EL SOMETIMIENTO AL DERECHO EXTRANJERO POR MEDIO DE LA CLAUSULA DE DERECHO APLICABLE

Rogelio López Velarde Estrada(1)

I. Introducción II. Ubicación del Tema III. La Cláusula de Derecho Aplicable III.1 Autonomía de la voluntad III.2 Derecho Internacional Convencional III.2.1 Convención de Roma III.2.2 Convención de Montevideo IV. Reformas al Código Civil IV.1 Lex Loci Solutionis IV.2 Arbitraje Mercantil IV.3 Aplicación del Derecho Extranjero en México IV.4 Nuestras Normas Conflictuales como Normas Obligatorias V. Requisitos de Existencia y Validez de la Cláusula de Derecho Substantivo Aplicable V.1 Validez de la Cláusula de Derecho Aplicable V.2 Obligaciones Extracontractuales V.3 Forma y Perfeccionamiento de los Contratos V.4 Orden Público y Fraude a la Ley V.5 Exequátur V.6 Derechos Reales V.7 Estado y Capacidad de las Personas V.7.1 Personas Físicas V.7.2 Sociedades Mercantiles V.7.3 El Estado y sus Entidades Públicas V.7.3.1 Gobierno Federal V.7.3.2 Las Paraestatales V.7.3.3 Contratos Administrativos V.7.3.4 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles y Ley de Obras Públicas V.7.3.5 Ley de Adquisiciones V.7.3.6 Ley de Obras Públicas VI. El Dépeçage VII. Efectos jurídicos de la cláusula de Derecho Aplicable VII. La cláusula de Derecho Substantivo Aplicable a la Luz del Derecho Positivo Norteamericano VIII.1 Derecho Conflictual del Estado de Nueva York VIII.2 Inmunidad Soberana IX. Comentarios Finales X. Apéndice.

I. Introducción.

Cada vez notamos con más frecuencia el sometimiento y utilización en nuestro país del derecho extranjero en los negocios mercantiles. Dicha aplicación tiende a incrementarse en la medida que México consolida su inserción en la llamada

---

(1) Profesor de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

globalización de mercados, y accede a la integración económica con otros países, sobre todo, con su principal socio comercial: los Estados Unidos de América.

En efecto, ya sea por conveniencia o por necesidad, es cada vez más reiterado que las personas en México - Físicas o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeras - consensualmente convienen el someter sus transacciones civiles-mercantiles al derecho extranjero. Las razones de ello son de variada índole; una de éstas y que sirve como prolegómeno a nuestro tema, son las esperadas reformas a que fue objeto nuestra legislación en materia de derecho internacional privado, toda vez que permite ahora sí de una manera más precisa, el sometimiento al derecho extranjero para determinadas obligaciones contractuales

II. *Ubicación del tema.*

La cláusula de *derecho aplicable* es, indubitablemente, campo fértil de estudio para los cultores del derecho internacional. De hecho, para algunos sistemas jurídicos contemporáneos como el angloamericano, el curso de derecho internacional privado, (el llamado *conflict of laws*), comienza con el análisis del llamado *choice of law*(2), piedra angular en el estudio del conflicto de normas y jurisdicciones, y contenido real de la asignatura que se imparte en ese país(3). Es

(2) Véase, e.g., Brilmayer, L. PERSPECTIVES ON THE CONFLICT OF LAWS, Little, Brown & Company, (USA 1991); Scoles, E., & Hay, P., CONFLICT OF LAWS, West Publishing, Co., Hornbook Series (USA 1992); Martin, J., CONFLICT OF LAWS, Little Brown & Company, (USA 1978); Cramton, R. Curie, David, CONFLICT OF LAWS, West Publishing, Co., (USA 1987).

(3) El contenido de la escuela internacional-privatista angloamericana resulta ser diferente al contenido de otras escuelas, como la francesa o como la mexicana que sigue en parte a la francesa, dada nuestra tradición jurídica. Esta pequeña divergencia, influye en el tratamiento que le da el derecho norteamericano, *vis-à-vis*, derecho mexicano, respecto a la *cláusula de derecho aplicable*, como lo veremos más adelante. Debido a su bondad didáctica, por lo pronto hasta ahora, muchas facultades de derecho del país - como es el caso de la Universidad Iberoamericana - siguen el contenido propuesto por la escuela francesa en la enseñanza de derecho internacional privado, la cual se enfoca al estudio de la nacionalidad, la condición jurídica de los extranjeros, el conflicto de normas y el conflicto de competencias. Ciertamente, y a la luz de los cambios en nuestra legislación día a día está viviendo, la propuesta francesa cada vez pierde más vigencia, máxime que toma como contenido a un punto de conexidad (la *nacionalidad*), el cual cada vez es menos considerado como un elemento de sujeción dentro de nuestras normas conflictuales. Véase Pillet, A., Niboyet, J. -P., MANUEL DE DROITE INTERNATIONALE PRIVÉE, Recueil Sirey (Paris 1924).

precisamente en el estudio de la elección de derecho aplicable, donde encontramos una fórmula real y efectiva para resolver los problemas que se suscitan por la vigencia simultánea de normas en el espacio(4).

Por consiguiente, nuestro tema se ubica dentro del estudio del derecho internacional privado, concretamente, dentro del llamado conflicto de normas(5). Se analizará el sometimiento de normas substantivas extranjeras; de ahí que deliberadamente se omita abordar lo atinente a las normas adjetivas, por lo que no se verá lo relativo al llamado conflicto de competencias, ni los mecanismos de solución de controversias. Se destaca, finalmente, que el análisis tan sólo cubrirá, desde luego, lo concerniente a la cláusula de derecho sustantivo respecto a obligaciones contractuales de naturaleza civil-mercantil.

III. *La Cláusula de Derecho Aplicable.*

Dada la carencia e insuficiencia de normas internacional-privatista, o de instrumentos internacionales que determinen efectivamente las normas de remisión o vinculación respectiva, los problemas de abuso de foros, la incertidumbre jurídica, la dispersión y colisión normativa, y los conflictos por jurisdicción concurrente, son generalmente resueltos con la inclusión de cláusulas de derecho aplicable y foro competente(6).

De ahí que, constantemente, nos encontremos en materia de contratación mercantil internacional, sobre todo, alguna estipulación que se refiere al derecho y a la jurisdicción aplicable. Preventivamente, las partes seleccionan cuál es el derecho, legislación e, inclusive, el derecho no positivo (*lex mercatoria*), que regulará su convenio o contrato en el evento de que alguna controversia surja al respecto. Con ello, precautoriamente las partes contratantes buscan evitar la

(4) Partimos que el objeto de derecho internacional privado es el " *determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe de aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia* ". ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Dirskill, S.A., Tomo VII (Argentina 1979) pg. 503.

(5) Mejor llamada concurrencia, simultaneidad o colisión de normas en el espacio.

(6) Véase López Velarde, Rogelio, *Incumplimiento a contratos de Crédito Internacionales por Entidades Públicas Extranjeras Causados por la Imposición de Control de Cambios: el caso de México, Petróleos Mexicanos* (México 1991) pg. 81.

colisión de normas o la remisión a un derecho que no sea de la conveniencia de ésta, y escogen el derecho que más les conviene para que regule su acuerdo de voluntades. En contratos internacionales, e inclusive para aquellos contratos que son estrictamente nacionales, resulta ser indispensable que las partes estipulen qué derecho va a regular su acuerdo y qué mecanismo de solución de controversias será el aplicable.

Así pues, independientemente a la llamada *cláusula de sumisión* - o también conocida como *pacto foro prorrogando* o *cláusula de prorroga competencial territorial* o *cláusula jurisdiccional* -, en el comercio internacional las partes contratantes por lo regular establecen una *cláusula de derecho aplicable*. El nombre de *cláusula de derecho aplicable* entraña la estipulación por medio de la cual las partes consecuentemente establecen cuál será el derecho sustantivo que regulará su acuerdo de voluntades, por lo que en ella no se regula qué jurisdicción (inclusive qué competencia judicial) o qué otro mecanismo de solución de controversias fue escogido por las partes (e.g. arbitraje mercantil internacional, mediación, consulta, conciliación y buenos oficios), el cual puede ser distinto, desde luego, al derecho sustantivo seleccionado. Comúnmente, se estipula el derecho estatal de un país en concreto, aunque no es extraño que se pacte un sometimiento explícito al derecho federal de un país determinado o a un sistema de leyes. También se estila estipular una elección convencional con sometimiento a la *lex mercatoria* o la armónica combinación de varios derechos, positivos o no, a través de la suscripción de un *dépeçage*. La sofisticación llega al grado de que las partes revisan que derecho sustantivo - nacional, extranjero, positivo o no -, les conviene más para someter los efectos jurídicos de su transacción mercantil, situación parecida al fenómeno conocido como *forum shopping*(7).

Ciertamente, otros connotados autores han denominado de otra forma a lo que nosotros llamamos *cláusula de derecho aplicable*, como *cláusula de ley aplicable*

(7) Véase DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo II, Porrúa, S.A. (Mex. 1987) pgs. 1468-1469.

o *cláusula de elección de ley rectora*(8). Preferimos denominarla así, en virtud de que es un poco más exacto el hablar de derecho, por ser un término genérico, en lugar de ley que es un término más específico que denota como si se tratara de una sola fuente formal - derecho legislado -, cuando evidentemente nos encontramos en presencia de muchas fuentes más, sobre todo conforme a otros sistemas jurídicos, verbigracia, el caso de los Estados Unidos.

Por lo general, la gran mayoría de los países occidentales permiten que en la contratación civil-mercantil, las partes puedan estipular, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, una cláusula de derecho aplicable por medio de la cual las partes se someten al derecho substantivo extranjero (9). Por consiguiente, resulta indispensable el conocer e identificar las reglas conflictuales que tiene nuestro país al respecto, así como las del derecho estadounidense que, por obvia circunstancia geográfica, política y económica, nos presenta el mayor número de casos de colisión normativa entre los dos sistemas. A ello se suma la interacción que se observa a nivel de conflicto de competencias, es decir, que tanto jueces mexicanos como norteamericanos e, inclusive, árbitros privados, tendrán que aplicar las normas de derecho internacional privado que correspondan, al momento de que se encuentren con una *cláusula de derecho aplicable* donde las partes se someten al derecho extranjero.

III.1 *Autonomía de la voluntad*

El hecho de que se esté incrementando en México el uso del derecho extranjero por medio de la *cláusula de derecho aplicable*, no necesariamente obedece a

---

(8) Véase, e.g., Vázquez Pando, *Consideraciones Jurídicas Sobre la Teoría y la Práctica de la Inversión Extranjera Indirecta en México, a Través de Financiamientos*, en PRIMER SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 25, 45 (UNAM 1979).

(9) Véase López Velarde, *supra* nota 6, pg. 80-81.

que se hayan adoptado las reformas iusprivatistas de 1988 y 1989(10) o que México haya ratificado diversas Conferencias Interamericanas Especializadas en Derecho Internacional Privado (conocidas por su acrónimo de "CIDIPs")(11), sino porque se ha intensificado el tráfico mercantil internacional de nuestra nación, lo que ha provocado la utilización de este tipo de estipulaciones. Las reformas internacional-privatistas en la legislación mexicana, concebidas como una directa reacción por la adopción de un gran número de CIDIPs por parte de nuestro país y de otros tratados en la materia(12), no vinieron a permitir el sometimiento al

- (10) Las reformas internacional-privatistas fueron hechas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (en adelante el "*Código Civil*"), al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicadas en el Diario Oficial los días 7 y 12 de Enero de 1988, así como al Código de Comercio en materia de arbitraje publicadas en 1989, y recientemente enmendadas según Diario Oficial del 22 de Julio de 1993.
- (11) Las CIDIPs fueron celebradas en Panamá, Panamá, 1975. Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1979. La Paz, Bolivia, 1984. Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1984, y la quinta CIDIP por celebrarse en la Ciudad de México en 1994.
- (12) Reflejo de la escasa atención y uso que los abogados mexicanos hacemos del derecho internacional y de las herramientas que ofrece su conocimiento, las reformas iusprivatistas concebidas a través de la suscripción y ratificación de un gran número de CIDIPs y de otros instrumento internacionales desde la década de los setenta, y a pesar de su categorización de *ley suprema* conforme el artículo 133 Constitucional, tuvieron que esperar que el Congreso de la Unión enmendara los códigos sustantivos y adjetivos domésticos, para que dichas reformas fueran finalmente utilizadas por la práctica jurídica internacional en México. A no ser de que se trate de ajustar la ley secundaria federal a efecto de evitar la transgresión del principio de *autoridad formal* de la ley contemplado en el artículo 72 (f) y una violación a la garantía de legalidad, pareciera como si los tratados en México no son *autoaplicativos*, no obstante de que se haya debidamente cumplimentado con los requisitos de fondo y forma que exige nuestra norma fundante y la criticada Ley sobre la Celebración de Tratados. En México, la idea anglosajona de los *non-self executing treaties* (tratados no autoaplicativos, es decir tratados o convenios ejecutivos que requieren una ley secundaria federal para que los implemente y se les dé vigencia), parece estar enbionada en nuestro país no tanto porque pudiera ser un requisito constitucional o legal, sino porque más bien parece que el uso del derecho internacional convencional está condicionado a que esté incluido dentro de nuestro derecho legislado, prueba de nuestra cultura jurídica y del desconocimiento y poco uso de las fuentes formales que nos ofrece el derecho internacional privado. En voz del profesor Vázquez Pando, las reformas iusprivatistas de 1988 fueron para adecuar las distintas disposiciones adoptadas por México a través de la ratificación de diversos convenios internacionales, no obstante de que dicha adecuación es jurídicamente innecesaria en nuestro país. Véase Vázquez Pando, *infra* nota 26, 1411-1412; *Jerarquía Constitucional del Tratado de Libre Comercio en el Sistema Constitucional Mexicano*, ponencia dictada en la conferencia denominada "Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio", organizada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Parte I, pg.35, así como el artículo *Algunos Aspectos Constitucionales del T.L.C.*, dentro de la segunda conferencia, Parte II, pg. 23.

derecho extranjero por medio de la estipulación de derecho aplicable, sino a expresamente reconocer su uso y regular su perfeccionamiento, toda vez que desde hace años atrás dichas cláusulas ya estaban arraigadas en la práctica iusprivatista de nuestra nación, gracias a la *autonomía de la voluntad* que consagra nuestro derecho común.

