La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. Introducción. II. La Convención de México y el derecho aplicable a los contratos internacionales en el derecho internacional privado convencional. A. Derecho aplicable al contrato internacional en ausencia de una elección expresa o efectiva por las partes. B. Límites de la autonomía de la voluntad en la Convención de México. C. Teorías sobre el derecho que debe regir la forma del contrato y la fórmula adoptada por la Convención de México. D. Teorías sobre el derecho que debe regir la capacidad de los contratantes y la norma conflictual abrazada por la Convención de México. E. Teorías sobre el derecho que debe regir los efectos del contrato y la regla acogida por la Convención de México. III. Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN[1]

Existen tantos sistemas jurídicos como países del orbe. Cada sistema jurídico de la sociedad internacional da solución a los problemas derivados de la vida cotidiana en la forma que lo juzga conveniente atendiendo a las costumbres, historia y noción de la justicia que en dicho país impera.

Por otro lado, el hombre es un ser eminentemente móvil, esto es, lejos de residir en un sólo lugar se caracteriza por trasladarse a otros sitios lo cual dificulta la determinación de su régimen jurídico puesto que, en atención al territorialismo de

[1] Es el deseo del autor el expresar su más profundo agradecimiento al doctor José Luis Siqueiros Prieto por las observaciones y sugerencias realizadas al presente estudio así como por el apoyo, diligencia y entusiasmo mostrado en el fomento del estudio de la ciencia en él abordada que ayudaron a enriquecer el contenido del mismo.

las leyes, si el hombre residiera en un mismo paraje toda su vida, es decir, si le hombre fuera sedentario, dicha circunstancia bastaría para conocer el estatuto jurídico que lo gobierna. Sin embargo, el desplazamiento de las personas a otros países ha originado que las relaciones humanas sobrepasen las fronteras de los Estados desarrollando de esta manera en forma vertiginosa el tráfico jurídico y social a escala internacional.

Es en esta circunstancia fáctica en la que la ciencia del derecho conflictual encuentra su *leitmotiv* puesto que la movilidad del hombre exige que exista una disciplina que de solución a las controversias que surgen de dicha circunstancia, esto es, de la concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o leyes que en el espacio reclaman la observancia de un caso, acto, hecho o relación jurídica determinada.[2]

Cuando las personas entablan relaciones jurídicas a nivel internacional no existe un ordenamiento superior a los Estados el cual regule dichas relaciones de carácter privado, por lo que resulta necesario analizar los contactos (puntos de conexidad) que guarda dicha relación jurídica con los diferentes órdenes jurídicos para determinar cuál de ellos debe tener más peso sobre los otros puntos de conexión procurando, de esta manera, localizar la relación jurídica en cuestión con la sociedad y sistema jurídico con el que guarde una relación más estrecha con el propósito de designar la misma como el derecho rector de dicha relación jurídica. De ahí que surja el derecho internacional privado como la disciplina que se encarga de regular los casos jusprivatistas con elementos extranjeros.

El fenómeno del tráfico jurídico internacional se ha caracterizado por tener un crecimiento galopante en años recientes. La actividad derivada del mencionado tráfico jurídico se materializa en actos jurídicos, esto es, *contratos* los cuales, en razón de la relación que pretenden documentar y regular, se caracterizan por estar repletos de elementos extranacionales, es decir, puntos de conexidad que vinculan al acto jurídico en cuestión con el sistema jurídico de diversos Estados.

De ahí que el estudio de la ley aplicable a los actos jurídicos internacionales cobre vigencia e importancia para el armónico fluir del tráfico y comercio internacional puesto que el contrato es el instrumento y vehículo jurídico de mayor importancia y que da vida a en las operaciones comerciales privadas.[3]

La actividad empresarial transnacional es tan antigua como el concepto de la Nación-Estado[4] y las controversias derivadas de dicha actividad son hechos no sólo ocurrentes sino frecuentes.[5] Una de las maneras en que los Estados buscan eliminar los problemas inherentes y resultantes del tráfico jurídico internacional lo consti-

[2] Adoptando la definición de la disciplina de derecho internacional privado propuesta por Víctor Romero del Prado en la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. *Cfr.*, voz: "Derecho internacional privado", t. VII, p. 503.

[3] HONNOLD, John O. "International Unification of Private Law", en SCHACHTER, Óscar y JOYNER, Christopher C. (eds.) *United Nations Legal Order* 2 (American Society of International Law Grotius Publications Cambridge University Press 1995) 1025.

[4] RUBIN SEYMOUR, J. "Avoidance and Settlement of International Investment Disputes", en *The American Society of International Law* (Washington West Publishing Company 1985) 1.

[5] *Idem.*

tuye la celebración de tratados internacionales en los cuales se determina y regula el trato y la consecuencia jurídica que debe prevalecer ante una determinada situación o relación jurídica con miras a evitar el trato diverso a una determinada hipótesis jurídica por diversos sistemas jurídicos. De esta manera se procura otorgar mayor certeza y seguridad jurídica a las transacciones que como resultado de su internacionalidad desbordan las fronteras de un Estado presentando una diversidad de puntos de conexión.

El tema de la contratación internacional no es nuevo en la arena del derecho internacional privado. Los problemas que dicho fenómeno legal presenta han sido objeto de un constante y arduo escrutinio por los cultores del dicha materia. Sin embargo, como resultado del fenómeno de la globalización que hoy en día ha caracterizado a las economías del concierto de las naciones, el tópico concerniente al derecho que debe normar los actos jurídicos internacionales ha cobrado una especial importancia puesto que el galopante comercio internacional se ve reflejado necesariamente en actos jurídicos que lo documenten y regulen.

Es aquí donde la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales[6] (la Convención de México[7] o la CIDACI) encuentra su *raíson d'etre*. Con el objetivo evitar *a priori* el surgimiento de controversias que obstaculicen el flujo normal de las operaciones internacionales, se ha creado un tratado internacional en el cual los Estados Parte del mismo acuerdan la *lex causae* que normará determinados actos jurídicos (en este caso los contratos que cumplen con la calidad de internacionales, según se define en la CIDACI).

El tema de la contratación internacional fue objeto de análisis en las CIDIP por vez primera en la CIDIP II celebrada en Montevideo, Uruguay en 1979 como resultado de la aprobación de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.[8] Con posterioridad, en el seno de la CIDIP III de 1984, el tema de la contratación internacional volvió a ser objeto de discusión durante los debates que dieron vida a la Convención sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. Con posterioridad a lo descrito la Organización de Estados Americanos (OEA) determinó el incluir dicho tópico en la CIDIP IV que tuviere lugar en Montevideo en 1989.[9]

[6] Aprobada en la tercera sesión plenaria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V) que tuvo lugar el 17 de marzo de 1994. PEREZNIETO, Leonel "Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *Revista de Derecho Privado* 13, 14 y 15 (México UNAM-Mc.Graw Hill enero-diciembre de 1994) 139.

[7] El decreto por el que se aprueba este instrumento internacional fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de mayo de 1996. A la fecha de elaboración del presente estudio, tan sólo Venezuela y México habían depositado su instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Venezuela lo depositó el 26 de octubre de 1995 y México el 15 de noviembre de 1996, por lo cual, de conformidad con el artículo 28 de la convención en cuestión, la CIDACI entró en vigor el 15 de diciembre de 1996, es decir, al trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación.

[8] Doc. OEA/Ser.K/XXI.5.CIDIP-V/4/93, p. 5.

[9] Doc. OEA.AG/RES.834 (XV-0/86).

Previa la celebración de la CIDIP V, la Asamblea General de la OEA convocó a una reunión de expertos en el tema de contratación internacional, en la cual el Consejo Permanente de la OEA decidió incluir el tema en la agenda del Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro. En la sesión de agosto de 1990 se designó al doctor José Luis Siqueiros como relator. El doctor Siqueiros elaboró la exposición de motivos y el proyecto de la CIDACI el cual fue aprobado por el Comité Jurídico Interamericano. Dicho proyecto fue discutido en la reunión de expertos sobre contratación internacional que tuvo lugar en Tucson, Arizona en noviembre de 1993, de donde surgió un nuevo proyecto que posteriormente fue ventilado en la CIDIP V.[10]

Ámbito de este estudio

Una de las características más sobresalientes del derecho internacional privado (el derecho conflictual o *conflict of laws* como se le conoce en la doctrina iusprivatista del *common law*) es la sorprendente falta de consenso en cuanto a los objetivos y métodos de dicha disciplina.[11] A su vez, el tema del derecho que debe regir los contratos, esto es, las obligaciones, se ha reputado como una de las áreas más conflictivas de esta temida materia, razón por la cual la adopción de la Convención de México constituye un gran paso en las labores de desarrollo y perfeccionamiento de nuestra materia.

En el transcurso del presente ensayo procuraremos echar un vistazo a los antecedentes más recientes del derecho convencional internacional en la presente materia para apreciar los puntos de partida de la Convención de México y los avances que esta ha tenido *vis-á-vis* sus antecesores.

Vale la pena mencionar que este estudio, si bien pretende abarcar la ley rectora a las obligaciones, se pretende constreóir al derecho de las obligaciones contractuales y no a las obligaciones que surgen de fuentes extracontractuales o *ex lege* (como lo son las que surgen de los cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos), acerca de las cuales no sobra mencionar que la doctrina admite en forma casi unánime que dichas obligaciones (las obligaciones *ex delecti*) se rigen necesariamente por el derecho del cual surgen, o sea por la ley del lugar en el cual se ha verificado el hecho en cuestión y que origina dichas obligaciones, es decir, por la *lex loci*.[12]

[10] PEREZNIETO, *op. cit.*, pp. 138-139.

[11] JUENGER, Friederich K. *Choice of Law and Multistate Justice* (The Netherlands Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/London 1993) 1.

[12] *Vid.* ASSER, T. M. C. "Derecho internacional privado. La ciencia jurídica", en *Revista y Biblioteca Quincenal de Doctrina, Jurisprudencia y Ciencias Anexas* (México 1898) 81-82. Y del mismo autor. *Droit International Privé ou du conflit des lois* (Paris 1884) 86-88.

II. LA CONVENCIÓN DE MÉXICO Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL

Los redactores de la CIDACI, observando que la *lex scripta* internacional ya había abordado el tópico del derecho que debe normar a los contratos[13] de jerarquía Internacional,[14] echaron mano, entre otros,[15] de dos instrumentos internacionales que sirvieron de fuentes de emulación e inspiración para la elaboración de la CIDACI:[16]

a) El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[17] (el Convenio de La Haya); y

b) El Convenio entre los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales[18] (la Convención de Roma).

