

## LA *LEX CONTRACTUS* EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Tonatiuh GARCÍA CASTILLO\*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *¿Cuál es la lex contractus de un contrato internacional?* III. *Lex voluntatis*. IV. *Reglas de conflicto del foro*. V. *¿Grundlegung universal?*

### I. ANTECEDENTES

En el derecho internacional privado (o para los anglosajones el derecho conflictual), el tema de la ley aplicable a los contratos internacionales es considerado de los de mayor complejidad y confusión.<sup>1</sup> Frente a contratos con efectos más allá de las fronteras de un sistema legal ¿cuál ley los rige? ¿la ley donde se celebraron (*lex celebrationis*)? ¿la ley donde debe cumplirse la obligación (*lex executionis*)?, y si la respuesta que prevaleciera tuviera que ver con la ejecución en el caso, de que las prestaciones deben cumplirse en diversos sistemas legales ¿cuál de todas las *lex executionis* es la relevante?

Estos cuestionamientos tuvieron lugar en las universidades italianas del siglo XIII. El intercambio comercial entre las ciudades de Italia y entre estas, y lo que ahora es Siria, Arabia, España y el sur de Francia exigía reglas para elegir, en caso de conflictos, entre los diversos comerciantes el sistema jurídico aplicable. En un principio los jueces se limitaron a aplicar las leyes de sus propias ciudades, dicha solución se justificó bajo

\* Coordinador de Regulación Migratoria del Instituto Nacional de Migración

<sup>1</sup> La discusión sobre cuál es la ley aplicable a los contratos internacionales ha sido más fuerte en la tradición romano germana que en la anglosajona. Los autores de esta última tradición jurídica han dado menos importancia al tema debido a que no han defendido tan fuertemente el principio de la autonomía de la voluntad sino que caso por caso determinan la *proper law of the contract*.

la idea de que las partes al elegir el juez elegían también al sistema jurídico aplicable a la disputa.<sup>2</sup>

Los glosadores sugirieron que la ley aplicable a una disputa debía derivar del hecho de que “un príncipe solamente puede obligar a sus súbditos”.<sup>3</sup> Al discurrir sobre la ley aplicable a la solución de una disputa entre súbditos de diversos príncipes, los glosadores propusieron distinguir entre derecho sustantivo<sup>4</sup> y procesal.<sup>5</sup> Las cuestiones de procedimiento serían decididas conforme a la ley del juez que conociera del asunto, *lex fori*. En cuanto al fondo dos principios del Digesto fueron revividos: 1) *Si fundus*,<sup>6</sup> que establecía que en ventas de terrenos debía garantizarse la evicción<sup>7</sup> según la costumbre del lugar donde se había celebrado el contrato (*lex loci celebrationis*), y 2) *Contraxisse*,<sup>8</sup> que aplicaba a contratos donde no había necesidad de evicción y señalaba que el lugar de pago gobernaba la obligación (*lex loci solutionis*).<sup>9</sup>

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357)<sup>10</sup> señaló que para decidir una disputa de dos leyes había que tomar en cuenta, una en cuanto a la forma

<sup>2</sup> Según Balduino *iudicem illum eligendo videntur eligere statuta et consuetudines suas*, citado por Wolff, Martin, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 22.

<sup>3</sup> *Imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditis tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis. Idem.*

<sup>4</sup> *Consuetudo ad litem decidendam.*

<sup>5</sup> *Consuetudo ad litem ordinationem introducta.*

<sup>6</sup> *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*, Justiniano, *El digesto*, trad. de A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, et al., Pamplona, Aranzadi, 1975, t. II, libros 20-36, en particular XXI, 2, 6.

<sup>7</sup> Quien transmite una cosa por título oneroso, está obligado a garantizar la legitimidad del derecho que transmite; debe asegurar al adquirente que su título es bueno y que nadie podrá perturbarlo alegando un mejor derecho.

<sup>8</sup> *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit*, Justiniano, *Ibidem*, libros 37-50, en particular XLIV, 7, 21.

<sup>9</sup> Los principios *Si fundus* y *Contraxisse*, proporcionan al problema de la ley aplicable a un litigio dos extremos de solución. Por un lado el país donde se celebra el contrato reclama para sí jurisdicción, por otro lado, el país donde se ejecuta la obligación exige el respeto de sus leyes. Aparte de la dificultad de la prevención, problemas tanto en una como en otra solución surgen. En cuanto a la celebración ésta puede ser incierta, pensemos por ejemplo en los contratos por correspondencia, por Internet o teléfono. En cuanto a la ejecución, muchas veces ésta no está determinada de antemano o puede ser que el contrato implique cumplimiento en varios países.

<sup>10</sup> Citado por Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 21.

y otra en cuanto a los efectos. Para la forma operaba la regla del lugar de la celebración, *solemnitas contractus* o *locus regit actum*, mientras que los efectos del contrato debían ser gobernados por la ley que escogieran las partes, que podría ser inclusive la del lugar de celebración.

El trabajo de Sassoferrato lo retomó la escuela estatutaria que perduró más de cien años.<sup>11</sup> Frente al problema de qué *statuta*<sup>12</sup> debía aplicarse a las transacciones celebradas entre súbditos de las diversas ciudades, Bartolo de Sassoferrato propuso clasificar las *statuta*. Algunas fueron denominadas *statuta realia*, otras *statuta personalia*. Los estatutos reales trataban de la regulación de los bienes inmuebles situados en una ciudad y aplicaban solamente en el territorio de dicha ciudad; los estatutos personales, por su parte, seguían a la persona donde quiera que ella fuera, regían el estado jurídico de las personas que tenían su domicilio o su origen en la ciudad donde los estatutos estaban en vigor. Este esquema encontró problemas frente a lo complicado de la realidad y una tercera clasificación surgió, el estatuto mixto; la discusión fue entonces qué obligación era real, personal o mixta.

El francés Carlos Dumoulin o Carlos Molinaeus (1500-1566), retomó el tema de la ley que regía los contratos; para este autor las partes de una convención podían elegir el derecho que rige su contrato mediante la cláusula *pacto de lege utenda*.<sup>13</sup>

Un punto a rescatar en este recuento de las teorías sobre la ley aplicable a un contrato internacional, es el artículo del holandés Ulrico Huber (1636) *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, mediante el cual, y ya bajo la idea del Estado, estableció tres principios: 1. Las leyes de cada reinado operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos. Dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites; 2. Súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal; y 3. Los soberanos de un reino actúan por cortesía

<sup>11</sup> Cavers, David, *The choice of law process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965, pp. 2 y ss.

<sup>12</sup> Un *statuta* era en lo esencial una recopilación del antiguo derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales. Según una definición de Bouncampagni de 1215, “*statutum est arbitraria mundi norma que a vulgari hominum consuetudine procedit*”, citado por Wolff, Martín, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

<sup>13</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 462 y ss.

con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen.<sup>14</sup> Estos principios siguen siendo la base del derecho conflictual y pueden resumirse en dos ideas principales: soberanía y *comitas gentium*.<sup>15</sup>

Frente a la escuela estatutaria, Savigny sostuvo que los conflictos de leyes no podían ser resueltos en abstracto sino que lo importante era “saber cual es el verdadero asiento de la obligación, el recinto donde está localizada en el espacio, porque una vez determinado este asiento, sabremos cual es la jurisdicción especial llamada a conocer de ella y el derecho local a que se encuentra sometida”.<sup>16</sup> Para Savigny primero debía identificarse la relación jurídica, no podía determinarse en abstracto si una obligación era real, personal o mixta, sino que había que analizarla y así determinar a qué ley pertenecía o estaba sujeta y de esta forma encontrar la sede de dicha relación legal. A este cambio en el punto de vista, los conflictualistas le denominaron la “revolución copernicana” del derecho internacional privado.<sup>17</sup>

Inglaterra siguió un camino diferente al de la escuela estatutaria y la de Savigny. La Inglaterra de Isabel fue un fuerte poder comercial y político con multitud de posesiones extranjeras, el comercio a lo largo del mundo y una poderosa flota de barcos que cruzaban los océanos fueron la base para el derecho conflictual inglés. El *common law*, creado para una economía cerrada, no respondía adecuadamente a las necesidades legales impuestas por el comercio mundial. De esta forma, ciertos tribunales fueron autorizados para conocer de problemas comerciales y marítimos. Estos tribunales no aplicaban el *common law*, sino que se basaban en reglas que consideraban de aplicación universal. Obviamente, en un contexto de una ley que trasciende las fronteras nacionales y gobierna las transacciones transnacionales directamente no existe un problema de conflicto de leyes.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 2, p. 27.