En efecto, desde aún antes de las reformas internacional-privatistas las partes contratantes contaban, en términos generales, con la libertad de someter sus negocios mercantiles al derecho extranjero, muy a pesar del exacerbado territorialismo de nuestras leyes. Y ello encuentra fundamento en la amplia libertad contractual que campea en nuestro Código de Comercio(13); situación que se encuentra supletoriamente fortalecida por nuestro Código Civil(14). La voluntad de las partes es lo que impera, a no ser que exista formalidad o prohibición alguna en contrario.

Este *principio consensual* consagrado en nuestro derecho privado sirvió antes de la promulgación de las reformas de 1988, como fundamento para que las personas sometieran sus actos mercantiles al derecho extranjero(15), no obstante el recelo territorialista de nuestras leyes(16). Así pues, la cláusula de derecho aplicable representa el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, no obstante que dicha libertad se encuentra limitada y regulada para determinados casos(17), como veremos más adelante.

Hoy en día, en virtud de la adopción por parte de nuestro país de un número considerable de convenciones internacionales y con motivo de las reformas iusprivatistas de 1988, las partes contratantes gozan de mayores libertades para la

---

(13) " *En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados* " art. 78 del Código de Comercio.

(14) " *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben de revestir una forma establecida por ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley* " . art.1796 del Código Civil.

(15) Véase Vázquez Pando, *supra* nota 8, pg. 45.

(16) Véase artículos 12, 13 y 14 del *Código Civil* antes de la reforma iusprivatista de 1988, comentados por Vázquez Pando, *NUOVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO*, Editorial Themis (Mex. 1era. ed. 1990) pg. 49-81.

(17) López Velarde, *supra* nota 6, pg. 80.

limitada utilización del derecho extranjero respecto a sus convenciones mercantiles. Por ello, es menester profundizar en los problemas que el complejo tema del *derecho aplicable* arroja a la práctica jurídica; su interacción con otros sistemas normativos y el correcto uso de la *cláusula de derecho sustantivo aplicable*, objeto central de nuestro análisis.

III.2 *Derecho Internacional Convencional*

Es el derecho internacional convencional una de las fuentes formales más efectivas que el derecho internacional privado posee, para resolver los problemas que se suscitan cuando existen la concurrencia de dos hipótesis normativas de dos países que reclaman su observancia respecto a la existencia de un acto o hecho jurídico. A través de los tratados, las naciones mutuamente concretan sus convicciones jurídicas, llegan a una avenencia y establecen un mecanismo por medio del cual algún conflicto normativo intrasistémico será solucionado (18). De ahí que resulta lógico aseverar que la fuente formal más efectiva y adecuada para resolver los conflictos de leyes entre países, es quizá por medio del derecho internacional (19). Pocos son los instrumentos, sin embargo, que se tenga a la mano donde se regule la cláusula de derecho aplicable.

III.2.1 *Convención de Roma.*

Los miembros de la Comunidad económica Europea, el 19 de Junio de 1980

- (18) Véase las distintas formas que a través del derecho de los tratados, se pueden solucionar los problemas de la simultaneidad de derechos de dos o más países, en *id.*, pg. 34-36.
- (19) Dubitamos un poco en ser contundentes, y decimos que es quizá la fuente formal más idónea para el derecho conflictual internacional, dadas las penosas experiencias que nuestro país ha vivido respecto a los tratados internacionales que ha suscrito y ratificado con los Estados Unidos de América, como es el caso del vilipendiado Tratado de Extradición. Véase también el caso de la *Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil*, en el juicio *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987), donde analógicamente la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se arredra y elude la aplicación del citado instrumento internacional. México es Estado parte de esta Convención, cuyo decreto de aprobación fue publicado en el Diario Oficial el 26 de Enero de 1988. Véase también *Société Internationale v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958); López Velarde, Rogelio, *Breves Comentarios sobre el Artículo "La Ley Estadounidense del Descubrimiento"*, *Pemex-Lex*, No. 61-62 (Mex. Julio-Agosto 1993) pg. 39.

firmaron la *Convención sobre el Derecho Aplicable para Obligaciones Contractuales* (20). En este instrumento comunitario conocido como la *Convención de Roma*, se establecen ciertas reglas en torno a la elección contractual del derecho aplicable.

Primero, la intención de las partes de someterse a determinado derecho no se presume; proviene del consentimiento expreso de la partes. Análogamente al derecho norteamericano, la Convención de Roma permite que los jueces miembros del mercomún europeo interpreten cuál era la intención de las partes (21), y respeten la voluntad de éstas a someterse a otro derecho substantivo extranjero, positivo o no, o aún cuando se trate de un derecho extraño a alguno de sus Estados parte. En ese sentido, la *Convención de Roma* permite una amplia libertad contractual: expresamente autoriza a las partes el uso del *dépeçage*, y no exige ningún punto de conexión entre la obligación mercantil en particular, con respecto al derecho extranjero seleccionado (22). Cuando las partes hayan omitido pactar cuál es el derecho substantivo aplicable a su transacción, la *Convención de Roma* procede a resolver este conflicto normativo a través del principio conocido como el "*derecho que más conexión tenga con el contrato*" (*closest connection principle*) (23). Establece, por otro lado reglas conflictuales para determinados contratos, así como la identificación de diversos puntos de conexión con el propósito resolver que país tiene la más cercana vinculación con la obligación de que se trate (24). La *Convención de Roma*, además ha establecido una presunción *juris tantum* con el afán de dar certidumbre jurídica: el contrato se regulará conforme al derecho del país donde se lleve a cabo la *prestación más característica* (*characteristic performance*) en caso de que las partes no hayan elegido consensualmente el

---

(20) Véase Delaume, *The European Convention on the Applicable to Contractual Obligations: Why a Convention?*, 22 Va. J. Int'l L. 105 (1971); Juenger, *La Convención Europea sobre el Derecho Aplicable a Obligaciones Contractuales: Algunas Observaciones Críticas desde la Perspectiva Estadounidense*, Jurídica No. 14, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana [en adelante "Universidad Iberoamericana"] (Mex. 1982) pg. 197.

(21) Véase Juenger, *supra* nota 19, pg. 198-199.

(22) Véase Folsom, Ralph, INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS, West Publishing, Co., 1986, pg. 59.

(23) Art. 4 de la *Convención de Roma*.

(24) *Id.* pg. 59.

derecho aplicable respectivo (25); fórmula novedosa y a la vez criticada, que busca erradicar los defectos negativos que implica el uso del principio conflictual conocido como *lex loci solutionis*.

III.2.2 *Convención de Montevideo.*

No fue sino a partir de la década de los setenta, que México comenzó a participar con mayor entusiasmo dentro de los movimientos regionales y mundiales, establecidos en favor de la armonización y unificación del derecho internacional privado. Tal fue el caso de las llamadas CIDIPs, cuyos tratados internacionales México ha suscrito y ratificado en gran número (26). Una de las convenciones adoptadas por México es la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, conocida como la *Convención de Montevideo* (27). Indiscutiblemente, los principios recogidos por ese acuerdo internacional, sirvieron para adecuar nuestra legislación interna al respecto. Por lo tanto, la equivalencia entre las CIDIPs y las reformas de 1988 y 1989 es virtual. Procederemos, pues, a revisar dichas disposiciones jurídicas, al tiempo que revisamos los tratados que México ha ratificado al respecto.

-
- (25) "No solo es arbitrario este concepto, ni siquiera da certeza. Además paradójicamente, aunque es simplista, su aplicación práctica no es siempre sencilla. ¿Cuál, por ejemplo, es la prestación característica de un contrato de un autor y un editorial? ¿Cuanto más compleja la transacción, tanto menos ayuda el criterio. Así un "joint venture", puede integrarse de numerosos contratos que prevén una gran variedad de cumplimientos diversos, tales como la formación de una sociedad anónima, el otorgamiento de licencias en propiedad industrial e intelectual, la transmisión de intereses sobre bienes muebles e inmuebles. ¿Cuál de éstos es más característico de los demás?". Juenger, *supra* nota 19, pg. 201.
- (26) Al respecto, véase Vázquez Pando, *supra* nota 16; Siqueiros, José Luis, *Cooperación Procesal Internacional*, Jurídica 19, Universidad Iberoamericana (Mex. 1988-1989), pgs. 21-56; Vázquez Pando, Fernando, *En Torno a las Recientes Reformas en Materia de Derecho Internacional Privado*, en el libro HOMENAJE A JORGE BARRERA GRAF, 1era. ed., Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Mex. 1989) pgs. 1403-1430.
- (27) Véase Decreto por el que se aprueba, con la reserva oportunamente expuesta por el Ejecutivo Federal, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, adoptada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 8 de Mayo de 1979 y signada por México *ad-referendum*, el 3 de Agosto de 1982. El decreto de promulgación fue realizado el 8 de Mayo de 1979 (D.O. 21 de Septiembre de 1984).

IV. *Reformas al Código Civil.*

En tiempos de integración y apertura económica, las enmiendas iusprivatistas de 1988 y 1989 resultaban más que necesarias, sin que ello signifique que su constante actualización y perfeccionamiento sea permanentemente requerido. En todo caso, con estas reformas legislativas se acabó con el exacerbado territorialismo de nuestras leyes y, correlativamente, se adoptó un territorialismo limitado que permite la aplicación del derecho extranjero en nuestro país. Estas reformas, poco conocidas y publicitadas en el extranjero e incluso en nuestro país, facilitan el libre tráfico mercantil que tanto nos interesa.

El nuevo derecho internacional privado mexicano, permite la aplicación limitada del derecho extranjero. Nuestro territorialismo limitado trabaja de la siguiente forma: como regla general, aplica nuestro derecho sustantivo a todas las personas o cosas ubicadas dentro de nuestro territorio, sin importar su nacionalidad o domicilio (28); a todos los actos y hechos ocurridos en México o dentro de su jurisdicción (29); y en aquellos casos donde exista un sometimiento voluntario (30) o legal (31) a nuestro derecho (32). Como excepción a esta regla, aplicará el derecho extranjero en nuestro país cuando así lo disponga nuestro derecho positivo, o cuando lo prevea los tratados internacionales que haya ratificado nuestra nación (33).

En ese sentido, nuestra legislación común continúa utilizando los principios iusprivatistas que desde los tiempos de los glosadores y postglosadores con Bartolo de Saxaferrato, se han arraigado en nuestra tradición jurídica e, inclusive, en otras familias jurídicas como la del *common law*. Así pues, nuestro derecho sigue fiel al principio de *locus regit actum* (conocido también como *lex loci actus* o *lex loci*

---

(28) Véase Código Civil arts. 12 y 13, fracción III.

(29) Sigue sin precisarse, sin embargo, lo concerniente a actos o hechos parcialmente ejecutados en México, cuya situación es cada vez más frecuente, dado el dinamismo que está presentando las transacciones comerciales internacionales y el intercambio de personas, bienes y capitales.

(30) A través de la cláusula de derecho sustantivo aplicable, por ejemplo.

(31) E.G. el caso de la *cláusula Calvo*, fracción I del artículo 27 Constitucional, o en el caso de la naturalización.

(32) Véase art. 12.

(33) Id.

celebrationis o *lex contractus* o *lex loci contractus*, inclusive para el derecho norteamericano) (34); así como respecto al principio *lex rei sitae*, pero ahora con un alcance más exacto (35); continúa vigente la regla conflictual del *lex loci delicti commissi* en materia de responsabilidad civil (36) y para ciertos delitos (37); se modificó la formula conflictual territorialista del *lex personae* por la expresión del *lex domicilii*, en vez de haber escogido al *lex patriae* (38); permanece incólume en materia procesal el *lex fori*; y se adopta finalmente la doctrina conflictual de los derechos adquiridos, conocida comúnmente como *vested rights doctrine* (39).

IV.1 *Lex Loci Solutionis*.

Pero quizá de los cambios más importantes adoptados por nuestro derecho conflictual internacional, y estrechamente vinculado con nuestro tema, fue el relativo a la modificación del principio *lex loci solutionis* (también conocido

- (34) Artículo 13 "...IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal". Véase también las fracciones I y III del artículo 13 del Código Civil, así como el artículo 28bis., 33 y 2737 del mismo código.
- (35) Artículo 13 "...III.- La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros". Véase también la cláusula Calvo, fracción I del artículo 27 constitucional, así como el artículo 121 constitucional que a la letra dice: "...II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación".
- (36) Véase Vázquez Pando, Fernando, *De la Responsabilidad Civil*, El Foro, Organó de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, Octava Epoca, Tomo IV, No. 1 (Mex. 1991) pg. 283.
- (37) Véase el Código Penal Federal en sus artículos 1 y 5.
- (38) Artículo 13 "...II.- El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio". Código Civil. Véase también Arellano García, Carlos, *El Domicilio en el Derecho Internacional Privado*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXIII (Mex. Enero-Junio 1983), pgs. 47-48. Véase también La Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, CIDIP II, Montevideo, Uruguay, en Vázquez Pando, *supra* nota 26, pg. 1405-1406.
- (39) Artículo 13 "...I.- Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán de ser reconocidas". Código Civil. En consonancia con el artículo 7 de la *Convención de Montevideo*, la adopción por México de la doctrina de los derechos adquiridos queda condicionada a que estas situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero no violen disposiciones de orden público mexicano. Véase Vázquez Pando, *supra* nota 16, pgs. 75-76

como *lex loci executionis*(40). La modificación estriba en que, como regla general, las partes pueden seleccionar el derecho substantivo aplicable a sus actos, convenios o contratos, para que regule sus *efectos jurídicos*. Como excepción, se aplica subsidiariamente la añeja regla conflictual del *lex loci solutionis*(41), es decir, si las partes no escogieron cuál es el derecho substantivo aplicable a sus actos o contratos mercantiles, los efectos jurídicos de éstos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse.

