

301809

5
zy



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U. N. A. M.

NATURALEZA JURIDICA DE CIERTOS CONTRATOS DE GARANTIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

T E S I S P R O F E S I O N A L
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE ;
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;

ALFREDO BAEZ VEGA

México, D. F.

1986

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

P R O L O G O

Dada la vertiginosa evolución que con el transcurso del tiempo va sufriendo la humanidad en la era moderna, y tomando en cuenta el rápido avance de la tecnología y los medios de transporte y comunicación, se han venido incrementando cada vez más las relaciones entre países e individuos, por lejos que se encuentren territorialmente.

Es por ésto que, desde el inicio de mis estudios - en la Facultad de Derecho, nació en mí la necesidad de saber en qué se basarían las relaciones, tanto de los - países, como de los individuos de distintas nacionalidades.

Surgieron en mí diversas incógnitas que me inquietaban, como por ejemplo: ¿De qué manera se resolverían los problemas entre países e individuos? ¿Cuál sería la suerte de algún amigo, familiar o incluso la mía, al salir o regresar de algún viaje al extranjero? ¿En qué - precepto legal se basarían estas relaciones? Y muchas - preguntas más.

Al llegar al estudio del Derecho Internacional tanto público como privado, fueron despejándose paulatinamente dichas incógnitas.

Lejos de quedar satisfechas mis inquietudes, aumentó en mí el interés por estas materias.

A su vez, surgió el deseo del conocimiento de los tratados y convenios internacionales, así como el de saber todo lo concerniente a esta materia.

Por los motivos antes expuestos y por la necesidad y el deseo de dar a mis familiares, amigos y a mí mismo la satisfacción de culminar una carrera, coronada con un exámen profesional y un título, fué por lo que me decidí a escribir sobre Derecho Internacional Privado, concretamente, sobre algunos contratos de garantía.

No es posible terminar este prólogo, sin hacer patente mi agradecimiento a todos mis maestros y, en especial, a los que me brindaron su orientación y apoyo respecto al presente trabajo y me permitieron el acceso a sus bibliotecas.

Mención especial debo hacer de Consuelo Báez, que

tuvo a su cargo la parte mecanográfica y la fatigosa re
visión de la bibliografía, así como a las hermanas Igle
sias, quienes colaboraron en dicha revisión.

Finalmente, agradezco a todas aquellas personas -
que, al realizar diversos trabajos sobre la materia, de
alguna manera colaboraron a la elaboración de esta te-
sis.

I N T R O D U C C I O N

Se hace necesario saber qué es el Derecho Internacional Privado; su utilidad, sus funciones y sus alcances.

Aunque se han dado una diversidad de opiniones al respecto, son tan abundantes y variadas, que nos obliga a hacer una serie de explicaciones, cotejar y enunciar algunos tratados, para precisar términos y aclarar conceptos.

En el primer capítulo, se hablará sobre las generalidades de los contratos accesorios; explicaremos cuál es la razón y el concepto de los mismos. Haremos una clasificación general de los contratos y se analizará la naturaleza jurídica de los contratos accesorios. Posteriormente, clasificaremos los contratos de garantía y, para finalizar este capítulo, hablaremos concretamente de los siguientes contratos de garantía: fianza, prenda e hipoteca, definiéndolos y exponiendo sus características.

El capítulo segundo, comprende el aspecto doctri--

nal de los contratos accesorios, dividiéndose éste en - el planteamiento y en la exposición de diversas soluciones aplicables a estos contratos.

Respecto al planteamiento, diremos que consiste en una explicación de los problemas existentes en cuanto a la celebración y constitución de los contratos, y los - caminos a seguir para resolver dichos problemas.

Por lo que se refiere a las diversas soluciones, - se hace necesario hacer referencia al punto de partida y a los antecedentes que dieron origen a éstas, para, - posteriormente, dar principio al estudio en particular, de cada una de ellas.

Por último, en nuestro tercer capítulo, mencionaremos la postura de nuestra legislación mexicana, así como la de diversos tratados, convenciones y conceptos de varios artículos de leyes y códigos de otros países, a efecto de tener puntos de comparación, para unificar - criterios y así, posteriormente, poder llegar a nues--- tras conclusiones.

I N D I C E

Pág.

CAPITULO PRIMERO.

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS ACCESORIOS.....	1
A) Razón y concepto sobre los contratos accesorios.	2
B) Clasificación general de los contratos.....	6
C) Naturaleza jurídica de los contratos accesorios.	9
D) Clasificación de los contratos de garantía.....	12
E) Definición y características de los contratos de garantía.....	14
a) Fianza.....	14
b) Prenda.....	22
c) Hipoteca.....	26

CAPITULO SEGUNDO.

LOS CONTRATOS ACCESORIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA

DOCTRINAL.....	29
A) Planteamiento.....	30
B) Diversas soluciones.....	33
a) Autonomía de la voluntad.....	37
b) Ley personal de las partes.....	52
c) Criterios territorialistas.....	65
1) Lex loci contractus.....	77
2) Lex loci solutionis.....	81

CAPITULO TERCERO.

EL DERECHO POSITIVO MEXICANO Y EL DERECHO CONVENCIO NAL INTERNACIONAL EN RELACION AL CONFLICTO DE LEYES EN LOS CONTRATOS ACCESORIOS.....	87
A) Legislación mexicana.....	88
B) Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.....	91
C) Código de Bustamante.....	95
D) Consideraciones jurídico legales aplicables.....	96
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	107

C A P I T U L O P R I M E R O .

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS ACCESORIOS.

- A) Razón y concepto sobre los contratos accesorios.
- B) Clasificación general de los contratos.
- C) Naturaleza jurídica de los contratos accesorios.
- D) Clasificación de los contratos de garantía.
- E) Definición y características de los contratos de garantía:
 - a) Fianza.
 - b) Prenda.
 - c) Hipoteca.

A) Razón y concepto de los contratos accesorios. -

Los contratos accesorios, han surgido al mundo del derecho en virtud de la necesidad de dar una mayor seguridad a los acreedores. Es decir, el patrimonio de una persona responde del cumplimiento de sus obligaciones; pero sucede que los acreedores pueden ser muchos, ya sea porque el deudor haya abusado de su crédito o porque de mala fe se haya inventado créditos, con la finalidad de defraudarlos, o en fin, porque el deudor haya emprendido negocios ruinosos con elementos de sus acreedores. "Así, cuando el acreedor estima que el patrimonio de su deudor no es suficiente garantía para su contrato, puede recurrir a las formas que se han creado para tal fin, esto es, a los contratos de garantía" (1).

El propósito del presente trabajo será el estudio de los contratos de fianza, prenda e hipoteca, es decir, de algunos de los contratos accesorios en el campo del derecho internacional privado, y los cuales reciben el nombre de contratos de garantía.

Dicho lo anterior, trataremos de señalar el concep

(1) AGUILAR Carbajal, Leopoldo. "Contratos". México, - Edit. Hagtan, 1964. p 251.

to que de estos contratos se tiene: los contratos de ga
rantía son aquellos que tienen por objeto asegurar la -
perfecta ejecución debida, protegiendo al acreedor con-
tra el riesgo de insolvencia, total o parcial del deu-
dor.

La doctrina parece estar acorde, en forma más o me-
nos general, con el concepto anteriormente señalado: -
prueba de ello son las siguientes menciones al respecto;
diversos autores señalan:

"Se dice que un contrato es accesorio, cuando de-
pende lógica y jurídicamente de otro, que se llama prin-
cipal" (2).

"El contrato accesorio presume la existencia de o-
tro contrato o de una obligación principal, a la que -
sirve de garantía" (3).

"Los contratos accesorios tienen por objeto crear
derechos accesorios de garantía de las obligaciones"(4).

(2) IBIDEM. p 38.

(3) LOZANO Noriega, Francisco. "Apuntes de contratos".
México, 1967. p 3.

(4) BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obli-
gaciones". México, Edit.Porrúa, 1966. Tomo I p 137.

Rojina afirma que "son contratos accesorios aquellos que dependen de un contrato principal" y agrega que "son también llamados 'de garantía' porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal" (5).

De manera semejante, el maestro Castán Tobeñas y el maestro Gutiérrez y González, afirman que los contratos accesorios son también conocidos como contratos de garantía. Esto nos induce a pensar que al utilizar indistintamente cualquiera de estas denominaciones (contratos accesorios o contratos de garantía), estaremos refiriéndonos siempre a una sola y única clase de contratos, lo cual podría presentar confusión, si consideramos que existen opiniones diversas y más aún desde el punto de vista del derecho internacional, respecto a la generalidad de las instituciones. Así, Planiol y Ripert asientan que dentro de la clasificación de contratos independientes y contratos dependientes se encuentran los contratos principales y accesorios, siendo principales, aquellos que existen por sí mismos y aisladamente, y ac

(5) ROJINA Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". México, Edit. Robredo, 1961. Tomo VI. p 46.

cesorios, aquellos que solamente pueden existir dependiendo de un contrato principal. Agregan que "entre los contratos accesorios, en primer lugar se encuentran los contratos de garantía, cuya finalidad consiste en crear una seguridad, en sentido amplio, para el pago de una deuda". Asientan, además, como contratos accesorios, el de las capitulaciones matrimoniales "que regula los intereses pecuniarios de los futuros esposos que constituyen una adhesión a un estatuto convencional preexistente a la utilización concertada, para un caso concreto de un contrato-tipo mas amplio" (6).

Por lo anterior, opinamos, se debe entender la denominación de contratos accesorios como el género y contratos de garantía como su especie, siendo aquellos, cualquiera de los contratos que deriven de una obligación principal, y éstos, aquellos que siendo accesorios, tienen como fin primordial asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, mediante la fianza, prenda o hipoteca, únicas formas que pueden estar dentro del concepto de contratos de garantía.

(6) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tr. Mario Díaz. La Habana, Edit. Cultural, 1940. Tomo VI. p 59.

B) Clasificación general de los contratos. - Existen varias clasificaciones respecto de los contratos; - sin embargo, hemos creído pertinente hacer referencia, solo a aquellas que revisten mayor importancia y al mismo tiempo, trataremos de concretizar este punto por ser de sobra conocido.

"Contratos típicos y contratos atípicos.

Los contratos típicos son aquellos que están regulados en el código o en otras leyes. En cambio, son contratos atípicos aquellos que carecen de una reglamentación particular y específica.

Contratos unilaterales y contratos bilaterales o sinalagmáticos.

Son contratos unilaterales aquellos que hacen nacer obligaciones solo para una de las partes. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos, son los que hacen nacer obligaciones recíprocas para ambas partes.

Contratos onerosos y contratos gratuitos.

Los contratos pueden estipular derechos y gravámenes recíprocos para las partes o pueden dar nacimiento

a provechos en beneficio para solo uno de los contratantes; en el primer caso estamos en presencia de un contrato oneroso, y en el segundo, ante un gratuito.

Contratos conmutativos y contratos aleatorios.

Este tipo de contratos es una subclasificación de los contratos onerosos, siendo conmutativo, aquel en que las prestaciones a cargo de las partes están perfectamente determinadas, de tal suerte que ellas pueden apreciar de inmediato el beneficio o pérdida que les causará la operación. En cambio, será contrato aleatorio - cuando las prestaciones debidas, o simplemente el provecho o la pérdida que de él puedan derivar, dependen de la realización de un hecho incierto.

Contratos reales y contratos consensuales.

Cuando para el perfeccionamiento de un contrato, se requiere de la entrega de la cosa objeto del mismo, decimos que estamos en presencia de un contrato real; - siendo contrato consensual aquel que se perfecciona por el solo acuerdo de las partes.

Contratos consensuales, formales y solemnes.

Con el propósito de evitar confusiones con la clasificación hecha en el apartado anterior, es necesario señalar que ésta, atiende a que la voluntad de las partes otorgantes del acto, debe o no externarse de una manera específica prevista por la ley. Así, será contrato consensual (en oposición a formal), el que se perfecciona por el solo acuerdo de las partes; contrato formal, es aquel donde la ley exige que la voluntad de las partes se externe bajo cierta forma que ella dispone; contrato solemne, es aquel donde la ley exige como elemento de existencia, que la voluntad de las partes se externe con la forma prevista por ella.

Contratos principales y contratos accesorios.

Respecto a esta clasificación, ya hemos señalado - al referirnos al concepto de los contratos accesorios, - lo que es un contrato principal, o sea, aquel que para su validez y cumplimiento, no requiere de un acto adlittere que lo apoye, así como también ya señalamos que - dentro de la doctrina se entiende por contratos accesorios aquellos que tienen por objeto asegurar la perfec-

ta ejecución debida, total o parcial del deudor.

Contratos instantáneos y contratos de efecto sucesivo.