<sup>15</sup> Lagarde, Paul, Prefacio del libro de Pataut, Étienne, *Principe de souveraineté et confits de juridictions (étude de droit international privé)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, p. v.

<sup>16</sup> Savigny, M.F.C., *Sistema del derecho romano actual (1849)*, trad. de Mesía Jacinto y Poley Manuel, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. a., t. VI p. CCCLXIX, Derecho de obligaciones, p. 234.

<sup>17</sup> Juenger, Friedrich, “General course on private international law”, *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Hijhoff Publishers, vol. 193, 1985-IV, p. 253.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 150 y ss.

## II. ¿CUÁL ES LA *LEX CONTRACTUS* DE UN CONTRATO INTERNACIONAL?

¿Qué derecho regula la validez y determina los efectos de un contrato? Para poder dar respuesta a esta pregunta debemos precisar conceptos.

La *lex contractus*<sup>19</sup> se integra por el *consensus* de los contratantes sustentado en un *grundlegung* (*lex contractus* = *grundlegund* + *consensus*).<sup>20</sup>

Así, el juez Bustamante señalaba que “en los contratos... dos reglas diferentes pueden ser invocadas o aplicadas. Por un lado, la voluntad soberana de las partes que adoptan una ley particular o libremente determinan sus deseos en cada detalle de su negocio... por el otro, existen materias que permanecen fuera de la voluntad de las partes y que requieren la aplicación de provisiones imperativas y territoriales. Entre dichas materias... se encuentran la forma, la moneda y el método de pago”.<sup>21</sup>

La idea que subyace en este razonamiento del juez Bustamante es que el sistema jurídico de base, *grundlegung*, sirve de sostén al *consensus* (las disposiciones legales generadas por los contratantes) en dos vertientes: Por un lado, faculta a los contratantes a crear obligaciones convencionales a través de una PL-Law;<sup>22</sup> por otro lado, complementa las disposiciones convencionales al establecer al menos la norma *pacta sunt servanda*.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Es decir, las disposiciones jurídicas de la norma convencional. Para una discusión de lo que entendemos por disposición jurídica véase: García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: derecho internacional/derecho nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 81 y ss.

<sup>20</sup> Esta es la distinción clásica entre dominio de derecho facultativo y dominio de derecho imperativo. Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez, México, Editora Nacional, 1969, p. 364.

<sup>21</sup> *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment num. 14, julio 12, 1929, serie A, nums. 20/21, pp. 5-89, en la p. 53.

<sup>22</sup> Para una discusión de lo que es el Poder Legislativo de los contratantes, PL-Law, véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 19, pp. 122 y ss.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 60. “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 al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. En el mismo sentido, el artículo 80. del mismo ordenamiento señala: “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”.

Dado que una disposición legal solamente puede existir dentro de un sistema legal, dado que una convención solamente puede vivir dentro de un sistema legal que le de vida la pregunta de ¿cuál es la ley aplicable al contrato?, se transforma en ¿cuál es la *grundlegung* que le da vida al *consensus*?

Existen dos corrientes para determinar el *grundlegung* sobre el que debe descansar el *consensus*. La primer corriente sostiene que la ley que regula un contrato puede ser elegida por las partes contratantes, a esto se le conoce como el principio de la autonomía de la voluntad o *lex voluntatis*.<sup>24</sup> La segunda corriente sostiene que la solución a qué ley pertenece el *grundlegung* debe buscarse en las reglas de conflicto del foro.

### III. LEX VOLUNTATIS

La mayoría de los teóricos, inmersos en la dogmática de la mentalidad moderna, postulan el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, señalan que la ley que rige la relación contractual puede ser elegida libremente por las partes.

Puede distinguirse autonomía en al menos dos sentidos. La “autonomía material” es distinta de la “autonomía conflictual” o “autonomía de localización”. La autonomía material refiere a la libertad que tienen las partes de determinar el contenido del contrato, sus cláusulas o disposiciones. La autonomía material presupone que se haya precisado el ordenamiento aplicable al contrato, pues sólo en el marco de ese ordenamiento podrá operar la autonomía material. No existe mayor discusión respecto a la autonomía material.<sup>25</sup> La “autonomía conflictual” o “autonomía de localización” es lo que se denomina *lex voluntatis* o autonomía de la voluntad propiamente dicha y ahí las discusiones entre los teóricos son mayúsculas.

<sup>24</sup> También se le conoce como fuero convencional. Véase Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La cláusula del fuero convencional en el derecho norteamericano”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, pp. 352 y ss.

<sup>25</sup> La distinción entre autonomía material y autonomía conflictual es relevante a varios fines: 1) permite diferenciar jurídicamente dentro del contrato la cláusula de elección del derecho aplicable de las restantes cláusulas que reglamentan aspectos concretos de las relaciones entre las partes, y 2) permite distinguir las cláusulas de elección del derecho aplicable para regir el contrato, de las cláusulas de “incorporación por referencia” de una norma extranjera como complemento de la voluntad negocial. *cfr.* Virgos Soriano, Miguel, “Obligaciones contractuales”, González Campos, Julio *et al*, *Derecho internacional privado, parte especial*, Oviedo, Apel, 1989, pp. 320 y 321.

El problema de la facultad de las partes en una convención para elegir la ley que regirá su compromiso no existe al interior de los sistemas legales porque nadie se pregunta qué ley debe regir el contrato de arrendamiento, o el de autobús, pero en los contratos internacionales, la discusión es interminable, sobre todo porque los conflictualistas han señalado que los Estados soberanos poco tienen que ver con dicha solución, y que son las partes las que determinan.<sup>26</sup>

Sin embargo, para que las partes de un contrato internacional puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley (*grundlegung*) que rige dicho contrato es preciso que el sistema jurídico que les faculta a contratar se los autorice, es decir, es necesario que el contrato, antes de ser celebrado, tenga ya una ley que lo rija, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes.<sup>27</sup>

Como puede observarse el círculo vicioso es impresionante. Se admite generalmente que la fuerza obligatoria de un convenio viene de la ley que le consiente y sanciona. Con la autonomía de la voluntad, el acuerdo por medio del cual las partes escogen la ley aplicable, se encuentra en el aire, sin ley que le de fuerza obligatoria, ya que la única ley aplicable es aquella que las partes están escogiendo.<sup>28</sup> Este acuerdo, sin embargo, para ser válido depende de la ley que las partes escojan.<sup>29</sup> Por ello, Batiffol sostiene que las partes en realidad no escogen la ley aplicable, sino que simplemente “localizan su contrato” en un sistema legal determinado que le da vida de antemano y el juez debe deducir de la localización que hagan los contratantes, la ley aplicable.<sup>30</sup> Esta posición está en línea con

<sup>26</sup> Niboyet, J. P., “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours*, The Hague, Hague Academy of international Law, 1927, t. I, p. 7.