Bajo este supuesto, es altamente factible que un contrato internacional pueda estar regulado por dos o más derechos en cuanto a sus consecuencias jurídicas se refiere, toda vez que no es infrecuente que un contrato tenga diversos lugares de ejecución(42). De ahí que muchas veces se recomiende estipular un *dépeçage* por medio del cual se prevea la aplicación armónica de diversos derechos, en función de los distintos lugares de ejecución de un contrato(43).

Ciertamente, con esta modificación se ratifica el principio de autonomía de la voluntad anteriormente discutido, y se adopta la regla conflictual del *lex voluntatis*, esto es, la posibilidad de que las partes libremente sometan las consecuencias jurídicas de sus actos y contratos al derecho substantivo extranjero. En ese sentido, nuestra legislación no exige ningún punto de conexión al respecto(44), por lo que las partes pueden libremente elegir cualquier derecho o sistema de leyes, esté vinculado o no al contrato mercantil de que se trate o a las partes inclusive. Tendremos que matizar, entonces, el sentido y el alcance que debiéramos de darle a

---

(40) Artículo 13 "...I".- *Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, 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". Véase también la fracción IV transcrita en la nota 34.*

(41) *"Ya Bartolo distinguió entre los efectos del contrato, regidos por la Ley del lugar de su celebración, y sus "secuelas" (consecuencias del incumplimiento, prescripción), sujetas a la Ley del lugar de ejecución. Más tarde, Savigny, después de distinguir entre Ley del contrato y Ley de la Obligación, consideró que cada obligación contractual debía regirse por la Ley del lugar de su ejecución".* Miaja de la Muela, Adolfo, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Tomo II, Parte Especial, Ed. Atlas (Madrid 1987), pg. 345.

(42) Vázquez Pando, *supra* nota 26, pg. 1417.

(43) En cuanto al *dépeçage*, véase *infra* notas 128-148.

(44) Situación contraria a la del derecho positivo norteamericano, véase *infra* notas 128-148.

esta disposición, sobre todo si advertimos los diversos requisitos que se deben de observar conforme al derecho mexicano, así como por parte del derecho extranjero seleccionado, a efecto de poder estipular una cláusula de derecho aplicable válidamente.

IV.2 Arbitraje Mercantil

Resulta pertinente destacar, que en materia de arbitraje mercantil no se adoptó la aplicación subsidiaria del *lex loci executionis*. En efecto, conforme a nuestras recién promulgadas reglas arbitrales comerciales, "[e]l tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por la partes...[s]i las partes no indicaren la ley que debe de regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable(45)".

Así pues, con una connotación y estilo muy apegado a las reglas conflictuales del derecho comunitario europeo y del derecho angloamericano, nuestro legislador recientemente otorgó - sin que se sepa las razones de ello -, mayores libertades a los árbitros privados que a los propios jueces nacionales, para que los primeros a su discreción determinen cuál es el derecho sustantivo aplicable al contrato, en el evento de que las partes hayan omitido seleccionarlo o en el supuesto de que su cláusula de derecho aplicable no hubiere sido válidamente estipulada. Para ello, los árbitros no tienen la obligación de seguir a *fortiori legis*, como la tienen los jueces, la muchas veces dislocada aplicación subsidiaria de la regla conflictual del *lex loci solutionis*; tan solo poseen la responsabilidad de identificar, revisar y aquilatar todos los puntos de conexión y las características que reviste la propia transacción, para que estén en condiciones de determinar el derecho que regulará el fondo del negocio.

IV.3 Aplicación del Derecho Extranjero en México.

Con las reformas internacional-privatistas se estableció la aplicación auténtica del derecho extranjero en nuestro país, sin necesidad de que su procedencia

(45) Véase art. 1445 del Código de Comercio. Estas nuevas reglas arbitrales fueron publicadas en el Diario Oficial el 22 de Julio de 1993.

estuviera sujeta a prueba(46). La adopción de esta regla conocida como *iurici novit curia*, representa sin duda alguna un avance en materia de derecho internacional privado(47).

Una vez que, conforme a nuestro derecho internacional privado, los jueces nacionales o árbitros privados, según sea el caso, hayan resuelto que para determinada relación jurídica aplica el derecho extranjero, éste deberá ser aplicado como lo haría el juez extranjero(48), incluyendo, de manera excepcional, las normas conflictuales de ese derecho extranjero(49). No obstante lo anterior, en México no se aplicará el derecho extranjero cuando se haya cometido fraude a la ley(50), o cuando se transgrede, al momento de aplicar el derecho extranjero, el orden público mexicano.

IV.4 Nuestras Normas Conflictuales como Normas Obligatorias.

Es pertinente detenernos un poco y destacar, aunque pareciera redundante, que nuestras disposiciones internacional-privatistas son parte integrante de nuestro

(46) Véase, e.g., art. 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; Siqueiros, *supra* nota 26, pg. 28. Véase la *Convención de Montevideo* Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

(47) Ello, no obstante la justificada crítica que existe en cuanto a sus implicaciones prácticas: si muchas veces nuestros jueces no pueden aplicar el derecho positivo mexicano, mucho menos aún el derecho extranjero. Ciertamente, la presente reforma justifica la conveniencia de que las partes establezcan como mecanismo de solución de controversias al arbitraje, donde las partes puedan nombrar al árbitro que tenga las cualidades suficientes para poder interpretar el derecho extranjero elegido convencionalmente por las partes.

(48) Fracción I del artículo 14 del Código Civil; art. 2 de la *Convención de Montevideo*. Para tales efectos el profesor Vázquez Pando nos dice: "[H]a posición adoptada por la reforma en la fracción II del artículo 14 se niega a rechazar el reenvío como principio absoluto, como defiende entre nosotros Carlos Arellano García; pero tampoco lo acepta como un principio absoluto. Adopta por tanto una posición moderada, según la cual el reenvío es aceptable exclusivamente como excepción, cuando lo justifiquen las especiales características del caso". Véase *supra* nota 26, pg. 1414.

(49) Id. fracción II; *Convención de Montevideo* art. 5. Sin embargo, en materia de arbitraje comercial la aplicación del derecho extranjero en México, se hace sin que se tomen en cuenta las normas conflictuales del derecho seleccionado. En el artículo 1445 del Código de Comercio a la letra dice "[s]e entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes".

(50) Id. fracción I del artículo 15; *Convención de Montevideo* art. 6.

derecho positivo; por lo tanto, cuando las partes contractualmente se someten a nuestro derecho, se someten también a nuestras disposiciones de derecho internacional privado, las cuales eventual y excepcionalmente te pueden remitir a otro derecho(51). En ese sentido, es menester ratificar que estas normas conflictuales son de naturaleza obligatoria, esto es, son disposiciones de orden público. Y resulta indispensable aseverar, aunque suene de perogrullo, que dichas normas de derecho internacional privado son en si disposiciones de orden público, si advertimos que en la práctica jurídica-internacional se ha incurrido en establecer cláusulas de derecho aplicable donde las partes expresamente se someten al derecho substantivo de determinado estado, pero con excepción de sus normas conflictuales. En efecto, sobre todo en relaciones económicas con los Estados Unidos de América, hemos encontrado que dentro de las misma estipulación de derecho aplicable, las partes expresamente excluyen dentro de esta cláusula al derecho internacional privado del estado convencionalmente elegido(52). Se sabe, que el propósito de dicha modalidad de *choice of law*, es el evitar los efectos negativos que pudiera tener el reenvío, esto es, que el derecho escogido consensualmente por las partes, los remita a otro derecho que desconocen o que simplemente no quieren que se les aplique o que con ello se haga nugatoria su intención de someterse al derecho substantivo elegido. En todo caso, estaría afectado de nulidad conforme a nuestro derecho, el pactar una cláusula de derecho aplicable por medio de la cual las partes se sometieran al derecho substantivo mexicano pero con exclusión de sus normas conflictuales, toda vez que estas reglas de derecho internacional privado son disposiciones de orden publico en nuestro país.

---

(51) Véase, e.g., el caso del reenvío contemplado en la fracción II del artículo 14.

(52) Véase la traducción de una propuesta de cláusula de derecho aplicable que en variadas ocasiones ha recibido el autor: "El Operador y el Contratista acuerdan que el presente Contrato será considerado por las partes que ha sido celebrado en el estado de Kansas, Estados Unidos de América, y que será regulado e interpretado de acuerdo a las leyes del estado de Nueva York con exclusión de sus reglas conflictuales. El Operador y el Contratista expresamente acuerdan de excluir respecto al presente Contrato, la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980".

Esta situación cambia, sin embargo, cuando se trata de aplicar en México el derecho extranjero o inclusive el derecho nacional, a través de un arbitraje mercantil que esté regulado por nuestras reglas arbitrales. Como sabemos, México recientemente adoptó de manera substancial, la llamada ley modelo de arbitraje internacional creada en 1985 en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional. Para tales efectos, el Código Comercio fue reformado. En su artículo 1445 se establece que "[e]l tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes".

Por lo anterior, así como en virtud de la también divergente aplicación subsidiaria del *lex loci executionis*, y sin que se tenga a la mano las razones de su justificación, en nuestro derecho positivo la cláusula de derecho aplicable posee un tratamiento distinto entre el litigio llevado ante tribunales nacionales y el litigio ante un panel arbitral que esté regulado conforme a las reglas arbitrales contempladas por nuestro Código de Comercio. Ello conlleva a que se tenga un tratamiento discrepante, poco uniforme y capaz de generar inseguridad jurídica, en una materia de gran importancia para el derecho mercantil internacional, como lo es cláusula de derecho aplicable.

V. Requisitos de Existencia y Validez de la Cláusula de Derecho Substantivo Aplicable.

Para que podamos, como dice el Código Civil, *válidamente* designar otro derecho que no sea el del lugar donde se vayan verificar los efectos jurídicos de nuestros actos y contratos, debemos de cumplir con determinados requisitos legales.

Como cualquier estipulación contractual considerada como un acuerdo autónomo, la cláusula de derecho aplicable debe de cumplir con todo requisito de existencia y validez. En este sentido, el sometimiento al derecho extranjero puede no sólo incorporarse dentro del cuerpo clausular de un acto, convenio o contrato, sino también, a través de un acuerdo independiente, suscrito por las partes antes, durante o después del surgimiento de la controversia. Por lo tanto, como elemento

de existencia, se tiene que tener un objeto real(53) y que se haya exteriorizado la voluntad de las partes a someter los efectos jurídicos de su acuerdo de voluntades al derecho extranjero(54). Como elemento de validez, por otro lado, se necesita que dicha cláusula de derecho aplicable o acuerdo de voluntades independiente, haya sido celebrado por persona capaz, que el objeto, motivo o fin sea lícito, que no haya existido vicio de consentimiento alguno y que dicho consentimiento haya sido manifestado en la forma que nuestra legislación establece(55).

Como elemento de validez, nos preocupa en particular lo relativo a la licitud del objeto. No encontramos mayor dificultad en cuanto a la capacidad, o en su caso competencia, de las partes firmantes que convencionalmente acceden someterse al derecho sustantivo extranjero. En cuanto a la formalidad de los actos, tampoco encontramos disposición que, en concreto, prescriba que dicho acuerdo a someterse al derecho extranjero deba revestir forma alguna, salvo, desde luego, la formalidad que indistintamente tenga que observarse respecto al contrato o convenio que corresponda (56).

V.1 Validez de la Cláusula de Derecho Aplicable.

Por disposición de orden público, no resulta válido someter al derecho extranjero aquellos actos o hechos jurídicos que la legislación mexicana establece la aplicación imperativa de nuestro derecho positivo(57), y que brevemente enunciamos anteriormente respecto a algunos de esos casos en concreto(58).

Baste decir, entonces, que conforme a las normas de conflicto arriba citadas, las partes en México tan sólo pueden libremente estipular una cláusula de derecho sustantivo aplicable por medio de la cual sometan al derecho extranjero, primero, tan sólo ciertas obligaciones civiles o mercantiles; y, segundo, exclusivamente las partes pueden someter al derecho extranjero los *efectos jurídicos* de dichas

(53) *Id.* arts. 1794, fracción II, 1825.

(54) *Id.* art. 1792, fracción I.

(55) *Id.* arts. 1795.

(56) *Id.* 1796.

(57) Art. 6 del Código Civil dice "*La voluntad de las partes no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo puede renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.*"

(58) Véase *supra* notas 28-50.

obligaciones contractuales.

V.2 Obligaciones Extracontractuales.

Discutido sería, sin embargo, el determinar si es válido someter al derecho extranjero por medio de la estipulación de derecho aplicable, las consecuencias jurídicas de sus obligaciones extracontractuales. Como sabemos, en México y muchos otros países se sigue la regla del *lex loci delicti commissi*(59), esto es, será aplicable el derecho del lugar donde se haya verificado el daño o agravio(60). Ello no impide, en cambio, que las partes libremente puedan establecer que los daños que surjan entre ellas mismas - con motivo o como consecuencia directa o indirecta del cumplimiento o incumplimiento de éstas al contrato -, sean resueltos a través del mecanismo de solución de controversias pactado en el contrato, y que este mecanismo se rija conforme al derecho substantivo elegido consensualmente por las mismas partes.

Este tipo de cláusulas de común uso en los Estados Unidos por lo litigioso que resulta el campo de la responsabilidad civil extracontractual en ese país (los llamados *torts*), implica, desde luego, que sólo sea obligatoria para que las partes dado el principio del *res inter alios actos*, por lo que terceros afectados por el siniestro o por el daño surgido como resultado de dicho contrato, no estarían sujetos a dicha estipulación; de tal suerte, la regla del *lex loci delicti* les aplicaría a estas terceras personas, o bien otra regla conflictual, como es el caso de la regla del "*interés gubernamental*", vigente en el estado de Nueva York y en otros estados de la Unión Americana(61).

En todo caso, el hecho de que las partes hayan incluido dentro de su acuerdo de voluntades a los agravios o accidentes que surjan entre ellas para que sean

(59) Aunque no es el caso de muchos estados de la Unión Americana, cuya jurisprudencia se ha apartado de dicha fórmula conflictual. Véase, e.g., el caso pionero del estado de Nueva York en el juicio *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473 (1963), que estableció la fórmula del "*governmental interest analysis approach*" cuya regla se aleja del territorialismo del *lex loci delicti* y obliga al A quo a pesar que estado o derecho en conflicto tiene mayor interés en regular la controversia. Véase también *Neumeier v. Kuehner*, 31 N.Y. 2d 121 (1972); *Schultz v. Boy Scouts of America*, 65 N.Y. 2d 189 (1985).

