

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES®

Hernany Veytia*

SUMARIO. I. ANTECEDENTES. II. LA QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP V). 2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.2 EL DERECHO APLICABLE. 2.2.1. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. 2.2.2 EL VÍNCULO MÁS ESTRECHO. 2.2.3 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL. 2.2.4 LA *LEX MERCATORIA*. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. TEXTO OFICIAL DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

I. ANTECEDENTES

El Derecho, para cumplir con sus fines, requiere adecuarse a la realidad. Hoy en día la realidad del comercio internacional, los adelantos de la técnica, los medios de transporte y la necesidad de ganar nuevos mercados requieren de un marco jurídico adecuado para los contratos internacionales.

La Organización de Estados Americanos (OEA), considerando que la interdependencia económica de los estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico, aprobó en la CIDIP IV (Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado), que se llevó a cabo en 1989 en Montevideo, una serie de bases para el estudio del tema relativo al derecho aplicable en materia de contratación internacional.

En una de las resoluciones de la CIDIP IV también se recomendó a la Asamblea General de la OEA que convocara a una reunión de expertos, para que formulara un proyecto de convención sobre la ley aplicable a la contratación internacional. La Asamblea General hizo suya esta recomendación, encomendando al Comité Jurídico Interamericano la preparación de los proyectos con sus respectivas exposiciones de motivos.¹ El Comité Jurídico Interamericano encargó esta tarea al profesor mexicano José Luis Siqueiros. Para la elaboración de este proyecto se contó con la experiencia de la Convención de La Haya

®Este artículo es fruto de la iniciativa del Prof. J. C. Treviño, a quien la autora agradece su valiosa colaboración, especialmente por la minuciosa revisión y corrección del borrador. Sin los comentarios del Prof. Treviño no hubiera sido posible concluir este trabajo.

*La Dra. Hernany Veytia es profesora de derecho del comercio internacional y de derecho comparado en la Universidad Panamericana.

¹ Cfr. Ogarrio, Alejandro. *Unification of private law in Latin America* en *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 40. Pág. 598 *et seq.* 1992.

sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y de la Convención de Roma sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.²

El proyecto elaborado por el Profesor Siqueiros fue discutido y, en su mayor parte, aprobado, en la reunión de expertos sobre contratación internacional del 11 al 14 de noviembre de 1993 en la Ciudad de Tucson, Arizona. Como fruto de esta reunión se preparó un proyecto de convención para ser discutida en la CIDIP V. En el proyecto elaborado durante la reunión de expertos de Tucson se establecía que si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regiría por el derecho del Estado con el cual tuviera los vínculos más estrechos y se presumía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte debe cumplir su prestación característica (y/o) donde estuviera su residencia habitual o establecimiento principal.

El criterio de la prestación característica no lo contemplaba el proyecto del Comité Jurídico Interamericano, pero en la reunión de expertos se añadió. La llamada *prestación característica* en una relación contractual es aquella que no consiste —principalmente— en dinero. Como es de suponerse, este criterio ha sido arduamente criticado, aun dentro del marco de la Comunidad Económica Europea donde se encuentra en vigor la Convención de Roma, que sigue el criterio de la prestación característica, puesto que es muy difícil en algunos contratos, como en la permuta, *countertrade* o franquicia, definir cuál es la obligación que lo caracteriza, es decir la que es esencial en el contrato. Este criterio otorga, de una forma indirecta, la facultad al juez de decidir cuál es la prestación característica y, por lo tanto, cual será el vínculo más estrecho en el contrato, y así efectuar la elección del derecho aplicable.³ El criterio de la prestación característica fue incorporado en la Convención de Roma, pero ya había sido elaborado hacía tiempo por la doctrina suiza y seguido por la jurisprudencia de ese país. En Suiza ya es un criterio consolidado, sin embargo no deja de ser una simple *rule of the last resort*, como la llama Magagnì⁴