<sup>27</sup> Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1950, p. 21.

<sup>28</sup> Sin embargo, se ha dicho que es infundado sostener que la referencia que las partes hacen a una ley no tiene efecto debido a que no hay ley que le de tal efecto, ya que la referencia a la ley aplicable que hacen las partes adquiere sanción legal por la ley del foro, el juez correspondiente encontrará en su momento la ley aplicable y las normas adecuadas que den validez a la cláusula de elección. *Cfr.* Lando, Ole, “The conflict of laws of contracts. General principles”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, VI, t. 189, p. 286.

<sup>29</sup> Weintraub, R. J., “Development in choice of law for contracts”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, IV, t. 187, p. 252.

<sup>30</sup> Batiffol, Henri, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, pp. 9, 38 y 39.

la teoría anglosajona en derecho conflictual que señala que toda convención internacional tiene una ley propia.<sup>31</sup>

Por otro lado, y suponiendo sin límites el principio de la autonomía convencional, la *lex voluntatis* tiene un problema fáctico: en muchos de los contratos internacionales los contratantes olvidan especificar cuál es la ley aplicable. En dichos casos, para determinar qué ley fue la que las partes escogieron se tiene que recurrir a subterfugios. Los casos comunes son ubicar el contrato al ordenamiento que mejor responda a la economía general de la convención<sup>32</sup> y la teoría de la voluntad implícita.<sup>33</sup> Estas posturas sostienen que interpretando los términos del contrato o las circunstancias que lo rodean, puede revelarse qué fue lo que los contratantes convinieron tácitamente respecto de la ley aplicable, así lo han expresado diversos teóricos conflictualistas<sup>34</sup> y la misma Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>35</sup>

Esta búsqueda de la voluntad implícita conlleva graves riesgos. Del silencio de las partes nada puede ser inferido con certidumbre.<sup>36</sup> Puede ser

<sup>31</sup> “El término ‘*proper law of a contract*’ significa el sistema legal al cual las partes intentaron que el contrato estuviera gobernado, o, cuando la intención no es expresa o no puede inferirse de las circunstancias, el sistema legal al cual la transacción tienen la conexión más cercana y real”, Dicey and Morris, *The conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 747. A este respecto se ha dicho de forma figurativa que encontrar el vínculo más estrecho de un contrato con un sistema legal es buscar el centro de gravedad de un contrato, Vewytia, Hernany, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 25, 1995-II, p. 388.

<sup>32</sup> Situación que no necesariamente coincide con lo que piensen los contratantes, quienes son los primeros interesados.

<sup>33</sup> Batiffol, Henri, *Les conflits des lois en matière de contrats*, París, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 1.

<sup>34</sup> “La Corte debe primero identificar el problema específico o los problemas en el caso ante ella que eleven preguntas de derecho conflictual y entonces, para cada problema, aplicar el factor de conexión apropiado para elegir el Estado cuyo sistema legal proveerá la solución al problema. Al hacer esta elección, la Corte deberá reconocer que ordinariamente la preocupación más importante del derecho conflictual y de la elección de la ley aplicable es la protección de las expectativas de las partes”, Cavers, David, *The choice of law process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965, p. 63.

<sup>35</sup> “La Corte, que tiene ante sí una disputa que implica la cuestión de cuál es la ley que gobierna las obligaciones contractuales en disputa, puede determinar que ley solamente por referencia a la naturaleza real de estas obligaciones y a las circunstancias que atendieron su creación, aunque también puede tomar en cuenta la intención expresa o presumida de las partes.” *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *cit.*, nota 21, p. 41.

<sup>36</sup> De Boer, Th. M., “Facultative choice of law. The procedural status of choice of law rules and foreign law”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1996, t. 257, p. 359.

el caso de que ninguna de las partes pensó en la disposición faltante en específico; puede ser también que cada uno de los contratantes haya pensado en la solución del problema, pero es atrevido afirmar que la intención no expresada en el contrato es conocida por ambos. Lo más seguro será que falte la intención común a que la doctrina de la voluntad tácita se refiere. Por otro lado, y en lo que respecta a las circunstancias que rodean el contrato, puede ser el caso que en un convenio internacional se haga referencia a una o varias leyes extranjeras en sus diversas cláusulas, y sin embargo ello no sea suficiente para considerar dichas referencias como la cláusula determinante de la ley aplicable al contrato.<sup>37</sup>

La *lex voluntatis* al no ser expresa en un contrato se traduce en un amplio margen de actuación del arbitrio judicial, y al final deja a los tribunales la localización del contrato en un sistema legal.

Un ejemplo interesante de la aplicación de la *lex voluntatis* se encuentra en el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, mejor conocido como Convenio de Roma.<sup>38</sup> Dicho tratado establece la libertad de elección de las partes contratantes para determinar la ley aplicable al señalar que “los contratos se registrarán por la ley elegida por las partes”.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33), [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_en.html](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.html).

<sup>38</sup> El “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces. Entró en vigor el 1 de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada en el *Diario Oficial* en 1998.

<sup>39</sup> Artículo 3o., Libertad de elección:

1. Los contratos se registrarán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9o. y no afectara a los derechos de terceros.

El Convenio de Roma, al establecer el principio de que las partes pueden elegir libremente la ley aplicable a una convención, lo hace ampliamente de forma que dicha norma convencional no tiene por qué presentar algún tipo de vínculo con el ordenamiento jurídico escogido. La justificación de amplio juego a la autonomía de la voluntad incorporada en el instrumento internacional, dada por el profesor Giuliano,<sup>40</sup> comentador del Convenio, es que el párrafo primero del artículo 3o. del Convenio de Roma simplemente incorpora una regla de derecho internacional privado reconocida en la mayoría de los países, apoyada tanto por decisiones arbitrales<sup>41</sup> como por tratados diseñados para unificar ciertas reglas de con-

3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo “disposiciones imperativas”.

4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8o., 9o. y 11.

<sup>40</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, *cit.*, nota 37.

<sup>41</sup> Así, la regla de la libertad de elección de la ley aplicable a la norma convencional fue reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional: “No puede sostenerse que la intención del Estado deudor fue dar efecto a otra ley que no fuera la suya en lo referente a la sustancia de su deuda y la validez de las condiciones establecidas al respecto, a menos de que, si no existiera una previsión expresa para tal efecto, todos los eventos circundantes mostrarán irrefutablemente que fue esa su intención”. *Payment in gold of Brazilian Federal loans issued in France, France vs. Brazil*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment num. 15, 12 de julio de 1929, Serie A, num. 20/21, pp. 93-155, en especial p. 122. De igual manera fue claramente subrayada en el laudo del tribunal que resolvió el 29 de agosto de 1958 el caso *Arabia Saudita vs. Arabian American Oil Company (ARAMCO)* en el cual se estableció que “los principios de derecho internacional privado a ser consulados para encontrar la ley aplicable son aquellos relacionados con la libertad de elección, por virtud de los cuales, en un acuerdo que es de carácter internacional, la ley expresamente escogida por las partes debe ser primeramente aplicada”. *International Law Reports*, vol. 27, pp. 117-233, p. 165. De manera similar en el arbitraje del 15 de marzo de 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd vs. Nacional Iranian Oil Company*, el arbitro Cavin, afirmó que es el deseo de las partes lo que determina qué ley es aplicable al fondo del contrato. Para una síntesis del laudo, véase: Lalive, “Un récent arbitrage suisse entre un organisme d’Etat et une société privée étrangère”, *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 273-302, en especial pp. 284-288. La regla fue reafirmada más recientemente por el arbitro, señor Dupuy, en el laudo del 19 de enero de

flicto en relación con los contratos.<sup>42</sup> Otros autores justifican el principio señalando que el mismo está basado en eficiencia económica, que exige seguridad y previsibilidad de transacciones y un equilibrio entre costos y beneficios, de forma que debe presumirse que son las partes contratantes las que están en mejor situación para decidir qué ley debe regir su contrato.<sup>43</sup>

El Convenio de Roma,<sup>44</sup> establece tanto la elección expresa como la tácita al señalar que “la elección (de la ley aplicable) deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias”. El profesor Giuliano justifica esta postura señalando que existen contratos celebrados bajo formatos estándar que todo mundo sabe están gobernados por un sistema legal en particular sin necesidad de establecer cláusula alguna en ese sentido, tal como la póliza de Lloyd’s de seguro marítimo.<sup>45</sup> No obstante, debe tomarse en cuenta la opinión de otros autores que señalan que la elección expresa es preferible a la tácita debido

1977, *Libyan Arab Republic vs. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company*, *International Legal Materials*, 1979, pp. 3-37.