[13] En un trabajo de índole conflictual como es el presente no debe faltar la observación relativa al posible problema derivado de la calificación del término contrato. Es decir, ante la falta de definición por parte de la Convención de México de lo que constituye un contrato, pueden producirse divergencias de calificación, ya que si para algunos estados puede haber un elemento contractual, para otros puede no serlo. Como resultado de lo anterior, la calificación deberá ser realizada de conformidad con el órgano aplicador del derecho en cuestión con base en una *lex fori*, lo cual trae aparejado el riesgo de que la Convención de México no tenga una aplicación uniforme. *Vid.* SANTOS BELANDRO, Rubén *El derecho aplicable a los contratos internacionales* (Montevideo Facultad de Derecho de la República-Fundación de Cultura Universitaria 1996) 15.

[14] Vale la pena mencionar que no obstante la diversidad de elementos que existen para atribuirle a un contrato el carácter de internacional, la Convención de México ha limitado dicha concepción al expresamente definir en su artículo primero que para efectos de dicho instrumento internacional, un contrato será internacional si: (i) *criterio objetivo*: las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en estados partes diferentes; o (ii) *criterio subjetivo*: si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. Si bien la definición expuesta ha estrechado el abanico de posibilidades para atribuirle el rango de internacional a un contrato, consideramos que dicho paso es acertado puesto que las pautas que se podrían utilizar para hacer esa caracterización son vastísimas (basta sólo pensar en la diversidad de puntos de conexión o elementos de extranjería que pueden entrar en juego en un acto jurídico, como lo pueden ser la nacionalidad o domicilio de las partes, los lugares de negociación, de firma, de formalización, de ejecución, de pago o de entrega; el Estado de la moneda de contrato, el foro, la sede del arbitraje, etcétera) y la línea debió trazarse en algún lugar, por lo cual consideramos que el empleo de una doble fórmula, la objetiva y la subjetiva, es apropiada a efecto de otorgar seguridad jurídica al ámbito de aplicación material de la Convención de México.

[15] Además de las convenciones de La Haya y Roma, existen tratados que constituyen antecedentes a la Convención de México que no pueden pasar inadvertidos al estudioso de estas materias, a saber: (i) la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; (ii) la Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (adoptada el 14 de junio de 1874 en la ciudad de Nueva York); (iii) el Protocolo que modifica el tratado anterior (adoptado el 11 de abril de 1980 en la ciudad de Viena); y (iv) la Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías (adoptada en Ginebra el 17 de febrero de 1983). *Vid.* SIQUEIROS, José Luis "Exposición de motivos del anteproyecto de la CIDACI", presentado al Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro, Brasil. CJI/SO/II/doc.6/91. 3 de julio de 1991, pp. 4 y 5.

[16] SIQUEIROS, José Luis, *op. ult. cit.* pp. 4 y 5.

[17] Del 22 de diciembre de 1986.

[18] Elaborada en Roma el 19 de junio de 1980.

Estos dos instrumentos internacionales fueron estudiados por los padres de la Convención de México con el propósito de aprender de la experiencia ajena aprovechando el trecho transcurrido por los redactores de dichos instrumentos con miras a no incurrir en los mismos errores cometidos en dichas herramientas jurídicas internacionales y con la finalidad de crear un mejor instrumento que fuera apropiado a las nuevas, complejas y cambiantes circunstancias que presenta la dinámica realidad.

En materia de la ley que debe regir los actos jurídicos de talante internacional ambos instrumentos abrazan la autarquía personal.[19]

De esta misma manera el artículo 7 de la Convención de México establece:

> 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 (énfasis añadido).

Como puede apreciarse de la simple lectura de la primera oración del artículo 7 de la Convención de México, dicha convención ha acogido sin reticencia alguna y de la forma más amplia la autonomía de la voluntad.

El hecho de que un tratado internacional de la envergadura de la Convención de México y con el ámbito de aplicación y de aceptación que manifiesta este instrumento abrace la autarquía personal en la forma en que lo hace, representa un gran avance en nuestra materia en virtud de que el desarrollo local de la teoría de la autonomía de la voluntad,[20] y el grado en que dicha teoría ha sido acogida y, una vez recogida, el alcance de aceptación de la misma que los Estados del continente Americano[21] han brindado ha sido, lejos de ser uniforme, muy variada puesto que su aceptación en gran medida ha sido resultado del grado de intervención de cada Estado en las relaciones privadas, por lo que al ser adoptada por la Convención de México en el seno de la OEA constituye un paso altamente plausible.

En el texto del artículo 7 citado se establece que la elección del derecho rector debe ser expresa. A su vez, dicho precepto establece que a falta de elección expresa, la elección de los contratantes puede inferirse de la conducta de las partes y del clausulado del contrato.

[19] Consúltense artículos 7 del Convenio de la Haya, y 3 de la Convención de Roma. Dichos preceptos dicen, respectivamente, "Artículo 7. 1. El contrato de compraventa se regirá por la ley elegida por las partes." Por su parte, el artículo 3 de la Convención de Roma dispone: "Artículo 3. Libertad de elección. 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes."

[20] Al grado en que el iuspublicista Uruguayo Quintín Alfonsin llegó a considerar que la autonomía de la voluntad era un elemento extraño al derecho conflictual. *Cfr.*, "Régimen Internacional de los contratos", citado por Juenger, Friedrich K. "The Inter-american Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", en *American Journal of Comparative Law* XLII 2 (Spring 1994 1994) 387.

[21] Inclusive en la Conferencia de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1889 se proscribió implícitamente la autonomía de la voluntad. JUENGER, Friedrich K. *op. ult. cit.*, pp. 386-387.

Mediante esta fórmula la CIDACI corta camino y afirma que cuando la elección de la ley aplicable no surge de una elección expresa o tácita se concluirá que los contratantes no han efectuado ninguna selección y deberá acudirse, en consecuencia, al régimen de las conexiones subsidiarias las que tendrán que ser estudiadas por el juez competente.[22]

Lo referente a la elección tácita nos llama mucho la atención puesto que constituye la cristalización del principio de hermenéutica jurídica conocido como *consuetudo est optima legum interpres*, según el cual la mejor forma de interpretar el contenido de una ley o acto jurídico cuya interpretación admite interpretaciones equívocas o multívocas es atendiendo a la conducta y costumbres de las partes puesto que es ésta la que ofrece el mejor criterio para el juzgador para determinar la intención de las partes en el momento en que se celebró el acto jurídico[23] en cuestión y durante la vida del mismo, puesto que hacer caso omiso de la conducta inherente a la relación jurídica derivada del contrato podría resultar en interpretaciones jurídicas erróneas.[24]

Como resultado de lo anterior, en la Convención de México hay una prerrogativa del legislador dejada en manos de los particulares fundamentada en que por más arbitraria que sea la voluntad de los particulares contratantes, será menos arbitraria que la decisión del juez o del legislador.[25] A falta de una fórmula satisfactoria de carácter universal, la designación realizada por un juez causa más incertidumbre en las transacciones internacionales que la voluntad de las partes.[26] De esta manera, a través de la regla plasmada en la CIDACI, la voluntad de las partes ejerce una función conflictual y les permite elegir la ley que sea más conforme con sus intereses. Mediante el *pactum de lege utenda*, la justicia conflictual logra más la seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Un último aspecto que queremos mencionar relacionado con lo previamente expuesto y que nos causa especial interés de la CIDACI es que, no obstante las críticas que en algún momento llegó a realizar la doctrina en torno al *pactum tacitum*,[27] la CIDACI la ha acogido al disponer, en su artículo séptimo, que "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."

Lo anterior nos hace pensar que los redactores de la CIDACI lejos de ver la figura de la voluntad tácita del derecho aplicable a un contrato internacional como una ficción o una falsificación de la presunta voluntad de las partes contratantes,[28] lo concibieron como una medida que favorecía la certidumbre jurídica al reconocer

22 SANTOS BELANDRO, Rubén, *op. cit.*, pp. 63-64.

23 O la intención del legislador, en caso de tratarse de leyes.

24 En este sentido véase el artículo 1856 del Código Civil para el Distrito Federal.

25 SANTOS BELANDRO, Rubén, *op. cit.*, p. 55.

26 *Idem.*

27 *Vid.* Sección II.A.3.a. de este estudio.

28 Como así lo argüía el publicista Niboyet J. P. en *Principios de derecho internacional privado* 2a. (Madrid Reus 1928).

que de los nexos existentes en el contrato y la conducta de los contratantes se puede inferir una solución que sea más *ad-hoc* al caso en concreto y logre más la seguridad jurídica en las transacciones que alguna otra fórmula rígida que podría resultar injusta y crear incertidumbre en el comercio internacional.

El dépeçage

El artículo séptimo de la Convención de México establece

> 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* (énfasis añadido).

La Convención de México, al establecer que la determinación del derecho aplicable podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo, nos indica que dicho instrumento acoge el fenómeno conocido en el argot del derecho conflictual como el *dépeçage, découpage* o el *desmembramiento* o *desmenuzamiento* del contrato.

El *dépeçage* se ha definido como el sometimiento dual o múltiple para que distintos derechos o normas armónicamente regulen distintos aspectos de un contrato mercantil internacional.[29]

Mucho se ha dicho en la doctrina en torno al *dépeçage*. Por lo general se busca evitar, en la medida de lo posible, el que los derechos y obligaciones derivados de una relación jurídica contractual se desmenucen habida cuenta de que en un contrato cuyas facetas están sujetas a una diversidad de legislaciones (o reglas que no necesariamente constituyen derecho positivo)[30] puede presentar más problemas de los que el desmembramiento puede solucionar, en virtud de que con frecuencia los sistemas jurídicos de diversos Estados tienden a contemplar soluciones distintas, y a veces antagónicas o contradictorias entre sí,[31] como resultado de las diferentes

29 GRUSON, Michael "Contractual Choice of Law and Choice of Forum: Unresolved Issues", del libro *Judicial Enforcement of Internactional debt Obligations* Sasson, D. y Bradlow, D. International Law Institute (Washington 1987) 14-15, y Reese "Dépeçage: a Common Phenomenon in Choice of Law", en *Columbia Law Review* 58 (1973). Citados por Rogelio LÓPEZ-VELARDE "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable", en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 23 (México 1994) 451.

