

X. EL CAMBIO DEL PUNTO DE CONEXIÓN DE LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL: ¿CONSTITUYE FRAUDE?

El supuesto que tratamos consiste en poner de manifiesto el alcance y repercusiones que puede tener el cambio “intencionado” del punto de conexión previsto en la norma de competencia judicial civil internacional.

En este sentido, nos preguntamos si la alteración (dolosa) del punto de conexión previsto por la normativa competencial (autónoma o convencional), al conllevar necesariamente la alteración de la competencia judicial civil internacional del órgano jurisdiccional señalado por el primer punto de conexión, constituye fraude al foro. Como bien señala el profesor Silva:

...en realidad, un cambio en el punto de contacto no está prohibido, es decir, es perfectamente legal que se haga tal cambio. El problema en todo caso, surge cuando ese cambio ha sido hecho dolosamente, es decir, con la única y exclusiva intención de obtener ciertos beneficios, que de no haberse hecho el cambio, no se obtendrían.¹⁶⁷

La hipótesis mantenida se basa en la alteración “querida” y “necesaria” de la determinación de la competencia judicial civil internacional, y por ende la consecución de un resultado competencial radicalmente diferente.

Dos son las intenciones que se pueden perseguir con el cambio del punto de conexión que prevé la norma de competencia judicial civil in-

¹⁶⁷ Cfr. Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 16, pp. 30 y 31. Este autor nos ofrece un interesante ejemplo que reproducimos a continuación: “un automóvil en México puede ser embargado, mientras que en Estados Unidos, sólo en ciertos casos es embargable. Ocurre a la vez que las partes hacen el cambio en el punto de contacto, cambiando el lugar del juicio, y logran que al oponerse en un Estado la excepción de orden público, se favorezca los intereses particulares en conflicto, provocando incluso que se aplique una ley sustantiva diversa”.

ternacional: la primera, que perseguiría evadir la atribución de competencia de los tribunales mexicanos para someterse a los tribunales de un tercer Estado; la segunda, evadir la atribución de competencia de los tribunales extranjeros con el objetivo de someterse a los tribunales mexicanos.

Debemos iniciar afirmando las repercusiones que la simple alteración (“dolosa” o no) de la normativa competencial presenta en el contexto de la resolución de un supuesto de hecho determinado; lo anterior con la finalidad de comprender en toda su extensión el alcance del cambio del punto de conexión de la norma competencial.

En principio, con la alteración de la norma de competencia judicial civil internacional se modifica la normativa de derecho aplicable al fondo del supuesto de hecho. Primera posibilidad: si estamos ante una norma de conflicto, ante una técnica de reglamentación indirecta, se observa que al no coincidir necesariamente los puntos de conexión de las normas conflictuales de los foros implicados puede llevarnos a distintas normas materiales aplicables para la resolución del fondo, pudiendo alcanzarse un resultado final diametralmente opuesto. La aplicación de distinta normativa material que resuelva el fondo puede hacer cambiar por completo el sentido de la resolución. Segunda posibilidad: si estamos hablando de una técnica de reglamentación directa, de una norma material especial, el texto, alcance, sentido y resultado tras su diversa aplicación puede conducir igualmente a resultados diferentes. Lo anterior ya que la normativa material especial resulta ser la vigente en el foro que se declaró competente. Tercera y última posibilidad: si escogemos una técnica de reglamentación mixta, una norma de extensión, puede cambiar el resultado por la aplicación diferenciada de lo que viene siendo la *lex fori*. Ésta, debemos recordar, es la normativa material vigente en el foro que se declaró competente.

En segundo lugar, observamos que se altera necesariamente la normativa procesal que regirá dicho supuesto. Lo anterior con fundamento en la máxima *lex fori regit processum*. Si bien esta segunda alteración puede resultar aparentemente más irrelevante que el cambio de la normativa conflictual-material, no creemos que podamos quedarnos con esta primera apariencia; lo anterior se afirma ya que las reglas procesales de juego sufren una interesante alteración que puede acortar o alargar los plazos procesales.

A modo de resumen, observamos que esta alteración competencial puede tener dos objetivos: primero, conseguir la alteración de la aplicación de la norma de derecho aplicable y con ella inevitablemente la mutación de la norma material aplicable al fondo del supuesto de hecho. Con esta primera intención se obtendría un resultado final al fondo de un supuesto diametralmente opuesto. Segundo, se puede perseguir la alteración de la aplicación de la normativa procesal con el fin de obtener unas reglas de juego diferentes que puedan beneficiar a una parte. Estos objetivos, dicho sea de paso, no son categorías mutuamente excluyentes, es decir, la alteración del punto de conexión de la normativa competencial puede perseguir uno o ambos objetivos.

Para solucionar la alteración del punto de conexión de la norma competencial en ambos casos, no contamos con disposiciones normativas aplicables; por el contrario, tenemos un criticable vacío normativo.¹⁶⁸ Cuestión distinta se plantea en el cambio del punto de conexión de la norma de conflicto, es decir, cuando lo que cambiamos es el punto de conexión previsto legalmente en la normativa conflictual con la intención de alterar la aplicación de la normativa material al fondo de la pretensión. En este caso sí tenemos varios artículos que regulan y sancionan dicha alteración. En este sentido, encontramos el artículo 15.I del Código Civil del Distrito Federal que afirma “no se aplicará el derecho extranjero: I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”; en términos parecidos se pronuncia el artículo 6o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que en este sentido afirma: “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”.