<sup>42</sup> En cuanto a tratados la regla de la libre elección de la ley aplicable ha sido adoptada en la Convención sobre la Ley aplicable a las ventas internacionales de mercaderías concluida el 15 de junio de 1955 y que entró en vigor el 1o. de septiembre de 1964. El artículo 2o. de dicha Convención, la cual se encuentra en vigor entre diversos países europeos, señala que “La venta estará gobernada por la ley interna del país señalado por las partes contratantes”. El artículo VIII de la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional concluido en Ginebra el 21 de abril de 1961, mismo que entró en vigor el 7 de enero de 1964, establece que las partes son libres de determinar la ley que los árbitros deben aplicar en una disputa. El mismo principio forma la base de la Convención de 1965 sobre la solución de controversias relacionadas con inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, la cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966, que prevé en su artículo 42 que “El Tribunal deberá resolver la disputa de acuerdo con las reglas de la ley adoptada por las partes”. La Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a la representación prevé en su artículo 5o. que “la ley interna escogida por el representado y representante es la que gobernará la relación de representación entre ellos”.

<sup>43</sup> Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, *Sixto, Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, p. 516.

<sup>44</sup> Para una discusión de la relación entre el Convenio de Roma y la *lex mercatoria* véase Petrochilos, Georgios, “Arbitration conflict of laws rules and the 1980 international sales convention”, *Revue Hellenique de Droit International*, 1999, pp. 191-218.

<sup>45</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, *cit.*, nota 37.

a que la primera demuestra la existencia de una auténtica voluntad de las partes, mientras que la segunda puede dar lugar a un proceso discrecional en el que el juzgador termine por suplantar tanto al legislador como a los interesados.<sup>46</sup>

La opción de dar un amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad y que se ha estado comentando a manera de ejemplo con el Convenio de Roma, no sale del círculo vicioso consistente en que el *consensus* se encuentre en el aire, sin un *grundlegung*. El argumento del profesor Giuliano de que este principio ha sido ampliamente adoptado por los diversos sistemas jurídicos nacionales, por tribunales arbitrales y por algunos tratados en la materia, si bien refleja la tendencia mundial, es una justificación del despotismo de la realidad. El hecho de que así haya sido no significa que así sea conveniente ni lo justifica.

#### IV. REGLAS DE CONFLICTO DEL FORO

La segunda opción para determinar el *grundlegung* sobre el que descansa el *consensus*, es decir, establecer qué ley rige un contrato, consiste en buscar la solución a través de las reglas de conflicto del foro. Esto significa restringir el principio de la autonomía de la voluntad y establecer conexiones subsidiarias que nos ayuden a determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales.<sup>47</sup>

Bajo esta perspectiva el arbitrio judicial es guiado por conexiones establecidas en el sistema legal en particular que está conociendo. La idea subyacente a esta postura es que en realidad no opera la *lex voluntatis*, sino que antes de que las partes determinen qué ley regirá su compromiso, ya existe alguna que le da vida y validez.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, “Las obligaciones contractuales”, en Pérez Vera, Elisa (coord.), *Derecho internacional privado*, vol. II: Derecho civil internacional, 3a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, p. 261.

<sup>47</sup> Se ha dicho que cuando se trata de contratos internacionales, transnacionales o tratados, debe considerarse que los mismos son una parte de la economía mundial y por lo tanto la conexión lógica no es con un sistema jurídico nacional sino con el sistema legal internacional, ya que “el derecho del océano debe ser uno solo”. Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 2, p. 402.

<sup>48</sup> Lord MacNair, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, señalaba al respecto: “Frecuentemente se dice que las partes de un contrato pueden hacer su propia ley, y esto es por supuesto cierto, sujeto a las reglas de política pública y *ordre public*, las partes son libres de acordar bajos esos términos como quieran escoger. Sin embargo, los acuerdos que se crean para tener operación legal (opuesto a una simple operación social),

Normalmente se establece el requisito de que la ley que gobierna la norma convencional guarde alguna conexión con el negocio de que se trate, y ello es con el fin de evitar fraude a la ley que tiene lugar cuando las partes escogen una ley aplicable al contrato, aunque la misma no tenga conexión alguna con el contenido de lo convenido, para eludir disposiciones “inconvenientes” para las partes,<sup>49</sup> incurriendo en el fenómeno denominado de manera muy ilustrativa *forum shopping*.<sup>50</sup>

Savigny sostenía que “en los casos en que existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye frecuentemente un gran poder al demandante, porque siendo a menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, puede, por esto mismo, determinar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable”.<sup>51</sup>

crean derechos y deberes legales, y los derechos y deberes legales no pueden existir en un vacío sino que tienen lugar dentro de un sistema legal que está disponible para tratar con tales cuestiones como son la validez, aplicación e interpretación de contratos, y generalmente, para suplementar sus provisiones expresas”. *Cfr.* MacNair, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, *British Year Book of International Law*, 1957, 3, p. 7.

<sup>49</sup> López Velarde Estrada, Rogelio, “El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 413 y ss.

<sup>50</sup> Juenger, Friedrich, “Jurisdiction, choice of law and the elusive goal of decisional harmony”, en Sumampouw, Mathilde (ed.), *Law and Reality*, The Hague, Asser Instituut, 1992, p. 138; Diamnod, Aubrey, “Harmonization of private international law relating to contractual obligations”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol IV, t. 199, 1986, p. 243. Para resolver el problema de *forum shopping* se ha desarrollado en los países anglosajones la doctrina del *forum non conveniens*, la cual sostiene que “Un Tribunal puede resistir imponer su jurisdicción aún cuando esté autorizada dicha jurisdicción por una ley. Las leyes son escritas necesariamente en general y usualmente dan al demandado la posibilidad de elegir Cortes, de forma que puede estar seguro de tener un lugar en donde buscar un remedio. Pero una puerta abierta puede admitir aquellos que buscan no simplemente justicia sino justicia mezclada con algo de molestia. Un demandante está algunas veces bajo la tentación de recurrir a una estrategia de forzar un juicio al lugar más inconveniente para el adversario, aún a inconveniencia propia”. *Gulf Oil Corporation vs. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), U.S. Supreme Court. En la práctica arbitral existe la teoría del *forum conveniens*, la cual señala “que el foro en el cual decidir un caso debe ser la jurisdicción que tiene la conexión más cercana con la acción y las partes”. *Ethyl Corporation vs. The Government of Canada* (Decision regarding the place of arbitration) NAFTA/UNCITRAL Case, 28 de noviembre de 1997, p. 3.

<sup>51</sup> Savigny, M. F. C., *op. cit.*, nota 16, p. 280.

Otra guía que se establece para determinar qué ley debe regir un contrato es la exigencia de que la elección de la ley aplicable se haga de manera expresa. Esta restricción aparece en el párrafo quinto del artículo 10, del Código Civil español, que a la letra reza: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente”.

