMDIP*, 2000.97. Para el primer autor a criticar vehementemente la Revolución americana, véase: Kegel, *Internationales Privatrecht*, 8 ed., Beck, 2000.127 sq.

<sup>3</sup> *RMDIP*, 2006.73.

porque se regula por el derecho común de las obligaciones; en el segundo caso, se debería probablemente nulificar 80% de todos los contratos celebrados en México.

También, se debe evitar las redundancias. En este sentido no hay lugar a legislar sobre los contratos si México es parte a la Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>4</sup>, al menos que sea para precisar o perfeccionar algunas disposiciones convencionales.

Finalmente, se debe buscar la armonización internacional. Y en este sentido, no se puede ignorar las reglas de conflicto de la Unión europea, en particular las reglas del Reglamento llamado “Roma I” sobre las obligaciones contractuales, y las del Reglamento “Roma II”<sup>5</sup>.

En este sentido proponemos lo siguiente.

## **I - OBLIGACIONES CONTRATUALES**

En relación con la ley aplicable a los contratos, se debe incorporar tal cual la Convención de Mexico para evitar contradicciones. Ahora bien, el principal defecto del instrumento internacional es la falta de una presunción que establece lo que se debe entender por vínculos estrechos. Los criterios que se indican en el Convenio son demasiado abstractos para ser eficientes en un litigio<sup>6</sup>. Por lo tanto, se tiene que incorporar en el proyecto de Código la presunción de la Convención de Roma, que ha demostrado ser eficiente y fácil de manejar, y que dispone que “el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Pereznieta & Silva, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 2 ed., Oxford, 2007.523 sq.; Graham, *El derecho internacional privado del comercio electrónico*, Themis, 2003.77.

<sup>5</sup> Larroumet, La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa, *Revista de Derecho Privado*, 2006.69.

<sup>6</sup> Es obvio que nuestro intento de acercar la Convención de México de la Convención de Roma es contrario a la idea de Juenger quien fue uno de los padres de la Convención interamericana: Juenger, *Contract Choice of Law in the Americas*, *RMDIP*, 1997.3, 11 sq.

<sup>7</sup> Art. 4, Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Véase también el artículo 45 del Proyecto uruguayo de Ley de Derecho internacional privado.

## **II - OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES**

No hay objeción alguna a que las reglas de conflicto propuestas en el Proyecto de Código en lo que concierne la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, etc., y previstos en los artículos 100 y 101 del Proyecto de Código. Tampoco, hay lugar a criticar las reglas de conflicto previstas a los artículos 102, 103 y 104 en materia de responsabilidad extracontractual y de responsabilidad por contaminación ambiental, así como la que se refiere a la responsabilidad de los productos defectuosos.

Sin embargo, en lo que concierne el Capítulo VIII, éste tiene que ser eliminado en su totalidad. Por un lado, contradice varias disposiciones anteriores, y, por otro lado, pone en peligro el principio de previsibilidad, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de nulificar en materia contractual la elección del derecho aplicable. Tal disposición no tiene sentido, y menos cuando la causal fuera porque “la elección de derecho constituye un perjuicio para alguna de las partes”. ¿Quiere decir que en el momento de preparar el litigio, la parte actora se da cuenta que la ley electa no la favorece y así podrá alegar que esta es un “perjuicio” para ella? No tiene sentido.

Creemos que con todo lo que precede, tendríamos un marco seguro, previsible y moderno; y eso no porque así lo opinamos, sino porque además estará en armonía con lo que ya está en los demás países que son nuestros socios económicos.

### **PROPUESTA DE MODIFICACION**

#### **VII OBLIGACIONES**

##### Artículo 89

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

##### Artículo 90

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.

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

#### Artículo 91

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.

#### Artículo 92

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. Se presumirá que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo al apartado anterior, 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.

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.

#### Artículo 93

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

#### Artículo 94

Respecto a un Estado que tenga 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 95

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.

#### Artículo 96

Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato.

Se aplicarán necesariamente las leyes de policía del derecho del foro.

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

#### Artículo 97

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 este Código

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

#### Artículo 98

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.

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 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.

#### Artículo 99

El derecho aplicable al contrato 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.

#### Artículo 100

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

*Los Artículos 100, 101, 102, 103, 104 quedan como previsto en el Proyecto original; Se eliminarán los artículos 105 a 111.*