Contrato instantáneo es aquel que se ejecuta y perfecciona en un solo acto o momento; contrato de efecto sucesivo es aquel en que perfeccionado el acto, las partes se hacen prestaciones continuas o periódicas; se agrega a esta clasificación, los contratos llamados de prestaciones diferidas, los cuales se perfeccionan en un momento, y se ejecutan en otro posterior" (7).

C) Naturaleza jurídica de los contratos accesorios.

Para determinar la naturaleza jurídica de los contratos accesorios, es conveniente delimitar, en primer término, el concepto de contrato.

El género acto jurídico, comprende las especies de acto unilateral, convenio y contrato. La diferencia entre éstos es bien sencilla, esto es, el acto unilateral es aquel en el que interviene una sola voluntad, mientras que en el convenio y en el contrato se presuponen

(7) GUTIERREZ y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Puebla, Edit. Cajica, 1965. p 151 a 163.

forzosamente dos o más voluntades que concurren en el -
acto.

Ahora bien, también sabemos que el convenio y el -
contrato son actos jurídicos en los que para su existencia
es necesario que haya voluntad o consentimiento, -
siendo el convenio un contrato cuando se emita con las
formalidades legales.

Así entonces, podemos decir que es un convenio a-
quel en el que existe el acuerdo de dos o más volunta--
des para crear, transmitir, modificar o extinguir dere-
chos y obligaciones. Por ello se afirma que el convenio
es el género, en virtud de que a través de él se pueden
producir todos los efectos de derecho, y el contrato la
especie, porque por su medio se pueden crear o trasmi--
tir derechos y obligaciones.

Podemos afirmar que mediante la fianza, prenda e -
hipoteca, se tiene un acuerdo de voluntades para crear
o transmitir derechos y obligaciones, por lo que decimos
que tales formas corresponden al concepto de contrato,-
siendo ésta su naturaleza jurídica.

Sin embargo, existen opiniones en que se desecha -

la existencia de los contratos accesorios, como la de -
 Bonnacasse, que asevera: "se ha pretendido distinguir a
 los contratos en principales y accesorios, lo cual es -
 un error, debido a que se confunden los pretendidos con-
 tratos accesorios con los derechos accesorios. En efec-
 to, la fianza y la constitución de hipoteca han sido -
 considerados como contratos accesorios. Pero lo acceso-
 rio es la obligación del fiador y del deudor hipoteca--
 rio, ya que la fianza y la hipoteca pueden garantizar o
 bligaciones derivadas de delitos" (8).

Juntamente podemos citar la afirmación que al res-
 pecto hace Josserand: "Se ha querido distinguir entre -
 contratos principales y contratos accesorios, bastándo-
 se a sí mismos y existiendo separados los primeros, in-
 jertándose los otros en una operación preexistente (con-
 tratos de caución, de hipoteca). Pero en realidad, es-
 tos supuestos contratos accesorios pueden existir inde-
 pendentemente a todo contrato preexistente: se puede -
 causar una obligación nacida de un delito; son sin -
 duda, un accesorio, pero de una obligación, no de un -
 contrato (9).

(8) BONNECASSE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". -
 Puebla, Edit. Cajica, 1945. Tomo II. p 480.

(9) JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Buenos Aires, -
 Edit. Bosch, 1950. Tomo II. p 20.

A este respecto, creemos que las dos objeciones anteriores son infundadas. En efecto, si bien es cierto que los contratos accesorios pueden garantizar obligaciones derivadas de delitos, también lo es, que la relación jurídica de la que dependen, puede o no ser de origen contractual, sino de cualquier otro acto o hecho jurídico. Además, si se utiliza para la clasificación el nombre de contratos principales y contratos accesorios, no por ello debemos entender que el contrato accesorio única y exclusivamente tenga siempre que ir ligado a un contrato, sino que puede ir vinculado a un contrato o bien a una obligación, y en tal caso, se tendría que decir obligación principal (y contrato accesorio). En otro sentido, se afirma que el contrato accesorio no es tal, sino que se trata de una obligación accesoria, a lo que nosotros contestamos que no hay que olvidar que los contratos son obligaciones.

D) Clasificación de los contratos de garantía. - -

Los contratos de garantía se pueden clasificar, conforme y precisamente a la garantía que proporcionan, en contratos de garantía personal y de garantía real.

Pueden ser de una u otra categoría, según derive -

del compromiso contraído por un tercero o de la afectación de bienes determinados a la seguridad de un crédito.

La garantía personal es menos efectiva que la garantía real, ya que si bien es cierto que al aumentar el número de deudores se multiplican las posibilidades de pago, también lo es que, tanto el deudor que responde con todo su patrimonio de su débito, como sus fiadores, pueden acrecentar su pasivo y disminuir su activo, sin que el acreedor, que sigue siendo para cada uno de ellos un acreedor quirografario, pueda hacer nada para impedirlo. Es además inconveniente, en virtud de que por tener el fiador el derecho de oponer los beneficios de orden y excusión (aunque esto no siempre sucede, ya que puede renunciar a ellos), hace que el procedimiento que en su contra inicie el acreedor, se alargue demasiado, con las consecuencias de gastos respectivos.

Por el contrario, mediante la garantía real, se crea una base más efectiva, ya que no solo se responde con el patrimonio que el deudor tenga, sino con un bien perfectamente determinado que en forma especial asegura el cumplimiento de la deuda. Así, el acreedor se olvida

por completo de la posible insolvencia de su deudor, y solo espera el incumplimiento de la obligación principal para hacer efectivo su crédito mediante la venta del bien gravado, haciéndose pago en forma preferente, respecto de cualquier persona que tenga otro derecho.

Así entonces, podemos en resumen decir que la garantía personal tiene los siguientes inconvenientes: es muy gravosa para el que la proporciona, y poco efectiva para el que la acepta. Además, resulta demasiado complicada en cuanto a las relaciones económicas y jurídicas que produce. En cambio, la garantía real, proporciona seguridad en cuanto a hacer efectivo el pago y por lo general los ordenamientos jurídicos han establecido sistemas sencillos, rápidos y expeditos.

Conforme a la anterior clasificación, corresponde a la fianza ser un contrato de garantía personal, siendo la prenda e hipoteca, contratos de garantía real.

E) Definición y características de los contratos de garantía.

a) Fianza. En primer término citaremos algunas definiciones dadas, respecto a este contrato.

"La fianza se define como un contrato accesorio, - por el cual una persona se compromete con el acreedor, - a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace" (10).

"Por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de éste" (11).

Castán afirma que "fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación, si no lo hace el deudor principal" (12).

Si fijamos nuestra atención a la definición anterior, nos podremos percatar de que no se hace alusión a que se trata de un contrato, sino de una garantía, por lo que nos parece que tal, adolece de tan importante - consideración, dando lugar a una falta de técnica jurf-

(10) ROJINA Villegas, Rafael. op cit. Tomo VI. p 525.

(11) ENNECCERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLFF, Martin. - "Tratado de Derecho Civil". Tr. Blas Pérez y José Alguer. Barcelona, Edit. Bosch, 1935. p 461.

(12) CASTAN Tobeañas, José. "Derecho Civil Común y Federal". Madrid, Edit. Reus, 1939. Tomo II, Vol. 2.

dica, y consecuentemente a una probable confusión.

Nuestro código civil, señala en su artículo 2794 - "la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace" (13).

De las anteriores definiciones se infiere, que el contrato de fianza es una verdadera promesa, por la que se contrae una obligación accesoria, la cual va a servir de garantía respecto a una obligación principal.

En nuestro derecho positivo mexicano, encontramos una excepción al principio de accesoriedad en los artículos 2848 y 2849 del código civil: Artículo 2848: "el fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el incumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor" (14).

(13) "Código Civil para el Distrito Federal". México, - D. F. Edit. Porrúa, 1986. p 482.

(14) IBIDEM. p 491.

Artículo 2849: "Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación" (15).

Rojina afirma, que las anteriores disposiciones van en contra del principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de que a pesar de que el fiador se haya obligado por determinado tiempo, su obligación termina por el hecho de que el acreedor no haya demandado la deuda principal dentro del mes siguiente de su vencimiento, o bien porque habiendo demandado, haya dejado de promover por más de tres meses sin causa justificada, sin tomar en cuenta el tiempo por el que el fiador se haya obligado, sino dependiendo de una condición resolutoria que el mismo artículo 2848 señala, agrega, que so

(15) IBIDEM. p 491.

lo se explica la existencia de esta disposición como una protección desmedida al fiador.

Afirma el señalado autor, que tampoco se justifica el artículo 2849, ya que en el caso de que se hayan venido los beneficios de orden y excusión, el acreedor no podrá ejecutar en los bienes del fiador a menos que demande al deudor dentro del plazo de un mes siguiente a la exigibilidad de la deuda, lo cual no tendría necesidad de hacer si dejara de existir tal disposición.

"Para poder fijar la interpretación jurídica del artículo 2848 y 2849, deberá entenderse que el fiador solo quedará liberado de su obligación, cuando la fianza sea por tiempo determinado, pero igual al de la obligación principal, si el acreedor no demanda al deudor dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado y la obligación principal también, se extinguirá la garantía, cuando no se entable la demanda por el acreedor en contra del deudor, dentro del mes siguiente a la fecha en que el fiador pida al acreedor que exija judicialmente el cumplimiento de la obligación" (16).

(16) ROJINA Villegas, Rafael. op cit. Tomo VI. p 537.

De las razones anteriormente expuestas, creemos - por nuestra parte, que tales disposiciones tienden a su primir la naturaleza misma de la fianza, puesto que el fin primordial de ésta, es sustituir la desconfianza - que los acreedores tienen respecto de sus deudores, ase gurando sus créditos a través de la constitución de los contratos de garantía, mismos que con tales disposiciones terminarán por no asegurar nada.

La fianza es supletoria y condicional. Supletoria en cuanto a que el fiador está obligado al pago de la - deuda, sólo en el caso de que el deudor no lo haga. Pero este carácter que es el normal de la fianza, no es - sin embargo, esencial, pues "la doctrina científica, ad mite que puede un fiador, sin perder su función de tal, obligarse solidariamente con el acreedor" (17).

De manera semejante sucede en nuestro derecho mexi cano, al permitirse la renuncia de los beneficios de or den y excusión dentro de la fianza; y es condicional en virtud de que la efectividad de tal obligación (el pago de la deuda por parte del fiador), está sujeta a un a-

(17) CASTAN Tobeñas, José. op cit. p 418.

acontecimiento futuro e incierto, esto es, el pago de la deuda por el principal obligado. De este razonamiento - podemos derivar, otra de las características de este - contrato de fianza, esto es, la de ser un contrato aleatorio; en efecto, a la celebración de la fianza la prestación debida depende de un acontecimiento futuro e incierto que hace no sea posible la evaluación de la garantía o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice, ya que si bien es cierto que la obligación del - deudor en cuanto a su monto está perfectamente determinada, no sucede lo mismo con la del fiador, puesto que si el deudor principal cumple su obligación en parte, - la garantía solo será por el resto, o sea, por aquella parte que haya dejado de cumplir el obligado principal.

La fianza es generalmente un contrato unilateral.- Tiene ese carácter en virtud de que mediante la constitución de la fianza, solo el fiador se obliga a pagar - por el deudor si éste no lo hace, mientras que el acreedor no reporta obligación alguna; sin embargo, puede suceder que el acreedor se obligue a pagar una prestación al fiador como compensación por otorgar la garantía, - siendo en tal caso un contrato bilateral.

Puede ser gratuito u oneroso. Será gratuito cuando se conceda al acreedor un beneficio o provecho, imponiendo al fiador un gravámen, sin que éste a su vez reciba una compensación; lo cual es normal, pero podrá ser oneroso cuando se pacte un beneficio o prima a favor del fiador, pudiéndose conceder por el acreedor o por el deudor, en cuyo caso tendrá el carácter de oneroso. A este respecto, se podría pensar que en tal situación estamos en presencia de un contrato oneroso bilateral, lo cual es cierto parcialmente, ya que tendrá tal carácter, solo cuando el fiador reciba una compensación por parte del acreedor, pero no cuando la reciba por parte del deudor, pues de esta manera, se estará frente a un contrato oneroso unilateral, puesto que en este caso, el acreedor queda libre de toda obligación frente al fiador. Lo anterior se obtiene si consideramos que en el contrato de fianza las partes son únicamente el fiador y el acreedor.

Por último, la fianza es un contrato ordinariamente consensual en virtud de que la ley no hace referencia a formalidad alguna para su otorgamiento, excepto tratándose de la fianza judicial, que para su celebra--

ción es necesaria la entrega de la fianza, siendo en este caso un contrato real.

b) Prenda. El código civil en su artículo 2856, define a la prenda como "un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" - (18).