Un derrotero adicional para determinar la ley aplicable a un contrato cuando no ha sido expresamente señalada por las partes es el principio *in favorem negotii*; ante dos leyes que puedan ser aplicadas al contrato si una de ellas lo torna nulo, debe decidirse por la ley que le da validez, ya que se supone que las partes no han querido un contrato bajo una ley cuya aplicación haga su acuerdo inválido.<sup>52</sup>

Elementos adicionales para determinar la ley aplicable a la disputa se reducen a una lista de supuestas conexiones que debe tener el negocio jurídico con el sistema legal para poder ser adscrito al mismo. Así, se han propuesto la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, *lex causae*), la ley del lugar de la ejecución (*lex loci executionis*), la ley de la nacionalidad de las partes, la ley del domicilio del deudor, la ley donde se encuentra ubicado el objeto (*lex rei sitae*), la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*).

El párrafo 5 del artículo 10, del Código Civil español señala por ejemplo que si las partes no escogieron expresamente una ley para su contrato, se aplicará “la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la ley de residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”. La misma disposición establece reglas especiales para bienes muebles e inmuebles y señala que a falta de sometimiento expreso “se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a la compraventa de muebles corporales realizada en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

Una observación general: La supuesta conexión del contrato con el sistema legal es la mayor parte de las veces impropia; normalmente existe una nula o escasa relevancia con el negocio jurídico de mérito o con las partes contratantes. Casi todas las reglas, al ser aplicadas, no responden a las necesidades del comercio mundial, muchas de ellas, fijadas cuando el

<sup>52</sup> Dicey and Morris, *The conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 765.

comercio internacional era un fenómeno esotérico, están fuera de moda.<sup>53</sup> Por ejemplo, la conexión de la nacionalidad común pocas veces tendrá lugar en contratos internacionales, lo mismo la de residencia habitual. El lugar de celebración que da lugar a la *lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, normalmente es totalmente arbitrario y coyuntural en el comercio internacional.

El sistema de las conexiones fijas de la ley y el contrato se basa sin lugar a dudas en los principios soberanos establecidos por Huber.<sup>54</sup> Dicho sistema tiene dos inconvenientes: por un lado y en un extremo los príncipes pueden caer en la tentación de no permitir que ninguna ley extranjera sea aplicada en su territorio. Evidentemente ésta no es una solución sensata para el mundo global. Por otro lado, dada la multiplicidad de sistemas legales puede existir más de una solución a un mismo problema<sup>55</sup> de forma que exista una desarmonía decisional.<sup>56</sup>

Las soluciones de conexiones fijas propuestas por los diversos sistemas jurídicos nacionales tienen lógica solamente al interior de los mis-

<sup>53</sup> Redfern, Alan y Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 130.

<sup>54</sup> 1. Las leyes de cada reinado operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos. Dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites; 2. Súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal, y 3. Los soberanos de un reino actúan por cortesía con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen. Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 2, p. 27.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, en un caso donde el Reino de Serbia había emitido bonos denominados en francos oro a pagar en Francia, la devaluación que siguió a la Primera Guerra Mundial hizo muy caro el servicio de la deuda. La ley francesa señalaba que las obligaciones a pagar en francos debían pagarse al curso corriente, los tenedores de bonos señalaban que la deuda debía solventarse a la paridad de los francos oro, no la corriente. La Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que la deuda entre el Estado serbio y los tenedores de bonos se debía regir por la ley serbia dado que “un estado soberano no se puede presumir que haya hecho la sustancia de su deuda y la validez de la obligación aceptada en este respecto, sujeta a cualquier otra ley que no sea la propia”. *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *cit.*, nota 21, pp. 5-89, en la página 42. No obstante, el juez Bustamante disintió de la opinión general y señaló que la ley que gobernaba el contrato de préstamo era la francesa en virtud de que la materia referente a la moneda de pago era de orden público y por lo tanto la ley que regía dicho pago, la francesa, constituía el *grundlegung* del *consensus*, *Ibidem*, p. 54.

<sup>56</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 50, p. 138.

mos. Si no se reconoce un sistema supranacional por encima de todos los sistemas legales nacionales es imposible imponer conexiones fijas en general que arrojen unicidad de solución a los problemas internacionales.

Diversos teóricos conflictualistas reconocen la conveniencia de que el *consensus* contractual esté conectado a un *grundlegung*, por lo que se han rehusado dar amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad. En la búsqueda por encontrar el *grundlegung* que rige el acuerdo de voluntades se han creado diversas teorías, derivadas de las conexiones fijas nacionales, entre dichas teoría destacan la de los índices de localización<sup>57</sup> y la tesis de la prestación característica,<sup>58</sup> teorías supuestamente aplicables con independencia del sistema jurídico del que se trate. Esta extrapolación de guías nacionales para determinar el sistema jurídico que da sustento al *consensus*, implica la idea de una coordinación entre sistemas jurídicos no demostrada.

Ni la teoría de la autonomía de la voluntad ni las reglas de conflicto del foro dan una solución satisfactoria. En este punto vale la siguiente cita: “la metáfora familiar de ‘alcanzar’ las reglas de decisión y el ‘asiento’ de una relación legal implica que es posible localizar el derecho y las transacciones legales sobre alguna base. Estas figuras del lenguaje son engañosas. Las relaciones legales que sobrepasan las fronteras nacionales no se fijan exclusivamente en una localidad geográfica, y las medidas del alcance de las reglas de decisión aún no han sido descubiertas. En realidad, tanto unilateralistas como multilateralistas usan el artificio de

<sup>57</sup> Esta teoría parte de que para localizar un contrato se tienen dos criterios generales, el lugar de celebración o el lugar de ejecución. Partiendo de que dichos criterios generales son poco satisfactorios, se propone una división entre índices intrínsecos del contrato (personalidad de las partes, objeto del contrato, forma, su sanción judicial y el caso de que sea un contrato de derecho público celebrado entre un Estado y un privado) y extrínsecos (ley que no invalide el contrato, actitud de las partes posterior al contrato, ley usual en el caso de contratos de ciertas industrias, etcétera) y se sostiene que para ubicar el contrato en un sistema legal debe hacerse un estudio casuístico aplicando los índices señalados. Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Librairie du recueil Sirey, 1938, pp. 69 y ss.

<sup>58</sup> La tesis de la prestación característica señala que un contrato se rige por la ley de la prestación que le da vida económica. Esta tesis tiene el inconveniente de ser incierta en cuanto a lo característico de cada contrato y aún dentro de un mismo contrato, por ejemplo una compraventa de ganado, lo característico para el vendedor es que le paguen y para el comprador que le den el ganado.

los puntos de contacto para ligar las transacciones transnacionales con un sistema legal. El contacto escogido puede ser personal —domicilio, nacionalidad— o territorial —el lugar de la cosa o el lugar del evento—; mucho ha sido escrito por los representantes de los dos acercamientos ortodoxos sobre la cuestión de cuál nexos particular es el apropiado para una regla de decisión o relación legal. Sin embargo, dado que cada ley tiene una aplicación tanto territorial como personal, la selección de uno u otro tipo de contacto es inherentemente arbitraria”.<sup>59</sup>

El problema con las guías de conexiones fijas y las soluciones como la prestación característica y los índices de localización es su naturaleza misma. Con herramientas encajonadas en los límites soberanos estatales se pretende dar solución a un problema no soberano del comercio mundial ¿Las partes de un contrato tienen la facultad de someter su compromiso a cualquier sistema jurídico que deseen? ¿Un contrato de venta de café entre un brasileño y un japonés puede ser regido por la ley danesa? Sostener tal libertad implica resolver dos cuestiones:

I) ¿Qué sistema legal da facultad a las partes para escoger el sistema legal que regirá su contrato? ¿existe un sistema legal que coordine a todos los sistemas legales de forma que al estar todos los regímenes jurídicos del mundo interconectados puede sostenerse la facultad universal de elección de la ley aplicable?, y

II) El fraude a la ley solamente importa a la ley defraudada. ¿Es del interés de la comunidad mundial que los sistemas legales se respeten aunque no sea el propio? ¿es esta una regla legal? Bajo el derecho internacional clásico vatteliano no lo es. Bajo el derecho internacional de corte kantiano es regla fundamental.<sup>60</sup>

En este punto cabe la siguiente cita: “la autonomía de las partes tiene sus límites. Uno de ellos está lejos de duda y es reconocido en todos sitios: las partes no tienen ningún poder para excluir, por su elección de derecho, las reglas de orden público o característico del foro”.<sup>61</sup> En efecto, en todos los sistemas legales se reconoce la autonomía material o sustantiva de las partes de un contrato, pudiendo así determinar el contenido del mismo y establecer libremente las estipulaciones. Esta autonomía tiene

<sup>59</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 50, p. 256.

<sup>60</sup> Respecto a la distinción entre la perspectiva vatteliana y la kantiana del derecho internacional véase: García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 19.

<sup>61</sup> Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 2, p. 398.

sus límites en el respeto a las normas de orden público<sup>62</sup> y policía.<sup>63</sup> Es decir, la elección de la ley aplicable tiene que ser hecha de buena fe,<sup>64</sup> no ser ficticia<sup>65</sup> y tener una conexión vital con la transacción.<sup>66</sup>

El que un tribunal haga respetar sus normas de orden público constituye una válvula de escape contra la mala fe; pero permitir el veto del foro contra las reglas extranjeras significa también socavar un principio fundamental del derecho conflictual, el que todos los sistemas legales sean considerados iguales.<sup>67</sup>

En el caso de los contratos internacionales la doctrina se ha preguntado si un juez que conociera de un asunto debe tener en cuenta no solamente la *lex fori*, la ley escogida por las partes para el fondo del asunto,<sup>68</sup> sino también las reglas de aplicación necesaria impuestas por un tercer

<sup>62</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 de marzo de 2002, establece en su cláusula 25.6 lo siguiente: “Disposiciones de Orden Público. Cualquier pacto contenido en este Contrato que sea contrario a disposiciones de orden público de México, se tendrá por no puesto; en la inteligencia de que cuando fuere posible, las partes deberán negociar un arreglo equitativo para reemplazar la disposición inválida”.

<sup>63</sup> Lagarde, Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1959, pp. 234 y ss.

<sup>64</sup> *Seeman vs. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. Supreme Court. 403 (1927) “the parties must act in good faith, and that the form of the transaction must not ‘disguise its real character’...”

<sup>65</sup> *Idem*, “The fact that in some instances wholly unexplained such payments were received elsewhere affords no basis for the contention that the written stipulation for payment in Philadelphia was not the real one”.

<sup>66</sup> *Idem*, “The effect of the qualification is merely to prevent the evasion or avoidance at will of the usury law otherwise applicable, by the parties entering into the contract or stipulating for its performance at a place which has no normal relation to the transaction and to whose law they would not otherwise be subject”.

<sup>67</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 17, p. 258.

<sup>68</sup> “Está ahora firmemente establecido que más de un sistema legal nacional puede regir un arbitraje internacional”, *Channel Tunnel Group Ltd and anor vs. Balfour Beatty Constuction Ltd.* [1993] A. C. 334 en 357. En efecto, es conveniente distinguir entre la ley que rige la capacidad de las partes para acudir a un arbitraje; la ley que da vida al acuerdo para arbitrar, ya sea expresado a través de una cláusula compromisoria (*clause compromissoire*) o un contrato para arbitrar (*compromis*); la ley que rige el procedimiento arbitral (*lex arbitri, curial law*), que puede coincidir o no con la ley del lugar del arbitraje (*lex fori, lex locus arbitri*); la ley que el tribunal tiene que aplicar para resolver el fondo del asunto (ley sustantiva, ley aplicable, ley gobernante o ley propia del contrato); la ley que rige el reconocimiento y cumplimiento del laudo (*lex executionis*).

Estado<sup>69</sup> con el fin de evitar el fraude a la ley.<sup>70</sup> Una respuesta afirmativa levanta muchas preguntas ¿No significa esto una abdicación a la voluntad de un legislador extranjero? ¿cómo pueden dos o más sistemas legales gobernar un sólo contrato? ¿cómo se justifica, o desde qué punto de vista se puede rechazar, la posibilidad de que los jueces de un Estado sancionen en materia contractual, la violación de reglas de derecho necesario pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos distintos al propio?<sup>71</sup> En el marco del esquema de Estados soberanos, bajo el derecho internacional vatelliano, sin lugar a duda el respeto a las leyes de orden público de otros ordenamientos legales es una concesión de poder. En el esquema del derecho internacional sinalagmático no existe una norma que obligue a los Estados a respetar el orden público de otros Estados, todo se basa en la inmoralidad de la violación del derecho extranjero y en la *comitas gentium*.

Para efecto de que el reconocimiento de normas necesarias de derecho extranjero deje de ser un asunto de moral, buenas costumbres o *comitas gentium*, es necesario el concepto de orden público internacional, es decir la revolución de las representaciones morales que Habermas ha señalado,<sup>72</sup> la creación del sistema de *pactum subjectionis* de Ferrajoli,<sup>73</sup> la *Eunomia* de Allott.<sup>74</sup> ¿Es deseable la noción de orden público en derecho internacional de contratos? ¿es posible la creación de un verdadero

<sup>69</sup> Algunos autores sostienen que debido a que el reconocimiento de reglas de aplicación necesaria va en contra de la autonomía de las partes, deben reconocer siempre y cuando ello no vaya contra las expectativas razonables de las partes al suscribir el contrato. Nygh, Peter, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1995, t. 251, p. 397.

<sup>70</sup> Siqueiros, José Luis, "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, 2002, pp. 45 y ss.

<sup>71</sup> Guardans Cambó, Ignasi, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 28, 521 y ss.

<sup>72</sup> Habermas, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", trad. de Manuel Jiménez Redondo, *Cuadernos de filosofía del derecho*, DOXA, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

<sup>73</sup> Ferrajoli, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 178.

<sup>74</sup> Allott, Philip, *Eunomia. New order for a new world*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. XXVII.

orden jurídico internacional comercial? La idea de orden público significa simplemente que *non sub homine sed sub lege*, y ello es un principio de cualquier sistema legal.<sup>75</sup> Desde nuestro punto de vista ello es posible, deseable y necesario, pero es imposible lograrlo si no se rompe el dogma soberano.

Algunas subredes de la red global han comenzado a formar órdenes públicos. Un primer ejemplo de un orden público supranacional lo constituye la Comunidad Europea, que mediante un tratado internacional vinculante para los países suscriptores, genera la noción de orden público. El párrafo primero del artículo 7 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma de 1980) señala que:

Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

De esta forma, en Europa existe un *grundlegung* europeo que debe respetarse por la autonomía material ejercida por las partes al crear su *consensus* para un contrato a cumplirse en dicho continente.

Existen otras normas no derogables o de orden público internacional a un nivel más amplio que la comunidad europea, así el artículo VIII (2) (b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, referente a regulaciones de tipo de cambio, señala: “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro...”.