² Para los países miembros de la Comunidad Económica Europea se abrió a firma en Roma el 19 de junio de 1980 y a la séptima firma entró en vigor el 1 de abril de 1991. (A esta convención España la ratificó como Convenio sobre la ley aplicable a los contratos internacionales —publicado en el boletín oficial español No. 171 del lunes 19 de julio de 1993—. Sin embargo este documento se redactó en un ejemplar único en varios idiomas: italiano, danés, francés, inglés, irlandés, holandés y alemán. El nombre respectivo de la Convención para cada uno fue: *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*; *Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst*; *Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige Forpligtelser*; *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*; *Convention on the law applicable to contractual obligations*; *Coinbhinsiún ar an dlí is infheidhme maidir le hoibleagáidí conarthacha*; *Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende recht*. Por lo que nos parece más adecuado seguir llamándola Convención de Roma, como lo hace la mayoría de la doctrina de lengua castellana; además porque siempre en las traducciones castellanas de la Conferencia de La Haya y otras organizaciones se suele anotar un pie de página señalando que "se utiliza el término "Convenio" como sinónimo de "Convención").

³ En Inglés se llama "*Applicable law*", que varios autores traducen por ley aplicable, nosotros siguiendo el nombre de la convención —y además por considerarlo más adecuado con nuestro sistema jurídico— nos referimos al "derecho aplicable".

⁴ Magagnì, Massimo. *La prestazione caratteristica in La Convenzione di Roma sull legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Milán. Giuffrè, 1983.

cuando no ha sido suficiente el criterio del vínculo más estrecho para determinar el derecho aplicable.

II. LA QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP V)

Bajo los auspicios de la OEA y del gobierno mexicano del 14 al 18 de marzo de 1994 en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el Distrito Federal se llevó a cabo la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado con el propósito de celebrar negociaciones diplomáticas para la firma de dos convenciones: una sobre contratación internacional y la otra sobre tráfico internacional de menores. Participaron 19 países del Continente Americano.⁵

El presidente de la CIDIP V fue el Prof. José Luis Siqueiros. El presidente de la Comisión, que negoció el proyecto de convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, fue el jefe de la delegación venezolana, el Prof. Gonzalo Parra Aranguren. La delegación mexicana la encabezó el Prof. Leonel Pereznieto Castro.⁶ Durante los días que duró la Conferencia se trabajó intensamente. Se discutieron los diversos artículos y finalmente se aprobó en sesión plenaria la convención que ahora presentamos.

2.1 Ámbito de aplicación

Los puntos de referencia esenciales para la aplicación de la Convención los encontramos en el primer párrafo del Art. 1: La existencia de un contrato y que dicho contrato tenga el carácter de "internacional". Respecto al primer requisito: la existencia del contrato resultaba necesario determinar también cuales serían los criterios a seguir para saber si un contrato existe y si éste es válido. La Convención a este respecto, en su Art. 12, establece que para ello se aplicará el derecho aplicable de acuerdo con los términos de su Cap. 2 y de los que nosotros trataremos más adelante.⁷ El Art. 1, en su segundo párrafo, define al contrato internacional siguiendo un doble criterio; el de la residencia habitual o

⁵ Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y observadores permanentes ante la Organización de los Estados Americanos como Corea, España, Italia, Rumania, Rusia y observadores de organismos internacionales, de entidades interamericanas no gubernamentales y gubernamentales como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

⁶ La delegación mexicana la integraron no solamente altos funcionarios de relaciones exteriores, sino también expertos internacionalistas de gran prestigio académico tanto en México como en el extranjero, de la talla de Laura Trigueros, Fernando Vázquez Pando, Leonel Pereznieto, Julio C. Treviño, Alejandro Ogarrío, Víctor Carlos García Moreno y María Elena Mansilla. En las negociaciones de la convención del derecho aplicable a los contratos internacionales participaron los cinco primeros.

⁷ Lo más importante para determinar la existencia de un contrato es averiguar si existió o no consentimiento. Para saberlo el juez deberá determinarlo de acuerdo al derecho aplicable, tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha Parte (*Cfr.* segundo párrafo del Art. 12).

establecimiento por una parte y el de contactos objetivos con más de un Estado Parte por la otra.⁸

Esta Convención, como su nombre lo indica, es interamericana; sin embargo tiene una vocación universal al establecer en su Art. 2 que el derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no parte.⁹ Por otra parte, un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la Convención, no estará obligado —pero tampoco impedido—¹⁰ a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales (Art. 23).