30 Por ejemplo los International Commerce Terms o INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los Principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales de la Unidroit, los principios internacionales desprendidos de la Uncitral, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), entre otros.

31 JUENGER, Friederich K. *Choice of Law and Multistate Justice* (Dordrecht/Boston/London Martinus Nijhoff Publishers 1993) 76, 138-139.

nociones culturales/sociales de cada comunidad de lo que constituye lo justo o equitativo ante cierta circunstancia.

Es por ello que la utilización de la herramienta del *découpage* debe tomarse con la debida cautela para fijar con toda certeza los aspectos de una determinada relación jurídica que cada uno de los derechos o reglas aplicables pretende gobernar con el fin de que los límites de cada uno de los ordenamientos respectivos puedan ser claramente diferenciados para no obstaculizar su armónico funcionar.

No obstante lo anterior, las nuevas corrientes se inclinan por aceptar el *dépeçage* en la medida en que las partes así lo hubieren querido, por considerarse que las partes contratantes, en razón de su pericia en la materia o por la asesoría a la que seguramente han recurrido, al optar por la figura jurídica del desmembramiento del contrato lo hacen a sabiendas y deseando los efectos jurídicos que la división de la unidad jurídica que constituye su contrato acarrea, por lo que cualquier prohibición o limitación a su libre utilización sería anacrónica por ir en contra y obstaculizar las posibilidades que ofrecen los nuevos instrumentos internacionales y las circunstancias actuales del comercio internacional.

En este orden de ideas, puede mencionarse, como ejemplos, la fracción V del artículo 14 del Código Civil para el Distrito Federal[32] así como lo artículos 7.1 de la Convención de la Haya y 4.1 de la Convención de Roma, los cuales contemplan la existencia del *découpage* del Contrato Internacional.

A. Derecho aplicable al contrato internacional en ausencia de una elección expresa o efectiva por las partes

No existe un acuerdo unánime acerca de las normas y los métodos que deben determinar el derecho aplicable al contrato internacional en ausencia de elección expresa de las partes o cuando dicha elección resulte ineficaz.[33] Todo lo contrario, existen grandes divergencias para lo anterior[34] que tornan aún más complicado el tema que pretendemos abarcar en este estudio.

En lo referente a este aspecto de la Convención de México, vale la pena hacer alusión a sus antecedentes para poder vislumbrar con toda claridad el avance que sobre este aspecto nos aporta la CIDACI.

[32] La fracción V del artículo 14 del Código Civil para el Distrito Federal (el cual regula lo concerniente a la aplicación del derecho extranjero) establece que: "Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica están regulados por diversos derechos, estos 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."

[33] Una elección del derecho aplicable resultará ineficaz porque afecta las leyes imperativas o de orden público del foro. En estos casos, la determinación de la ley rectora al contrato internaconal dependerá de la decisión del juez o del árbitro que conozca del asunto. *Vid.* SIQUEIROS, José Luis, *Exposición de motivos, cit.*, p. 15.

[34] *Ibid*, p. 16.

El Convenio de La Haya

Una vez establecida la regla general de autonomía de la voluntad[35] el Convenio de La Haya establece que a falta de elección por las partes, la ley aplicable será la del Estado en que el vendedor tenga su establecimiento al momento de celebración del contrato.[36]

En adición a lo anterior, la Convención de La Haya dispone una serie de excepciones a la regla general anteriormente mencionada en las cuales el Contrato Internacional de Compraventa de Mercaderías se regirá por una ley diversa a la del Estado del vendedor, a saber:

- El contrato internacional se regirá por la ley del Estado del establecimiento del comprador cuando estemos ante cualquiera de las siguientes circunstancias:
  a) Cuando se hayan realizado negociaciones y el contrato haya sido concertado por las partes estando presentes en el Estado del comprador.[37]
  b) Cuando en el contrato se prevea que el vendedor debe entregar las mercaderías en el Estado del comprador.[38]
  c) Cuando el contrato haya sido concertado sobre la base de condiciones establecidas fundamentalmente por el comprador y de una invitación formulada por este último a diversas personas para la presentación de ofertas (licitación).[39]
- Cuando de las circunstancias particulares de cada caso se desprenda que el contrato internacional en cuestión tiene vinculaciones manifiestamente más estrechas con una ley distinta a la ley del Estado del vendedor o la ley del Estado del comprador, según sea el caso, el contrato se regirá por la ley del Estado que guarda más relación con el contrato.[40]
- *Ventas en subasta pública o en mercado bursátil.* Ante la presencia de este género de contratos, y salvo que las partes no hubieren designado otro derecho como el aplicable, se aplicará la ley del Estado en que tenga lugar la subasta o el mercado bursátil (la *lex fori*).[41]

La Convención de Roma

Como se expuso con anterioridad, la Convención de Roma, al igual que el Convenio de La Haya, abraza el principio de autonomía de la voluntad.

35 Artículo 7 de la Convención de La Haya.
36 Artículo 8 de la Convención de La Haya.
37 Artículo 8(2)(a) de la Convención de La Haya.
38 Artículo 8(2)(b) de la Convención de La Haya.
39 Artículo 8(2)(c) de la Convención de La Haya.
40 Artículo 8(3) de la Convención de La Haya.
41 Artículo 9 de la Convención de La Haya.

A diferencia del Convenio de La Haya, la Convención de Roma establece que será el derecho del Estado con el cual el Contrato Internacional sostiene sus *vínculos más estrechos* el que rija el contenido de dicho acto jurídico.

Ahora bien, si bien podría considerarse que el término vínculos más estrechos es un tanto hetereo o abstracto, este instrumento ha deslindado el alcance del mismo al mencionar una serie de presunciones a efecto de determinar cual es el *vínculo más estrecho* del Contrato Internacional en cuestión.

En este orden de ideas, la regla o presunción general será que se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debe suministrar la *prestación más característica* tiene, en el momento de su conclusión, su residencia habitual o, si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.[42]

Con posterioridad a la anterior regla o presunción general, la Convención de Roma establece adicionalmente diversas presunciones específicas en lo referente a contratos particulares con miras a determinar el derecho que se presume que constituye el *vínculo más estrecho* en un contrato de determinada naturaleza, a saber:

a) Contratos concluidos en ejercicio de una actividad profesional: En este caso la presunción es que será el derecho del país en donde se encuentre el establecimiento principal o, en caso de que sea un establecimiento diferente al principal el que debe suministrar la prestación del contrato en cuestión, entonces se presume que es el derecho del país de dicho establecimiento el que rige el contrato.[43]

b) Contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble: En este caso la presunción establecida en la Convención de Roma estatuye que se presume que es el derecho del país donde se sitúa el inmueble objeto del contrato el que guarda los vínculos más estrechos con el contrato.[44]

c) Contratos de transporte de mercancías. En presencia de contratos de esta naturaleza, la presunción existente en la Convención de Roma es que el derecho que guarda un vínculo más estrecho con el contrato será aquel en el cual el transportista tenga su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato si en dicho país esta situado el lugar de carga o descarga, o en dicho Estado se encuentra el establecimiento principal del expedidor.[45]

La Convención de México

En ausencia de estipulación del derecho aplicable, la CIDACI ha establecido que

42 Artículo 4(2) de la Convención de Roma.
43 *Idem.*
44 Artículo 4(3) de la Convención de Roma.
45 Artículo 4(4) de la Convención de Roma.

> 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*.
>
> 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 los 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.

En adición a lo anterior, el artículo 10 de la CIDACI, establece que:

> 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.

Si bien la CIDACI, al acoger la teoría de la autonomía de la voluntad en la forma en que lo hizo ha seguido establecida por la Convención de Roma[46] y el Convenio de La Haya,[47] la CIDACI ha dado un giro de gran importancia en lo referente a la forma de determinar el derecho aplicable en caso de que el Contrato Internacional no cuente con un estipulación expresa de ley rectora.

Tanto la CIDACI[48] como la Convención de Roma[49] establecen, por principio de cuentas, que será el derecho del Estado con el cual el Contrato Internacional sostiene sus vínculos más estrechos el que rija el contenido de dicho acto jurídico.[50] Sin embargo, es en la forma en que dichos instrumentos determinan cual es el vínculo más estrecho de un Contrato Internacional donde encontramos una divergencia acerca de la cual vale la pena abundar.

A diferencia de las presunciones creadas en la Convención de Roma la CIDACI ha establecido un método más sencillo para la determinación del derecho que guarda un vínculo más estrecho con el Contrato Internacional.

Para lo anterior, la CIDACI ha establecido que 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 el contrato tiene los vínculos más estrechos. A su vez, el tribunal debe hacer alusión a los principios generales del

[46] El artículo 3(1) de la Convención de Roma establece que "El contrato se regirá por la ley elegida por las partes".

[47] El artículo 7(1) del Convenio de La Haya establece que "El contrato de compraventa se regirá por la ley elegida por las partes".

[48] Artículo noveno de la CIDACI.

[49] Artículo 4(1).

[50] A diferencia del Convenio de La Haya, el cual dispone que a falta de elección por las partes, la ley aplicable será la del Estado en que el vendedor tenga su establecimiento al momento de celebración del contrato (artículo octavo del convenio címero).

derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, es decir, de conformidad con la CIDACI el juzgador debe hacer alusión a la *lex mercatoria*[51] existente a efecto de determinar el derecho rector del contrato internacional objeto del análisis en cuestión.[52]

En adición a lo anterior, otro criterio incluido en la CIDACI del cual puede echar mano el juzgador para determinar el derecho aplicable al contrato objeto de estudio, en atención a las exigencias de la justicia y la equidad, lo constituyen las normas, costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales (los *trade usages*).[53]

Si bien los criterios anteriormente descritos podrían sonar un tanto abstractos o ambiguos, hoy en día existe voluminosa literatura en lo que concierne a la *lex mercatoria* y las normas, costumbres, principios, usos y prácticas del derecho comercial internacional, así como cientos de laudos arbitrales y resoluciones judiciales que pueden ser consultadas a efecto de establecer con toda certeza cual es el derecho mercantil internacional[54] existente en nuestros días.[55]

Al hacer alusión a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales[56] y a las normas, costumbres y los principios del derecho comercial internacional,[57] el codificador internacional ha dado un gran avance puesto que en la redacción de la Convención de México, los negociadores de la misma tuvieron muy en mente a los Principios de la

51 El término *Lex Mercatoria* o *New Law Merchant* ha sido definido como conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin intervención de los estados y que constituyen un método de solución a los conflictos de leyes. STAELENS GUILLOT, Patrick, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. III, pp. 1961-1962. Para un estudio más detallado en torno al contenido y alcance del concepto de *Lex Mercatoria* consúltese LAURENCE CRAIG, W., William W. PARK y Jan PAULSSON *International Chamber of Commerce Arbitration* (Paris The Oceana Group Publishers ICC Publishing 1990) 603-619.