No obstante, las dos reglas anteriores de orden público son de derecho internacional particular, no general, no consuetudinario. Desde nuestro punto de vista es posible que las normas de *ius cogens* y las *erga omnes* como la prohibición de esclavitud; por ejemplo, sean consideradas por

<sup>75</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, p. 91.

los tribunales de todos los países como de orden público internacional de forma que un contrato que tenga como objeto la venta de seres humanos sea considerado nulo e inclusive criminal para toda la comunidad jurídica mundial.

Tradicionalmente en los contratos internacionales, el derecho conflictual, enmarcado en el dogma del conflicto entre soberanos, ha dado un amplísimo juego al principio de la autonomía de la voluntad al grado tal de no solamente permitir a las partes determinar libremente las cláusulas del contrato (autonomía material), sino escoger el orden jurídico que lo va a regir (autonomía conflictual). El problema ha sido mayúsculo pues la facultad de elección del sistema jurídico necesariamente aparece descontextualizada de orden legal alguno, como una facultad previa a todo sistema legal. Ante tal paradoja la respuesta más sensata del derecho conflictual ha sido proponer la existencia de una multiplicidad de sistemas legales de forma tal que la voluntad de las partes simplemente es un elemento seleccionador de conexiones preexistentes que ayudan a localizar un contrato en un sistema legal en particular, alejándose de la idea de creación de contratos fuera de todo sistema jurídico. Este punto es sugerente, en el fondo supone una red de conexiones entre los diversos sistemas legales del mundo, conexiones que en sí mismas constituyen un sistema legal. No obstante, hasta ahora este argumento no ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias, es decir, al reconocimiento de un sistema legal de sistemas legales,<sup>76</sup> y se ha quedado simplemente en señalar que al lado de las normas que son aplicadas por medio del procedimiento conflictual existen otras normas de aplicación inmediata pero que no pasan a constituir un sistema jurídico supranacional.<sup>77</sup>

## V. ¿GRUNDLEGUNG UNIVERSAL?

En esta sección analizaremos un problema especial que nos refuerza en nuestra conclusión sobre la necesidad de un *grundlegung* universal.

Hemos dicho que todo acuerdo de voluntades, todo *consensus*, debe estar sostenido y apoyado por un *grundlegung*. En derecho internacional privado una pregunta ha surgido: ¿un contrato debe estar regido en todos

<sup>76</sup> Barrena Nájera, Guadalupe, *La doctrina de la unidad de derecho*, Tesis, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003.

<sup>77</sup> Romero Fabiola, "La norma de aplicación inmediata o necesaria", *Publicaciones Jurídicas Venezolanas*, Revista 112, <http://www.zur2.com/fej/112/fabiola.html>.

sus aspectos por una única *grundlegung* o cada prestación y contraprestación, cada obligación, cada aspecto del contrato, puede estar regido por un sistema legal diferente?

La segunda alternativa supone el desmembramiento,<sup>78</sup> partición<sup>79</sup> o disección<sup>80</sup> de la *lex contractus* en dos o más segmentos. Teóricamente pueden darse dos formas de partición.

Un primer supuesto es que la *lex contractus* sea la sumatoria de una serie de *grundlegung* cada una vinculada con su *consensus*, *lex contractus* =  $\sum_{i=1\dots n} (\textit{grundlegung}_i + \textit{consensus}_i)$ , de forma que cada pareja de *grundlegung*<sub>i</sub> y *consensus*<sub>i</sub> sea en sí misma un contrato que forme parte simplemente de un negocio jurídico que los aglutina. En este caso, no existe mayor inconveniente teórico con el *dépeçage*.

El segundo caso de la sumatoria es más complejo, se trata de diversas cláusulas de un mismo contrato gobernadas por varios sistemas legales, de forma que la *lex contractus* =  $\sum_{j=1\dots n} (\textit{grundlegung}^j + \textit{consensus}_j)$ . En este caso puede variar el *grundlegung*<sup>j</sup> y la sumatoria de cada pareja de *grundlegung*<sup>j</sup> y *consensus*<sub>i</sub> conforman las disposiciones o cláusulas individuales del contrato.

En este supuesto cada cláusula es interdependiente desde el punto de vista de la convención, pero independiente desde el punto de vista de la ley aplicable, *grundlegung*<sup>j</sup>, se trata de contratos plurilocalizados. Ejemplo de este tipo de desmembramiento lo da el último párrafo del numeral 1 del artículo 3o. del Convenio de Roma que señala que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Con independencia de que el convenio sea una sumatoria de convenios regulado cada uno por un diverso *grundlegung* o bien que cada cláusula de un mismo convenio esté regulada por diferentes *grundlegung*, existen otros tipos de desmembramiento: vertical y horizontal.<sup>81</sup> En el primer caso la segmentación del contrato rompe la unidad entre las obligaciones

<sup>78</sup> Loussouarn & Bredin, por ejemplo, le donominan *dépeçage*. Cfr. Loussouarn Yvon y Bredin Jean-Denis, *Droit du Commerce International*, París, Sirey, 1969, p. 604.

<sup>79</sup> Niboyet le denomina *morcellement*. Cfr. Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez, México, Editora Nacional, 1969, p. 75.

<sup>80</sup> Aparte del término *dissection* Batiffol utiliza los términos *dépeçage* y *morcellement* de manera indistinta. Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Librairie du recueil Sirey, 1938, pp. 34 y 65 entre otras.

<sup>81</sup> Alfonsin, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1950, p. 33.

de cada parte, separando por ejemplo las obligaciones del comprador de las del vendedor, las del arrendatario del arrendador.

El caso clásico de desmembramiento vertical se encuentra en la propuesta de Savigny,<sup>82</sup> para quien el verdadero asiento de las obligaciones, el derecho local a que se encuentran sometidas es el lugar de su cumplimiento,<sup>83</sup> adoptando así la *lex loci solutionis* para cada obligación.<sup>84</sup> Cuando el contrato por ser unilateral impone una obligación a una sola de las partes, la *lex loci solutionis* de esa obligación es a la vez la *lex contractus*, pero cuando el contrato por ser bilateral impone a las dos partes obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en Estados diferentes, habrá que desmembrar el contrato en dos mitades para aplicarle a cada una la ley correspondiente.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> "... en toda obligación sinalagmática son distintas las deudas y pueden ser separadamente tratadas; luego una vez fijada esta división nada nos impide determinar para cada una de estas deudas la jurisdicción y el derecho local, según la persona del deudor." Savigny, M.F.C., *Sistema del derecho romano actual (1849)*, trad. de Mesía Jacinto y Poley Manuel, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. a., t. VI, p. CCCLXIX, Derecho de obligaciones, p. 235.

<sup>83</sup> "...es de esencia de la obligación el referirse a dos personas diferentes: para la una constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión a una voluntad extraña, ¿según cual de estas relaciones estrechamente ligadas, aunque diferentes, debemos determinar el asiento de la obligación? Evidentemente sobre la última, porque la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación. Este principio encuentra una doble confirmación, primeramente en la gran influencia que el lugar de la ejecución ejerce sobre la jurisdicción, pues éste resulta principalmente de la actividad del deudor y el acreedor no obra o no representa más que un papel accesorio e inferior; en segundo lugar, en la relación íntima existente entre el derecho local y la jurisdicción siempre subordinada a la persona del demandado, que es en este caso el deudor". *Ibidem*, pp. 234 y 235.

<sup>84</sup> El artículo 13 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción V: "... los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho". "The general principle in relation to contracts made in one place, to be executed in another, is well settled. They are to be governed by the law of the place of performance". *Miller vs. Tiffany*, 1 Wall. 298; *Bedford vs. Eastern Building & Loan Association*, 181 U.S. Supreme Court 227, 242, 243 S., 21 S. Ct. 597.