Es necesario anotar que la anterior definición es errónea e incompleta. Errónea, porque se coloca en dicho código dentro del libro de contratos, definiéndose como un derecho real que es precisamente la consecuencia del contrato; y es incompleta, en virtud de que hace a un lado características de esencia, como se puede observar conforme a la definición que nos da Aguilar y con la cual estamos de acuerdo: "la prenda es un contrato real, accesorio en virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole además los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago pa-

(18) "Código Civil para el Distrito Federal". op cit. - p 492.

ra el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación" (19).

Como se puede apreciar de la anterior definición, la primera característica, misma que es de carácter esencial, es la de ser un contrato accesorio ya que la prenda se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, lo cual se corrobora con la disposición que el código civil mexicano señala en su artículo 2891: "extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquier otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda" (20).

La prenda es unilateral. Esto es así, en virtud de que constituida la prenda, solo el acreedor queda obligado; obligado en primer término a conservar la cosa empeñada como si fuera propia y a responder de los deterioros o perjuicios que sufra por su culpa o negligencia, además está obligado a restituir la prenda luego que esté íntegramente pagada la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado

(19) AGUILAR Carbajal, Leopoldo. op cit. p 260.

(20) "Código Civil para el Distrito Federal". op cit.- p 497.

los primeros y los segundos.

La prenda es un contrato real. Los contratos son reales cuando se requiere de la entrega de una cosa para su perfeccionamiento, de tal suerte que si no hay entrega, el contrato no puede surtir sus efectos.

El código civil en su artículo 2858, conserva como único contrato con carácter real al de prenda, disposición que reza: "para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente" (21).

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando el deudor y aquel, acuerdan que la cosa quede en poder de un tercero o bien del mismo deudor, o porque así lo autorice expresamente la ley.

A este respecto Aguilar asevera "que el carácter real de la prenda se pierde en virtud de que el código civil mexicano, permite la constitución del contrato de prenda sobre frutos pendientes, mismos que quedan en de

(21) IBIDEM. p 493.

pósito del propio deudor y este mismo hecho deja ver la tendencia de tal código a suprimir los contratos reales" (22).

Sin embargo, creemos por nuestra parte que no es posible que la prenda pierda su carácter real al hacerse la entrega de la cosa jurídicamente, ya que de cualquier manera, la condición de dueño absoluto de la cosa se cambia por la de simple depositario, con las consecuencias propias que el depósito le impone. Así, en todo caso, podemos decir que el contrato de entrega real no corresponde a aquel que tradicionalmente se entendía, ya que en la actualidad debe interpretarse como la pérdida del dominio sobre la cosa, pero no necesariamente la posesión.

Por último, encontramos como características del contrato de prenda, la de ser un contrato formal, esto es, aquel en que la ley exige que la voluntad de las partes se externe bajo cierta forma que ella dispone.

Las formalidades que la ley exige para constituir el contrato de prenda, son las siguientes:

(22) AGUILAR Carbajal, Leopoldo. op cit. p 260.

Artículo 2860.- "El contrato de prenda debe constar por escrito, si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

No surtirá efecto la prenda contra terceros si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente" (23).

Cuando la prenda se constituya sobre frutos pendientes de bienes raíces, deberá inscribirse en el registro público. Lo mismo sucede cuando la entrega sea jurídica y cuando la prenda sea sobre un crédito que sea inscribible. Lo anterior se deduce de los artículos 2857, - - 2859 y 2861.

Artículo 2865.- "Si el objeto dado en prenda fuese un crédito o acciones que no sean al portador o negociables por endoso, para que la prenda quede legalmente constituida, debe ser notificado el deudor del crédito dado en prenda" (24).

c) Hipoteca. Al respecto, el artículo 2893 del c6-

(23) "Código Civil para el Distrito Federal". op cit.-
p 493.

(24) IBIDEM. p 494.

digo civil mexicano de 1928, dispone que "la hipoteca - es una garantía real, constituida sobre bienes que no - se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en ca - so de incumplimiento de la obligación garantizada, a - ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de - preferencia establecido por la ley" (25).

De la lectura anterior de este artículo, podemos - señalar que nuevamente se incurre en el error de defi - nir lo que es consecuencia y no lo que es causa, o sea, se define a la hipoteca como una garantía real y no co - mo lo que es su motivo, es decir, el contrato mismo. - Por lo que pensamos podría definirse como el contrato - por el cual se crea un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que se otorga a su titular los derechos de persecu - ción, de venta y de preferencia en el pago, para el ca - so de incumplimiento de la obligación principal.

Las características que de este contrato se pueden desprender son: es un contrato accesorio en virtud de - que a través de su constitución y al igual que como su - cede en la fianza y en la prenda, se tiene una garantía

(25) IBIDEM. p 498.

para el caso de incumplimiento de una obligación principal.

Como segunda característica podemos anotar, que la hipoteca es un contrato unilateral, ya que solo obliga a aquella parte del contrato que otorga la garantía hipotecaria frente al acreedor sin que éste, tenga obligación alguna.

La hipoteca es formal, en cuanto a que nuestro código, señala en su artículo 2917, que: "Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320" (26).

El artículo 2919 del mismo ordenamiento, señala que: "la hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esta garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria" (27).

(26) IBIDEM. p 502.

(27) IBIDEM. p 503.

CAPITULO SEGUNDO.

LOS CONTRATOS ACCESORIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL.

A) Planteamiento.

B) Diversas soluciones:

- a) Autonomía de la voluntad.
- b) Ley personal de las partes.
- c) Criterios territorialistas:

- 1) Lex loci contractus.
- 2) Lex loci solutionis.

A) Planteamiento.- Los contratos pueden celebrarse de manera que solamente puedan regirse por el derecho interno de un lugar determinado; cuando así sucede no encontramos problema alguno, ya que su cumplimiento se regirá por las leyes nacionales correspondientes. En cambio, cuando los contratos se constituyen de manera en que alguno o la mayoría de sus elementos no son de carácter nacional, se presenta la dificultad de determinar el régimen u orden jurídico que deba regirlos.

Tiene gran importancia resolver el problema con acierto, ya que de él depende en gran parte la seguridad del comercio y el crédito internacional.

Existen dos caminos para establecer el régimen que deba regir a tales contratos:

1.- Se puede optar por establecer un orden jurídico nacional.

2.- Asignándose una reglamentación de carácter extranacional.

Por lo que corresponderá al derecho internacional privado, al adoptar la primera solución, cual nación de

be aplicar sus normas. En cambio, si se toma el segundo camino, será necesaria la creación de un derecho privado extranacional.

Así entonces, desde el punto de vista internacional los contratos accesorios plantean una serie de obstáculos que surgen de la dependencia funcional a que se encuentran sometidos, habiendo mayor dificultad en aquellos contratos accesorios de los que deriva la constitución de derechos reales.

Las interrogantes que plantean los contratos accesorios en el campo internacional, son: a) ¿Deben ser regulados por las normas aplicables a la obligación principal? O bien ¿Se rigen por normas propias? b) ¿Los conflictos que resulten de estos contratos deben ser resueltos por los tribunales competentes para entender en la relación principal? O bien ¿La jurisdicción corresponderá tomando en cuenta exclusivamente las normas propias de competencia de la relación accesoria?

De las interrogantes anteriores, daremos nuestro punto de vista.

Respecto a la primera interrogante, opinamos que,-

como hemos dejado dicho, la función que desempeña el contrato accesorio, consiste en garantizar el cumplimiento de la obligación principal, lo que significa que está condicionado a la existencia de esa obligación principal que al dejar de existir hace desaparecer también al contrato accesorio; sin embargo, esta dependencia funcional no es suficiente para atribuir el régimen normativo de la obligación principal al contrato accesorio, puesto que éste tiene individualidad propia, autonomía jurídica y, por ende, debe otorgársele un régimen propio.

Ahora bien, ¿cual es la ley aplicable? A este respecto tenemos soluciones que resultan tradicionales: autonomía de la voluntad, o ley personal de las partes, o criterios territorialistas (*lex loci contractus*, *lex loci solutionis*), o soluciones específicas, para cada tipo de contrato accesorio si debe ser regido por normas extranacionales.

En cuanto a la segunda interrogante ¿Qué tribunales es competente para conocer de los conflictos que derivan de estas relaciones jurídicas? Respecto a este punto, creemos que lo dicho precedentemente con relación a

la ley aplicable al contrato accesorio, es aplicable - también respecto a jurisdicción. Esto es, el tribunal - que conoce de las controversias derivadas de la obligación principal, no tiene fuero de atracción para entender de los conflictos que resulten del contrato accesorio. La autonomía jurídica implica pues, autonomía jurisdiccional.

B) Diversas soluciones.- Para iniciar el estudio - de las diversas soluciones aplicables a los contratos, - es necesario, primeramente, hacer referencia al punto - de partida, o sea, el momento en que las circunstancias imperantes obligan a un grupo de juristas a reaccionar contra el estado de hecho en su época.

En los principios de la Edad Media el derecho era de aplicación personal, no territorial, aunque ambas si tuaciones constituyen el obligado antecedente de posteriores doctrinas.

Los pueblos germanos se regían por la personalidad de las costumbres, esto es, a cada individuo se le aplicaban las costumbres de su grupo étnico, cualquiera que fuese el lugar donde se encontrase. La razón de ser de

este sistema se encuentra en el carácter nómada de las gentes, desapareciendo paulatinamente conforme la estabilidad de los pueblos. Más tarde, a mediados de la Edad Media, nace la territorialidad del derecho, sistema en el que el elemento predominante era la tierra, relegando al hombre a un papel secundario. "La territorialidad del derecho se puede tomar en dos sentidos, que en ocasiones conducen a resultados distintos. De un lado - se llama territorialidad a la aplicación del juez, en todo caso, de su propio derecho. Otras veces se emplea para hacer referencia a los inmuebles para indicar que éstos se rigen por la *lex rei sitae*" (28).

Posteriormente, en los siglos XIII a XVIII, se - - crea una nueva doctrina, misma que se le ha denominado como estatutaria, afirmando Arce que su creación, propiamente hablando, se debe a D'Argentré, fundador de la escuela francesa, debido a que es él, el primero que - clasifica metódicamente lo que se ha llamado estatutos, limitándose a afirmar dos grandes principios, de los - - cuales saca las consecuencias:

(28) MIAJA de la Muela, Adolfo. "Derecho Internacional Privado". Madrid, Edit. Atlas, 1952.

Primer principio: "La ley que hay que seguir en cada lugar, es la ley local. Cada lugar tiene sus leyes, sus estatutos, sus costumbres; deben observarse solamente ellos en la extensión del territorio, porque los inmuebles no pueden regirse por otro derecho que por el derecho del territorio. Así debe hacerse en los contratos, lo mismo en los testamentos, lo mismo en todos los actos y nada en cuanto a los inmuebles puede decirse en virtud de voluntades privadas ni juzgarse tampoco en contra de la ley del lugar en que están situados.

Segundo principio: Pero debe hacerse de otro modo en cuanto al derecho de las personas al cual debe añadirse el de los muebles que es idéntico; las personas y con ellas los muebles se rigen por la ley del domicilio. Estas dos reglas no tienen igual importancia; la segunda debe subordinarse a la primera como regla especial a la regla principal.

De estos dos principios se deriva la famosa clasificación bipartita de los estatutos reales y personales. Son reales los que se refieren a las cosas, y personales los que tienen por objeto las personas y en principio los estatutos son territoriales y excepcionalmente

extraterritoriales, pero hay que confesar que muchas leyes se refieren a la vez a las personas y a las cosas.- D'Argentré admite un tercer estatuto, o sea, el estatuto mixto, en el cual tienen predominio las cosas respecto a las personas" (29).

Algará afirma que "la teoría de los estatutos en su mayor desarrollo, pueden resumirse en las siguientes reglas:

1a.- El estatuto personal se rige por la ley nacional.

2a.- El estatuto real, por lo que a bienes toca, se rige igualmente por la ley nacional.

3a.- El estatuto real, por lo que a bienes inmuebles toca, se rige por la ley de ubicación.

4a.- Las obligaciones y contratos se rigen por la ley del lugar en que se celebran en la parte que se refiere al vínculo del derecho. Lo que mira a el cumplimiento o ejecución de la obligación o el contrato, se -

(29) ARCE, Alberto. "Derecho Internacional Privado". - Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1965. - p 83.

rige por la ley del lugar donde la ejecución se lleva a cabo.

5a.- El estatuto formal o sean los procedimientos judiciales y la forma de los actos jurídicos se rige - por la ley del lugar en que tales actos se verifican" - (30).

Con estas ideas, podemos dar principio, de acuerdo al orden que en este capítulo nos hemos fijado, al estudio en particular de los principios que se han aplicado con motivo de los contratos.

a) Autonomía de la voluntad.- "Al hablar de la forma del negocio jurídico, existe un gran número de legislaciones que no las sujetan a un punto de conexión determinado, sino que permiten a los interesados optar entre dos o más, intensificando así el contenido de ciertos negocios jurídicos, contratos especialmente. Así nace una poderosa corriente doctrinal que patrocina la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del negocio a la ley que prefieran, llegando inclusive,

(30) ALGARA, José. "Lecciones de Derecho Internacional Privado". México, Edit. Escalante, 1899. p 81.

a admitir que a falta de voluntad expresa de los contratantes, será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta" (31).