52 Vale la pena mencionar que la Convención de Roma (artículo 1(1)) ha precluido la utilización de leyes modelo como lo son los Principios de la UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales o demás *lex mercatoria*. Acerca de esto uno de los relatores de dicho tratado explica que el lenguaje empleado en el artículo primero de la Convención de Roma obedece a la intención de limitar la decisión de las partes a el derecho positivo de cualquier Estado. Es decir, la libertad de elección incluida en la Convención de Roma no incluye los instrumentos del derecho mercantil internacional citados. Esta característica de la Convención de Roma ha sido muy criticada por ser un anacronismo frente a la práctica comercial y judicial de nuestra época, en la que incluso los órganos judiciales de más alto nivel de diversos países comienzan a reconocer la facultad de los particulares de designar como normas rectoras aquellas que no son parte de un sistema jurídico específico. JUENGER, *The Interamerican..., cit.*, p. 384. A su vez, LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contracts aprés l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue crit.* D.i.p. 287, 300-301, 1991, citado por Juenger. Así como BERMAN & DASSER "The New Law Merchant and the Old: Sources, Content and Legitimacy", en *Lex Mercatoria and Arbitration* 21 (Thomas E. Carbonneau ed. 1990) 34-35.

53 Artículo 10 de la CIDACI.

54 El término "Derecho mercantil internacional" ha sido definido por el secretario general de las Naciones Unidas en un informe rendido a la Asamblea General como: "el conjunto de disposiciones que rigen las relaciones comerciales de derecho privado en que se hallan implicados distintos países", BARRERA GRAF, Jorge. Voz "Derecho mercantil internacional", en *Diccionario Jurídico Mexicano* II (México UNAM) 1008-1010).

55 JUENGER, Friedrich K. *The Inter-american Convention..., cit.*, p. 390.

56 *Vid.* Segundo párrafo *in fine* del artículo 9 de la CIDACI.

57 *Cfr.* Artículo 10 de la Convención de México.

Unidroit[58] sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en Roma en mayo de 1994 (los Principios de la Unidroit). Los Principios de la Unidroit, que son el equivalentes al Libro Cuarto (de las Obligaciones) del Código Civil para el Distrito Federal, constituyen *jus mercatorum*[59] y han sido elaborados a partir de la experiencia de juristas, abogados practicantes, etcétera, expertos en derecho contractual y comercio internacional de los cinco continentes del planeta representando todos los sistemas jurídicos del mundo con el afán de buscar la solución más justa a las transacciones internacionales a partir de la costumbre comercial internacional (international commercial custom) irrespectivamente de las tradiciones jurídicas a las que pertenezcan las partes del contrato en cuestión y las condiciones políticas y/o económicas de sus países de origen.[60]

Aparentemente los padres de la CIDACI, convencidos de la autoridad de los Principios de la Unidroit, los han contemplado como un criterio que deberá utilizar el órgano aplicador del derecho al momento de ponderar cual debe ser el derecho aplicable al Contrato Internacional en ausencia de elección del mismo por las partes o, cuando esta resulte ineficaz, así como al momento de aquilatar las circunstancias del caso en concreto para lograr la justicia y equidad en la solución del mismo.

De lo explicado podemos colegir que al apartarse del modelo europeo los padres de la CIDACI decidieron darle un radio de acción y de decisión más amplio al juzgador.[61]

A la luz del variado desarrollo que la autonomía de la voluntad ha tenido en nuestro continente, la CIDACI tiene como resultado el darle a dicho principio un status y aceptación a nivel continental.[62]

Los elementos objetivos y subjetivos

Los redactores de la Convención de México,[63] al examinar las posibles normas de conflicto de donde escoger para elaborar un instrumento más desarrollado que retomara los esfuerzos y aprendiera las experiencias que nos proporciona el estudio de los instrumentos internacionales que sirvieron de modelos para la CIDACI, abordó el estudio de las normas de conflicto que han surgido de las ramas legislativa

58 El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

59 Es decir, reglas elaboradas o aceptadas por organizaciones —en este caso la Unidroit— que las partes hacen suyas en sus relaciones jurídicas y las convierten en obligaciones entre ellas. PEREZNIETO *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 85-86 y 153-154.

60 Véase, en general, la introducción de los Principios de la Unidroit.

61 JUENGER, Friedrich K. *The Inter-american Convention..., cit.*, p. 389.

62 *Ibid.*, p. 388.

63 Vale la pena mencionar que si bien hablamos en plural de los redactores de la CIDACI fue a José Luis Siqueiros a quien se le encargó la labor de realizar un proyecto de un tratado internacional que pusiera solución al problema del derecho aplicable a los contratos internacionales y quien presentó ante el Comité Jurídico Interamericano el anteproyecto de la actual Convención de México. *Cfr.*, Documento CJI/SO/II/doc.6/91. Rio de Janeiro, Brasil, 3 de julio de 1991.

y judicial (a través de la jurisprudencia) haciendo una especial reflexión sobre los elementos objetivos y subjetivos que pueden emplearse para determinar la ley que debe regir un contrato internacional. De lo anterior, los padres de la Convención de México examinaron los siguientes criterios:[64]

a) Objetivos:
i) La nacionalidad de las partes;
ii) El domicilio o residencia habitual de las partes;
iii) El lugar de celebración (o negociaciones) del contrato; y
iv) El lugar de ejecución del contrato.
b) Subjetivos:
i) El equilibrio de intereses;
ii) La relación más significativa;
iii) Los vínculos más estrechos; y
iv) La prestación más característica.

A continuación procederemos a realizar una sucinta mención en lo que se refiere a cada uno de estos puntos de conexidad y criterios conflictuales como lo concibieron los redactores de la CIDACI.

Elementos objetivos

La nacionalidad de las partes. Los padres de la CIDACI concibieron este criterio como inflexible y poco adecuado para ser empleado como la norma de conflicto de la CIDACI sosteniendo que su aplicación podía dar lugar a la designación de leyes irrelevantes a la relación contractual, especialmente en aquellos casos en que las partes contratantes se celebraron el contrato en un país diverso al de sus nacionalidades o cuando el contrato va a surtir efectos en un lugar distinto de aquel correspondiente al sitio de celebración o el Estado de nacionalidad de las partes.[65]

El domicilio o residencia habitual de las partes. En lo que se refiere a este punto de conexión, los padres de la CIDACI consideraron que la *lex domicilli* no era un criterio adecuado a ser recogido por dicho instrumento internacional en razón de que la sola utilización de este punto de conexidad no resulta en la solución más adecuada ni en el método más sencillo para poner solución al problema relativo a la ley que debe regir un Contrato Internacional en virtud de que con frecuencia debe ir acompañado de otro criterio que ayude a diferenciar entre la multiplicidad de leyes que el criterio de la *lex domicilli* arroja habida cuenta de que en un contrato necesariamente deben existir, por lo menos, dos partes las cuales, en razón del carácter internacional del contrato, tienen sus cedes o establecimientos o domicilios

[64] SIQUEIROS, José Luis, *Exposición de motivos*, *cit.*, pp. 18 y 19.
[65] *Ibid.*, p. 19.

en Estados distintos, por lo que la *lex domicilli*, lejos de fijar una sola ley como la rectora de una relación jurídica determinada, designa dos derechos (cuando menos) como los aplicables, aquellos de los Estados en donde cada una de las partes del contrato tenga su domicilio, establecimiento o residencial habitual.[66]

Por lo anterior, de elegirse el criterio de la *lex domicilli* necesariamente debería aunarse a otro factor como lo puede ser el domicilio del vendedor, o comprador, o donde se hayan llevado a cabo las negociaciones, etcétera, de ahí que haya sido descartado por los progenitores de la CIDACI.

El lugar de celebración (o negociación) del contrato. En cuanto a este criterio de conexión, al meditar en torno a la viabilidad del mismo, los diseñadores de la CIDACI concluyeron que resultaba en un criterio que no debía ser retomado en razón de que la ubicación geográfica de los contratantes con frecuencia era resultado de un accidente, es decir, era un hecho fortuito que en nada involucraba la intención de los contratantes de elegir el derecho del lugar de celebración del contrato como el que debiera designar el derecho rector de su acto jurídico y que no existía justificación alguna para querer utilizar dicho criterio como el que guíe el derecho que debe regular una determinada situación o relación jurídica.[67]

A su vez, los redactores de la CIDACI, al ponderar este criterio hicieron alusión al gran inconveniente fáctico que los correos y transferencias electrónicas así como las telecomunicaciones internacionales generarían en la eficacia de la *lex loci celebrationis.*[68]

El lugar de ejecución del contrato. Al analizar la *Lex Loci Executionis* se hizo mención del gran éxito que esta *norm de rattachement* ha tenido en la tradición jurídica de los países latinoamericanos.

Adicionalmente se remembraron las ideas que en torno a este norma conflictual expresó el maestro Savigny[69] al decir que las expectativas de las partes se dirigen al cumplimiento de las obligaciones contractuales haciendo hincapié en el hecho de que el lugar de cumplimiento del contrato identifica el sistema legal con el cual el mismo sostiene su conexión más estrecha.