(60) Véase Vázquez Pando, *supra* nota 36.

(61) *supra* nota 59.

regulados por el propio contrato. es obvio afirmar que estas obligaciones dejan de ser extracontractuales para pasar a ser contractuales.

V.3 Forma y Perfeccionamiento de los Contratos.

En términos generales, las partes no pueden someter al derecho extranjero la forma y el perfeccionamiento de sus actos, convenios y contratos civiles-mercantiles, ya que ello no está sujeto al imperio de la voluntad de las partes. Por disposición de orden público, la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en donde dichos actos se celebren (*locus regit actum*)(62), por lo que las partes sólo pueden negociar el derecho substantivo que regulará sus consecuencias jurídicas, sin que exista necesidad alguna para que este derecho tenga vinculación o punto de conexidad alguno con el contrato o con las partes. Por consiguiente, si un contrato mercantil internacional contiene una cláusula de derecho aplicable con sometimiento al derecho extranjero, y dicho contrato es perfeccionado en territorio nacional, este acuerdo de voluntades será regulado por el derecho mexicano en cuanto a su forma, pero sus efectos jurídicos serán regulados por el derecho extranjero convencionalmente seleccionado, o en el supuesto de que las partes hayan omitido el estipular qué derecho regulará su contrato, dichas consecuencias jurídicas serán gobernadas por el derecho del lugar donde se vayan a verificar sus efectos jurídicos (*lex loci solutionis*)(63).

Esta norma conflictual especial del *lex loci contractus* presenta una serie de dificultades técnicas. Por un lado, la dificultad que existe en determinar dónde se perfeccionó el contrato, si advertimos la gran complejidad que ciertas operaciones internacionales están adoptando; el gran número de partes domiciliadas en distintos países o estados o provincias que pueden llegar a participar en una sola operación; los acuerdos que se celebran a través del teléfono, conferencias telefónicas múltiples o por medio de telefax o telex u otros medios de comunicación.

A ello se suma de que muchas veces, el hecho de perfeccionar un contrato

(62) Véase *supra* nota 34, así como el art. 1796 del Código Civil.

(63) *Id.* art. 13, fracción V, del Código Civil. Todo esto, con excepción al arbitraje mercantil como lo vimos anteriormente. Véase art. 1445 del Código de Comercio.

internacional conforme a un derecho, puede que se esté simultáneamente cumpliendo con los requisitos de validez que se tienen no sólo en otro país, sino en varios, lo que conllevaría a una ineludible colisión de normas de gran complejidad. A Petróleos Mexicanos, por ejemplo, le pasó una situación similar al respecto. Pemex fue demandado en los Estados Unidos de América, por una empresa naviera extranjera que alegaba una indebida cancelación de un contrato de fletamento, cuando Pemex sostenía, por su parte, que dicho acuerdo de voluntades simplemente no existía o, en su defecto, que dicho contrato todavía no cumplía con la formalidad requerida por el derecho mexicano para su validez. El Tribunal de alzada para el segundo circuito judicial ubicada en la ciudad de Nueva York determinó que el contrato existía y era válido en virtud de que ya se había perfeccionado conforme al derecho substantivo del estado de Nueva York. Para tales efectos, y sin profundizar lo necesario, la corte de apelaciones previamente resolvió que era el derecho neoyorquino el que debiera regular la controversia en concreto, en el concepto que en el mismo contrato de fletamento se tenía contemplada una cláusula donde se estableció al derecho del estado de Nueva York como el seleccionado por las partes. El tribunal de apelaciones ignoró el argumento formulado por Pemex de que la forma y validez del contrato debió haber sido en México por ser en este país en donde supuestamente se iba a perfeccionar o se perfeccionó el contrato de fletamento, por lo que el derecho mexicano debió de gobernar la controversia respectiva, en virtud del principio conflictual del *locus regit actum*, esto es, que la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren(64).

En virtud de que las citadas circunstancias y dificultades, es trascendental que desde el mismo momento en que se empieza a negociar un contrato internacional, se determine no sólo el lugar donde se perfeccionará el contrato (lugar de cierre o lugar de firma o el lugar donde se vayan a cumplir los requisitos de forma), sino también, es conveniente que se manifieste en el mismo contrato, que es precisamente en el lugar de cierre escogido por las partes, donde se han cumplimentado los requisitos de forma para que su contrato sea válido o, inclusive

---

(64) El asunto que nos ocupa, *Mayfair Maritime Co. v. Pemex*, ni siquiera ameritó el que oficialmente se publicara en los anales de jurisprudencia de ese país, la resolución adoptada por la citada corte de apelaciones.

se condicione la efectividad del mismo a que los requisitos de validez sean cumplidos conforme a determinado derecho.

Otro remedio es el estipular que el contrato está siendo o ha sido perfeccionado conforme al derecho de determinado país, no obstante que físicamente se esté celebrando en otro. Por lo menos en México, dicha posibilidad se encuentra a la mano de la autonomía de la voluntad de las partes(65). En efecto, como una excepción a la regla del *lex loci contractus*, nuestras normas de colisión permiten que en contratos que se vayan a celebrar en el extranjero pero que vayan a tener sus efectos dentro del territorio nacional, las partes pueden acceder a sujetarse a las formas prescritas por nuestro Código Civil(66). De tal suerte, es recomendable que en el mismo acuerdo de voluntades, expresamente se establezca que el contrato está siendo perfeccionado de acuerdo a las formalidades establecidas en el Código Civil; ello en el supuesto, desde luego, que se quiera sujetar el contrato a las formalidades establecidas conforme a dicho ordenamiento jurídico.

Por otro lado y dada la confluencia internacional de normas en el espacio, es también recomendable el celebrar un contrato internacional que cumpla con los requisitos de validez y de existencia de dos o más derechos(67). Aunque pareciera una tarea muy difícil de alcanzar, no es infactible el tratar de que un solo contrato cumpla a la vez, con por lo menos dos sistemas o derechos que sean del interés de las partes. Ello obedece a que en una transacción internacional, las partes tengan intereses o activos en diferentes países, o que el contrato tenga uno o varios lugares donde se tenga que ejecutar. De ahí la justificación de tener un contrato que se pueda ser válido y ejecutable conforme al derecho de varios países. Tal es el caso de los contratos de crédito internacionales, donde sobre todos los abogados de los acreditantes, se esmeran en elaborar un contrato que sea válido en varios lugares, particularmente en el país o estado en donde se encuentre establecido el acreditante, así como el del acreditado. Para ello, usualmente se estipula una *cláusula de sumisión dual*, opcional y no exclusiva, a efecto de que paralelamente, las partes

(65) Al parecer, en algunos estados de la Unión Americana, las partes no pueden someter a otro derecho la forma y validez de sus contratos, como novedosamente lo hace nuestro Código Civil. Véase *the place-of-making rule* en Cramton, *supra* nota 2, pg. 145.

(66) Véase la fracción IV del artículo 13 del Código Civil, *in fine*.

(67) Véase Camil, Jorge, *Litigation in Mexico*, Southwestern Int'l L. J., Vol. 19 (1990) pg. 1791.

se sometan a la competencia de los tribunales de aquellos países o estados contemplados. De hecho y para amarrar aún más, dentro de una de las tantas condiciones suspensivas que los bancos exigen para que se hagan efectivos los desembolsos, invariablemente se encuentra la obligación de que el abogado o el gerente jurídico del acreditado, emita su consabida opinión legal donde asevere y ratifique que la forma y perfeccionamiento del contrato, y su cláusula de derecho aplicable, son válidas conforme al derecho mexicano, y que dicho acuerdo de voluntades es ejecutable conforme a ese derecho, no obstante que el derecho seleccionado es otro, como es el caso común del derecho del estado de Nueva York(68).

Ciertamente, nos encontramos con contratos y operaciones internacionales de crédito que pudieran llegar a ser complicadas en cuanto a su forma y estructura, y de que se trata de contratos herméticamente plenos que buscan ante todo certeza jurídica a favor del acreditante(69); sin embargo, es previsible que este tipo de operaciones se vuelvan más comunes para otros contratos mercantiles internacionales. La presente sugerencia implica, por supuesto, contar con abogados que conozcan los dos derechos (por lo regular el mexicano y el norteamericano), y en especial, el debido manejo de las reglas conflictuales involucradas.

V.4 Orden Público y Fraude a la Ley.

Especial atención se deberá de prestar al momento de redactar la cláusula de derecho substantivo aplicable, con relación a los conceptos internacional-privatistas conocidos como el orden público y el fraude a la ley.

Nuestras reglas conflictuales, no conciben a dichos principios como elementos de validez de la cláusula de elección de derecho aplicable: de hecho, se puede tener una cláusula que sea perfectamente válida, pero que nuestros jueces o árbitros

(68) Con relación a la llamadas *opiniones legales*, véase Gruson, Michael, *Legal Opinions: Response to the American Bar Association's Opinion Accord*, *International Business Lawyer*, 125: Gruson, Michael, *Legal Opinions in International Transactions: Foreign Lawyers' Response to US Opinion Requests*, Graham & Trotman, International Bar Association (London 2nd ed.).

(69) Véase López Velarde, Rogelio, *Apuntes Acerca de una Posible Moratoria desde el Punto de Vista del Derecho Internacional Privado y del Derecho Positivo Estadounidense*, *El Foro*, Octava Época, Tomo III, No. 2, pg. 89.

privados al final de cuentas decidan no hacerla efectiva, porque al hacerlo se violaría una norma obligatoria: el orden público o el principio del *fraus legis*(70). En efecto, en consistencia al principio *locus regit actum*, se puede dar el caso que conforme al derecho del lugar de celebración del contrato, la cláusula de derecho aplicable sea perfectamente válida, pero al instante de hacerla efectiva en nuestro país, dicho derecho extranjero no sea finalmente observado ya sea porque nuestros jueces o árbitros privados hayan determinado que dicha estipulación fue pactada para artificioosamente evadir los principios fundamentales de nuestro derecho(71), o bien, porque es contrario al orden público mexicano(72). Estas medidas jurídicas son en sí, un remedio iusprivatista por medio del cual se deja sin efectos jurídicos la aplicación del derecho extranjero, aún cuando la cláusula de derecho aplicable haya sido válidamente estipulada. Al no aplicar el derecho extranjero en virtud de la existencia de una de estas dos razones legales (orden público o fraude a la ley), se entiende que aplicará entonces la *lex fori* o el *lex loci executionis*, no obstante que la ley es omisa al respecto(73).

Se puede dar el caso, como le ha sucedido al autor, de que en el mismo contrato se haya previsto tal situación, y se haya incorporado una segunda selección de derecho aplicable. Con ello se podría inferir que si, en efecto, las partes intencionalmente están buscando evitar la aplicación de principios fundamentales contemplados en nuestro derecho, por lo que dicha segunda selección tampoco tendría efectos jurídicos.

En contratos mercantiles internacionales cuya complejidad y consecuencias jurídicas se circunscriben en más de una jurisdicción, por lo regular se busca que el acuerdo de voluntades tampoco vaya a violar los anteriores principios conflictuales. Tal es el caso una vez más, de las transacciones financieras internacionales donde los abogados del acreditante o del sindicato de bancos, se esmeran a redactar contratos e instrumentos jurídicos que puedan ser ejecutables dentro del fuero del acreditante y acreditado u en otras jurisdicciones extrañas, por lo que la revisión del orden público extranjero y el fraude a la ley se vuelve un aspecto de significativa prioridad para dichos prestamistas. Su recelo llega, al

(70) Véase artículo 15 del Código Civil.

(71) Fracción I del artículo 15 del Código Civil; artículo 6 de la *Convención de Montevideo*.

(72) *Id.* fracción II; *id.* art. 5

(73) *Id.*

igual que la forma y validez de los actos, a no sólo ser claramente anticipado dentro del mismo acuerdo de voluntades, sino también, se exige la expedición de una opinión legal del acreditado que ratifique que dichos instrumentos no transgreden el orden público y que la estipulación de elección de derecho aplicable es, en opinión del abogado quien expide dicha opinión, un compromiso válido y que no se está incurriendo en fraude a la ley(74).

V. 5 *El Exequátur*

En ese sentido, resulta trascendental el que se revise cautelosamente que el contrato mercantil internacional no viola, particularmente, el orden público de una de las partes; ello, sobre todo si advertimos la necesidad de que, eventualmente, la sentencia o laudo extranjero que surja como resultado de la aplicación del derecho extranjero, tenga que ser ejecutado dentro de la jurisdicción del deudor.

Como sabemos, en la práctica internacional-privatista, frecuentemente las partes no sólo se someten al derecho sustantivo extranjero, sino también, se someten a la competencia de tribunales extranjeros(75), o alternativamente estipulan un acuerdo arbitral con sede en otro país. Al darse curso a uno de estos mecanismos de solución de controversias contractuales, y emitido que esté una sentencia o laudo extranjero con base en el derecho extranjero, es altamente probable que el acreedor no pueda hacer efectiva dicha resolución en su favor dentro del país donde se emitió. El acreedor entonces, tendrá que recurrir a la cooperación procesal internacional con el propósito de que dicha resolución judicial o arbitral se le otorgue los efectos de *res judicata* y se proceda a su homologación en el país donde el deudor tenga su domicilio o haberes. Tal es el caso de México, cuyo

---

(74) Véase *supra* nota 69.

(75) Como es el caso de los contratos de crédito internacionales donde el pacto foro prorrogando es usualmente pactado en favor de las cortes del estado de Nueva York o en Londres. Véase Auerback, Raymond M., *Governing Law Issues in International Financial Transactions*, The International Lawyer, American Bar Association, Vol. 27, No. 2, Summer 1993, pg. 303.

derecho interno(76) y la ratificación de tratados(77), desde hace años han permitido el procedimiento de *exequátur*, es decir, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros basado en la revisión de la resolución respectiva en cuanto a su forma, en contraste de la revisión judicial en cuanto a su fondo(78).