Se atribuye a la creación de esta teoría a Domoulin, quien separa lo que se refiere a la forma y al fondo de los actos, y dentro de éste, las materias regidas por la voluntad de las partes y las reguladas por la ley. Se aceptaba anteriormente a esta doctrina, que al celebrar las partes un contrato fuera de su domicilio, se aplicaría la ley del lugar donde se había constituido, a lo que Domoulin asevera, que si tales contratantes se sujetan a una ley que no era la que correspondía a su domicilio, sino a otra distinta, era porque tenían la facultad de esa opción. "Así, los contratantes pueden pactar la sumisión a una ley diferente de la del lugar del contrato. Y si nada pactaron en ese sentido, habrá que investigar cual fué su voluntad tácita o presunta, debiéndose estar al resultado de tal investigación para la aplicación de la lex loci contractus u cualquier otra" (32).

(31) MIAJA de la Muela, Adolfo. op cit. p 212.

(32) IBIDEM. p 105.

A partir del siglo XIX, la teoría de la autonomía de la voluntad ha ido en aumento, siendo cada vez mayor su importancia y aceptación. Ello lo podemos comprobar mediante las siguientes opiniones y disposiciones de carácter jurídico:

"Si los interesados se han explicado formalmente sobre la ley a que pretenden someterse, dice Olive, su decisión es soberana y resuelve el conflicto, siempre que no haya violado regla alguna imperativa que les obligue" (33).

Quintana, como miembro informante de la Comisión de Derecho Civil Internacional, en el Congreso de Montevideo de 1888-89, dice: "desde los tiempos más remotos, - la libertad de las partes es el principio que domina soberanamente la materia de los actos jurídicos. La voluntad individual es la primera regla de las convenciones humanas y por eso se repite siempre que las convenciones legalmente celebradas son la ley de los contrayentes. No es necesario que ellos determinen las cláusulas todas de su contrato: les basta referirse a una ley ---

(33) ROMERO del Prado, Víctor N. "Derecho Internacional Privado". Argentina, Edit. Assandri, 1961. Tomo II. p 604.

cualquiera para que se la repute incorporada a la convención. Tan amplia autonomía no reconoce otras limitaciones que las que derivan de la organización política, del orden público, o de las buenas costumbres del país cuyas leyes han de regir la relación jurídica que se procure contraer".

El internacionalista Sánchez de Bustamante, afirma los siguientes conceptos: El Estado no existe ni se organiza exclusivamente para sí mismo, sino también para los individuos que viven en su esfera de acción. Dicta todos los conceptos legales que requiere su organización, subsistencia y desarrollo; pero legisla también por los ciudadanos y para los extranjeros que residen en su territorio o que mantienen allí relaciones jurídicas. El Estado no es una camisa de fuerza, que prive a los ciudadanos y a los extranjeros de toda acción y de todo movimiento. La libertad alcanza al derecho privado como al derecho público y la sociedad política no impone sus leyes a las personas cuando no lo requiere su propio bien como entidad jurídica, ni siquiera el bien colectivo. Los individuos capaces para constituir los organismos del Estado mediante el sufragio y para tra-

zar los límites de su acción mediante la expresión de - sus derechos en las elecciones políticas, conservan su substancial y fundamentalmente ese poder generador del derecho y lo crean y producen de continuo para sus intereses particulares en las relaciones legítimas que sostienen. La acción del poder social se detiene, como ha escrito Mancini, ante la libertad inofensiva, y por ende, lícita de los particulares.

Más aún, los dos intereses necesitan combinarse y se combinan realmente de tal modo, que las leyes del Estado sirven de garantía, de tutela y de complemento a - la libertad de las personas. Establecen como principio la libertad que tiene el individuo para crear su derecho en cuanto afecte a las relaciones privadas; sancio- nan su existencia retirándose o no apareciendo frente a las combinaciones particulares; reaparecen para obligar coactivamente al cumplimiento de los deberes voluntariamente aceptados; velan por el ejercicio y por la eficacia de la autarquía personal en todas sus formas y oca- siones; establecen medios formales de expresión y me- dios probatorios de existencia de la voluntad humana para que no se falsee ni se evada, y, tomando como base -

el orden generalmente seguido en armonía con las necesidades prácticas, trazan reglas supletorias para todos los casos en que no puede llegarse, por deficiencia de los interesados, al conocimiento expreso o tácito de sus propósitos reales.

El legislador no ha podido preveer todas las hipótesis ni satisfacer todas las necesidades y dejando a las partes en una esfera de acción en que formulen por sí mismo su derecho, no padece en lo más mínimo el interés del Estado ni el poder y autoridad de los Códigos.

Esa facultad no se pierde cuando un individuo se traslada a país extraño, ni se puede negar al extranjero que reside en nuestro país. Resulta independientemente de la nacionalidad y de la residencia, porque no encuentra en la residencia o en la nacionalidad su fundamento o las causas determinantes de su existencia.

Las consecuencias internacionales llegan más lejos todavía. No solo el extraño, sino también el domiciliario y el ciudadano gozan de la facultad de elegir para esos casos la ley territorial o la de cualquiera otra nación. Una libertad que alcanza hasta el extremo de es

cribir o establecer reglas nuevas para la vida jurídica, totalmente diversas a las consignadas en los códigos, - no hace nada extraordinario cuando toman esas prescripciones de una legislación extranjera, y abrevia tiempo y gana en precisión limitándose a señalar como régimen de sus actos voluntarios. Lo más que pueden sostenerse para dejar a salvo toda susceptibilidad nacional, es - que el derecho extranjero no deriva entonces su fuerza obligatoria del poder coactivo del legislador extraño, - sino de la facultad concedida a los particulares para - establecer la norma jurídica de sus disposiciones o de sus convenios.

Pero esta misma consideración, en la que hay algo de verdad y algo de sutileza, está probando que la autarquía personal no se concreta a la vida interior de los pueblos, sino extiende y multiplica en el orden internacional la esfera de acción de sus respectivas legislaciones. Inspirada en exigencias particulares de la vida individual y ajena a todo interés decisivo y a toda ley suprema de la colectividad política, entrega a los extranjeros el derecho facultativo nacional y pone continuamente el derecho facultativo extranjero al al-

cance y a la disposición de los ciudadanos.

Produce de este modo la doctrina de la autarquía personal una compenetración incesante de todas las legislaciones positivas y sirve de prueba material de la existencia y de la necesidad del derecho internacional privado.

Ahora bien, esta doctrina se ha incorporado en algunas legislaciones modernas, como se puede apreciar en los ejemplos siguientes:

Italia.- En el artículo 9 del Código Civil de 1865 se expresa que el fondo y los efectos de las donaciones y disposiciones de última voluntad, se regirán por las leyes nacionales de los otorgantes.

La sustancia y efectos de las obligaciones deberán regirse por las leyes del lugar en que se celebró y, si los contrayentes fuesen extranjeros y de nacionalidad común, por las leyes de su país. Todo sin perjuicio de que se manifiesta una voluntad distinta. Se mantiene en el artículo 15 del Código de 1939, libro I.

Japón.- El Código de 1898 declara en su artículo 7,

que la voluntad de las partes determinará el derecho del Estado a que han de someterse la existencia y los efectos de los actos jurídicos. Si no consta la voluntad de las partes, se aplicará la ley del lugar en que el acto se ha realizado.

Brasil.- En el artículo 13 del Código de 1916, se dispone que regulará, salvo estipulación en contrario, la substancia y efectos de las obligaciones, la ley del lugar donde se contrajeron, pero siempre regirá la ley brasileña los contratos hechos en país extranjero que van a ejecutarse en el Brasil; las obligaciones contraídas entre brasileños en país extranjero, los actos relativos e inmuebles situados en el Brasil y los relativos al régimen hipotecario brasileño.

En el derecho positivo venezolano, no aparece expresamente consagrado al expresado principio, pero se deduce de dos disposiciones legales: una es la Constitucional de que "nadie está impedido de ejecutar lo que la ley no prohíba (ordinal quinto del artículo 32 de la Constitución de Venezuela de 1935); la otra es la contenida en el artículo 1159 del Código de Venezuela, que dice: "los contratos tienen fuerza de ley entre las par

tes", referida a su vez al artículo 6 del mismo cuerpo legal que determina: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres"; luego sí pueden derogarse por convenios entre particulares las normas que no afectan al orden público ni a las buenas costumbres y esta derogación tiene fuerza de ley entre las partes.

Así entonces, es obvio el desenvolvimiento progresivo que esta corriente ha alcanzado, aseverando Arce - al respecto, que: "ello se debe a que en las relaciones internacionales no se estableció la distinción que siempre se ha hecho en derecho interno de leyes imperativas o prohibitivas" (34).

En derecho interno, los contratantes pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares, en virtud del principio de la libertad de las estipulaciones. Pero esta facultad no es ilimitada, puesto que se establecen numerosas reglas rigurosamente imperativas, las cuales tienen que ser respetadas por los particulares, ya

(34) ARCE, Alberto. op cit. p 139.

que imponen a los contratantes la sujeción a principios determinados. En cambio, las leyes facultativas dejan a su voluntad las materias no comprendidas por aquellas.- Sin embargo, Niboyet afirma que "esta doctrina ha significado que los contratantes no están ligados por ninguna disposición imperativa de la ley". Agrega que a partir del siglo XIX, "la teoría de la voluntad se transforma en una teoría general. En las relaciones internacionales ya no se entiende la distinción, que encontramos en derecho interno, entre las leyes imperativas y - las leyes facultativas. En materia de contratos, las leyes no tienen mas que una sola naturaleza: la de estar sometidos a la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad es el derecho reconocido a las partes para elegir la ley competente en esta materia, facultad que se niega en las demás" (35).

"Con ésto se provocó un movimiento de reacción, y el estudio de las leyes imperativas y facultativas se - ha realizado por el Instituto de Derecho Internacional en Florencia en 1908; la Asociación de Derecho Interna-

(35) NIBOYET, J.P. "Principios de Derecho Internacional Privado". tr Andrés Rodríguez. México, Edit. Nacional, 1965. p 662.

cional en Varsovia, en 1928; y, por último, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en el año de 1928. Sin embargo, no se ha llegado al respecto a una solución satisfactoria" (36).

Resumiendo, podemos concluir que la mayoría de los defensores de esta teoría se basan en tres fundamentos: a) en un derecho individual inherente a todo individuo, o bien, en un derecho natural previo a la legislación positiva; b) en el hecho de que en la generalidad de las legislaciones se reconoce el derecho de libre contratación. Esto es, las partes pueden incluir como cláusula del contrato, las normas de otras legislaciones, por lo tanto, de igual manera pueden elegir otra legislación; c) por una conveniencia en el comercio internacional.

Ahora bien; hemos visto que dentro de la autonomía de la voluntad, se habla para el caso de que no se haya expresado la voluntad de los contratantes, de una voluntad tácita o presunta la cual se obtendrá, de una investigación que sobre el contrato se realice. Sin embargo,

(36) IBIDEM. p 656.

como es muy difícil que el juez descubra una voluntad - que probablemente no existe, la doctrina se ha ocupado, en tal caso, de encontrar la ley que debe aplicarse; así encontramos: la ley del domicilio del deudor; domicilio común de las partes; domicilio del acreedor; domicilio del acreedor o del deudor al tiempo del contrato, - nacionalidad común, domicilio común y subsidiariamente, la ley de la nacionalidad común y en caso de domicilio y nacionalidad diversos, la ley del lugar del contrato; nacionalidad común y subsidiariamente, la ley del lugar del contrato; la ley de la nacionalidad común, de lo contrario es necesario recurrir a presunciones distintas derivadas ya del lugar en que el convenio se celebra, ya del lugar en que debe surtir sus efectos; "el vinculum jurisa la ley del lugar de la celebración y el onus probandi a la ley del lugar de la ejecución; la ley del lugar del cumplimiento; ley fori, el derecho vigente en el lugar de la situación de las cosas a que el acto se refiere" (37).

Crítica a la teoría de la autonomía de la voluntad.

La teoría de la autonomía de la voluntad, no exis-

(37) ROMERO del Prado, Víctor N. op cit. p 610.

te. Esto es así en virtud de que los contratantes tienen la facultad de elegir la ley competente en materia de contratos, no en virtud de una autonomía de la voluntad, sino por razón de una autonomía de convenciones, o como afirma Niboyet, lo cual es distinto, por una "libertad de estipulaciones" (38).

El uso de la palabra autonomía, que encierra la idea de ley propia, es el motivo, pensamos por nuestra parte, de que tradicionalmente se hayan confundido dichos conceptos.