Como ya lo mencionamos¹¹, la Convención considera necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico, es por esto que esta Convención no se aplicará a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Parte (Art. 6).

El Art. 4 de esta Convención, en materia de interpretación, sigue un criterio que ya es ampliamente difundido en materia de contratación internacional,¹² el de considerar que se trata de un instrumento *internacional* y, por lo tanto, debe procurarse que para la interpretación y aplicación se tome en cuenta ese carácter internacional y que, además, éste sea uniforme tanto en su aplicación como en su interpretación. Este criterio no es fácil de seguir ya que no se ha implementado un sistema para que exista un responsable de recopilar y dar a conocer la interpretación que se le ha dado a la Convención en diversos países y, por lo tanto, se corre el riesgo de que una misma disposición sea interpretada de diversa forma en dos o más Estados Parte.

2.2. El derecho aplicable

2.2.1. La voluntad de las partes

El criterio de la voluntad de las partes (Art. 7) se incorpora a la Convención con modalidades particulares referentes al modo y al momento en que la voluntad debe o puede ser manifestada. No cabe duda que es un verdadero logro que la Convención haya fijado

⁸ La Convención no distingue entre contratos comerciales y los que no lo son, por lo que donde ella no distingue nosotros no lo debemos hacer y, por lo tanto, esta Convención sí se aplicaría a contratos administrativos o civiles, salvo las cuestiones excluidas en el Art. 5 o a los contratos que cualquier Estado Parte pudiera, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención, declarar que no se aplicaría, salvo las cuestiones excluidas en el Art. 5 o a los contratos que cualquier Estado Parte pudiera, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la Convención, declarar que no se aplicaría.

⁹ La Convención de Roma, en su Art. 2, también sigue este criterio.

¹⁰ El Art. 24 permite que los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la 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.

¹¹ *Vid supra* Pág. 1.

¹² *Cfr.* v.g. el Art. 7 de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, ya en vigor en la mayoría de los países de la OEA.

como criterio primero y fundamental para la determinación del derecho aplicable el de la autonomía de la voluntad. Las partes pueden elegir un derecho para que regule ciertos aspectos del contrato,¹³ por ejemplo la elección del Derecho mexicano respecto a la forma y elegir otro, por ejemplo el costarricense, para regular el resto del contrato como las obligaciones de las partes, la ejecución, recursos para caso de incumplimiento etc.¹⁴

Podría parecer que hablar de autonomía de la voluntad es algo anacrónico, puesto que la mayoría de los países latinoamericanos la incorporan en su legislación nacional desde hace varias décadas, sin embargo cuando el contrato adquiriría carácter internacional, la autonomía de la voluntad encontraba su frontera, debiéndose aplicar las normas de conflicto pertinentes.

La Convención permite a las partes, en cualquier momento, modificar el derecho elegido, siempre y cuando no se afecte la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. Sin embargo, un punto que no queda claro en la Convención es si las partes pueden elegir el derecho de un Estado que no presente ningún punto de contacto con el contrato. Esta cuestión ha sido planteada también para la Convención de Roma, y la doctrina se encuentra dividida. Los que se inclinan a favor afirman que las partes suelen elegir el derecho de un tercer Estado, precisamente por ser "imparcial", ya que optar por el de alguna de las Partes siempre resultaría más familiar y, por lo tanto, más ventajoso. Los que se inclinan en sentido contrario aseguran que es necesario que el contrato presente algún punto de contacto con el derecho que se elige. Una solución intermedia la encontramos en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América, que limita la libertad de las partes a la elección del derecho aplicable a los ordenamientos con los que la operación de que se trate presente una *reasonable relation* (&l 105)¹⁵. Nosotros nos inclinamos a pensar que dado que la Convención no lo especifica, lo permite. Siempre y cuando la elección sea de buena fe¹⁶ y no existan disposiciones imperativas del derecho de

¹³ El derecho aplicable al contrato regulará, principalmente, (a) su interpretación; (b) los derechos y 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 en 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; y (e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. (Cfr. Art. 14.)