Los criterios subjetivos[70]

El equilibrio de intereses. En el informe presentado ante el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, el maestro Siqueiros nos hace ver que dicho criterio se esfuerza por encontrar una solución de compromiso entre las siguientes dos posturas:

66 *Idem.*
67 *Ibid.*, p. 20.
68 *Idem.*
69 Citado por BOGGIANO, A. *Derecho internacional privado* 2a. II (Buenos Aires Ediciones Depalma 1988) 698 y 721. (SIQUEIROS, Jose Luis *Exposición de Motivos...*, *cit.*, p. 20).
70 *Cfr.*, rubro "Los criterios parcialmente fundados en elementos subjetivos", de SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos...*, *cit.*, p. 21.

i) el interés gubernamental que refleja los intereses específicos del foro (para aplicar la ley del mismo), y
ii) el functional analysis[71] el cual amplia el criterio del interés analítico según el cual, cuando todas las jurisdicciones interesadas han sido identificadas, las políticas de los estados se equilibran.[72]

Se dice que la segunda tendencia es la que ha tenido mayor aceptación en los Estados Unidos y en otras partes del mundo, aunque el maestro Siqueiros nos subraya que en opinión del jurista Lagarde, el principio de autonomía de la voluntad enunciado en el artículo 7 de la Convención de Roma recibió su influencia de la corriente concerniente en el análisis de los intereses gubernamentales.[73]

La relación más significativa. Este criterio, conocido como el *most significant relationship*, cuyo origen está en el Second Restatement of the Conflict of Laws (sección 188), establece que cada aspecto conflictual del contrato internacional debe ser analizado para determinar el derecho con el que guarda una relación más significativa.[74]

El doctor Siqueiros, al comentar este criterio llega a la conclusión que, si bien el mismo tiene fuerza persuasiva, su mecanismo de operación es complejo en extremo en razón de que exige el tomar en consideración todos los criterios enunciados por la subsección 6 los cuales, si bien encomiables, en ocasiones llegan a estar en conflicto los unos con los otros, lo cual dificulta la labor del órgano aplicador del derecho al imponerle al obligación de jerarquizarlos en razón de su aparente importancia.[75]

Los vínculos más estrechos. Este criterio, el cual fue retomado por la Convención de Roma,[76] continúa con las ideas de la corriente de la relación más significativa estableciendo que el derecho aplicable al contrato internacional será aquél con el cual dicho acto tiene la conexión más próxima o, en otras palabras, la ley del Estado con el cual el contrato tenga los lazos más estrechos.[77]

[71] El *Functional Analysis* es el método empleado en el *common law* por virtud del cual se evalúa la legislación que se tiene intenciones de implementar analizando tanto los objetivos como los efectos prácticos del contenido de las leyes propuestas. SPANOGLE, John A. "A Functional Analysis of the EBRD Model Law on Secured Transactions", en *NAFTA: Law and Business Review of the Americas* III 2 (Spring 1997) 82.

[72] WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws* 262 (1971) y EHRENZWEIG, "Specific Principles of Private Transnational Law", 125 *Recueil des cours* 170, sec. 73 (1969); citado por SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos..., cit.*, p. 21.

[73] LAGARDE, "The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", 22 va. *Journal of International Law* (1981); citado por SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos.... cit.*, p. 21.

[74] SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos..., cit.*, pp. 21-22.

[75] En torno a lo anterior el maestro Siqueiros llega a afirmar que el eclecticismo hace más difícil la misión del juez. *Ibid.*, p. 22.

[76] Párrafo 1 del artículo 4.

[77] SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos..., cit.*, p. 22.

Esta solución conflictual ha sido arduamente criticada en la doctrina por ser una fórmula problemática[78] "que no quiere decir nada, excepto, tal vez, que no se llegó aún a la respuesta".[79]

En opinión del maestro Juenger,[80] la única ventaja que se pondera de la utilización de este criterio tan amorfo, es la casi completa libertad que se le otorga al órgano aplicador de derecho (juez o árbitro) de cuya sofisticación dependerá el resultado del asunto ya que mientras algunos podrán entender el propósito de dicha fórmula, otros intentarán discernir el centro de gravedad del contrato. Como resultado de lo anterior los resultados de esta fórmula, lejos de ser uniformes, oscilarán entre aspectos geográficos y criterios inspirados por la teleología.[81]

La prestación más característica. Este criterio subjetivo, el cual fue empleado en la Convención de Roma,[82] deriva de una tendencia que ha ganado fuerza en las últimas décadas en la doctrina y jurisprudencia de muchos sistemas jurídicos.[83] Por virtud de este criterio se conecta "el contrato con el medio socioeconómico del cual forma parte, dándole precisión y objetividad al de por sí impreciso concepto de la conexión más próxima".[84]

Sin embargo, al reflexionar sobre esta noción subjetiva, el doctor Siqueiros nos hace hincapié en cuanto a las dificultades que el mismo ocasiona, en virtud de que en múltiples contratos es extremadamente difícil determinar cual es la prestación más característica.

A su vez, se hace mención de que el criterio de la prestación más característica es un intento para excluir los problemas que presentaba la *Lex Loci Solutionis*[85] dándole mayor jerarquía a la obligación de la contraparte que debe efectuar el pago de la obligación contractual otorgándole más importancia al derecho personal de la parte obligada *vis-á-vis* las obligaciones de pago de dinero o el suministro de bienes y/o servicios.[86]

Habida cuenta de las anteriores reflexiones, los redactores de la CIDACI decidieron no adoptar la noción de la prestación más característica como medio de determinar el derecho aplicable a un contrato internacional.

78 JUENGER, Friedrich K. "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, anuario jurídico de la Universidad Iberoamericana, núm. 23, 1994, p. 50.

79 René David, citado por JUENGER, *idem*.

80 *Idem*.

81 *Idem*.

82 Artículo 4(2).

83 Informe Guiliano-Lagarde, citado por SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos..., cit.*, p. 22.

84 *Ibid.*, pp. 22-23.

85 En este sentido véase: JUENGER, "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, anuario jurídico de la Universidad Iberoamericana, núm. 23, 1994, p. 51.

86 SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos, cit.*, p. 23.

Conclusión

De todo lo anteriormente esbozado podemos concluir, a manera de resumen, que la CIDACI retomó *todos* los criterios objetivos y subjetivos someramente descritos,[87] de tal forma que el órgano aplicador del derecho en el caso en cuestión (ya sea un juez o árbitro) tiene un amplio abanico de opciones de donde escoger a efecto de llegar a una conclusión que cumpla con las exigencias de la realidad contemporánea buscando siempre lograr la justicia y equidad en la solución del caso concreto, como así lo requiere el artículo 10, *in fine*, de la Convención de México.

El parámetro seguido por la CIDACI nos recuerda otros criterios similares ya establecidos en otros sitios de nuestro sistema jurídico, como lo son el artículo 1426 del Código de Comercio[88] el cual establece:

> Las partes podrán elegir la ley que deba regir en cuanto al fondo del litigio, a menos que dicha elección no fuere válida por disposición de orden público. En caso de ausencia o invalidez de dicha elección, el árbitro o, en su caso, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinarán el derecho aplicable al fondo.

A su vez, si bien no derecho positivo, vale la pena recordar que el artículo 29[89] de las International Arbitration Rules de la American Arbitration Association y los artículos 11 y 13(3)[90] del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de la Cámara de Comercio Internacional establecen criterios semejantes.

87 Al establecer en el segundo párrafo del artículo noveno que "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 los vínculos más estrechos".

88 El cual fue reformado en 22 de julio de 1993 para incorporar en materia de arbitraje comercial internacional la Ley Modelo de la Uncitral en su título cuarto del libro quinto. El artículo equivalente de la Ley Modelo de la Uncitral es el artículo 28 "Rules Applicable to Substance of Dispute", el cual en su segundo inciso establece que "Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable". Para abundar en torno al contenido de dicha disposición se recomiendan: BROCHES, Aaron *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer/Boston 1990) 141 a 154; y HOLTZMAN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary* (Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer/Boston 1989) 764-807.

89 Dicho precepto establece, en su primer párrafo: "El tribunal aplicará la ley o leyes sustantivas que las partes estipularon como aplicable a la disputa. Si las partes no hiciesen tal estipulación el tribunal aplicará la ley o leyes que juzga apropiadas".

90 Este artículo preceptúa que: "Las partes pueden determinar libremente el derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio. A falta de indicación por las partes del derecho aplicable, al árbitro aplicará la ley designada por la norma de conflicto que juzgue apropiada".

Por otro lado, y en adición a lo anterior, vale la pena mencionar que el codificador internacional pretendió rechazar[91] en forma implícita, el principio[92] *quid eligit judicem eligit ius* al estipular, en el segundo párrafo del artículo séptimo, que: "La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la selección del derecho aplicable."

La forma en que el adagio citado ha sido redactado nos hace ver que no se le da un valor absoluto a dicho criterio sino que, más bien, se busca evitar lo que en la academia se conoce como la *perpetuato fori*, es decir, el que el juez y la ley pertenezcan siempre al mismo ordenamiento jurídico.[93]

Si bien el lenguaje anterior está expresado en un sentido negativo, se establece una presunción que pudiere ser de utilidad al momento en que el órgano aplicador de derecho realice la labor de interpretar la intención de las partes en lo referente a su *pactum tacitum* a falta de elección expresa por las partes. Por consiguiente, consideramos que la inclusión de dicha presunción (aunque negativa) es favorable puesto que otorga al juzgador un elemento adicional del cual puede hechar mano al momento de realizar su pesquisa analítica para designar el derecho aplicable al Contrato Internacional a falta de estipulación de *electio iuris* explícita por las partes.

B. Límites de la autonomía de la voluntad en la Convención de México

De conformidad con los artículos 11[94] y 18[95] de la CIDACI, los únicos límites[96] a la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 7o de dicho instrumento internacional son:

a) el orden público; y

b) las disposiciones de carácter imperativo del derecho del foro (de la *lex fori*) y del Estado con el cual el Contrato guarda los vínculos más estrechos.

91 SIQUEIROS, José Luis. "Los Principios de Unidroit como Normativa Aplicable por los Arbitros en Controversias Comerciales Internacionales", relatoría presentada en el Congreso Interamericano Hacia un Nuevo Régimen para la Contratación Mercantil Internacional: Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela 6-9 de noviembre de 1996.

92 En sentido contrario, *Cfr.* JUENGER, Friedrich K. "The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: Somo Highlights and Comparisons", en *American Journal of Comparative Law* XLII 2 (Spring 1994) 388.

93 SANTOS BELANDRO, Rubén. *op. cit.*, pp. 62-63.

94 El precepto en mención dicta: "Artículo 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".

95 Esta disposición establece: "Artículo 18. El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

96 JUENGER, *The Interamerican Convention.... cit.*, p. 388.

En lo referente a lo anterior tan sólo haremos una escueta mención.

Es necesario hacer la distinción entre el orden público en derecho interno, y el orden público en materia conflictual.