Una de las causales contempladas por nuestro derecho para la no homologación de sentencias y laudos extranjeros, es el cumplimiento de una serie de requisitos(79), entre ellos, que la obligación exigida con fundamento en una sentencia o laudo extranjero sea contraria al orden público en México(80). Por ello, para contratos mercantiles multinacionales se deberá de revisar si el derecho seleccionado convencionalmente, no viola el orden público del país que pudiera ser ejecutado el laudo o sentencia extranjera.

Ciertamente, el principio del *orden público* es la única casual de fondo más importante respecto al procedimiento de *exequátur*, toda vez que las demás causales de no homologación consisten más en la forma de las resoluciones judiciales y laudos extranjeros. Sin embargo, es conveniente que al momento de negociar algún contrato mercantil de significativa envergadura internacional, también se verifique las demás causales de no homologación previstas en los tratados y leyes nacionales aplicables al caso(81).

- (76) Véase las reformas iusprivatistas de 1988 al Código Federal de Procedimientos Civiles, así como al de procedimientos distritense en materia de *cooperación procesal internacional*, *supra* nota 10. Véase también las reformas al Código de Comercio y al Código Federal de Procedimientos Civiles publicados en el Diario Oficial de la Federación del 22 de Julio de 1993, donde substancialmente se adopta la Ley Modelo de Arbitraje Comercial aprobada por la UNCITRAL en 1985.
- (77) Véase los siguientes tratados de los que México es Estado parte en materia de homologación de sentencias y laudos extranjeros: Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada en Nueva York en 1958, y publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1971; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrada en Panamá en 1975, y publicada en el Diario Oficial el 27 de abril de 1978; y la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, celebrada en Uruguay en 1979, y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1987. A mayor abundamiento respecto a estas convenciones, véase Vázquez Pando, *supra* nota 16.
- (78) López Velarde, *supra* nota 6, pg. 102.
- (79) Véase el artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles; artículo 1461 del Código de Comercio.
- (80) Véase, *id.*, Fracción VII; art. V, 2(b) de la Convención de Nueva York en Arbitraje Mercantil; fracción II del art. 1462.
- (81) Véase respecto a estas causales, *supra* nota 80.

V. 6 *Derechos Reales.*

Como se apuntó anteriormente, nuestra legislación mantiene el principio conflictual del *lex rei sitae*, es decir, los bienes muebles o inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación(82). Para tales efectos, el Código Civil establece que "la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros(83)". Por lo anterior, en materia de derechos reales resulta clara la imposibilidad de convencionalmente sujetar al derecho extranjero, las consecuencias jurídicas de aquellos contratos que tengan como objeto la constitución, régimen y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles inclusive. La misma regla del *lex situs* aplica para los contratos de arrendamiento puro y de usufructo(84).

V.7 *Estado y Capacidad de las Personas.*

Procederemos a someramente discutir la cláusula de derecho aplicable respecto al estado y capacidad de las personas, físicas o jurídicas, privadas o públicas.

V.7.1 *Personas Físicas.*

Como se apuntó anteriormente, no se puede someter al derecho extranjero las consecuencias jurídicas de aquellos contratos que tengan que ver con el estado o capacidad, o en su caso competencia, de las personas, toda vez que será aplicable el derecho del lugar de su domicilio (*lex domicilii*)(85).

Nos quedaría simplemente la duda de saber si es válido el someter al derecho extranjero los efectos jurídicos de un contrato matrimonial o el contrato de donación entre consortes, a través de una cláusula de derecho aplicable.

(82) Fracción II del artículo 121 Constitucional.

(83) Fracción III del Artículo 13; véase también la fracción I del artículo 27 Constitucional respecto al dominio directo de inmuebles por extranjeros.

(84) A mayor abundamiento, y no obstante que este artículo fue realizado antes de la reforma de 1988, véase Hernández Romo, *El Régimen Jurídico de los Inmuebles en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, Jurídica 2, Universidad Iberoamericana (Mex. 1970) pg. 223.

(85) *Supra* nota 38.

Como sabemos el matrimonio es un contrato civil. Resulta obvio puntualizar, por un lado, que la solemnidad requerida por nuestro derecho para dicho acto, tendrá que observarse si el contrato se va a celebrar en México. Pero en cuanto a los efectos jurídicos de dicho acuerdo de voluntades, parece ser jurídicamente factible que las partes puedan someter al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable, las consecuencias jurídicas de alguna de sus capitulaciones matrimoniales; siempre y cuando, subrayo, dicho derecho extranjero no incida o de cualquier forma regule el estado o capacidad de los esposos - ya que ello sólo lo puede regular el derecho del lugar de su domicilio -, o que dicho derecho extranjero vaya en contra del orden público, se haya hecho con fraude a la ley(86), o vaya en contra de los fines naturales del matrimonio(87).

Asimismo, las capitulaciones matrimoniales relativas a bienes inmuebles y muebles se rigen por el *lex situs*, no por el *lex domicilii*(88).

V.7.2 Sociedades Mercantiles.

México, en materia de derecho societario, realizó un gran avance al ratificar la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles*(89), y al modificar, consecuentemente, su Código Civil. Primero, reconoció la personería jurídica de las personas morales extranjeras de naturaleza privada(90), aunque omitió expresamente hacerlo extensivo a las personas morales

(86) Véase art. 15 del Código Civil.

(87) *Id.* art. 182.

(88) Véase Goldschmidt, Werner, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Ed. Depalma, 7a. ed. (Buenos Aires 1990) pg. 310.

(89) Véase el decreto que aprueba la Convención suscrita *ad referendum* en Montevideo, República Oriental de Uruguay, el 8 de mayo de 1979, publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1983, así como el decreto de promulgación publicada en el Diario Oficial el 28 de abril de 1983.

(90) Fracción VII del artículo 25 del Código Civil; artículo 3 de la Convención que nos ocupa; véase también la Convención Interamericana sobre la Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, celebrada en 1984 en la III CIDIP, La Paz, Bolivia. Véase esta convención en Vázquez Pando, *supra* nota 26, pg. 1407-1408.

de naturaleza pública⁽⁹¹⁾. Segundo, adoptó la regla conflictual especial del *locus regit actum* en materia de sociedades, es decir, la existencia, capacidad, transformación, funcionamiento, disolución, liquidación o fusión de las sociedades

---

(91) Resulta extraño, por lo menos para el autor, el que se siga utilizando el término personas morales de naturaleza pública y personas morales de naturaleza privada, cuando dicha terminología, utilizada en la jerga doctrinaria de nuestro derecho administrativo y teoría política, no está del todo definida por nuestro derecho legislado, amén que su uso no encuentra parangón en otros derechos, sobre todo en el norteamericano con quien más conflictos de normas tenemos por razones obvias. Para nuestra legislación administrativa, ello resulta claro si tan sólo echamos un vistazo a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a la Ley Federal de Entidades Paraestatales, y comprendemos el significado del concepto jurídico de entidades o dependencias. A guisa de ejemplo tenemos a las llamadas *empresas de participación Estatal mayoritaria y minoritaria* que, como sabemos, son consideradas entidades paraestatales. Se trata, entonces, de sociedades mercantiles o personas morales donde participa mayoritariamente el Estado o alguna otra paraestatal, y que se encuentran en el comercio actuando como agentes económicos primordialmente. Suponiendo que algún otro país contemple la figura de las paraestatales como lo hace nuestra legislación ¿Qué entonces las sociedades extranjeras de participación Estatal mayoritaria son personas morales de naturaleza pública?. Conforme a nuestra legislación positiva, las personas morales de naturaleza privada o pública son reguladas por el derecho, no por una dicotomía didáctica. Véase "Sólo hay derecho. No existe el derecho público por oposición al privado, ni el privado por oposición al público. Consecuencias negativas de la ilógica clasificación" en Gutiérrez y González, DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ADMINISTRATIVO AL ESTILO MEXICANO, Porrúa, S.A., 1era. ed. (Méx. 1993) pgs. 520-530. La situación se complica aun más con otro tipo de entidades paraestatales, como es el caso de Pemex, que es un organismo público descentralizado. Véase López Velarde, Rogelio, *Mexico's New Petroleum Law: The Internal Reforms at Pemex and the North America Free Trade Agreement*, en prensa, International Lawyer, American Bar Association.

mercantiles se regirán por el derecho del lugar de su constitución(92). El presente principio del *lex loci contractus*, no sólo ha sido recogido por el derecho societario de otros países(93), sino también resulta coherente con el criterio conflictual que posee nuestro derecho para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles(94). En ese sentido, no se podrían someter los efectos jurídicos al derecho extranjero respecto a un contrato de sociedad o los estatutos sociales de una empresa o aún respecto a un convenio de accionistas, si el objeto de estos instrumentos es el someter al derecho extranjero lo relativo a la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, transformación, funcionamiento, fusión, disolución y liquidación de una sociedad mercantil.

Ciertamente, resulta discutido el determinar si los accionistas de una empresa mexicana pueden libremente someter las prestaciones que usualmente contienen dichos acuerdos de accionistas, para que sus efectos jurídicos sean gobernados por el derecho extranjero a través de la cláusula de derecho aplicable. Los vocablos de *funcionamiento, disolución y liquidación* parecen ser los suficientemente amplios para abarcar gran parte de los derechos corporativos y patrimoniales que tienen los accionistas a título personal. Sin embargo, el matizar qué tipo de derechos o efectos jurídicos no invaden los extremos del artículo en comento, será necesario para determinar qué especie de consecuencias jurídicas si pueden los accionistas consensualmente someter al derecho extranjero.

V.7.3. *El Estado y sus Entidades Públicas.*

(92) *Id.* art. 2736; art. 2 de la Convención de Montevideo en Materia de Conflicto de Normas sobre Sociedades Mercantiles.

(93) Véase, e.g., el caso del derecho societario de los Estados Unidos y la regla del *internal affairs rule* en el artículo 8.01(a) y 8.02(a) de la *Business Corporation Act* del estado de Texas.

(94) México sigue el criterio formalista - *locus regit actum* - y el criterio del *ius domicili* para atribuir la nacionalidad de las personas jurídicas, esto es, se reputarán como personas morales de nacionalidad mexicana aquellas que se constituyan conforme al derecho mexicano y tengan en nuestro territorio su domicilio legal. Véase art. 9 de la Ley de Nacionalidad que recientemente abrogó la Ley de Nacionalidad y Naturalización, de acuerdo al Diario Oficial publicado el 21 de junio de 1993. Véase también art. 2 y 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; Muñoz, Pablo, *¿Tienen Nacionalidad las Personas Morales?*, Jurídica 21, Universidad Iberoamericana (Méx. 1991); Pereznieto, Leonel, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Editorial Harla, Quinta ed. (Méx. 1992).

El profundizar para resolver si las dependencias o entidades públicas cuentan con la capacidad para someter los efectos jurídicos de sus obligaciones mercantiles se complica por el hecho de que éstas, aparentemente, contienen reglas conflictuales especiales.

Primero, hay que recordar que como consecuencia del desdoblamiento de la doble personalidad del Estado, éste así como sus entidades paraestatales, pueden efectuar actos *iure gestionis*(95). Por lo tanto, es imprescindible dilucidar qué tipo de obligaciones mercantiles y qué tipo de efectos jurídicos puede el Estado y sus Entidades Públicas someter al derecho extranjero, a través de la cláusula de selección de derecho aplicable.

V.7.3.1. *El Gobierno Federal.*

Al parecer, sería por demás contundente afirmar que el Gobierno mexicano está sujeto en todo momento al derecho nacional y, en su interacción con otros países, al derecho internacional. Aunque ciertamente cada uno de estos temas en particular ameritan el trabajo de una tesis, es por lo menos oportuno mencionar que el Estado mexicano incurre en obligaciones mercantiles, muchas de estas internacionales, y que ha sometido al derecho extranjero los efectos jurídicos de determinados contratos, concretamente lo relativo a las operaciones internacionales de crédito(96). A guisa de ejemplo tenemos el mismo Convenio de Reestructura del 4 de febrero de 1990, donde el gobierno federal y ciertas entidades públicas redocumentaron sus pasivos externos, y en cuyos instrumentos se estipuló una cláusula de derecho aplicable con sometimiento inequívoco al derecho substantivo del estado de Nueva York.

El hecho cierto es, que el gobierno mexicano sin la investidura de *iure imperii*, ha consensualmente accedido al derecho extranjero para que rija las consecuencias jurídicas de un gran número de empréstitos internacionales, situación que es

(95) Véase López Velarde, Rogelio, *Algunas Consideraciones en Materia de Inmunidad Soberana a la Luz del Derecho Positivo Norteamericano*, *Juridica* 21, Universidad Iberoamericana (Méx. 1992) pp. 310-317.

(96) Sobre el particular se recomienda los artículos del profesor Vázquez Pando, *The Mexican Debt Crisis in Perspective: Family Legal Structures and After Shocks*, 23 *Tex. J. Int'l Rev.* 171 (1988); *Some Legal Aspects of the Restructuring of Mexican External Debt*, inédito (1987). Véase también López Velarde, Rogelio, supra notas 6 y 69.

común en la llamada deuda soberana(97).

V.7.3.2 *Las Paraestatales.*

Algunas paraestatales en particular, al parecer, tienen normas especiales de conflicto. Tal es el caso de Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad.

En el artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios se establece lo siguiente:

"En todos los actos, convenios y contratos en que intervengan los organismos descentralizados a que esta Ley se refiere, serán aplicables las leyes federales: las controversias nacionales en que sean parte, cualquiera que sea su naturaleza serán de la competencia exclusiva de los tribunales de la Federación...(98)".

Una lectura superficial nos invitaría asegurar que Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios no pueden sujetar al derecho extranjero a través de la cláusula de derecho aplicable, los efectos jurídicos de sus obligaciones mercantiles. Empero, las mismas leyes federales, en este caso el Código Civil en materia federal, permiten tal opción; es decir, al aplicar las leyes federales mexicanas, se encuentra el fundamento para justificar que Pemex realice contratos con cláusulas de derecho aplicable con sometimiento al derecho extranjero, lo cual, como sabemos, es muy común en el sinnúmero de transacciones mercantiles internacionales que Pemex realiza cotidianamente. Lo mismo sucede con la

(97) Véase *id.*, donde se citan a su vez a un gran número de libros y ensayos donde analizan el tema de la llamada *deuda soberana*, poco estudiado en nuestra doctrina salvo el caso de profesor Vázquez Pando.