¹⁴ La técnica de someter un contrato internacional a más de un derecho se conoce como *dépeçage*, palabra francesa que significa cortar en pedazos. Sobre el *dépeçage* Cfr. Delaume, G. *Transnational contracts & 1.04* (1989) y Rabel, E. *The conflict of laws—A comparative study—* 380-390 (1947). El *dépeçage* también se permite en la Convención de Roma, Art. 3 (1). Indudablemente, en la práctica, el *dépeçage* ofrece grandes ventajas; sin embargo, la doctrina se ha cuestionado si un contrato puede ser fraccionado y seguir considerándose un acuerdo de voluntades que continúe manteniendo la unidad intrínseca del contrato. En el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra contemplado el *dépeçage* en el Art. 14, Fracc. v, al establecer que cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto .

¹⁵ Sin embargo en el &187 (2) del *Restatement (Second) of Conflicts of Law* norteamericano, requiere que el derecho elegido mantenga una *substantial relationship*..

¹⁶ Recordemos el famoso caso *Vita Food Products, Inc. vs. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939/ A.C.277: Existía un certificado de embarque usado para transportar cierta mercancía registrada en Nueva Escocia, (Canadá) para

otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos o cuando el derecho designado sea manifiestamente contrario al orden público del foro.¹⁷

2.2.2. El vínculo más estrecho

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 (Art. 9).

Buscar los vínculos más estrechos en un contrato, es como tratar de encontrar el centro de gravedad del contrato. Para lograrlo es necesario saber cuáles y cuántos son los puntos de contacto. Por lo que hemos dicho anteriormente, la voluntad de las partes es el primer punto de contacto que se debe tomar en cuenta, faltando ésta se debe atender a otros elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos (Art. 9). Como lo sería, a manera ejemplificativa, el domicilio de una persona física, la sede de la administración central de una persona moral, la sede principal de la parte que haya celebrado el contrato en ejercicio de una actividad económica o profesional, el lugar de cumplimiento de un contrato, la moneda de pago, el lugar en que el banco debe efectuar la transmisión de fondos, el lugar en que se llevaron a cabo las negociaciones precontractuales, la nacionalidad de la nave de las partes o de la sociedad o el lugar en que se encuentra el bien que sea objeto del contrato.¹⁸

La Convención otorga al tribunal la facultad de determinar el derecho aplicable, al darle la posibilidad de determinar los "vínculos más estrechos". El criterio de los vínculos más estrechos es un criterio subsidiario a la voluntad de las partes. Se trata de un criterio flexible que se puede adaptar a la necesidad que exija cada contrato para lograr un criterio más justo que responda a las necesidades del comercio internacional, es por esto que el Art. 10 establece que se aplicarán también, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de las que trataremos más adelante.

Un problema que se ha planteado, especialmente en la última década, es el de los actos *ultra vires*. En ocasiones, el mandante se excede en sus funciones y no se había

ser entregada en Nueva York contenía una cláusula que incluía la elección de la ley inglesa para la interpretación y ejecución del contrato. Vita Food Products Inc. acudió a los tribunales canadienses para pedir que se aplicara la Ley de Newfoundland, ya que no existía ningún punto de contacto con Inglaterra. Pero, Unus Shipping Co., Ltd, quiso hacer valer el principio de la autonomía de la voluntad, las partes habían decidido sujetar el contrato a la ley inglesa y bastaba eso para que dicha ley fuera la aplicable. Los tribunales establecieron que en el comercio internacional las partes eran libres de elegir la aplicación de la ley inglesa siempre y cuando ésta hubiera sido de buena fe y de acuerdo a Derecho. Cfr. Schmitthoff's, Clive M. Erport trade, the law and practice of international trade. London. Stevens & Sons, 1990. Págs. 211 y sgtes.

¹⁷ Cfr. Art. 18.

¹⁸ Cfr. Barata, Roberto. *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*. Milán. Giuffré. 1991.

regulado adecuadamente este aspecto en el derecho comercial internacional. Ahora, en el Art. 15 de la Convención, 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 deberá aplicar lo dispuesto en el Art. 10 con lo que se lograrán realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto en lugar de atenerse a tecnicismos jurídicos, que en algunos casos sólo son artimañas de una de las Partes para obtener mayores beneficios.