Orden público en derecho interno. Una norma de orden público o *ius cogens* es aquel tipo de normas cuya observancia no puede ser eximida por los particulares.[97] Las normas de orden público o *ius cogens* (*ordre public*), (que constituye el género[98] de las denominadas normas prescriptivas, taxativas, imperativas, de aplicación inmediata,[99] *overriding statute*, *mandatory rules*, y *lois de police*) tienen como objeto reglamentar la organización general de las relaciones sociales, consagrando derechos y obligaciones que no son más que mínimos o máximos.[100]

En su tarea delimitadora, el concepto del orden público diferencia entre las normas *ius cogens* (las normas absolutamente imperativas a las que la autonomía de la voluntad no puede descartar) de las normas *ius dispositivum*, cuya finalidad reside en suplir la voluntad inexpresada o deficientemente expresada de las partes del negocio jurídico en cuestión.[101]

Vale la pena aclarar que si bien el concepto comprendido dentro del *ordre public* abarca los principios superiores de la moral humana, los valores de la más alta jerarquía jurídico-política de un país, las buenas costumbres, los derechos inherentes a la personalidad humana y las libertades tal y como son profesados en un determinado país,[102] así como el interés nacional, dicho concepto, lejos de ser estático, es uno dinámico y cambiante[103] y está sujeto a una jerarquización, ya que, como apunta el maestro Batiffol, "todas las reglas de derecho interesan al orden público, aunque en grado diferente".[104] Es por ello que un Estado no puede reconocerle efectos a un acto o una legislación foránea que venga a ofender las *lois de police* de dicho Estado. Es aquí donde cobra relevancia la institución conflictual del orden público.

Orden público en derecho conflictual. En materia conflictual, el orden público, cláusula de reserva o *public policy* (como también se le conoce) es el medio de que se vale el órgano aplicador del derecho para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente.[105]

[97] *Vid.*, artículos 6º y 8º del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales preceptúan, respectivamente: "Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros." "Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

[98] SIQUEIROS *Exposición de motivos, cit.*, p. 12.

[99] Como lo son las leyes concernientes a políticas, económicas y monetarias, controles de cambio, regulación de transferencia de tecnología, de protección al consumidor, competencia económica, quiebras y suspensión de pagos, etcétera.

[100] GRAULICH, Paul *Principes de Droit International Privé. Conflit de Lois, Conflit de Jurisditions* (Paris Librairie Dalloz 1961) 62.

[101] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo *Derecho internacional privado* 4ª I (Madrid Atlas 1966) 366.

[102] *Ibid.*, pp. 361-366.

[103] SIQUEIROS, *Exposición de motivos..., cit.*, p. 12.

[104] Citado por MIAJA, t. I, p. 366.

[105] PEREZNIETO CASTRO, Leonel *Derecho internacional privado* 6ª (México Harla 1994) 135.

En opinión de Niboyet, el orden público es una medida de legítima defensa, un remedio en contra del mal que podría traer la aplicación de una ley extranjera.[106] Según Frankestein el orden público representa la oposición del principio de territorialidad con el de la personalidad.[107]

La función esencial del orden público, según Quintín Alfonsín,[108] consiste en que

> el Estado, en presencia una relación jurídica extranacional se excepciona de la aplicación de la norma regional que la rige para que dicha relación no produzca determinados efectos contrarios a lo específico-social del Estado; o, si pareciera mejor, impide que la relación jurídica extranacional produzca dentro de los ámbitos del Estado determinados efectos contrarios a lo específico-social para lo cual excluye aplicación de la norma regional.

El orden público constituye la excepción del principio de validez aceptación y respeto universal de las situaciones válidamente creadas en otros órdenes jurídicos, es decir, el reconocimiento internacional de los derechos adquiridos[109] o de los *vested rights* como se les conoce en la academia internacional privatista del *common law*.[110]

En nuestro sistema jurídico, esta institución conflictual ha sido plasmada en la fracción II del artículo 15 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone: "No se aplicará el derecho extranjero: [...] Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano."

No siempre la legislación llamada a regir una situación por la norma conflictual será susceptible de aplicación.[111] La idea de que la ley normalmente competente debe quedar inaplicada cuando el resultado de esta aplicación resulte incompatible con las concepciones morales fuertemente arraigadas en el país del juez obedece a la noción estatutaria de que mientras los estatutos favorables pueden obtener aplicación extraterritorial, no son susceptibles de ella los estatutos odiosos,[112] el *statutum odiosum* o *statuta odiosa*.[113]

[106] ARCE. Alberto G. *Derecho internacional privado* 7ª (Guadalajara Universidad de Guadalajara 1973) 120.

[107] *Idem*.

[108] Citado por ARELLANO GARCIA, Carlos *Derecho internacional privado* 10ª (México Porrúa 1992) 819.

[109] *Cfr., Enciclopedia Jurídica OMEBA* VII (Buenos Aires Driskill 1979) 514-515.

[110] Para abundar en torno a la doctrina de los derechos adquiridos se recomienda el acudir a PARRA-ARANGUREN, Gonzalo *General Course of Private International Law: Selected Problems. Recueil des Cours de l'academie de Droit International*, pp. 143-158.

[111] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *cit.*, t. I, p. 359.

[112] *Ibid.*, p. 360.

[113] JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice..., cit.*, pp. 15, 79 y 192.

El orden público en la Convención de México

Si bien existen otras excepciones a la aplicación de las leyes extranjeras, como lo son el fraude a la ley, el interés nacional, el desconocimiento en el foro de la institución extranjera y la reciprocidad,[114] la Convención de México tan sólo ha retomado el orden público[115] y la *lex fori* del Estado con el cual el Contrato guarda los vínculos más estrechos.

El maestro Siqueiros[116] explica que las partes en el Contrato Internacional tan sólo están limitados en su autarquía personal por el orden público y las normas de aplicación inmediata; lo cual se traduce en que el principio de proximidad aplica únicamente en circunstancias excepcionales y cuando el contrato tenga una vinculación manifiestamente más cercana con un sistema jurídico diverso al elegido por las partes bajo la premisa de que en todo caso el contrato debe ser objetivamente internacional, puesto que no basta la mera elección de las partes de una ley aplicable aun en consonancia con la elección de un juez o un árbitro para brindarle a dicho acto el carácter de internacional y hacerlo regir por el derecho convencional.[117]

En su informe ante el Comité Jurídico Interamericano, el Dr. Siqueiros recalca que deben de ser sólo las normas imperativas aplicables a contratos internacionales (y no aquellas normas imperativas locales aplicables a contratos que no reúnen los lineamientos de un Contrato Internacional) las que sean consideradas como normas imperativas del derecho internacional.[118]

No sobra mencionar que el Convenio de La Haya[119] y la Convención de Roma[120] en este tema tan sólo contemplaron al orden público y a las leyes de aplicación inmediata y de policía[121] de la *lex fori* como razón de no aplicación de la ley elegida al Contrato Internacional, lo cual nos hace ver que al incluir en la CIDACI las disposiciones de carácter imperativo de la *lex fori y* del Estado con el cual el Contrato Internacional guarda los vínculos más estrechos, de nueva cuenta que el legislador internacional redactor de dicha convención ha retomado y aprendido de los pasos de sus precesores al preveer que un acto jurídico de carácter internacional puede no sólo ofender el orden público y/o leyes de aplicación inmediata del foro sino también aquellas del Estado con el que guarda los vínculos más estrechos, situación que una herramienta jurídica del talante de la Convención de México debía prever.

[114] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *cit.*, t. I, p. 359.
[115] El cual ha sido cobijado por todos los Estados sin importar el sistema de derecho internacional privado que ha retomado. ARCE, Alberto G., *cit.*, p. 120.
[116] SIQUEIROS, José Luis *Exposición de motivos...*, *cit.*, p. 11.
[117] *Idem.*
[118] *Ibid.*, p. 14.
[119] Artículo 18.
[120] Artículo 16.
[121] Consúltense artículos 17 del Convenio de La Haya y 3(3) y séptimo de la Convención de Roma.

C. Teorías sobre el derecho que debe regir la forma del contrato y la fórmula adoptada por la Convención de México

Es prudente remembrar la doctrina clásica que estatuye que es absurdo y se debe evitar, en la medida de lo posible, el dividir el contrato en varios segmentos para después aplicarles una ley diferente a cada uno de ellos. A su vez, en este tema no podemos perder de vista la teoría que propugna que es imposible aplicar al contrato un régimen legal unitario, por lo que será menester aplicar leyes diferentes a cada uno de los elementos del contrato.[122]

Como se precisó con anterioridad, a este fenómeno se le ha denominado en el caló del derecho internacional privado como el *dépeçage*, o desmenuzamiento o desmembramiento del contrato.

El maestro Quintin Alfonsín distingue tres elementos dentro del desmembramiento horizontal:[123]

a) El contenido del contrato.
b) La forma del contrato.
c) La capacidad de las partes contratantes.

En lo que se refiere al contenido del contrato, hemos procedido a hacer una somera disquisición en las anteriores secciones de este pequeño estudio, por lo que procederemos a tratar el aspecto concerniente a la forma del Contrato Internacional, haciendo alusión a los antecedentes doctrinales y aquellos del derecho convencional internacional para luego abordar su regulación en la Convención de México.

Antecedentes doctrinales

Por *forma* debemos entender las condiciones exigidas por la ley para que una voluntad se tenga por efectivamente declarada.[124] El género Forma se divide en las siguientes especies: (i) Forma intrínseca (elementos de fondo del contrato); y (ii) Forma extrínseca (la que le da forma al contrato).[125]

Existen básicamente dos corrientes doctrinales que se ocupan de elegir el derecho que debe resultar competente para regir la forma de los actos jurídicos:[126]

a) locus regit actum,
b) la *lex personae* de las partes contratantes.

122 ESQUEDA LLANES, Ma. Claudia *El contrato internacional*, tesis profesional de la UNAM, 1984, p. 61.
123 SANTOS BELANDRO, Rubén, *op. cit.*, p. 53.
124 MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, t. II, pp. 201-202.
125 ESQUEDA, *op. cit.*, p. 62.
126 *Ibid.*, p. 63.