(98) Sobre la interpretación de esta cláusula, se recomienda ampliamente los artículos elaborados por el profesor Vázquez Pando, *Mexican Law of Judicial Competence*, 12 Hous. J. Int'l L. 337 (199) pgs. 356-357; *supra* notas 8 y 96; véase también *id.*

Comisión Federal de Electricidad(99). también un organismo público descentralizado de la administración pública federal.

Entendemos que el bien jurídico tutelado de dichas disposiciones normativa es el de determinar la aplicabilidad de la ley federal y la competencia territorial de los tribunales mexicanos. respecto a hechos o actos jurídicos nacionales. esto es, que sus puntos o los elementos que integran dichos hechos o actos se verifiquen substancialmente dentro del territorio mexicano(100). A ello se suma el argumento de que dichas disposiciones jurídicas no tuvieron la intención que se aplicará extraterritorialmente. por lo que no son oponibles respecto a contratos cuyos puntos de conexión estén mayoritariamente ubicados en el extranjero.

No hay que olvidar, por otro lado, que dichas entidades públicas al igual que otras paraestatales, realizan contratos mercantiles internacionales cuyos puntos de vinculación se ubican substancialmente fuera de nuestro territorio. lo que las motiva a someter sus transacciones mercantiles al derecho extranjero. ya sea que ello les convenga o porque se les imponga por ley o en virtud del poder de negociación de su contraparte. De hecho alguna de estas paraestatales, al igual que empresas del sector privado, voluntariamente acceden someter sus contratos mercantiles internacionales a un derecho extranjero determinado, en virtud de las conveniencias cualitativas que conlleva ello, sobre todo a comparación del derecho nacional. En efecto, reflejo de la obsolescencia de ciertas leyes mexicanas, es cada vez más común que empresas mexicanas recurran al derecho extranjero, positivo o no, dadas las ventajas que ello implica a la luz de su relación contractual(101).

---

(99) Véase el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica que a la letra dice: "[e]n todos los actos, convenios y contratos en que intervenga la Comisión Federal de Electricidad serán aplicables las leyes federales conducentes, y las controversias en que sea parte serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación...".

(100) Véase Vázquez Pando, *supra* nota 98.

(101) Véase, e.g., el estudio comparativo respecto a la compraventa mercantil internacional en Barrera Graf, *La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Derecho Mexicano. Estudio Comparativo, Jurídica* 13-II, Universidad Iberoamericana (Méx. 1981) pg. 925.

V.7.3.3. *Contratos Administrativos.*

Hay que destacar, sin embargo, que para cierto tipo de contratos, las entidades paraestatales como las dependencias públicas, se encuentran constreñidas a aplicar determinadas leyes mexicanas, por lo que no pueden someter dichas obligaciones al derecho extranjero. Tal es el caso de determinados *contratos administrativos*.

Los llamados *contratos administrativos*, es un tema obligado en el estudio del derecho administrativo y cuyo término se ha arraigado en la doctrina(102). Sin embargo, poco se ha estudiado sobre el tema de la cláusula de derecho aplicable en dichos *contratos administrativos*(103), no obstante su trascendencia internacional y de que estos actos jurídicos son considerados obligaciones mercantiles(104).

Nos referimos concretamente, a los contratos contemplados dentro del ámbito material y personal de validez del artículo 134 Constitucional.

V.7.3.4. *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Relacionados con Bienes Muebles y la Ley de Obras Públicas.*

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles (en adelante la "*Ley de Adquisiciones*")(105), tiene como objeto fundamental el regular los actos, convenios y contratos que versen sobre la materia descrita en la misma denominación de la ley, y que celebren

(102) Véase Fraga, Gabino, DERECHO ADMINISTRATIVO, Porrúa, S.A., (19a. ed. 1979) pgs. 398-399; Serra Rojas, DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II, Porrúa, S.A. (9a. ed. 1979), pgs. 448-479.

(103) Véase, e.g., los libros publicados por Canals, Jorge, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, Trillas, 1era. ed. (Méx. 1991); Martínez Alfaro, Joaquín, LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL ARTICULO 134 CONSTITUCIONAL, Editorial Porrúa, 1era. ed. (Méx. 1993).

(104) Fracción IV del artículo 75 del Código de Comercio; véase, e.g., el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 1958, y reformada según el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1977.

(105) Publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1985; reformada según el Diario Oficial del 18 de julio de 1991. Véase también su reglamento, publicado en el Diario Oficial el 13 de Febrero de 1990 y reformado según el Diario Oficial del 18 de julio de 1991.

las dependencias o entidades públicas(106). La Ley de Obras Públicas(107), por su parte, regula los actos, convenios y contratos relacionados con la llamada *obra pública*(108) que realizan dichos órganos de la administración pública federal. Se trata, entonces, de una gran gama de contratos de diversos tipos, los cuales, además, son concurrentemente regulados por el derecho privado mexicano, así como por otras disposiciones legales(109).

En términos generales, estas leyes federales en comento tienen un ámbito espacial de aplicación definido: son de observancia obligatoria dentro del territorio nacional. Para cierto tipo de actos, sin embargo, dichas leyes tienen aplicación extraterritorial y, por lo tanto, y para esos casos en específico, no se puede aplicar el derecho extranjero a través de la cláusula de derecho aplicable.

V.7.3.5 *Ley de Adquisiciones.*

A guisa de ejemplo tenemos el caso del artículo 9 de la *Ley de Adquisiciones* que a la letra dice:

"Sin perjuicio de la observancia de las disposiciones legales que les resulten aplicables, las adquisiciones, arrendamientos y servicios de procedencia extranjera para ser utilizados en el país, se registrarán por esta Ley"

Ello significa, que si una entidad paraestatal, digamos una sociedad mercantil con participación estatal mayoritaria o minoritaria inclusive, compra un bien en Bélgica y dicho bien va a ser utilizado en México, el vendedor belga no sabe que está dentro del ámbito material de aplicación de la *Ley de Adquisiciones*, y que tiene que observar, al igual que la entidad paraestatal, un sinnúmero de disposiciones jurídicas. Esta ley especial, además de romper con la regla del *locus*

---

(106) *Id.* art. 1.

(107) Publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1980, y reformada según el Diario Oficial del 18 de julio de 1991.

(108) Para saber que se entiende por *obra pública*, véase el art. 2; Canals, *supra* nota 103, pg. 93-130.

(109) Véase art. 75, fracción IV del Código de Comercio. Véase, e.g., el art. 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo. Véase también respecto a las distintas leyes y disposiciones que regulan a Pemex, sus activos y la industria petrolera paraestatal en López Velarde, *supra* nota 91.

regit actum y de crear un evidente conflicto de normas con otros sistemas jurídicos, no sólo regula lo relativo a la formación y perfeccionamiento de un contrato de compraventa, de arrendamiento puro o de servicios internacionales, sino también, regula una gran parte de las consecuencias jurídicas de dichos contratos, dejando poco espacio para negociar de acuerdo a la propia conveniencia de dichas dependencias y entidades, así como pocas posibilidades para que se pueda estipular un cláusula de derecho aplicable con sometimiento al derecho substantivo extranjero. Para agudecer el problema conflictual entre esta ley especial con nuestra leyes de derecho común, así como con un sinnúmero de leyes pertenecientes al derecho extranjero, se tiene que México como los Estados Unidos de América - nuestro principal socio comercial -, son Estados parte de la *Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías*(110), así como con respecto a otros instrumentos internacionales que indirecta o eventualmente regulan algunas de las prestaciones que usualmente se incorporan en dichos contratos internacionales. Entre ellos tenemos al capítulo X del llamado *Compras Gubernamentales* del Tratado Trilateral de Libre Comercio y cuya regulación indubitablemente repercutirá en gran medida a los denominados *contratos administrativos* que celebra la administración pública(111). A ello se suma, para el caso concreto de los Estados Unidos, la aplicación de la Sección 2 del Código Comercial Uniforme relativo a la compraventa mercantil y que muchos estados de la Unión Americana han adoptado, amén de la inexorable aplicación del *common law* de ese país.

La anterior combinación y confusión de normas y conceptos han forzado que nuestras dependencias y entidades paraestatales enfrenten una clara disyuntiva: o recurren a mecanismos ingeniosos y novedosos para combinar armónicamente este galimatías de normas, o recurren a la inflexible tesitura de evitar contratos internacionales(112).

---

(110) La llamada *Convención de Viena* fue celebrada en 1980. El tratado fue promulgado en el Diario Oficial el 17 de marzo de 1988.

(111) Sobre el llamado *Procurement Chapter* y sus repercusiones en materia de derecho administrativo, véase López Velarde, supra nota 91; Barshefsky & Lichtenbaum, *Government Procurement Provisions of the North America Free Trade Agreement*, en la Conferencia "The North America Free Trade Agreement: its Scope and Implications for North America's lawyers, Businesses and Policymakers", American Bar Association, Washington, D.C., Ene. 28, 1993.

(112) Véase, e.g., el sinnúmero de disposiciones que regulan los contratos que celebra Pemex, en López Velarde, supra nota 91.

V.7.3.6 *Ley de Obras Públicas*

Otro caso de gran interés, son las distintas normas de colisión que contempla la *Ley de Obras Públicas*. Esta ley, como se indicó anteriormente, regula a la llamada *obra pública* que realiza dependencias o entidades públicas ya sea por administración directa o aquella que es hecha a través de contratos y convenios(113), incluyendo aquellos contratos de servicios relacionados con la *obra pública*(114). Esta ley, además, concomitantemente regula a la obra pública con otras leyes, como es el caso de la *Ley de Adquisiciones*(115).

Al analizar el concepto de *obra pública* propuesto por la ley(116), al revisar quienes están sujetos a su ámbito material, espacial y personal de validez, y al comprender cual es el objeto de la misma, se concluye que *la obra pública* sólo puede ser efectuada dentro del territorio nacional, preponderantemente. Al tener casi todos los puntos de conexión verificados dentro del territorio nacional, y dado el bien jurídico tutelado por dicha ley, desde el punto de vista del derecho conflictual se justifica la voluntad del legislador para que sea aplicada imperativamente la *Ley de Obras Públicas*, aún en el caso de contratos internacionales y a pesar de la propia voluntad de las dependencias y entidades públicas. Ello se encuentra en consonancia con los principios conflictuales del *lex loci contractus*, *lex rei sitae* y del *lex loci executionis*, y que la *ratio legis* de esta ley es precisamente que mandatoriamente se apliquen sus disposiciones legales nacionales respecto a la *obra pública* que realice las dependencias y entidades de la administración pública.

Así pues, la *Ley de Obras Públicas* no sólo regula lo relativo a la formación y validez de los contratos que la administración pública efectúa en apego a su fundamento, sino inclusive, a casi la totalidad de sus efectos jurídicos, esto es, la realización *per se* de la *obra pública*.

---

(113) Art. 28 de la Ley de Obras Públicas.

(114) *Id.* art. 26.

(115) *Id.* art. 2 *in fine*.

(116) *Id.* art 2, 4 y 5.

Como corolario de lo anterior, resulta claro que los contratos y convenios que se realicen con el objeto de ejecutar una *obra pública*, las partes no podrán convencionalmente sujetar sus efectos jurídicos al derecho extranjero. Esto, aún en el caso de que la misma dependencia o entidad paraestatal voluntariamente deseen someter dichas consecuencias jurídicas al derecho extranjero a través de la cláusula de derecho aplicable, y muy a pesar de las posibles ventajas contractuales que ello pueda representar.

No obstante la lógica territorialista esbozada por la *Ley de Obras Públicas*, este ordenamiento jurídico, sin embargo, contiene normas extraterritoriales. El artículo 58 de la ley en comento a la letra dice:

"Las obras que realicen las dependencias y entidades fuera del territorio nacional se regirán por la legislación del lugar donde se encuentre el inmueble y por esta Ley, en lo que fuere aplicable".

Sin perjuicio del cuestionamiento que se pudiera hacer respecto de la conveniencia de regular los escasos e inusitados casos de *obra pública* en el extranjero, evidente resulta que el legislador reconoció que el tratar de darle efectos extraterritoriales a la *Ley de Obras Públicas*, implicaría irremediamente el entrar en conflicto con el derecho del país donde se piensa ejecutar dicha obra pública. Para ello propone que se apliquen ambas normas - la *Ley de Obras Públicas* y el derecho extranjero -, en lo que fuere aplicable, como si se tratara de normas concomitantes o de un "*quasi-dépeçage legislativo*", pero sin determinar en qué casos aplicará un derecho y en qué casos no.

VI. El *Dépeçage*.

Las reformas iusprivatistas de 1988 implícitamente autorizaron la posibilidad de que las partes puedan establecer un *dépeçage* dentro de su cláusula de derecho substantivo aplicable(117), no obstante que esta facultad se encuentra dentro de la

(117) La fracción V del artículo 14 a la letra dice: "[c]uando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén 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".

propia libertad contractual establecida para el *lex voluntatis*. El *dépeçage* - término conflictual heredado del derecho francés que significa *desmembramiento* - es una determinación convencional que pactan las partes en transacciones mercantiles internacionales, por medio de la cual se establece, por un lado, el sometimiento expreso a un derecho o ley en específico para que regule por separado determinadas prestaciones del contrato y, por el otro lado, simultáneamente se pacta un sometimiento a otra o varias normatividades, para que gobierne otras prestaciones contenidas en el mismo acuerdo de voluntades(118). El *dépeçage* es el sometimiento dual o múltiple para que distintos derechos o normas armónicamente regulen distintos aspectos de un contrato mercantil internacional(119).