2.2.3. Los principios generales del derecho comercial internacional

Cuando en el seno de la comisión se discutió el criterio que determinaría el derecho aplicable a falta de elección de las partes —o si ésta hubiera sido ineficaz—, la delegación de los Estados Unidos de América propuso que el derecho se determinara por los principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organizaciones¹⁹ internacionales, y en la medida en que estos principios no dieran la solución, el derecho aplicable sería determinado por los otros criterios que se incorporaban en el proyecto elaborado durante la reunión de expertos de Tucson.

A esta propuesta, el Dr. Leonel Perezniето, en nombre de la delegación mexicana, puso de relieve la incertidumbre que se ocasionaría al seguir este criterio, ya que los jueces nacionales difícilmente conocerían y aplicarían dichos principios. Otras delegaciones apoyaron el argumento de la delegación mexicana. El tema se sometió a un profundo análisis y finalmente el texto del Art. 9, en su segundo párrafo, quedó de la siguiente forma:

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.

Al incorporar como criterio subsidiario "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" indirectamente se incorporan, entre otros, los principios elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma (Unidroit) y los llamados Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Indudablemente, uno de los mayores aciertos de la CIDIP V fue incorporar estos principios generales aceptados por organismos internacionales, ya que estos han establecido normas generales que han sido concebidas, fundamentalmente, para los contratos internacionales. Como los principios de los que trata la Convención representan principios de derecho contractual comunes a varios ordenamientos jurídicos, o que se adaptan mejor a

¹⁹ En el informe del relator de la Comisión I relativo al derecho aplicable a la contratación internacional se lee: "Se entendió que el concepto 'organizaciones internacionales', en este párrafo, incorpora todos los elementos de la 'lex mercatoria'".

las exigencias del comercio internacional, pueden ser la mejor opción como informadores del Derecho que regule el contrato.

La Convención otorga la facultad al tribunal para que pueda aplicar en lugar de un derecho extranjero, eventualmente aplicable al contrato, los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además, en ciertas ocasiones, la dificultad para establecer el derecho extranjero aplicable puede obedecer al carácter específico de las fuentes jurídicas extranjeras apropiadas y/o al costo que implicaría acceder a ellas. Por lo que recurrir a los principios generales en lugar de aplicar el derecho extranjero debe ser un último recurso. Sin embargo, puede justificarse recurrir a los principios no sólo ante la imposibilidad de establecer la norma idónea del derecho aplicable, sino también ante el desproporcionado esfuerzo y/o costo que implicaría su investigación.

Hasta ahora la práctica usual de los tribunales ante estas situaciones era aplicar la *lex fori*. Otra ventaja que tendrán los principios será la de evitar aplicar un derecho que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las Partes que para la otra.²⁰

2.2.A. La *lex mercatoria*

Además de lo ya expuesto, la Convención ha reconocido la existencia y necesidad de la llamada *lex mercatoria*, al establecer en el Art. 10 que:

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.

La *lex mercatoria* suele ser definida de diversas formas;²¹ sin embargo, una muy clara definición es la que brinda la Convención describiendo sus fuentes y fines. Con esto la

²⁰ Cfr. comentario al preámbulo de los principios para los contratos mercantiles internacionales aprobados por el Consejo de Dirección del Unidroit, en mayo de 1994.

²¹ GOLDMAN enfoca la naturaleza y ámbito de aplicación de la *lex mercatoria* como "un *droit spontané formé d'usages professionnellement codifiés, de montages juridiques, de clauses contractuelles et d'ensemble de contrats qui aménagent d'une manière constante et originale les rapports juridiques entre les partenaires a des opérations internationales*". Goldman, B. *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives* en Clunet. 1979. Págs. 478, 490. Véase la posterior definición del mismo autor: "A set of general principles, and customary rules spontaneously refferred or elaborated in the framework of international trade, without references to a particular national system of law". (Goldman, B. *Contemporary problems in international arbitration*. 1983. Pág. 116.)

HIGHTER la define como: "principles of the developing transnational or international lawmerchant, capable of being applied by decisionmakers (judges or arbitrators) as a source of legal rules, in order to give content to decisions, in much the same way that the decisionmakers would apply a real legal system such as the *lex fori* or the *lex loci arbitri* (. . .) a brave new world of rules and principles of a quasilegal nature, disemboided from and unattached to any specific jurisdiction or the legal system of any given country (. . .), a sort of shadowy, optional, aleatory international congerie of rules and principles". Hightet, K. *The enigma of the lex mercatoria* en Tulane Law Review. 1989. Págs. 617-618.