La doctrina y práctica estatal/legislativa se inclina por aplicar la norma de conflicto conocida como *Locus Regit Actum* a la colisión de leyes en lo que se refiere a la forma de un acto jurídico arguyendo que todos los actos jurídicos han recibido su ser y han nacido en el lugar en el que acontecieron y, por lo tanto, es la ley de este lugar la que les da vida y debe afectarlos y modificarlos en cuanto a su forma.[127]

La principal ventaja que se pondera de la consecución de este principio conflictual *vis-á-vis* la opción de sujetar la forma al estatuto personal de las partes contratantes es que cuando dichas partes se encuentran en un país extraño al suyo no se ven obligadas a recurrir por fuerza al derecho de su patria para establecer la forma a que han de sujetar su acto jurídico, sino que bastará con que cumplan con las formalidades señaladas por la ley del lugar en que se realice su contrato para que sea válido. Es por esto que se estima que el principio *locus regit actum* se ha instituido en beneficio de los particulares como atenuación del principio de nacionalidad.[128]

En adición a la ventaja esbozada en el párrafo anterior, es nuestra opinión que el designar a la norma de colusión conocida como *locus regit actum* como la noción conflictual que debe estimarse como apropiada para determinar el derecho que debe regular la forma de un acto jurídico es la más adecuada de las opciones presentadas por la doctrina considerando que de seguir la segunda opción, es decir, el hacer alusión al estatuto personal de las partes (ya sea el domicilio o la nacionalidad)[129] resultaría en una opción que lejos de facilitar la elección del derecho aplicable nos la dificultaría puesto que al existir necesariamente dos partes (por los menos) en un Contrato Internacional, como resultado de la aplicación de la *lex patriae* o la *lex domicilli* nos encontraríamos ante un nuevo conflicto positivo[130] de leyes al existir dos sistemas jurídicos que reclaman el regir un mismo aspecto de el Contrato Internacional en cuestión. Por lo anterior, de haber elegido la opción de *statutum personae* (ya sea en sus modalidades *lex patriae* o *lex domicili*), lejos de remediar el conflicto de leyes concerniente al derecho que debe gobernar la forma del Contrato Internacional, nos lo dificultaría.

El adagio expresado en la regla *locus regit actum* que expresa una larga tradición que data del siglo XII[131] y que ha sido unánimemente admitida en los países del Código Napoleón[132] se funda primordialmente en razones de índole práctica por

[127] *Idem*.

[128] *Ibid.*, p. 64.

[129] *Cfr.* MENDOZA LEDESMA, María Elvira *Elementos de conexión en la aplicación de la Ley Personal en el Derecho Conflictual*, tesis profesional de la UNAM, 1985, p. 2.

[130] Hablamos de un conflicto positivo de leyes para diferenciarlo de un conflicto negativo de leyes. Estaremos en presencia de un conflicto positivo de leyes cuando dos o más sistemas jurídicos reclamen la regulación de una determinada situación jurídica. Por otro lado, el conflicto negativo de leyes existe cuando ninguna ley busca regular una situación jurídica determinada.

[131] GRAULICH, *op. cit.*, p. 45.

[132] Por ejemplo, el código Prusiano, la ley alemana, el Código Civil de Chile, la ley holandesa. *Vid.* ASSER, T. M. C. *Droit International Privé ou du Conflit des Lois* (Paris 1884) y del mismo autor *Derecho internacional privado. La ciencia jurídica* (México Revista y Biblioteca Quincenal de Doctrina, Jurisprudencia y Ciencias Anexas 1898) 63-64.

la comodidad que de dicho principio resulta a quienes pretenden realizar un negocio jurídico.[133] Como lo explica Yanguas Messia,[134] la preponderancia de dicho principio nació como resultado de la necesidad y se ha difundido y afianzado universalmente porque su aplicación facilita la realización de los actos jurídicos y garantiza su veracidad y localiza los medios de prueba.

Cabe mencionar que resulta interesante cuestionarnos acerca del porqué las razones esbozadas no hayan motivado el que se acepte como la teoría prevaleciente en materia del fondo del negocio la de su celebración. En torno a lo anterior, Batiffol explica que las reglas de forma, a diferencia de las reglas de fondo del negocio, exigen una observancia inmediata y no importan al interés de las partes, por lo que pueden quedar sustraídas de la autonomía de la voluntad.[135]

Frankenstein ataca el aplicar la regla *locus regit actum* como el principio conflictual para seleccionar a la ley rectora de la forma de un acto jurídico argumentando que es imposible separar la forma del fondo de dicho acto.[136] No obstante lo anterior, la inmensa mayoría de juristas considera a *locus regit actum* como el postulado internacional privatista adecuado para dar solución al sistema jurídico que debe normar la forma de un acto jurídico.[137]

Diversos cultores del derecho conflictual, entre ellos Merlin, Demolombe, Aubry y Rau, Huc, Asser Weis, Despagnet, Flores, y Pillet, desechan la restricción del principio *Locus Regit Actum* si ésta no se manifiesta expresamente.[138]

Otros autores consideran que para solucionar el problema concerniente a la norma de conflicto que debe designar la ley aplicable a la forma del acto, es menester distinguir en que tipo de forma se trata, ya sea forma *ad probationem*, o *ad solemmitatem*, o sea, aquellos que no existen a menos que la forma de las partes se haya manifestado revistiendo las formas que exige la ley.[139]

La razón de utilidad de la regla *locus regit actum*, que según M. Duguit fue ideada por Bartolo,[140] es que sería imposible al realizar un acto el observar otras formas que las prescritas por la ley del país. A guisa de ejemplo, piénsese en intentar otorgar un instrumento notarial en un país donde no existe el notariado.[141]

133 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, t. II, p. 204.

134 YANGUAS. Messía *Derecho internacional privado* (Madrid 1944) 202. Citado por MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, t. II, p. 204.

135 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, t. II, pp. 204-205.

136 *Ibid.*, p. 203.

137 *Idem.*

138 PÉREZ VERDÍA, Luis *Tratado elemental de derecho internacional privado*, pp. 196-197, citado por ESQUEDA, *ob. cit.*, p. 65.

139 ESQUEDA, *op. cit.*, p. 67.

140 ASSER. T. M. C. *La ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 57.

141 Retomando un ejemplo expuesto por un estudioso del derecho conflictual, el cual consideramos que expresa en forma clara dicho argumento al manifestar que mal podría otorgarse un documento notarial en un país donde el notariado no exista. ASSER, T.M.C. *La ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 57.

Antecedentes en el derecho convencional internacional

Como mencionamos con anterioridad existe *lex scripta* internacional que sirvió de fuente de inspiración a los redactores de la Convención de México y cuyo contenido fue analizado y aquilatado con el propósito de diseóar un instrumento que retomara las experiencias y antecedentes anteriores de dichas herramientas jurídicas proporcionaban aprovechando la experiencia que el análisis de los mismos nos podía brindar con el objeto de aprender de la experiencia ajena y lograr crear una tratado internacional que respondiera a las exigencias de la actualidad evitando incurrir en los mismos tropiezos en los que nuestros antecesores pudieron haber incurrido.

En este orden de ideas tenemos al Convenio de La Haya, la Convención de Roma, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías cuyo contenido en materia de la ley aplicable a la forma del Contrato Internacional procederemos a mencionar en forma somera para situar al lector en un marco de referencia que le pueda facilitar la labor de apreciación de las medidas acogidas en la Convención de México.

El Convenio de La Haya

Este tratado, en su artículo 11 establece que

> Un contrato de compraventa celebrado por personas que se encuentren en el mismo Estado será válido en cuanto a su forma si cumple con los requisitos establecidos en la ley que rige dicho contrato con arreglo al Convenio o en la ley del Estado en que se celebre.
>
> Un contrato de compraventa celebrado entre personas que se encuentren en distintos Estados será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en la ley que rige dicho contrato con arreglo al Convenio o en la ley de uno de esos Estados.

Como puede observarse, en este tratado se contemplan dos hipótesis en lo que se refiere a la forma de determinación del derecho que debe regir la forma del contrato internacional atendiendo a la ubicación de las partes contratantes.

Por un lado, en caso de que las partes de dicho acto están en el mismo Estado, el Convenio de La Haya establece que en contrato internacional será válido en la medida en que cumpla con las condiciones requeridas por:

a) la ley que rige dicho Contrato Internacional, de conformidad con lo dispuesto por el Convenio de La Haya; o

b) la ley del Estado en que se celebre, es decir, por la *lex loci celebrationis*.

Por otro lado, en caso de que las partes del acto en cuestión están situados, al momento de celebración del contrato, en diferentes Estados, esta Convención

dispone que dicho contrato de compraventa será válido en lo que se refiere a su forma, siempre y cuando acate los requisitos de:

a) la ley que rige dicho contrato, atento a lo dispuesto en el Convenio de La Haya; o

b) la ley de uno de esos Estados; es decir, la ley de cualquiera de los Estados de las partes involucradas en el Contrato en cuestión.

La Convención de Roma

El artículo 9.2 de este tratado internacional establece que:

> Un contrato concluido entre personas que se encuentran en un mismo país es válido en cuanto a la forma si satisface las condiciones de forma de la ley que lo rige en cuento al fondo en virtud del presente convenio o de la ley del país en el que ha sido concluido.
>
> Un contrato concluido entre personas que se encuentran en países diferentes es válido en cuanto a la forma si satisface las condiciones de forma de la ley que lo rige en cuanto al fondo, en virtud del presente convenio o de a ley de uno de estos países.

Como puede apreciarse de la lectura del precepto anterior, la Convención de Roma ha retomado la misma solución conflictual empleada por el Convenio de La Haya, por lo que no abundaremos en lo que se refiere a su contenido por haberse abordado al tratar lo referente al Convenio de La Haya.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la Convención de Viena o CISG, como se le conoce en la doctrina que ha analizado a este instrumento internacional) en materia de forma establece que el contrato de compraventa no tiene que celebrarse ni probarse por escrito, sin estar sujeto a niñgún otro requisito de forma. Como puede apreciarse, la CISG ha adoptado el principio del consensualismo en lo que se refiere a la forma de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. No obstante, la Convención de Viena brinda la oportunidad a los Estados Contratantes, cuya legislación requiera que los contratos se celebren o se prueben por escrito, de hacer una declaración en el sentido de que se exija dicha formalidad de los contratos de compraventa internacional de mercaderías.[142]

[142] *Cfr.*, artículos 11, 12 y 96 de la Convención de Viena. A su vez, en caso de que se deseare abundar en torno a este punto, se recomiendan la siguiente literatura: SCHLECHTRIEM, Peter *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Viena 1986); KRITZER, Albert *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Denver/Boston Kluwer Law and Taxation Publishers 1989); BIANCA, C. M., y BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (Milano Giuffrè 1987).

La Convención de México

La Convención de México establece, en su artículo 13 que:

> Un contrato concluido entre partes que se encuentran en un 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.