El *dépeçage* es cada vez más frecuentado en el campo internacional, por las bondades que ofrece a quienes desean sujetar las distintas prestaciones pactadas dentro de su contrato a distintas normas rectoras, además de ser una herramienta de gran utilidad para contratos internacionales de significativa complejidad(120). Así pues, el *dépeçage* puede solucionar los problemas que presenta la dislocada aplicación subsidiaria del *lex loci executionis*. Como sabemos, es altamente factible que existan contratos internacionales donde las consecuencias jurídicas puedan tener diversos lugares de ejecución(121); con el *dépeçage* se puede fraccionar armónicamente los distintos derechos aplicables a las distintas prestaciones contractuales. Por otro lado, casos donde existe multiplicidad de leyes o derechos que simultáneamente regulan a un mismo contrato - como es el caso de la compraventa internacional de mercaderías -, pueden ser armónicamente desmembradas y organizadas para que regulen las distintas partes del contrato. También es común encontrar un *dépeçage* en contratos donde existe una cláusula

(118) "las partes contratantes están autorizadas a someter las diferentes partes de su contrato a diferentes derechos. Entonces no eligen un derecho propio único, sino varios derechos para regir su relación. Son frecuentes los ejemplos de esto". Wolf, Martín, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Ed. Bosch (Barcelona 1958) pag. 404.

(119) Gruson, Michael, *Contractual Choice of Law and Choice of Forum: Unresolved Issues*, en el libro intitulado JUDICIAL ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL DEBT OBLIGATIONS, editado por Saşson, D., y Bradlow, D., International Law Institute (Washington 1987), pg. 14-15; Reese, *Dépeçage: a Common Phenomenon in Choice of Law*, 73 Colum. L. Rev. 58 (1973).

(120) Las cláusulas de *dépeçage* son comunes en contratos marítimos, contratos marco de suministro, contratos de crédito internacionales, entre otros.

(121) Véase *supra* notas 40-43.

de sumisión dual, opcional y exclusiva; el *dépeçage* trabaja en función de la selección que haga la parte actora respecto al foro aplicable.

Sin embargo, "[e]l argumento que suele aducirse en contra del desmembramiento de la Ley aplicable al contrato, sobre todo cuando dicho desmembramiento o *dépeçage* obedece a la voluntad de las partes, es que el contrato constituye, en el seno de cada ordenamiento, una unidad jurídica y económica, de tal modo que el sometimiento de sus distintos aspectos a leyes distintas ofrece el peligro de romper su coherencia y el equilibrio entre las prestaciones de las partes(122)". En efecto, el redactar un *dépeçage* no es una tarea fácil; por el contrario, es harto complicado el establecer armónicamente cuáles son las fronteras de aplicación de las distintas leyes o derechos que regularán los distintos aspectos de la obligación contractual internacional. En este caso, resulta trascendental la intención de las partes, de ahí que el problema interpretativo del *dépeçage* resulte ser un problema mucho más agudo que el de la cláusula de derecho aplicable. Por ello, nuestro legislador anticipó el problema que implica la simultánea aplicación de diversos derechos a una misma relación contractual, al advertir la necesidad de tomar en cuenta las finalidades perseguidas por cada uno de estos derechos seleccionados, para que sean aplicados tomando en consideración las exigencias de la equidad del caso concreto(123).

Para tales efectos, se recomienda identificar claramente qué prestaciones serán reguladas separadamente y qué distintos derechos les serán aplicables; determinar si sus efectos jurídicos pueden ser regidos separadamente entre sí por estos derechos; fraccionado que estén estos efectos jurídicos, se recomienda identificar expresamente dentro del contrato qué derecho o ley en concreto regulará determinada prestación contractual; revisar si resulta armónica la aplicación simultánea de estas leyes o normas y si resulta coherente y equitativa su aplicación; finalmente, revisar si la cláusula de *dépeçage* en concreto, puede ser válida y eficaz en el país donde se piensa hacer valer, toda vez que es previsible que algunos países no acepten el desmembramiento(124).

(122) Véase Miaja de la Muela, *supra* nota 41, pg. 346.

(123) Vázquez Pando, *supra* nota 26, pg. 1416.

(124) Por lo pronto, el estado de Nueva York expresamente lo autoriza. Véase Gruson, *supra* nota 119, pg. 14, cita 74.

VII. Efectos Jurídicos de la Cláusula de Derecho Aplicable.

Hemos discutido los requisitos de validez que nuestro derecho internacional privado impone al sometimiento del derecho substantivo extranjero, por medio de la cláusula de derecho aplicable. Surgida la controversia contractual, las anteriores reglas y modalidades serán revisadas por jueces nacionales y árbitros privados. Su escrutinio implicará el determinar si la cláusula de derecho aplicable fue *válidamente* pactada. De ser el caso, el juez nacional o árbitro privado deberá aplicar el derecho extranjero como si lo hiciera el juez extranjero(125). La aplicación del derecho extranjero será *ex officio* por parte del juez nacional o árbitro privado, por lo que la existencia y el contenido del derecho extranjero no estará sujeto a prueba por las partes(126). Si al aplicar el derecho extranjero se viola el orden público mexicano o existe fraude a la ley, el derecho extranjero no será observado(127).

En el evento de que las partes hayan omitido estipular dicha selección de norma rectora dentro de su contratación mercantil o en el supuesto de que dicha cláusula no haya sido válidamente pactada, los efectos jurídicos de dicha obligación serán regulados por el derecho del lugar donde estas consecuencias se vayan a ejecutar, lo que puede ser en varios lugares (*lex loci solutionis*)(128). Esta situación varía en el evento de que se trate de un arbitraje comercial que esté regulado de acuerdo a nuestras reglas arbitrales, toda vez que los árbitros privados podrán tomar en cuenta las conexiones y características propias del caso para determinar cuál es el derecho aplicable, y no verse obligados a seguir la fórmula del *lex loci solutionis*(129).

En resumen, esas serán las consecuencias jurídicas de la cláusula de derecho aplicable, si dicha estipulación se pretende hacer valer en México. Sin embargo, la situación puede cambiar en el caso de que la cláusula de derecho aplicable se pretenda hacer valer en otro país, como es el caso de los Estados Unidos de

---

(125) Véase *supra* notas 43-50.

(126) *Id.*

(127) *Supra* notas 70-74.

(128) *Supra* notas 38-92.

(129) Véase *supra* nota 45.

América, nuestro principal socio comercial y vecino geográfico. De ahí que sea necesario revisar las reglas de derecho internacional privado que tiene ese país, aunque sea someramente.

VIII. La Cláusula de Derecho Substantivo Aplicable a la Luz del Derecho Positivo Norteamericano.

Como es de esperarse, en la gran mayoría de los estados de la Unión Americana se mantiene un gran respeto al principio consensual que sirve de pábulo para que las partes puedan estipular una cláusula de derecho aplicable dentro de sus obligaciones mercantiles. La deferencia a la cláusula de derecho aplicable obedece a una necesidad de seguridad jurídica; situación en franco apoyo a la autonomía de la voluntad de las partes(130). De hecho, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha ratificado en diversas ocasiones, la facultad que tienen las partes para estipular dentro de sus contratos mercantiles, cláusulas de sumisión y de derecho substantivo aplicable(131).

Esta libertad contractual, empero, no es absoluta. Por una parte y de una forma similar a nuestras reglas conflictuales, la gran mayoría de los derechos del fuero común de ese país, siguen la regla del *locus regit actum*(132). *The place-of-making rule*, como se le conoce, implica que las partes por lo general no pueden negociar qué derecho va a regular la forma y validez de su contrato, por lo que tan sólo pueden hacerlo respecto a sus efectos jurídicos, como lo hace propiamente nuestro derecho internacional privado; sin embargo, su tratamiento conflictual es distinto en comparación a lo prescrito por nuestra legislación.

Como punto de referencia inmediato, tenemos el Restatement Second on

---

(130) Véase Scoles & Hay, *supra* nota 2, pg. 657.

(131) Véase *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

(132) Véase Cramton, *supra* nota 2, pg. 145.

Conflict of Laws(133), cuyo texto nos ilustra las restricciones que poseen las partes, al momento de estipular una "*choice of law clause*" para que regule los efectos jurídicos respecto a su contratación mercantil. Para comenzar, en el artículo 187 de dicho Restatement se reitera la libertad de las partes para establecer una cláusula de derecho aplicable(134). Esta facultad, sin embargo, se encuentra condicionada a que el estado o derecho elegido tenga necesariamente una *relación substancial* con las partes o con el contrato en particular, y que exista un argumento razonable que justifique dicha selección(135). Asimismo, no procederá el derecho elegido convencionalmente por las partes, si al aplicarlo se viola el orden público de un estado que tenga mayor interés sobre el derecho estatal escogido(136).

Por otra parte, en los Estados Unidos al igual que México, en toda cláusula de derecho aplicable se requiere que no haya existido vicio de consentimiento alguno, que se haya manifestado el consentimiento por persona capaz y conforme a la forma establecida en la ley(137).

En ese sentido, en el artículo 1-105 del Código Comercial Uniforme adoptado

---

(133) Los *Restatements* es una fuente formal de gran influencia en los Estados Unidos, los cuales son elaborados por el Instituto de Derecho Americano. Su importancia radica en que en dichos artículos se encuentran sistemáticamente organizadas los precedentes judiciales considerados como predominantes dentro de la jurisprudencia estadounidense. Diseñados como una codificación, los *Restatements* ofrecen a quien recurre a su auxilio, conceptos jurídicos generales de fácil comprensión, los cuales provienen substancialmente de las distintas resoluciones jurisdiccionales que las cortes norteamericanas han dictado sobre temas en concreto. En virtud de que los *Restatements* tan sólo buscan, como su nombre lo dice, reiterar en forma uniforme el derecho manifestado por los tribunales, el sistema jurídico angloamericano los ha considerado como una fuente formal del derecho de índole secundario; sin embargo, sus textos son constantemente utilizados en el foro, amen que, a nivel docente, representa un importante instrumento de complementación en la enseñanza que por más de un siglo, han venido empleando las facultades de derecho de ese país a través del sistema de casos y la *mayeutica* socrática.

(134) Inciso(2) del artículo 187

(135) *Id.* (2) (a). Fue precisamente en el juicio *Seaman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. 403 (1927), donde se estableció esta excepción al principio consensual de la cláusula de derecho aplicable y donde se estableció la necesidad de que exista un vínculo entre el contrato y el derecho elegido. Esta decisión emitida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, concebida como una limitación a la autonomía de la voluntad, es considerada como irreconciliable con la libertad contractual que muchos autores favorecen.

(136) *Id.* (b).

(137) *Id.* comentario b.

por un gran número de estados de la Unión Americana (*Uniform Commercial Code*)(138), expresamente se autoriza a las partes para que se sometan a lo regulado por dicho código uniforme, siempre y cuando exista una *razonable relación* entre el estado en donde se tenga en vigor dicha ley, respecto a la obligación contractual o las partes(139). En caso de omisión, será aplicable dicha ley uniforme si existe una *razonable relación* con las partes o el contrato, salvo disposición en contrario por ley especial(140).

Como se observa, el derecho conflictual norteamericano exige la existencia un vínculo entre el derecho elegido convencionalmente y el contrato en particular o las partes. En su defecto, exige que exista una razón sustentable que justifique los motivos de su elección. Nuestro derecho, en cambio, no pide ningún vínculo o justificación entre el derecho escogido y la obligación contractual en particular, por lo que las partes pueden seleccionar libremente cualquier derecho, aún en el caso extremo de que dicho derecho no tenga nada que ver con las partes o con sus obligaciones contractuales. Esta laxativa situación podría facilitar el abuso de los derechos, propiciar el fraude a la ley, erosionar el problema del *forum shopping* en el sentido que autoriza a que una de las partes - la económica o contractualmente mejor colocada -, imponga el derecho que eventualmente le va a favorecer más, amén de que puede presentar en la práctica una dislocada aplicación entre el derecho seleccionado y el contrato en particular, por no existir vínculo razonable alguno.

De igual manera, discordantemente el derecho conflictual estadounidense no sigue estrictamente la regla del *lex loci executionis* como lo hace nuestro derecho. En efecto, cuando las partes hayan omitido el predeterminar cuál es el derecho substantivo aplicable a su obligación contractual, será aplicable el derecho que tenga la *relación más significativa* con la transacción o con las partes (*the most significant relationship rule*)(141). Este principio conflictual de gran similitud

---

(138) El Código Comercial Uniforme regula materias como compraventa, títulos y operaciones de crédito, arrendamiento, entre otras.

(139) Véase, e.g., el caso del UCC del estado de Texas, artículo 1-105(1).

(140) *Id.* (2)

(141) Inciso (1) del artículo 188 del RESTATEMENT (SECOND) ON CONFLICT OF LAWS OF THE UNITED STATES.

con el propuesto por el derecho comunitario conocido como "*el derecho de mayor conexión con el contrato*(142)", implica que los jueces norteamericanos o árbitros privados sopesen los siguientes elementos de sujeción: lugar de negociación del contrato, lugar de perfeccionamiento, lugar donde se verificaron los efectos jurídicos, el lugar donde se encuentre ubicada la cosa o el objeto del contrato, así como el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución (en caso de personas morales) y principal asiento de sus negocios de las partes(143). A discreción del juez, y razonados que estén los anteriores factores, el juez deberá determinar cuál es el derecho aplicable al contrato.

Esta regla, también de gran similitud con la regla propuesta por la *Convención de Roma* conocida como la *prestación más característica*(144), permite un tratamiento más exacto, uniforme y justo al problema que implica el determinar cuál es el derecho aplicable cuando las partes omitieron indicarlo dentro de su contrato o cuando no resulta válida la cláusula de derecho aplicable pactada por las partes: ello, sobre todo si lo comparamos con nuestra regla del *lex loci solutionis*, cuya aplicación depende de los lugares donde vaya a surtir efectos jurídicos el contrato, los cuales pueden ser variados.

En ese mismo orden de ideas, el derecho conflictual norteamericano establece una presunción *juris tantum* al establecer que si el lugar de negociación fue el mismo al lugar de ejecución del contrato, será precisamente el derecho estatal de ese lugar el que regule el contrato(145).

De encontrar válida la cláusula de derecho aplicable conforme a los anteriores criterios, los jueces norteamericanos aplicarán el derecho extranjero sujeto a los medios probatorios que presenten las partes respecto a su contenido y existencia(146). De hecho, para determinados derechos conflictuales estatales de los Estados Unidos, el derecho extranjero o foráneo se aplicará con exclusión de su

(142) Véase *supra* notas 20-23.