Convención reitera la necesidad de que en las relaciones comerciales predomine la equidad y la justicia, en lugar de la lucha por los tecnicismos jurídicos, frecuentemente desconocidos por los comerciantes. En cambio los usos y prácticas comerciales cobran una especial importancia en esta Convención, pues estos sí obligan a las Partes aunque no los conocieran, si dichos usos son ampliamente conocidos y regularmente observados en contratos del mismo tipo.

En cuanto a la determinación del derecho aplicable la solución de la Convención ha sido la mejor, porque si se hubiera elegido como primer criterio los principios generales, en lugar de los vínculos más estrechos, frecuentemente se hubiera tenido que buscar otro derecho aplicable. Piénsese, por ejemplo, en las autorizaciones administrativas que deban ser tramitadas. ¿Con base a cuál derecho se determinarían? Lo mismo puede decirse respecto al registro público de los actos que así lo requieran; los derechos de tercero que deban ser respetados, las prácticas restrictivas del comercio internacional y definir cuáles son las normas que tengan carácter imperativo.

La salvaguarda de las normas imperativas ha sido contemplada en el Art. 11 de la Convención, con la peculiaridad de que queda a la discreción del foro aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado, con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En cierta ocasión el Prof. Siqueiros afirmó que "en la etapa histórica del último decenio del siglo XX la economía parece orientarse a una de libre mercado. Esta apertura económica será proclive a la contratación y a una mayor integración a nivel hemisférico. Una etapa posterior tal vez nos conduzca a una verdadera globalización de la economía".²² La firma de la Convención que ahora tratamos marca un hito muy importante al unificar los criterios de la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales e indudablemente facilitará las relaciones comerciales. Sin embargo, no se debe olvidar que para que una comunidad llegue a familiarizarse con el uso de una convención pasan muchos años. Por eso, es de desear que a los instrumentos internacionales se les dé la debida difusión, incluso antes de su inicio de vigencia.

DELAUME, por su parte, sostiene que la *lex mercatoria* constituiría un "separate legal system specifically designed to regulate situations that neither domestic nor international law was intended to cover" un *ordinamento che "remains, both in scope and in practical significance, an elusive system and a mythical view of a transnational law"*. Delaume, G.R. *Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the lex mercatoria*, en *Tulane Law Review*. Vol. 63. 1989. Págs. 576 y 611.

²² Siqueiros, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. en *Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*. Editorial Porrúa. 1992. Pág. 82.

IV. TEXTO OFICIAL DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

(Aprobada en la Tercera Sesión Plenaria, 17 de marzo de 1994)

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS
QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
(14 AL 19 de marzo de 1994, México, D.F.
OEA/Ser.K/XXI.5 / CIDIP-V/doc.34/94 rev.3 / 17 de marzo de 1994 / Original: español

Los Estados Partes de esta Convención,

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico.

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente convención:

CAPÍTULO PRIMERO

Ámbito de aplicación

ART. 1. Esta convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

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.

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.

ART. 2. El Derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal Derecho sea el de un Estado no Parte.

ART. 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.

ART. 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.

ART. 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;

Las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

ART. 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 Parte de esta Convención.

CAPÍTULO SEGUNDO

Determinación del Derecho Aplicable

ART. 7. El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo 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.

ART. 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.

ART. 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.

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.

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.

ART. 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.

ART. 11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

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.

CAPÍTULO TERCERO

Existencia y validez del contrato

ART. 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 registrarán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

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.

ART. 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.

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 o con el Derecho del lugar de su ejecución.

CAPÍTULO CUARTO

Ámbito del Derecho aplicable

ART. 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.

ART. 15. Lo dispuesto en el Art. 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.

ART. 16. El Derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

ART. 17. Para los efectos de esta Convención se entenderá por "Derecho" el vigente de un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

ART. 18. El Derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPÍTULO QUINTO

Disposiciones generales

ART. 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.

ART. 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.

ART. 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.

ART. 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.

ART. 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.

ART. 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

ART. 25. Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ART. 26. Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ART. 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.

ART. 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.

ART. 29. Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte 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.

ART. 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 Art. 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.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.