Dicho lo anterior, podemos destacar que son varias las diferencias que acompañan por tanto a la alteración de los puntos de conexión de la normativa competencial y de la conflictual:

¹⁶⁸ Como señala el profesor Silva: “desgraciadamente, en el aspecto normativo vigente, en ambas soluciones, no tenemos una disposición específica aplicable, sino sólo general”. *Cfr.* Silva, J. A., *op. cit.*, nota 24, p. 88, y Silva, J. A., *loc. cit.*, nota 16, pp. 30 y 31.

La primera da como resultado el hecho de que la alteración del punto de conexión de la normativa competencial persigue evadir el señalamiento de unos tribunales nacionales predeterminados legalmente, mientras que con la alteración del punto de conexión de la normativa conflictual se pretende evadir el señalamiento de una determinada norma material aplicable al fondo.

Una segunda diferencia es que, mientras que para la norma competencial no existe una disposición normativa aplicable para dar respuesta y solución a esta figura, sí contamos con una buena disposición normativa para solucionar el cambio del punto de conexión en la normativa conflictual. En este sentido podemos destacar el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina, que señala en su artículo 8o.:

No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude. Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable. Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir.

Es una normativa de contenido novedoso y que podría servir de guía para el contexto mexicano. Lo positivo de esta redacción se puede resumir en tres ideas, a saber: la primera es que contiene una delimitación de la figura, determinando sus rasgos y elementos característicos; la segunda es que ofrece una misma determinación y regulación del fraude al foro y al *ius*; la tercera y última es que impone, al mismo tiempo que la delimita y conceptúa, una sanción tras su comprobación. Por otro lado, señalamos que no se dejó pasar esta oportunidad para determinar los elementos constitutivos de esta figura jurídica (el volitivo y el material).

Una tercera diferencia sustancial entre ellas es el momento procesal en el cual se cambia el punto de conexión; mientras una se produce en una etapa procesal incipiente, es más, el procedimiento ni siquiera ha dado inicio pues estamos en la determinación de la competencia judicial civil internacional, la otra se produce en una etapa procesal más avanzada puesto que ya se inició el procedimiento, se declaró la competencia de un determinado Poder Judicial y ahora lo que se pretende es alterar la norma material que resuelve el fondo de la pretensión. De esta forma, podemos

determinar que con la alteración del punto de conexión de la normativa competencial se puede alterar tanto la normativa procesal como la designada para la determinación del derecho aplicable. Con la alteración del punto de conexión de la normativa conflictual resulta intocable la normativa procesal, pues ésta resulta ya determinada con la fijación de la normativa competencial y el foro que se ha de declarar competente.

Ahora bien, a pesar de estas importantes diferencias, debemos aclarar que la alteración del punto de conexión de la norma de competencia judicial civil internacional y de la norma de conflicto comparten una misma finalidad, convergen en una misma meta, a saber, alterar el resultado final, el resultado de fondo de la pretensión inicialmente planteada. De igual forma, podemos observar como una segunda característica común que los elementos constitutivos de ambas figuras son los mismos. En este sentido, sostenemos que para que se pueda hablar de fraude a la competencia judicial civil internacional o fraude a la ley debe comprobarse la existencia y realización de dos elementos *cumulativos*, a saber: a) un elemento material u objetivo, la conducta en sí, es decir, el cambio de domicilio, de residencia habitual, etcétera, b) un elemento subjetivo o volitivo, es decir, el cambio del punto de conexión con la intención de alcanzar un resultado diferente al que se obtendría de no haberse realizado dicha alteración.

Efectivamente, el cambio en el punto de conexión, previsto por la normativa competencial y conflictual, es algo posible y admisible (siempre que no sea realizado mediando “dolo”); en algunos supuestos de hecho resulta más fácil y rápido materializar el cambio del punto de conexión de las normativas mencionadas; por ejemplo, un cambio de residencia habitual, de domicilio, de lugar de entrega de las mercancías, etcétera. Otros, por el contrario, revisten mayor dificultad en su cambio, por ejemplo, el lugar de celebración del contrato, lugar de comisión del hecho ilícito (*forum loci delicti commissi*), incluso, la nacionalidad. Ahora bien, no creemos que de la volatilidad y facilidad de cambio en el criterio de conexión de ambas normas se pueda desprender la existencia de dolo, de una intención de las partes de alterar maliciosamente el punto de conexión con el objetivo de cambiar el resultado competencial y todo lo derivado de dicho cambio.

A modo de conclusión, podemos ver que el cambio del punto de conexión de la norma de competencia judicial civil internacional en sentido

positivo o negativo, puede considerarse como fraudulento sólo si convergen los dos elementos mencionados, el objetivo y el subjetivo. Ahora bien, mientras que la comprobación del elemento objetivo, la consecución de conductas, es fácil y rápida, el elemento subjetivo, es decir, el dolo, no resulta tan sencillo. Lo anterior unido al vacío normativo existente en el fraude a la norma de competencia judicial civil internacional desemboca necesariamente en que sean los jueces los que determinen en qué casos se materializan los dos elementos y que sea igualmente por vía jurisprudencial que se determine la sanción aplicable.