Ahora bien, buscar a un lado el derecho interno, argumentando que en derecho internacional no existe la distinción de leyes imperativas y prohibitivas haciendo imperar un derecho extranjero, significa dar un valor inferior a aquél, ante la voluntad de los contratantes. Esto no lo podemos admitir, puesto que el derecho interno no tiene por objeto crear normas de aplicación a sus súbditos, y éstos deben de acatarles, lo cual es así tanto de hecho como de derecho y si esto es así en derecho interno, también lo será en derecho internacional,-

(38) NIBOYET, J. P. op cit. p 672.

ya que como opina Niboyet, "lo que la voluntad no puede hacer en derecho interno, tampoco puede realizarlo en - derecho internacional" (39).

Aceptar lo contrario, equivaldría a romper con el objeto social para dejar paso a un interés individual.

La autonomía de la voluntad como derecho individual inherente a la persona humana es inobjetable desde un - punto de vista filosófico, pero inadmisibile en cuanto - que va en contra de la realidad social, ya que los derechos individuales dependen del reconocimiento que de ellos se haga por el derecho positivo.

Por otra parte, es verdad que la mayoría de las legislaciones reconocen una libertad de contratación, pero esa libertad tiene límites dispuestos por esas mismas legislaciones, y en todo caso, existen como obstáculos infranqueables las normas de orden público y las - buenas costumbres. Además, debemos tener en cuenta, que el contrato necesita de manera indubitable estar sujeto a una ley que será independiente de que las partes la - hayan elegido o no, ya que de ninguna manera el contra-

(39) IBIDEM. p 673.

to puede quedar en el aire.

Respecto a la voluntad presunta o tácita, pensamos, debe repudiarse, ya que al investigar cual fué la voluntad de las partes, en realidad no se está buscando una voluntad, sino que se está buscando una solución adecuada para el feliz término del contrato, y ello es así, - en virtud de que una voluntad presunta o tácita, no es una voluntad, sino una presunción de su existencia, - - idea que se separa de la teoría que le hizo nacer, esto es, la autonomía de la voluntad.

b) Ley personal de las partes. Para iniciar el - - desarrollo de esta cuestión creemos necesario, primeramente, hacer referencia a la doctrina de la personalidad del derecho o personalidad absoluta, la cual afirma que en principio todas las leyes son personales, puesto que las leyes se hacen para las personas, debiendo, por lo tanto, seguir las a todas partes y en todos casos; es decir, las leyes son extraterritoriales.

Tuvo su origen en Italia en el siglo XIX, por lo - que se le ha denominado como escuela italiana, la cual no hay que confundir con la escuela italiana de los - -

postglosadores, ya que difieren desde el punto de vista histórico e ideológico.

Aseveran los sostenedores de esta escuela, que las leyes se hacen para las personas en virtud de que es a éstas a quienes conciernen, así Weiss establece la fórmula de que "la ley cuando estatuye sobre un interés - privado, tiene siempre por objeto la utilidad de la persona; no puede seguir más que a aquellos para quienes - ha sido hecha, pero los debe regir, en principio, en todos los lugares y en todas sus relaciones jurídicas, - salvo las excepciones o atenuaciones que resulten del - orden público internacional, de la regla locus regir agtum y de la autonomía de la voluntad" (40).

De esta manera, establece la consecuencia de que - en las relaciones internacionales todas las leyes son - extraterritoriales, aplicando esta afirmación a las re- laciones jurídicas más diversas.

Fundamenta Weiss, lo anterior, afirmando que "el - Estado es ante todo un agregado de personas, reunidas - por un lazo contractual de sujeción común. Pero, para -

(40) MIAJA De la Muela, Adolfo. op cit. p 154.

que pueda asegurar a cada una de estas personas la garantía y la protección que ellas tienen derecho a esperar de él, es preciso que este Estado tenga un territorio. Su poder se ejerce a la vez sobre las personas y sobre el suelo; pero estos dos elementos tienen una importancia muy desigual. No se concibe un Estado privado de súbditos, mientras que la imaginación puede en rigor concebir un Estado desprovisto de territorio y sujeto a su única soberanía personal. Las tribus salvajes de América y las que habitan los desiertos africanos no tienen, a decir verdad, territorio, y constituyen, en cierta medida, Estados, que poseen una organización, que no por ser imperfecta deja de garantizarles menos una existencia independiente y autónoma. Según una ingeniosa observación, el territorio es al Estado lo que el domicilio a la persona; no es más para el Estado que lo que supone el domicilio para la persona. Es pues, por sus súbditos, por lo que el Estado existe; su soberanía territorial no es más que lo accesorio, la dependencia de su soberanía personal. Esta última, que se manifiesta por el derecho que pertenece al Estado de dar leyes a sus nacionales, no conoce fronteras territoriales" (41).

(41) IBIDEM. p 154.

Así entonces, los argumentos a favor de esta corriente son:

1.- Argumento político. Se invoca el principio de las nacionalidades, en virtud del cual las personas que forman parte de una misma nación, deben constituir un Estado. De tal suerte, cada una de esas personas, siguen perteneciendo a su nación a pesar de que se encuentren fuera de ella, aplicándose la ley nacional de cada persona a la solución de los conflictos en que esté interesada.

2.- Argumento jurídico. El Estado, ante todo, es un conjunto de personas entre las cuales existe un vínculo contractual. La soberanía personal está sobre la soberanía territorial, puesto que aquella es esencial y ésta un elemento accesorio. Se puede concebir un estado sin territorio, pero no sin nacionales.

Los partidarios de la personalidad del derecho admiten tres excepciones: "a) El orden público internacional. Las leyes de orden público internacional son las que presentan un interés general, oponiéndose por lo tanto, a la aplicación de las leyes extranjeras en un

país. Así, por ejemplo, las leyes referentes a las cosas, las leyes penales, las de derecho público, las de policía, las de crédito público, etc. En estos casos debe de excluirse la ley personal y aplicarse la ley del país, cuyo orden público está interesado. b) La regla 'locus regit actum'. Según ésta, la forma extrínseca de los actos jurídicos está sometida a la ley del lugar de su celebración. c) La autonomía de la voluntad. En cuanto a los actos jurídicos que tienen su origen en la voluntad de las partes (los contratos), éstos son libres para determinar la ley a la cual desean someterse" (42).

Dicho lo anterior, procederemos al estudio del sistema de la ley personal de las partes. Según éste, el contrato extranacional debe regirse por la ley personal de las partes contratantes. Siendo las bases de tal afirmación las siguientes: 1) La obligación, afirma Zitelmann, importa dos cosas: que el deudor respete lo prometido, y que si no lo respeta en nombre de una ley se le puede ordenar la ejecución; pero solo la ley personal puede imponerle al deudor el respeto de lo prome-

(42) NIBOYET, J. P. op cit. p 203 a 230.

tido y puede ordenarle su ejecución, agregando Frankens
tein que si otra ley se lo ordenara, no sería por dere-
cho, sino por la fuerza. Esto es, se aplica en este ar-
gumento, la teoría de la personalidad del derecho, pues-
to que es la ley del Estado, de la que el interesado es
nacional, la que tiene aplicación en virtud de la sobe-
ranía personal. 2) La ley que mejor conocen los contra
tantes, es su propia ley personal; por lo tanto es de -
presumir que a falta de manifestación en contrario, fué
su voluntad someter el contrato a la ley nacional de la
que ellos son súbditos. 3) Con la aplicación de la ley
personal de las partes, se evitan los obstáculos con -
que chocan la lex loci contractus y la lex loci solutio
nis. En efecto, no se puede determinar la lex loci con
tractus sin haberse antes celebrado el contrato, y para
determinar el lugar en que se celebró el contrato no va
mos a poder recurrir a ley alguna, puesto que la lex lo
ci contractus no se ha definido. En otras palabras, - -
¿con la aplicación de qué ley, se va a determinar dónde
se celebró el contrato?

De la misma manera sucede con la lex loci solutio
nis; para determinarlas hay que establecer previamente

cual es, desde el punto de vista jurídico, el lugar de la ejecución; pero para establecerlo, ¿podemos recurrir a la ley de ese lugar que aún no se ha determinado? Así entonces, la ley personal de las partes, elude estos problemas, teniendo una solución satisfactoria en todos los casos. Aseveran, por otra parte, que con la *lex loci contractus* y con la *lex loci solutionis* se permite el fraude mediante la elección de la ley del lugar que se designó. Por último, afirman que la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis* no pueden ser aplicadas desde el instante de su celebración, cuando es imposible precisar dónde se celebró, o dónde se ejecutará el contrato.

Algunos de los partidarios de esta doctrina la han abandonado, en virtud de las numerosas críticas de que son objeto, mismas que más adelante exponaremos. Sin embargo, otra corriente de opinión persistente, insiste en regir los contratos por una ley personal, resolviéndose, por la ley del deudor, o bien, por la ley del proponente.

Los que se inclinan por la ley personal del deudor, dan como argumento el hecho de que es al deudor a quien

afecta exclusivamente o principalmente la obligación, -
 Es decir, sólo el deudor restringe su libertad por consecuencia del contrato y sólo a él será preciso demandar en caso de incumplimiento. En cambio, otros opinan que el contrato debe ser regulado por la ley personal - del proponente, entendiéndose por tal a la parte que - concibió el contrato para proponerlo a su contraparte.- Por lo tanto, sólo deben incluirse los contratos "ofrecidos" en los que al aceptante sólo le queda aceptar o no la proposición. Así entonces, afirman que la ley que debe regir al contrato debe de ser la del proponente, - puesto que estos contratos generalmente se hacen al público. Consecuentemente, "no se podría aplicar la ley - del aceptante, en virtud de que éste se desconoce" (43).

Por otra parte, Romero asienta, que los seguidores de la teoría de la personalidad han pretendido llevarla hasta sus últimas consecuencias, a tal punto que han - querido aplicarla respecto a los bienes, no sólo a los muebles, sino también al régimen de los inmuebles.

Laurent, por ejemplo, asegura que si la soberanía

(43) QUINTIN, Alfonsín. "Régimen Internacional de los - Contratos". Montevideo, Fac. de Derecho, 1950.p 51.

se extiende sobre todo el territorio y sobre todas las personas que lo habitan, no puede existir una diferencia de naturaleza entre las leyes relativas a los bienes y las leyes relativas a las personas. O todas son territoriales o todas son personales. Si por ser indivisible la soberanía, deben someterse a la ley territorial los inmuebles, también deben estar las personas. No se concebiría que los primeros deban estar sometidos a la *lex rei sitae* porque de lo contrario se afectaría esa soberanía, y que no deban estarlo las personas que habitan el territorio. Permitir que éstas estén sometidas a las leyes extranjeras (la de su nacionalidad o la de su domicilio) sin que se afecte igualmente la soberanía, es inadmisibile. Admitiéndose universalmente que las personas que habitan el territorio puedan estar sometidas a la ley extranjera de su nacionalidad o de su domicilio, porque en ello no se afecta o lesiona a la soberanía, lo mismo que se impondría respecto de los bienes. O una u otra cosa.

Proyectó así en su Código Civil para Bélgica, artículo 13, que "los bienes, en general, debían estar sometidos a la ley de la nacionalidad del propietario" (44).

(44) ROMERO del Prado, Víctor N. op cit. p 554.

Crítica a la teoría de la personalidad del derecho.

En el Estado moderno, la soberanía se ejerce tanto sobre el territorio como sobre un cierto número de personas, sin que pueda alegarse razón alguna para establecer una jerarquía entre estas dos manifestaciones de soberanía. La personalidad del derecho, por marchar en sentido inverso al de las necesidades históricas, causa el efecto de un verdadero anacronismo, puesto que su única aplicación es sobre Estados sin territorio, y actualmente, el territorio tiene demasiada importancia para que pueda hacerse abstracción del mismo.

Ahora bien; los mismos autores de la doctrina aceptan tres excepciones a la personalidad del derecho, las cuales, por su número e importancia, desvirtúan el principio fundamental. "Tales excepciones constituyen, en verdad, aplicaciones de reglas diferentes al mismo problema" (45).

Crítica a la personalidad de las partes.

El argumento que asienta Zitelmann, podemos afir--

(45) NIBOYET, J. P. op cit. p 232 a 234.

mar, ha perdido valor en virtud de que la teoría de la personalidad del derecho en que se funda ha retrocedido en doctrina. Actualmente se recurre a la teoría opuesta, esto es, a la territorialidad del derecho.

Respecto a la segunda base que asientan los partidarios de esta doctrina, debemos rechazarla, empleando para ello lo dicho en la crítica con relación a la autonomía de la voluntad, ya que en tal afirmación se reconoce que es la voluntad de las partes la que decide la ley aplicable.