Como puede observarse, en principio, la CIDACI ha continuado con el mismo método empleado por el Convenio de la Haya y la Convención de Roma al establecer una dicotomía de tratos jurídicos en lo referente a la determinación del derecho rector de la forma del Contrato Internacional atendiendo a la localización de las partes contratantes, esto es, si se encuentran en el mismo Estado, las soluciones conflictuales serán unas y diversas a aquellas escogidas en caso de que las partes se encuentren en Estados diferentes.

Sin embargo, la CIDACI ha dado un paso adicional puesto que ha asignado más normas de colisión o soluciones conflictuales a ser empleadas para escoger el derecho aplicable a la forma del contrato internacional en caso de que las partes del mismo se encuentren en una misma nación, a saber:

a) derecho que rige dicho contrato según esta Convención; o
b) derecho del Estado en que se celebre (la *lex loci celebrationis*); o
c) derecho del lugar de su ejecución, es decir, la *lex loci executionis* o *solutionis*.

Como se recordará, tanto el Convenio de La Haya como la Convención de Roma contemplaron las primeras dos opciones (la *lex contractus* y la *lex loci celebrationis*), y la CIDACI, en adición a los anteriores dos normas conflictuales ha contemplado una tercera, la *lex loci solutionis*. El resultado práctico de lo anterior es altamente plausible puesto que se brindan más criterios que coadyuven a la sobrevivencia del contrato, lo cual obedece al principio *favor negotii*,[143] puesto que entre más posibilidades de soluciones conflictuales existan que nos apunten a diversos sistemas jurídicos que pudieren resultar como la *lex causae* en materia de la forma del acto jurídico en cuestión, menos posibilidades hay de que el acto pueda ser nulo por no reunir los requisitos legales requeridos por algún orden jurídico.

[143] Véase, JUENGER, Friederich K. *Choice of Law and Multistate Justice.... cit.*, pp. 198-199 y 201.

La reflexión anterior aplica de igual manera a la regulación ofrecida por la CIDACI en lo que se refiere a Contratos Internacionales entre entes situados en diferentes Estados puesto que la Convención de México ha dispuesto que para fijar la ley que gobernará dicho contrato ha establecido los siguientes parámetros conflictuales, los cuales también ofrecen más posibilidades de derechos aplicables que el Convenio de La Haya y la Convención de Roma:

a) derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo; o
b) derecho de uno de los Estados en que se celebra (*lex loci celebrationis*); o
c) derecho del lugar de su ejecución (la *lex loci executionis*).

No sobra precisar que la norma de colisión que la CIDACI ha empleado en adición al Convenio de La Haya y la Convención de Roma ha sido la *lex loci executionis*, la cual, como se mencionó con anterioridad, era la norma conflictual en materia contractual preferida por Savigny y Joséph Story,[144] por ser la que obedece a la intención de las partes la cual orienta al lugar de ejecución del contrato.

D. Teorías sobre el derecho que debe regir la capacidad de los contratantes y la norma conflictual abrazada por la Convención de México

Este aspecto es uno especialmente espinoso por las consideraciones que en forma sucinta procederemos a realizar.

De nueva cuenta no existe un criterio uniforme que decida en forma definitiva cual será la ley competente para gobernar la capacidad de las partes en un Contrato Internacional.[145]

Sin embargo, existen dos posturas antagónicas que buscan determinar la ley que debe regir la capacidad de las partes de un Contrato Internacional:

a) aquella que propugna por que sea la *lex personae* la que regule la capacidad de las partes; y
b) la corriente doctrinal que apoya el que sea la *lex contractus* la competente para gobernar el estatuto de la capacidad de las partes en el contrato.

Hay quien opina que en virtud de que las leyes sobre la capacidad constituyen una clase distinta a las leyes de los contratos por leyes de protección individual, la ley rectora debe ser aquella que rige el estatuto personal de las partes.[146]

[144] STORY, Joseph *Commentaries on the Conflict of Laws* 2ª 11 (1950) y SAVIGNY, F. von, *System des Heuritgen Römischen Rechts* iv (1849). Citados por JUENGER, Friederich K. *Choice of Law and Multistate Justice*. *op. cit.*, pp. 13, 53-54, 55, 97.
[145] ESQUEDA, *op. cit.*, p. 69.
[146] *Idem.*

Por otro lado, podría arguirse que por ser la capacidad un elemento del contrato,[147] debe encontrarse bajo la potestad de la ley competente para regular al propio contrato, es decir la *lex contractus*.[148]

En lo referente a la pugna anterior, comulgamos con las ideas del maestro Quintín Alfonsín quien ha advertido que las posturas en comento son resultado del haber confundido el requisito de la capacidad en el contrato con la determinación de la capacidad de cada contratante, las cuales son diferentes.[149]

La capacidad de las partes en el contrato es un elemento constitutivo del contrato y difiere de la capacidad efectiva de cada contratante, la cual no es un elemento del contrato; ésta última queda sujeta a la ley personal de cada contratante.[150] Es decir, el requisito de la capacidad de las partes es un elemento contractual y como tal es impuesto por la ley del contrato. En cambio, la efectiva capacidad de cada contratante no es un elemento de contrato y su determinación queda librada a la ley personal de cada uno de ellos.[151]

La capacidad como elemento de la convención internacional debe regirse por la ley del contrato,[152] en atención al principio de unidad del mismo.

En este contexto de ideas vale la pena hacer mención de lo dispuesto por la CIDACI en materia de representación de personas morales. El criterio generalmente aceptado concerniente al principio de colisión que designa el derecho que debe regir la representación de dichas entidades jurídicas ante un concurso de normas es que dicho aspecto se rige por la *lex societatis*,[153] es decir, la ley del lugar de constitución de la persona jurídica en cuestión.

No obstante la generalidad de lo anterior, la Convención de México ha establecido una solución conflictual que difiere (aunque no necesariamente se aparta) de la costumbre conflictual hasta ahora prevaleciente. Acerca de esto la CIDACI precisa: "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."

A su vez, el artículo 10 establece: "se aplicarán las normas, las costumbres y los principios del derecho 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".

De lo anterior podemos colegir que si bien el principio de la *lex societatis* no ha sido directamente adoptado, al hacer alusión a las normas, las costumbres y los principios del derecho internacional, así como los usos y prácticas comerciales de

147 Véase la fracción I del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal el cual, interpretado a *contrario sensu*, exige la capacidad de las partes como un requisito de validez de los contratos.

148 ESQUEDA, *op. cit.*, p. 69.

149 ALFONSÍN, Quintín, *op. cit.*, p. 36. Citado por ESQUEDA, *op. cit.*, p. 70.

150 ESQUEDA, *op. cit.*, p. 70.

151 SANTOS BELANDRO, Rubén, *op. cit.*, pp. 51-52.

152 ESQUEDA, *op. cit.*, p. 71.

153 HERBERT, Ronald. "La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales". *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, p. 52.

general aceptación la aplicación de los principios conflictuales de la CIDACI tendrán como resultado predecible el arribar a la *lex societatis*.

E. Teorías sobre el derecho que debe regir los efectos del contrato y la regla acogida por la Convención de México

Volviendo a la doctrina clásica, que entiende el contrato como una unidad de regulación jurídica, sostiene dicha doctrina que como todo lo demás, los efectos del contrato deben regirse por la ley del contrato mismo.[154]

Por otro lado están quienes señalan que debe existir una diferenciación entre el fondo o contenido del contrato y los efectos del mismo, y apuntan que la *lex loci solutionis* es la *regle de rattachement* (como se les denomina en la doctrina internacional privatista francesa) apta para ejercer su tutela sobre los efectos del vínculo contractual puesto que los hechos aludidos en el contrato tienen efecto en el lugar en donde el contrato debe cumplirse[155] y, por lo tanto, es la sociedad del Estado en donde se cumplen los efectos de dicho contrato la que se ve afectada por los mismos, de ahí que sea a esta última a quien le debe de interesar la trascendencia y regulación de los mismos.

Es el anterior razonamiento el sustento de la teoría italiana, la cual propugna por el que sea la *lex loci contractus* la ley competente para regir la materia del contrato, mientras que la *lex loci solutionis* debe ser la ley apropiada para regir los efectos del contrato.[156]

No sobra hacer notar al lector que es la fórmula anterior la que fue adoptada por nuestro legislador como norma subsidiaria a la autonomía de la voluntad, a la luz de la regla general de territorialismo contemplada en el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal y la excepción de la fracción V del artículo 13 del mismo ordenamiento.

La Convención de México, en materia del derecho que debe regir los efectos del contrato ha reenforzado la doctrina clásica de una sola ley como rectora del mismo en atención al principio de unidad de los contratos al establecer (en el capítulo cuarto concerniente al ámbito del derecho aplicable) que será la *lex contractus/lex causae* la que regule el cumplimiento del Contrato Internacional atento a lo dispuesto en el artículo 14, el cual dispone: "El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: [...] c) la ejecución de las obligaciones que establece."

[154] ESQUEDA, *op. cit.*, p. 73.
[155] *Ibid.*, p. 74.
[156] *Ibid.*, p. 73.

III. COMENTARIO FINAL

En los anteriores renglones hemos intentado hacer una somera disquisición en torno a los aspectos de más relevancia en materia de derecho conflictual que encontramos en la Convención de México y a los avances que dicho instrumento internacional presenta *vis-á-vis* el derecho conflictual convencional existente en otras regiones del orbe con el propósito de ponderar los avances que la Convención de México ofrece en la materia del derecho internacional privado.

Como pudo observarse a lo largo de los renglones anteriores, la Convención de México ofrece avances notorios en la materia de derecho internacional privado que obedecen a la trayectoria seguida por los padres de la misma quienes tuvieron la visión de estudiar los esfuerzos realizados por sus antecesores en la misma materia en otras regiones del mundo. Como resultado de lo anterior los codificadores internacionales han logrado parir un tratado internacional que brinda mayor seguridad jurídica al tráfico jurídico internacional puesto que da certeza a la ley que regirá un contrato internacional y las diversas facetas que ello engloba.

La Convención de la Ciudad de México viene a dar una solución conflictual a la antigua pugna académica concerniente al derecho que debe gobernar un convenio de jerarquía internacional. Lo anterior cobra una especial importancia si se considera que la autarquía personal ha tenido un avance heterogéneo en los países del continente americano lo cual recalca la trascendencia de la norma de colisión adoptada en la CIDACI.