<sup>85</sup> Este sistema es adoptado por el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos en el primer párrafo de la fracción V, del artículo 14, que dispone: "En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: ... V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales

En el caso del desmembramiento horizontal el contrato se separa por los diversos aspectos legales que le dan vida: capacidad de las partes, formalidad, validez del consentimiento, efectos. Un ejemplo de desmembramiento horizontal se realiza de la siguiente manera: i) para su solemnidad se sigue la regla *locus regit actum*; ii) para la capacidad de los contratantes *lex domicilii*; iii) para la interpretación del contrato, *lex loci contractus*; iv) para el proceso en caso de controversia *lex fori*, y v) para la ejecución de las prestaciones *lex loci solutionis*.<sup>86</sup> En los contratos internacionales lo común es que cada uno de dichos aspectos del contrato esté regido por una ley distinta.

La teoría del desmembramiento de las cláusulas contractuales ha dado lugar a interesantes discusiones teóricas respecto al alcance del *grundlegung* y la posibilidad de que sea complementado por normas de otros sistemas legales. Así por ejemplo el requisito de que el contrato sea celebrado por contratantes capaces lo exige el *grundlegung* del contrato; en cambio la jurisprudencia del arbitraje internacional, deja la determinación de dicha capacidad a otros sistemas legales. En general podemos señalar una regla general: la *lex contractus* regirá lo que se denomina la vida del contrato, el *iter contractus (consensus + grundlegung)*, desde su formación hasta su ejecución y extinción,<sup>87</sup> lo que quede fuera de dicho *iter* se puede regir por otros sistemas legales, de manera complementaria. ¿Cuál es la base de esta complementariedad? Desde nuestro punto de vista dicha complementariedad implica una coordinación entre los diversos sistemas legales supuesta pero no del todo aceptada hasta el momento.

Otro desmembramiento común es cuando la norma contractual se parte en aspectos referentes al proceso que la genera y aquellos relativos a la aplicación de la norma ya creada. Formación del contrato *vs.* ejecución del mismo, distinguiendo así entre el *vinculum iuris* y el *onus conventionis*, es decir entre los requisitos para la validez del contrato y los efectos de la norma convencional.<sup>88</sup> El *onus conventionis* además puede dividirse en dos partes: efectos previstos y propuestos por las partes, *effets*, y efec-

derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derecho se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

<sup>86</sup> Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. II, p. 620.

<sup>87</sup> Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 46, p. 276.

<sup>88</sup> *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934, pp. 346 y 358.

tos en existencia por operación de derecho, *suites du contrat*,<sup>89</sup> desde esta perspectiva el *onus conventionis* del *consensus* es denominado *effets* y el *onus conventionis* del *grundlegung* es denominado *suites du contrat*.

Los requisitos de formación del contrato pueden ser regulados por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*), mientras que los efectos en la ejecución del contrato pueden ser gobernados por la *lex loci solutionis*.<sup>90</sup> Este tipo de desmembramiento puede generar problemas; así por ejemplo, puede ser el caso que la ejecución de un contrato dependa de ciertas condiciones de celebración desconocidas o prohibidas por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*).

La teoría del desmembramiento tiene un problema toral para el derecho conflictual. Al no existir un *grundlegung* universal que se sobreponga a todos los sistemas legales, que los coordine y unifique, el desmembramiento rompe la unidad del contrato.<sup>91</sup> Pensemos en un contrato que requiere cierta formalidad para ser válido. ¿Puede desmembrarse la cláusula de formalidad del resto de la *lex contractus*? En el caso de dos estadounidenses que pretenden comprar un bien inmueble ubicado en México, la ley mexicana exige la elevación a escritura pública; si el contrato se celebra en Estados Unidos, según la regla *locus regis actum* el mismo debe tener las formalidades del lugar donde se celebra, pero para que sea válido frente a terceros en México debe luego cumplir con la formalidad mexicana de escritura pública. El desmembramiento de cláusulas puede dar lugar a inconsistencias dentro del contrato.

La multiplicidad de leyes aplicables a un mismo contrato requiere que el límite del dominio de cada una de ellas sea preciso, lo cual nunca sucede; es más no solamente las diversas leyes aplicables se sobreponen sino que generalmente se contraponen debido a la descoordinación existente entre los diversos sistemas legales soberanos.

Todo desmembramiento, horizontal o vertical, tiene un serio inconveniente: las obligaciones que ligan a los contratantes en todo contrato son

<sup>89</sup> Valéry, Jules, *Manuel de Droit International Privé*, París, Fonteming et Cie, 1914, pp. 685 y 987.

<sup>90</sup> Fiore, Pascual, *Derecho internacional privado*, trad. de García Moreno, México, Talleres de la Ciencia Jurídica, 1898, t. II, pp. 13 y ss, § 242.

<sup>91</sup> Vischer, F., "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142, p. 31. Véase también González de Cossio, Francisco, "La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 27, 1997, pp. 124 y ss.

correlativas y dependen una de la otra. Dicha correlación desaparece si la obligación de una parte queda subordinada a una ley mientras que la obligación de la contraparte, que puede ser correlativa, queda sujeta a un sistema legal diverso.

Las obligaciones de una de las partes son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la contraparte. El romper el *vínculum* al separar las obligaciones significa pesarlas en balanzas diferentes. Las obligaciones de un contrato, aunque diferentes, deben ser pensadas configurando un vínculo legal único; en consecuencia aunque la deuda de cada parte puede parecer distinta, la fuente consensual que les dio origen debe ser regulada por un solo sistema jurídico, de lo contrario no se lograría la coincidencia de voluntades que da lugar al *consensus* o habría que enfrentarse a soluciones insolubles. El contrato debe por tanto ser pensado como una unidad jurídica y como tal debe ser regido por una sola ley.

Además de los argumentos legales, que son los que interesan en este ensayo, cabe mencionar que la unidad del régimen del contrato, es una exigencia del mundo a los abogados, una condición normativa que garantiza la seguridad del *commercium internacional*.

Un punto adicional en toda esta discusión del desmembramiento de los contratos es la temporalidad en que puede producirse la disección y la eventual modificación de la misma. El párrafo 2 del artículo 3o. del Convenio de Roma señala que “Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio.”

Lo dispuesto por el Convenio de Roma es consistente con la postura de mayor liberalidad a la autonomía de la voluntad, al punto tal de que no solamente dejan escoger el *grundlegung* que da sustento al *consensus*, sino que deja libre la posibilidad de que dicho sistema jurídico sea cambiado a discreción. Desde nuestro punto de vista esta solución es exagerada y genera incertidumbre al no estar definido de una vez por todas qué sistema legal compone la *lex contractus*.

El Convenio de Roma trata de asegurar dicha certidumbre al establecer que “Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9o. y no afectara a los derechos de terceros”.

En este punto cabe una acotación importante. El mundo comercial desmembra contratos, el marco teórico soberano no logra explicar satisfactoriamente lo sucedido en la realidad debido a que ha sido rebasado. Es necesario enfocar con otros ojos los problemas y nosotros creemos que la única forma de responder coherentemente a la posibilidad de que las partes de una convención puedan escoger distintas leyes aplicables a las distintas cláusulas de su contrato, o de que puedan inclusive cambiarla cuando se les antoje, es bajo la explicación de que la ley aplicable se compone por un sistema legal global compuesto de subsistemas legales, dicho sistema legal global les permite a las partes determinar a qué subsistema jurídico quieren fijar su *consensus*. La única forma de resolver estas contradicciones al aplicar los distintos sistemas legales soberanos es crear normas que estén destinadas a ser aplicadas a toda la humanidad.<sup>92</sup> Este es el caso creado justamente por el Convenio de Roma para el subsistema europeo, que en materia de obligaciones contractuales, permite a las partes de una convención determinar a qué sistema legal nacional europeo pueden adscribir su contrato.

<sup>92</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 17, p. 147.