En cuanto a la preferencia de la ley personal de las partes respecto a la *lex loci contractus* y *lex loci solutionis*, podemos sostener que en realidad los defectos de estos sistemas solo aparecen cuando se trata de precisar el alcance jurídico de las disposiciones del derecho internacional privado mediante la *lex causae*; incluso la ley personal de las partes se encontraría con el mismo problema si fuera preciso determinar la nacionalidad o el domicilio de las partes mediante la aplicación de la ley de la nacionalidad o del domicilio de las partes respectivamente.

Por otra parte, se asegura que la lex loci contractus y la lex loci solutionis permiten el fraude de la ley, en lo que estamos de acuerdo; sin embargo, dentro de la misma razón queda la ley personal de las partes, puesto que la nacionalidad y el domicilio también se prestan a cambios.

En cuanto a la lex loci contractus y a la lex loci solutionis no pueden ser aplicadas desde el instante de la celebración, en virtud de que no se ha precisado dónde se celebró o dónde se ejecutará el contrato; lo mismo se puede decir respecto a la ley personal de las partes, ya que puede ser que los contratantes en el momento de la celebración, pueden no tener nacionalidad o domicilio siendo consecuentemente imposible aplicar la ley personal.

Aguilar, como Quintán, asientan que "la personalidad de las leyes no solo obliga a conocer y determinar cuál es el derecho, la comunidad jurídica a la que pertenece un individuo, sino también plantea el problema de determinar, en el caso de que los contratantes sean de comunidades jurídicas distintas, cual derecho es a-

plicable" (46).

Fué por ésto, que los que sostienen esta corriente, afirmaron que la ley aplicable sería la ley personal - del deudor, o bien, la ley personal del proponente, lo cual es inaceptable, puesto que el vínculo obligacional es único y común para las dos partes; por consiguiente, su existencia, validez y efectos no pueden ser juzgados por la ley de una sola. Además, tratándose de contratos sinalagmáticos, ambas partes son deudores y cada uno de ellos puede tener una ley personal distinta. Por otra parte, suponiendo que fuera aplicable la ley personal - del deudor, ello engendraría el problema de determinar cuál sería esa ley personal, si la de su nacionalidad, - o bien, la de su domicilio, los cuales siendo cambian--tes dan lugar a una gran inseguridad.

Respecto a la ley personal del proponente, tampoco es aceptable, puesto que para establecer la ley competente es preciso atender a la intención de ambos contra--tantes y no a uno solo de ellos. Además, se da lugar al

(46) AGUILAR Navarro, Mariano. "Lecciones de Derecho In--ternacional Privado". Madrid, Edit. Clavileño, 1966. Tomo I. p 85.
QUINTIN, Alfonsín. op cit. p 53.

problema de determinar cuál es la ley personal del proponente.

c) Criterios territorialistas.- En oposición a la teoría de la personalidad del derecho, encontramos la de la territorialidad del derecho, según la cual, las normas jurídicas de un Estado solo tienen vigencia dentro de su territorio, por ello, no importan los súbditos, cualquiera que sea el lugar donde actúen, lo que importa son las relaciones jurídicas que se efectúen en su territorio.

Así entonces, mediante la aplicación de esta teoría, son contratos extranacionales aquellos que se celebran en un Estado y tienen ejecución en otro distinto.- Esta situación, necesariamente, engendra un conflicto de leyes entre tales Estados, mismo que solo es posible solucionar aplicando la ley del territorio en que se celebró el acto, o bien, dando preferencia a la ley del territorio en donde dicho acto deberá de ejecutarse.

Al respecto, creemos necesario hacer referencia, - antes que nada, a la regla *locus regit actum*, en virtud de la estrecha relación existente entre esta regla y la

primera solución a que en el párrafo anterior aludimos. Dicha relación, queda manifiesta en la opinión doctrinaria: Romero asienta, que la regla locus regit actum significa que la ley del lugar de la celebración del acto, rige las formas extrínsecas del mismo, aunque ello, agrega, no se deriva de sus términos literales. Por esta razón, hace ver como Calandrelli, para fijar más exactamente su alcance, se debe decir: "lex loci celebrationis o lex loci actus (ley del lugar de la celebración) regit instrumentum ejus" (47).

Miaja de la Muela, por su parte, afirma que "la regla locus regit actum, significa que la ley del lugar - del país de otorgamiento rige la forma de éste" (48).

De manera semejante, Niboyet asevera que "la regla locus regit actum, significa que un acto es válido si - se ha realizado conforme a las reglas vigentes en el lugar de su celebración". Agrega que "dicha regla se originó en la escuela de los postglosadores con motivo del testamento" (49).

(47) ROMERO del Prado, Víctor N. op cit. p 585.

(48) MIAJA de la Muela, Adolfo. op cit. Tomo II. p 202.

(49) NIBOYET, J. P. op cit. p 515.

Sin embargo, existen otros autores como Savigny, - quien asegura que su origen se remonta al siglo XVI; pa-
ra otros, a la época de los glosadores, comienzos del -
siglo XIII.

"Para Pillet, la regla locus regit actum, que per-
mite usar formas prescritas por la ley del lugar en que
se ha verificado el acto, se remonta a los primeros orf
genes de nuestra ciencia" (50).

De acuerdo con Miaja de la Muela, el fundamento de
la regla locus regit actum es de carácter práctico, de
comodidad de quienes pretenden realizar un negocio jurf
dico, más o menos solemne. Tal regla no constituye una
norma de derecho internacional general, prueba de ello
es que no todas las legislaciones la aceptan. Dicha re-
gla constituye una costumbre bastante generalizada, pe-
ro esa costumbre no es su fundamento. Es útil, en vir-
tud de que permite brindar a las partes acogerse a una
ley que está a su alcance. Es necesaria en determinadas
ocasiones dada la diversa nacionalidad de los contratan
tes, o bien, por no existir en el lugar la institución

(50) ROMERO del Prado, Víctor N. op cit. p 586.

o el medio indispensable para cumplir con la formalidad prevista en la ley nacional.

Asimismo, Niboyet afirma que las razones formuladas en favor de esta regla, son de carácter tanto práctico como teórico.

"1) Razones prácticas. Nació la regla ante una verdadera necesidad práctica: es preciso que un individuo pueda hacer válidamente ciertos actos en el extranjero utilizando para ello formas vigentes en el lugar donde se encuentra.

Esta razón de orden esencialmente práctico, justifica suficientemente la regla *locus regit actum*. Si los interesados tuviesen que realizar sus actos en la forma vigente en sus respectivos países, se verían, a veces, imposibilitados de hacerlo, por dos razones: una, proveniente de la ignorancia en que se encuentran con respecto a su propia ley; otra, por la imposibilidad de hacer en un lugar un acto auténtico en forma distinta de la que se utiliza en el mismo, ya que se necesita la intervención de funcionarios públicos.

2) Razones teóricas. Si las leyes referentes a la

forma de los actos se proponen asegurar la exteriorización de la voluntad, parece lógico que esta voluntad pueda manifestarse válidamente en la forma del lugar donde se expresa. Dicha voluntad toma forma en tal momento. El acto instrumental es, en cierto modo, su fotografía. Boullenois decía, a este respecto, que los actos son hijos de la ley, ciudadanos del lugar donde han nacido, debiendo ser vestidos a la usanza del país.

Orden público. Aunque un acto se realice en el extranjero, puede el orden público impedir la aplicación de la regla locus; tal ocurre en las siguientes hipótesis:

1) Acto realizado en la forma establecida en un país de civilización rudimentaria. Si se realiza el acto en un país africano, poblado de gentes atrasadas, difícilmente podrá aplicarse la regla que examinamos; el orden público español se opondría a ello.

2) Acto realizado en la forma establecida por una legislación anárquica y revolucionaria, como la ley de los soviets. Los actos realizados en Rusia pueden probarse, en su caso, conforme a las reglas establecidas -

por el derecho español.

3) Fraude a la ley. Ocurre, a veces, que un individuo se traslada a un país extranjero para realizar allí un acto, con el fin de sustraerse a las condiciones exigidas por su ley nacional. De este modo podrá, por ejemplo, contraer matrimonio con arreglo a otra legislación. En tales casos, la noción del fraude a la ley conduce a negar todo valor a dichos actos por ser contrarios al orden público español" (51).

"Después de una suerte varia, siguiendo un camino de triunfos y de eclipses pasajeros, terminó por ser aceptada definitivamente (la regla locus regit actum), a partir del siglo XVIII, con su aplicación en la célebre sentencia dictada por la Gran Cámara del Parlamento de París el 15 de enero de 1721, en el Affaire de Pommereu.

Es fácil comprobar lo dicho en el párrafo anterior, ya que existe un gran número de disposiciones jurídicas que lo demuestran:

Código Civil argentino, artículo 12: Las formas y

(51) NIBOYET, J. P. op cit. p 517.

solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidos por las leyes del país donde se hubiesen otorgado.

Artículo 950: Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren.

Artículo 1180: La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido.

Código Civil brasileño, artículo 11 de la Introducción, antes de la reforma de 1942: La forma extrínseca de los actos públicos o particulares regiránse según la ley del lugar en que se celebraron.

Código de México, 1929, artículo 15: Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo los mexicanos y extranjeros residentes, fuera del distrito o de los territorios federales, quedan en libertad para sujetarse en las formas prescritas por este código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas de-

marcaciones.

Código del Perú, regla XX: La forma de los actos - jurídicos y de los instrumentos, se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la rela ción jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consula- res del Perú, se observarán las solemnidades estableci- das por la ley peruana.

Código de Guatemala, 1926, artículo 18: Las formas y solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes - del país donde se hubiesen otorgado. Sin embargo, los - guatemaltecos o los extranjeros domiciliados fuera de la República, podrán sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por las leyes guatemaltecas, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en la misma Repúbli ca.

Código de Venezuela, 1942, artículo 11: La forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorguen en el extranjero, aún las esenciales de su existencia, pa ra que éstas surtan efectos en Venezuela, se rigen por

las leyes del lugar donde se hacen. Si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, deberá cumplirse.

Cuando el acto se otorgue ante funcionario competente de la República, deberá someterse a las leyes venezolanas.

Código Civil de Alemania, artículo 11: La forma de un acto jurídico se determinará por las leyes pertinentes a la relación jurídica que constituye el objeto del acto. Bastará, sin embargo, el cumplimiento de las leyes del lugar en que el acto se ha otorgado. Esto último no se aplicará a un acto jurídico, por el que se establezca un derecho sobre una cosa o se disponga del mismo.

Código de Italia, Libro 1, año 1939, artículo 16: Se permite elegir entre la ley local, la que rige la sustancia del acto y la nacional del disponente o de los contratantes, transmisión y extinción de los derechos sobre las cosas está sometida a la ley del lugar en el que éstos se encuentran.

Ley de Polonia de 1926, artículos 5 y 6: La forma

del acto jurídico está contemplada por la ley que rige su sustancia o fondo. Sin embargo, cuando el lugar donde el acto se ha verificado no es incierto, bastará que haya sido observada la ley del lugar. Respecto a los inmuebles situados en Polonia, su adquisición, transferencia, etc., debe seguirse en cuanto a su forma, lo dispuesto en la ley polonesa.

La legislación soviética reconoce el principio generalmente admitido de que la forma del acto se regula por la ley del lugar de su celebración: artículo 7 del Código Procesal, siempre que la forma del acto realizado en el extranjero no estuviese en contradicción con la ley soviética, y el Código Civil japonés, artículo 8, somete la forma de los actos jurídicos a la ley que regula sus efectos, bastando, sin embargo, la observancia de la ley del lugar de la celebración, excepto en lo que se relaciona a los actos de constitución o de disposición de un derecho real o de un derecho sujeto a registro.

Finalmente, otras legislaciones han adoptado la máxima locus regit actum, en artículos aislados sin concretarla a uno en general, por ejemplo, el Código Civil

francés, artículos 47 (actos del estado civil), 170 (ma trimonio), 999 (testamento). No obstante que se proyectó un artículo, el 4o., así redactado: la forma de los actos se rige por las leyes del lugar en el cual son he chos o celebrados, el que no fué aceptado.

Anteproyecto de Bibiloni.

En éste se propuso: las formas de los actos jurfdi cos y de los instrumentos públicos y privados, serán re gidos por las leyes del lugar en que se hubieran reali zado. Pero si fuesen otorgadas en el extranjero con las solemnidades prescritas en este Código, o ante funciona rios diplomáticos o consulares de la República serán vá lidos aunque no se llenasen las exigencias de la ley ex tranjera.

Proyecto de la Comisión Reformadora.

Artículo 5: Las formas de los actos jurídicos que dan sometidas a las leyes del lugar, pero los otorgados en el extranjero, con las solemnidades prescritas en es te Código o ante los funcionarios diplomáticos o consu lares de la nación serán válidos aunque no llenasen las exigencias de la ley local.

Tratado de Lima de 1878.

Artículo 5: Las formas o solemnidades externas de los contratos o de cualquiera otro acto jurídico se regirán por la ley del lugar en que han sido celebrados.