(143) RESTATEMENT (SECOND) ON CONFLICT OF LAWS art. 188(2).

(144) Véase *supra* notas 20-23.

(145) RESTATEMENT (SECOND) ON CONFLICT OF LAWS art. 188(3).

(146) A diferencia a lo contemplado por nuestro código adjetivo federal y distritense que siguen la fórmula del *ura novit curia*, en la gran mayoría de los estados de la Unión Americana el derecho extranjero se encuentra sujeto a prueba.

derecho conflictual(147).

VIII.1 *Derecho Conflictual del Estado de Nueva York.*

Las reglas establecidas por el artículo 187 y 188 del *Restatement* no han sido completamente seguidas por todos los estados de la Unión Americana. Tal es el caso del estado de Nueva York. Desde antes de 1983, el derecho del estado de Nueva York seguía la regla conflictual anteriormente discutida, por lo que el derecho elegido contractualmente tenía que mantener una *relación razonable* con las partes o con la transacción en particular. De hecho, el estado de Nueva York mantiene vigente el artículo 1-105 del Código Comercial Uniforme.

No obstante lo anterior, el Congreso del estado de Nueva York, a instancias de la Barra de Abogados de esa entidad, promulgó una reforma a la Ley General de Obligaciones por medio de la cual se deroga el requisito de que toda cláusula de derecho aplicable con sometimiento al derecho neoyorquino, tiene que mantener un vínculo razonable con el contrato o con las partes(148).

En la inteligencia que el principio de la *relación substancial* propiciaba inseguridad jurídica: en el concepto que dicha regla era considerada como una limitación innecesaria a la autonomía de la voluntad; y toda vez que, según los autores de la enmienda, dicho principio conflictual debilitaba la posición del estado de Nueva York como la capital financiera del mundo(149), en 1983 el poder legislativo del estado de Nueva York adoptó el artículo 5-1401 dentro de la Ley General de Obligaciones, donde se establece la posibilidad de que las partes puedan someter al derecho substantivo del estado de Nueva York, cualquier tipo de contrato mercantil que exceda la cantidad de \$250,000.00 US Dls, sin que exista la necesidad de que dicho contrato o que las partes mantengan una *relación razonable* con el estado de Nueva York(150). La presente disposición no aplica, sin embargo, respecto a cláusulas con sometimiento a otro derecho que no sea el neoyorquino, para lo cual se mantiene la regla de la *relación razonable* para los

(147) Véase Scoles & Hay, *supra* nota 2, pg. 659.

(148) Gruson, *supra* nota 121, pg. 4.

(149) *Id.*

(150) N.Y. Gen. Obligations Law 5-1401 (McKinney Supp. 1987).

otros casos, así como con relación a contratos laborales y de servicios(151).

Por otro lado, por su extrañeza, se destaca que en el estado de Texas se tiene establecido el requisito que toda *cláusula de prórroga competencial* o cualquier cláusula de derecho aplicable, debe de estar impresa en negrillas (*boldfaced print*), so pena de ser declarada nula (152).

VIII.2 Inmunidad Soberana

Diversos países han emitido leyes en materia de inmunidad soberana(153). Tal es el caso de los Estados Unidos de América, donde se ha adoptado la *doctrina restrictiva*, es decir, se otorga inmunidad soberana al Estado extranjero o a sus entidades públicas *restringida* respecto a una serie de actos. Se concede el beneficio de la inmunidad jurisdiccional, a no ser que el gobierno o entidad pública extranjera haya incurrido en una de las genéricas excepciones que para tales efectos mantiene vigentes la *Ley de Inmunidad Soberana Extranjera* de los Estados Unidos. De comprobarse la existencia de una de esas excepciones a la *inmunidad soberana*, los tribunales norteamericanos tendrán competencia personal y material para conocer la demanda incoada en su contra(154).

Una de esta excepciones es la conocida *renuncia expresa o tácita*(155). Entre las renunciaciones tácitas a la inmunidad soberana, tenemos a la cláusula de sumisión, la cláusula compromisoria, el comparecimiento a juicio sin invocar la inmunidad, la formulación de demandas y contrademandas y la contumacia(156). Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana también ha considerado a la cláusula de derecho aplicable como una forma para renunciar implícitamente a la inmunidad soberana(157). En efecto, no obstante que la cláusula de derecho aplicable no debería tener originalmente ninguna implicación jurisdiccional, existen un gran

---

(151) *Id.*

(152) *Véase* Tex. Bus. & Com. Code ANN. 35.53 (Vernon 1987).

(153) *Véase* López Velarde, *supra* nota 95, pgs. 301-340.

(154) *Id.*

(155) *Id.* pg. 331.

(156) *Id.* pgs. 331-339

(157) *Id.* pg. 333. Hasta la fecha, por lo menos, la jurisprudencia de ese país ha rechazado el considerar como *renuncia tácita* a la estipulación de derecho sustantivo extranjero, cuando se trate de un país que no sea los Estados Unidos, *id.*

número de resoluciones judiciales falladas por diversos circuitos judiciales que han determinado la existencia de una dimisión implícita, cuando las partes se hubieren sometido expresamente al derecho positivo de los Estados Unidos(158). Como resultado a lo anterior, estas cortes han prácticamente equiparado a la cláusula de derecho aplicable como si fuera una cláusula de prórroga competencial, no obstante de que se trata de dos estipulaciones que se pactan con el fin de regular dos cosas claramente distintas(159).

IX. Comentarios Finales.

Como sabemos, en 1994 se llevará en la Ciudad de México la V CIDIP. Entre sus temas a tratar se encontrará el tema relativo a la cláusula de derecho aplicable en contratos internacionales. Punto medular de la discusión será si se establece una mayor libertad contractual para que las partes puedan escoger sin mayores restricciones el derecho substantivo que gobernará sus obligaciones mercantiles internacionales, o si se establece, en cambio, la necesidad de la existencia de un vínculo entre el derecho elegido y el contrato o las partes que lo seleccionaron, o si esa vinculación se traduce en una serie de elementos de sujeción en específico.

Recientemente, el profesor Frederick Juenger, en una conferencia dictada en la Universidad Iberoamericana, se pronunció en favor de una libertad contractual sin cortapisas. Dicha posición, de la cual existen muchos cultores que la apoyan, implicaría que las partes que tengan mayor poder económico y contractual en general, impongan sus condiciones y su derecho sin tomar en consideración

---

(158) Interesante será el saber cómo resolverá el tribunal norteamericano en caso del sometimiento a la *lex mercatoria* o en el evento de que exista un *dépeçage*, donde uno de los derechos sea el norteamericano. Id. pg. 334.

(159) *Id.*

elementos y factores que, objetivamente, vinculan a un contrato mercantil internacional a un derecho en concreto(160).

En ese sentido, resulta interesante justipreciar las reglas propuestas por el artículo 187 y 188 del *Restatement*, dada su idoneidad para determinar la procedencia de una cláusula de derecho aplicable o para determinar qué derecho regirá relación jurídica en caso de que las partes hayan omitido indicarlo(161). Ello conllevaría a que los jueces o árbitros realicen un análisis objetivo de una serie de elementos de vinculación previamente establecidos, donde por un lado se respete la autonomía de la voluntad de las partes y, por el otro, se evite y desincentive la selección de un derecho que no tenga ningún vínculo razonable ni con las partes ni con el contrato.

Para finalizar, hemos incluido para mayor abundamiento y como apéndice, las bases que propone la Comisión II de la CIDIP IV para el estudio del tema del derecho aplicable en materia de contratación internacional(162) y el proyecto de Convención en materia de contratación internacional, presentado por la delegación mexicana a la CIDIP IV(163).

-
- (160) Como sabemos, es frecuente encontrar en contratos mercantiles internacionales que una de las partes imponga entre tantas cosas, lo relativo al derecho aplicable. Este fenómeno de los contratos de adhesión en materia internacional, fue previsto respecto a la elección del foro aplicable, donde se establece que la cláusula de sumisión debe de operar en beneficio de ambas partes y que dicha elección del foro no debe implicar un impedimento o denegación en el acceso a la justicia. Véase Siqueiros, José Luis, *supra* nota 26, pg. 33; Vázquez Pando, *supra* nota 16, pgs. 105-108. El tratar de hacer algo similar a la cláusula de derecho aplicable, sin embargo, lejos de beneficiar a contratistas mexicanos paradójicamente los podría perjudicar, por el hecho de que en muchos casos los contratistas extranjeros de gran peso, condicionan sus contratos a que se regulen conforme al derecho de su conveniencia, lo que podría desincentivar el tráfico mercantil de contratos internacionales como los de transferencia de tecnología y financieros, por citar algunos. Ello no significa, empero, que por lo menos se exija un vínculo mínimo razonable entre el derecho elegido y la transacción en particular.
- (161) Ciertamente, en materia de arbitraje mercantil ya se tiene un gran avance al respecto, al permitir a los árbitros la determinación unitaria del derecho aplicable en caso de omisión o invalidez, conforme a los puntos de conexión que la propia transacción contenga, sin que se tengan que ajustar a la aplicación subsidiaria del *lex loci solutionis*, la cual, como sabemos, trabaja en función de los lugares en donde se hayan verificado los efectos jurídicos del contrato, los cuales pueden ser variados. Véase *supra* nota 45.
- (162) Se trata del texto provisional tomado del acta final de la CIDIP IV. Véase Vázquez Pando, *supra* nota 16, pg. 676.
- (163) Id. En el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se tiene avanzada la elaboración de un texto relativo a los *Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales*. Véase UNIDROIT 1993, Estudio L - Doc. 52, Roma, Italia.

*X. Apéndice.***Bases que Propone la Comisión II de CIDIP-IV para el Estudio Futuro del Tema Relativo a la Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional.****BASES QUE PROPONE LA COMISION II PARA EL ESTUDIO FUTURO DEL TEMA RELATIVO A LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL**

1. Los contratantes podrán acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros.

2. El acuerdo referido debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de las cláusulas contractuales y de la conducta de las partes consideradas en su conjunto.

3. En el caso de que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por los contratantes o si su elección es ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos.

4. Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la legislación del Tribunal que tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rijan al contrato.

5. Podrán ser tomadas en cuenta las disposiciones imperativas de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos cuando esas disposiciones tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera, de acuerdo con la legislación del Estado respectivo, deban ser aplicadas con independencia de la ley que rijan al contrato.

6. Las partes podrán celebrar un contrato válido en la forma, de acuerdo con la ley del lugar de su celebración.

7. La ley de cada Estado regirá lo concerniente a la publicidad del contrato.

8. La ley que rija al contrato no será aplicada cuando sea manifiestamente contraria al orden público.

Proyecto de Convención en Materia de Contratación Internacional.

**DELEGACION MEXICANA A LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA
INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO IV (CIDIP-IV)**

TEMA 3. CONTRATACION INTERNACIONAL.

**PROYECTO DE CONVENCION EN MATERIA DE
CONTRATACION INTERNACIONAL**

Presentado por la Delegación Mexicana a CIDIP-IV.

Art. 1o. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables en todas las situaciones en que se suscite un conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales. Para los efectos de esta Convención el término "derecho" se entiende como excluyente de las normas conflictuales salvo pacto expreso en contrario.

Art. 2o. Con las limitaciones establecidas en esta Convención, los contratantes podrán acordar libremente el derecho aplicable a la totalidad o a parte del contrato.

Art. 3o. Los contratantes pueden convenir en cualquier momento que el contrato se rija por un derecho diferente a aquel que lo regulaba originalmente: sin embargo, tal modificación no afectará la validez formal del contrato, ni los derechos de terceros.

Art- 4o. Cuando la totalidad de los elementos de un contrato estén localizados en un solo Estado, el derecho elegido por las partes no eximirá de la observancia de las disposiciones de ese Estado que no admitan pacto en contrario.

Art. 5o. En caso de que el derecho aplicable al contrato no haya sido elegido por los contratantes, o su elección haya sido ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del lugar de su cumplimiento.

Art. 6o. La elección del derecho aplicable efectuada por los contratantes deberá ser válida conforme al derecho elegido. En caso contrario se estará a lo previsto en el artículo anterior.

Art. 7o. La forma de un contrato es válida si está de acuerdo, indistintamente, con el derecho del lugar de su celebración o con el derecho aplicable al fondo del contrato.

Los actos unilaterales serán válidos si satisfacen condiciones de forma del derecho aplicable al fondo del contrato o del derecho en donde el acto haya sido realizado.

Art. 8o. Los contratos relativos a bienes inmuebles se regirán por el derecho del Estado en que estén ubicados.

Art. 9o. El derecho aplicable al contrato, de acuerdo a las disposiciones precedentes, también se considerará aplicable a:

- a) su interpretación;
- b) el cumplimiento de las obligaciones que genere;
- c) las consecuencias del incumplimiento total o parcial de sus obligaciones;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones así como las prescripciones y caducidades derivadas de la conclusión de plazos, y
- e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

Art. 10o. Esta Convención no se aplicará:

- a) el estado y capacidad de las personas;
- b) disposiciones testamentarias;
- c) derechos derivados de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o esponsales;
- d) regímenes patrimoniales del matrimonio;
- e) obligaciones derivadas de títulos valor o de instrumentos negociables;
- f) convenios de arbitraje o de competencia;
- g) cuestiones relativas a sociedades, asociaciones y en general, personas jurídicas;
- h) cuestiones relativas a representación;
- i) procedimientos jurisdiccionales;
- j) cuestiones relativas a trusts y fideicomisos;
- k) contrato de seguro, y
- l) fianza de empresa.

Art. 11o. No se aplicará el derecho designado por los contratantes cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales del derecho cuya aplicación era procedente.

Art. 12o. El derecho aplicable conforme a esta Convención no será reconocido cuando sea manifiestamente contrario al orden público.

Art. 13o. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Art. 14o. La presente Convención está sujeta a ratificación, los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Art. 15o. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Art. 16o. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Art. 17o. Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efectos treinta días después de recibidas.

Art. 18o. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de

denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Art. 19o. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha Secretaría notificará a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.