Tratado de Montevideo de 1889.

Artículo 32: La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Artículo 39: Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.

Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

Quintana, como miembro informante, criticó severamente la adopción de la regla *locus regit actum*, sosteniendo que debían seguirse las formas del lugar de la ejecución o cumplimiento de los contratos. Se vio obligado, no obstante, a hacer una excepción respecto a la forma de los instrumentos públicos, admitiendo también como otra excepción las formas matrimoniales, quedando así reducidas las soluciones que proponía, para los ing

trumentos privados. ¿Y si el contrato se ejecuta o cumple en varios lugares de leyes diferentes en cuanto a las formas que deben seguirse, qué decidir?

Segundo Congreso de Reforma de 1940.

Artículo 36: La ley que rige los actos jurídicos - decide sobre la calidad del documento correspondiente.- Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Con el anterior artículo, se desprende que el régimen en cuanto a la forma se ha modificado en el sentido de admitir la regla tradicional *locus regit actum*, conservándose el principio de que la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse es la que decide respecto de si es necesario que se hagan por escrito y en su caso sobre la calidad del documento correspondiente, agregándose una nueva disposición relativa al régimen de las formas de publicidad" (52).

1) *Lex loci contractus*. Ahora bien, enfocada la re

(52) ROMERO del Prado, Víctor N. op cit. p 586.

gia locus regit actum al campo de los contratos, vemos que la *lex loci contractus* se sostiene mediante argumentos de diversa índole: desde un punto de vista lógico, - se afirma que la celebración es el acto primordial en - la vida del contrato. Cronológicamente la celebración - es lo primero y el orden lógico es lo más importante, - puesto que la celebración depende la existencia del contrato y su futura ejecución. La celebración es la causa originaria y su ejecución es efecto de dicha celebra---ción. Consecuentemente, es la ley del lugar de la celebración la que debe regir al contrato.

Desde un punto de vista jurídico, se argumenta en favor de este principio, el hecho de que admita la vigilancia territorial de cada orden jurídico, hay que admitir como consecuencia, que la legislación rige sobre todos los contratos que se celebren en su territorio.

Finalmente, se asientan razones de carácter práctico, esto es, la ley del lugar de la celebración es única, nunca falta y es fija. El contrato, en efecto, puede tener ejecución en varios Estados pero necesariamente se celebra en uno solo. Por otra parte, el lugar de la ejecución del contrato puede o no estar establecido

en el instante de la celebración; en este último caso, - ¿qué ley preside la celebración? No puede ser la ley - del lugar de la ejecución ya que no existe en ese ins-- tante, en cambio sí puede regirse por la lex loci con-- tractus ya que ésta nunca falta, porque necesariamente en algún lugar se celebra el contrato. Por último, du-- rante la vigencia del contrato puede cambiarse la lex - loci solutionis, lo cual no sucede con el lugar de la - celebración.

Crítica a la lex loci contractus.

Respecto al argumento jurídico que sustentan los - partidarios de esta tendencia, es erróneo, en virtud de que confunden la vigencia territorial del derecho con - el territorialismo estricto del derecho. La vigencia te-- rritorial significa, que conforme al derecho internacio-- nal privado la legislación del Estado se aplica a todas las relaciones que se localizan jurídicamente en su te-- rritorio. El territorialismo estricto significa, que la legislación del Estado se aplica a todas las relaciones que, aún de hecho se encuentren en su territorio. Así - entonces, no podemos admitir, de acuerdo a la vigencia territorial del derecho, que por el hecho de que un con

trato se celebre en determinado Estado, celebración que puede ser accidental, tenga por ello que someterse a la ley del lugar en que se constituyó; sólo corresponderá a esa ley si la norma de derecho internacional privado, atendiendo a otros motivos, así lo dispone. Por otra parte, tomando en consideración el territorialismo estricto del derecho, la razón dada por los sostenedores de la *lex loci contractus*, en este sentido, es también aplicable en favor de la *lex loci solutionis*, ya que si los Estados aplican sus legislaciones a cualquier relación que se celebre en su territorio, será tenida también en cuanto a la ejecución de las mismas.

Ahora bien; suponiendo la aceptación de la *lex loci contractus* es aceptar indirectamente la teoría de la autonomía de la voluntad, puesto que se deja al arbitrio de las partes el lugar de la celebración del contrato.

Por otra parte, es en muchas ocasiones gran dificultad determinar el lugar de la celebración, como es el caso de los contratos que se constituyen por teléfono, telégrafo, correspondencia, etc.

2) Lex loci solutionis. Teniendo en cuenta lo dicho con anterioridad, haremos alusión a los argumentos dados en favor del principio de la lex loci solutionis, o ley del lugar de la ejecución, que a su vez, se traduce en la ley del lugar del pago.

En primer lugar, se observa conforme a la lógica, que si bien es cierto que el contrato se ejecuta porque se ha celebrado, también es verdad, que se ha celebrado para que se ejecute. En otras palabras, la celebración es solo el medio para conseguir un fin, que es lo que realmente importa al comercio internacional. De esta suerte, corresponde aplicar al contrato la ley del lugar de su ejecución, ya que es la ejecución del contrato lo que determina su celebración.

Los sostenedores de este sistema jurídicamente arguyen, que entre la lex loci contractus y la lex loci solutionis se debe preferir a ésta última, en virtud de que la sociedad donde se ejecuta el contrato es la que se ve más afectada respecto a aquella en que se celebra, ya que en el momento de la celebración sólo existen obligaciones en potencia.

Desde el punto de vista práctico, se asienta que - "en la realidad de los hechos es imposible escapar a la aplicación, por lo menos parcial, de la ley del lugar - donde el contrato se ejecuta. Además, la ley del lugar de la ejecución es la ley del foro donde normalmente de be exigirse el cumplimiento judicial del contrato". (53).

Crítica a la *lex loci solutionis*.

En principio, el argumento jurídico nos parece endeble y equívoco, puesto que las leyes no se aplican - por el hecho de que una sociedad se vea en mayor o menor grado afectada, sino que se deben a razones de dere cho, y en todo caso, si ello se aceptara, podría ser - que la sociedad más afectada resultase otra diferente a la del lugar de la ejecución, pudiendo ser incluso la - sociedad del lugar en que se celebre el contrato, ya - que los efectos que se deriven del mismo son los que de terminarán tal afirmación, y para cuyo caso tendríamos que atender a cada caso concreto.

En cuanto a las razones de carácter práctico tampo co estamos del todo de acuerdo, en virtud de que la so-

(53) AGUILAR Navarro, Mariano. op cit. p 55.

lución que se asienta, desde este punto de vista, es precisamente el problema en cuestión, ya que si aceptamos lo dicho, tendríamos que concluir que se debe aplicar, por la misma razón, la ley del lugar en que el contrato se celebró.

Por otra parte, la ejecución del contrato puede estar sujeta a dos o más Estados, en cuyo caso, se presentaría nuevamente el conflicto planteado. Además, existe el inconveniente de que el lugar de la ejecución del contrato sea modificado, derivándose de ello, que son las partes las que decidirán la ley de aplicación.

Para finalizar este capítulo, es necesario incluir algunos conceptos contenidos en trabajos realizados por dos mexicanos, especialistas en la materia que nos ocupa. Uno de ellos, Carlos Arellano García, cita: "El fenómeno de interpretación del Derecho vigente entre los países es imprescindible. Un Estado que tratase de evitar la aplicación en su territorio de la norma jurídica extranjera, o que no quisiera, en ningún caso, la aplicación en el extranjero de sus disposiciones legales se aislaría jurídicamente. Sólo hipotéticamente es facti--

ble pensar en un Estado que tal pretendiese puesto que todo país requiere del comercio internacional por diver sas razones que sería prolijo enumerar. Al realizarse - el intercambio de satisfactores entre naciones hay nece sidad de instaurar relaciones jurídicas entre sujetos - de países distintos que provocarán problemas de elección entre normas jurídicas pertenecientes a Estados disimbo los.

Una sola relación jurídica no puede regirse al mig mo tiempo por dos preceptos distintos dado que si esto fuera así, se atentaría contra la bilateralidad de lo - jurídico. A todo derecho corresponde una obligación con comitante que, lógicamente, debe tener el mismo alcance. El derecho subjetivo del sujeto de un Estado debe tener la misma medida que la obligación jurídica de la otra - persona de la relación jurídica que se encuentra en Es- tado distinto. Si por razón de diversos elementos de su jeción, puntos de conexión o de diferentes nexos entre las características de la situación concreta y las nor mas de dos o más Estados, tienen aplicación al caso las normas jurídicas de dos o más países, es forzoso elegir entre éstas la norma jurídica que en definitiva ha de -

regular la relación jurídica para evitar de esta manera la transgresión al principio lógico de que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo.

Por otra parte, si un Estado tuviera la intención territorialista extrema de excluir toda ingerencia de Derecho extranjero, además de obstaculizar la relación de transacciones jurídicas cometería verdaderas injusticias cuando imposibilitara la celebración de actos en el extranjero conforme a la ley extranjera para después producir efectos en su territorio" (54).

Por su parte, el jurista Leonel Pereznieta Castro, nos comenta, en relación al territorialismo latinoamericano, que: "por un lado influyeron los antecedentes del derecho español y el proceso de independencia de los países de Latinoamérica y, por el otro, el Código Civil chileno.

El derecho latinoamericano, especialmente el de los países de habla española, tiene antecedentes remotos en el derecho feudal español de la Edad Media (Fuero Juzgo, Código de las Siete Partidas, Nueva y Novísima

(54) ARELLANO García, Carlos. "Derecho Internacional Privado". México, Edit. Porrúa, 1980. p.17.

ma recopilaciones), mismo que establecía el principio - de exclusión del derecho extranjero (Ots. Capdequf). Au- nado a esto, el principio de 'exclusivismo colonial' - que impedía la entrada a la Nueva España de toda perso- na que no fuera súbdito de los reyes españoles (Avalos), produjo una concepción esencialmente territorialista. - Con el proceso de independencia se inició un sentimien- to nacionalista que fomentó aún más esta concepción. Es quizá por este carácter marcadamente territorialista en los sistemas jurídicos latinoamericanos que, durante el siglo pasado y el presente, se ha gestado una serie de movimientos de carácter internacional, con objeto de es- tablecer convenciones internacionales que uniformen la disciplina. El éxito obtenido ha sido favorable y rigen ya los tratados de Montevideo (de 1889 y 1939-1940); - las Convenciones sobre D.I.P. (Código Bustamante de - - 1928 y las Convenciones de Panamá 1975). Salvo excepcio- nes, la doctrina latinoamericana actual mantiene una po- sición de crítica a los sistemas territorialistas y, en los recientes proyectos legislativos de diversos países latinoamericanos, se constata un alejamiento significa- tivo de todo tipo de sistema territorialista" (55).

(55) PEREZNIETO Castro, Leonel. "Derecho Internacional Privado". México, Edit. Harla, 1982. p 188.

C A P I T U L O T E R C E R O .

**EL DERECHO POSITIVO MEXICANO Y EL DERECHO CONVENCIONAL
INTERNACIONAL EN RELACION AL CONFLICTO DE LEYES EN LOS
CONTRATOS ACCESORIOS.**

- A) Legislación mexicana.
- B) Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.
- C) Código de Bustamante.
- D) Consideraciones jurídico legales aplicables.

A) Legislación mexicana. - El régimen normativo imperante en México respecto a los contratos extranacionales, tiene un carácter territorialista y determinante, lo cual se desprende de la misma naturaleza de sus disposiciones, como enseguida será posible comprobar.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

En su artículo 6 de este ordenamiento jurídico, dispone: "La voluntad de los particulares no puede existir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros" (56).

Entendemos por esto, que en principio nuestro Código se basa en una libertad de contratación, libertad que existe en cuanto a aquello que la ley no rige de manera imperativa.

En su artículo 8 señala: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés pú-

(56) "Código Civil para el Distrito Federal". - op cit. p 42.

blico serán nulos, excepto en los casos en que la ley - ordene lo contrario" (57).

De esta suerte, se reduce aún más la voluntad de - las partes contratantes, sancionándose con nulidad aque- llos casos en que se contravenga a lo que este artículo dispone.

Por otra parte, los artículos 12 y 13 del mismo có digo, nos demuestran que es fácil advertir el carácter territorialista de nuestra legislación. Artículo 12: - "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o ex tranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeún- tes" (58).

Artículo 13: "Los efectos jurídicos de actos y con tratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecu- tados en el territorio de la República, se registrarán por

(57) IBIDEM. p 42.

(58) IBIDEM. p 43.

las disposiciones de este Código" (59).

Por último, el artículo 1839, dispone: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales - del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley" (60).

Esto es, se tiene libertad para estipular las cláusulas que se crean convenientes, siempre y cuando estén de acuerdo con las bases que los anteriores artículos - disponen. Así, podemos afirmar que en derecho mexicano el contrato celebrado en México, independientemente de sus contratantes, se rige por la ley nacional. Y para - el caso de que sea celebrado fuera de la República, se regirá por la ley nacional en cuanto a los efectos de ejecución que tenga dentro de su territorio. Por consiguiente, nuestra legislación desconoce la autonomía de la voluntad, dándose aplicación a las normas de carác-

(59) IBIDEM. p 43.

(60) IBIDEM. p 331.

ter imperativo o prohibitivo y en todo caso se atenderá al orden público nacional.

B) Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Tratado de Montevideo de 1889.

En este tratado encontramos normas diversas que - tienen aplicación respecto de los contratos accesorios, así, pasaremos en primer término, a la lectura de su artículo 36: "Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia " (61).

Sin embargo, dentro del mismo tratado se encuentran otras normas que hacen dudosa la aplicación del anterior, así tenemos que el artículo 26 señala: "Los bienes, - - cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles" (62).

Por lo anterior, tenemos que aceptar de acuerdo --

(61) "Tratado de Montevideo de 1889".

(62) IBIDEM.

con los anteriores artículos, que no siempre los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación - - principal de su referencia, sino que ello únicamente es posible, tratándose de contratos en los cuales se crean obligaciones personales, ya que tratándose de contratos que impliquen una relación de carácter real deben regir se conforme al principio de la *lex rei sitae*.

Ahora bien, sabemos que dentro de los contratos de garantía se crean obligaciones personales, como sucede al celebrarse el contrato de fianza y, obligaciones de carácter real a través de la hipoteca y prenda, de lo - cual surge el problema de determinar si a estos últimos se les debe regir mediante el artículo 26, o bien, por medio del artículo 36.

Dentro del tratado no se da solución a esta inte--rrogante, dejándola por nuestra parte planteada, para - más tarde, al manifestar nuestras conclusiones, señalar nuestra opinión al respecto. Sin embargo, citaremos a - continuación otras disposiciones de este tratado con el fin de hacer más completo el presente trabajo:

Artículo 32: "La ley del lugar donde los contratos

deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan -
por escrito y la calidad del documento correspondiente"
(63).

Artículo 33: "La misma ley rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos,
bajo cualquier aspecto que sea" (64).

Artículo 34: "En consecuencia, los contratos sobre
cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley -
del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebra-
ción.

Las que recaigan sobre cosas determinadas por su -
género por la ley del lugar del domicilio del deudor al
tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a las cosas fungibles por la ley del
lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebra-
ción.

(63) IBIDEM.

(64) IBIDEM.

Los que versen sobre prestación de servicios:

a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellos existían al tiempo de su celebración;

b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos;

c) Fuera de estos casos, por la ley del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato" (65).

Tratado de Montevideo de 1940.

En éste, persisten las disposiciones correspondientes a los artículos 26 y 36 del Tratado de 1889, con cambios radicales en cuanto a su redacción y orden numérico. Así tenemos: artículo 41: "Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal" (66).

Reiterándose, de la misma manera, el artículo 26 - en el 32 del Tratado de 1940, que a la letra dice: "Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza son exclusiva-

(65) IBIDEM.

(66) "Tratado de Montevideo de 1940".

mente regidos por la ley del lugar en donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles" (67).

De igual manera, corresponden a los artículos 32, 33 y 34 del Tratado de 1889, los artículos 37 y 38 de éste. Por lo tanto, son aplicables las mismas consideraciones antes expresadas con relación al tratado de 1889.

C) Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante de 1928). - En primer término haremos referencia a aquellos artículos que se relacionan con los contratos, para más tarde, en el apartado siguiente, pasar a las consideraciones pertinentes.

Dentro de este orden normativo se señala en su artículo 105: "Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación" (68).

Artículo 110: "A falta de toda otra regla y además para los casos no previstos en este Código, se entende-

(67) IBIDEM.

(68) "Código de Derecho Internacional Privado". Aprobado por la VI Conferencia Internacional Americana - de 13 de febrero de 1928.

rá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor" (69).

Artículo 111: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, las cosas dadas en prenda que se consideran situadas en el domicilio de la persona en cuya posesión se hayan puesto" (70).

Artículo 186: "En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto, la del lugar de la celebración" (71).

D) Consideraciones jurídico legales aplicables. - -
Los contratos accesorios, indudablemente, constituyen uno de los más difíciles problemas dentro del derecho internacional privado. De su misma naturaleza resulta complicada su localización en el espacio. Los sujetos de la relación contractual pueden pertenecer a países regidos por leyes distintas; puede resultar que el lugar de

(69) IBIDEM.

(70) IBIDEM.

(71) IBIDEM.

la celebración de una obligación sea distinta de aquella en que deba cumplirse, dando con ello lugar, posiblemente, a conflictos de leyes; el objeto de la prestación puede consistir en un inmueble situado fuera del lugar de la celebración del contrato. De esta manera, las soluciones que hemos encontrado a través de nuestro estudio nos parecen enfocadas a resolver tales situaciones, sin embargo, en ninguna de ellas se encuentra de una manera absoluta la solución deseada, no sin advertirse que ello deriva de la misma naturaleza que tal problema presenta.

Consideramos por nuestra parte, que la solución deseada la podemos encontrar mediante la celebración de tratados internacionales, de esta manera, es al Estado al que corresponde establecer las reglas adecuadas y conforme a su propia legislación, evitando posibles anarquías de los particulares y facilitando al mismo tiempo el comercio internacional. Ello es conveniente, además, en virtud de que a través de la celebración de tratados, se le permite al Estado hacer uso de su soberanía, soberanía que sus mismos súbditos le han delegado y las demás naciones reconocido. Tiene la ventaja de

que es el Estado el que mejor conoce su legislación, y por ende, solo ratificará aquellos convenios internacionales que vayan de acuerdo con las normas de orden público y las buenas costumbres, y porque es él, quien mejor puede conocer las normas que tiendan al provecho de sus súbditos y quien es más apto para velar por los intereses jurídicos de su nación.

En suma, consideramos que utilizando normas supranacionales se evitan todos aquellos inconvenientes a - que dan lugar cada uno de los sistemas anteriormente estudiados y, consecuentemente, nos inclinamos por que ta les sean adoptados y se fomenten por medio de los caminos más convenientes.

Ahora bien, lo anterior no significa que rechacemos, de manera tajante, el principio de la autonomía de la voluntad, sino que lo aceptamos de manera supletoria frente a los tratados internacionales, siendo nuestras razones las siguientes:

En el derecho nacional contractual, la autonomía de la voluntad desempeña una función de gran importancia, ya que es la voluntad de las partes la que determi

na la creación de los contratos mediante la manifiesta--
ción del consentimiento; mediante la voluntad se deter-
mina el contenido del contrato, esto es, su objeto, pre-
cio, plazo, etc.; así como también es la voluntad la -
que establece los efectos en que las partes convienen.-
Sin embargo, dentro del derecho internacional, vista a
la autonomía de la voluntad no como el principio rector
de los contratos, sino como la facultad de elegir la le-
gislación a la cual se someta, pensamos que debe ser a-
ceptada entendiéndola como libertad de estipulaciones,-
y siempre que éstas, sean conformes a las leyes impera-
tivas, respetando las normas de orden público y las bue-
nas costumbres, tanto las del lugar donde se celebre el
contrato, como en el que haya de ejecutarse. Consecuen-
temente, se tiene una libertad de estipulaciones no ili-
mitada, sino frenada por las leyes imperativas y por -
las normas del orden público y las buenas costumbres.

Por otra parte, cuando no exista cualquiera de los
dos medios anteriores, debe atenderse a la ley del lu-
gar de la celebración, misma que tendrá vigencia hasta
el momento en que el contrato haya de ejecutarse, momen-
to en que principiará a regir la ley del lugar de su e-

jecución, evitándose de esta manera mayor número de con-
flictos. Para el caso de aplicación de estas últimas -
formas, deberá igualmente dejarse a salvo las disposi--
ciones relativas al orden público y buenas costumbres.

En cuanto a nuestra legislación mexicana, se ad---
vierte de lo señalado al respecto, difícil posibilidad
de que se permita la aplicación de otra ley que no sea
la nacional, por lo que pensamos, se tiene un territo--
rialismo marcado, y que a pesar de que se parte de una
libertad de contratación, tal no es posible en el campo
internacional, puesto que en todo caso, deberá regirse
por la ley nacional mexicana, tanto cuando se celebre -
dentro del territorio, como cuando se haga fuera de él,
respecto de los efectos del contrato que deban producir
se dentro del territorio nacional.

Dentro de los Tratados de Montevideo se han dado -
disposiciones respecto a los contratos accesorios, sin
embargo, como ya vimos, las mismas presentan obstáculos
que hacen difícil su aplicación, empero, si solo tene--
mos en cuenta el artículo que a la letra reza: "Los con-
tratos accesorios se rigen por la ley de la obligación
principal de su referencia", tendremos que aceptar que

ésta es una manera de solucionar las barreras a que dan lugar los contratos accesorios en materia internacional, o cuando menos, entre los países que ratificaron este tratado (Bolivia, Perú y Uruguay). De igual manera, podrían los demás países celebrar tratados en los que se diese la solución pertinente para cada una de las instituciones, llegando seguramente más tarde, a la creación de un código internacional.

Respecto al Código de Derecho Internacional Privado de 1928, pudimos observar, que el sistema seguido por ésta, es el de la ley del lugar de la celebración del contrato, a falta de la ley personal común para las partes, como se afirma en el artículo 186. Por otra parte, se hace ver en el artículo 111, que los contratos de prenda, son de la misma manera, regidos por la ley del lugar de la celebración del contrato; sin embargo, se presenta nuevamente el problema respecto de aquellos bienes que sin ser dados en prenda, deben regirse por la ley del lugar de su situación, como se desprende del artículo 105, pero en este caso el problema no es tan difícil de resolver, ya que creemos que tales disposiciones se pueden interpretar, en relación con el objeto de

nuestro estudio, de la manera siguiente: los contratos accesorios se rigen por la ley del lugar de su celebración. Con excepción de aquellas normas relativas a bienes que estando sujetos a hipotecas, deben regirse conforme a la ley del lugar de su situación. Se debe entender que la hipoteca como contrato, se regirá por la ley del lugar de su celebración, pero no así en cuanto a los bienes que a ella estén sujetos, mismos que estarán bajo la ley del lugar de su situación.

CONCLUSIONES :

1) Son contratos de garantía, aquellos que tienen por objeto asegurar la perfecta ejecución debida, protegiendo al acreedor contra el riesgo de insolvencia total o parcial de su deudor.

2) Los contratos accesorios no son únicamente los contratos llamados de garantía (prenda, hipoteca y fianza), pero éstos, siempre son contratos accesorios. Así, por ejemplo, el contrato de capitulaciones matrimoniales, se considera desde un punto de vista internacional, como contrato accesorio; sin embargo, no se le puede considerar como contrato de garantía.

3) Se considera a la fianza, prenda e hipoteca como contratos, en virtud de que por medio de tales formas se tiene un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, siendo tal su naturaleza jurídica.

4) Los contratos accesorios pueden garantizar obligaciones derivadas de cualquier otro acto o hecho jurídico.

5) Los contratos de garantía se clasifican en contratos de garantía real y contratos de garantía personal, pudiendo ser de una u otra categoría, según derive del compromiso contraído por un tercero, o de la afectación de bienes determinados a la seguridad de un crédito.

6) La fianza es un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace.

La prenda es un contrato real, accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero, entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, - concediéndole además los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación.

La hipoteca es el contrato por el cual se crea un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que se otorga a su

titular, los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal.

7) La dependencia funcional de los contratos accesorios, no es suficiente para atribuirles el régimen - normativo de la obligación principal, puesto que tiene individualidad propia, autonomía jurídica y, por ende, debe otorgársele un régimen propio.

8) La teoría de la autonomía de la voluntad no existe. Los contratantes tienen la facultad de elegir la ley competente en materia de contratos, no en virtud de una autonomía de la voluntad, sino por razón de una autonomía de convenciones, o bien por una libertad de estipulaciones.

9) La teoría de la voluntad presunta o tácita, es abiertamente inaceptable, ya que en realidad no hay voluntad alguna, sino una presunción de su existencia.

10) Nos inclinamos, como medidas de solución para el tratamiento jurídico de los contratos accesorios en derecho internacional privado, en primer término, mediante la celebración de tratados internacionales, esto es,

a través de normas de carácter supranacional.

11) A falta de la celebración de tratados, proponemos el principio de libertad de estipulaciones o autonomía de convenciones, con un carácter supletorio a aquellos, siempre y cuando vayan de acuerdo con las leyes imperativas y respetando al mismo tiempo las normas del orden público y las buenas costumbres.

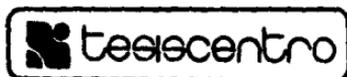
12) A falta de cualquiera de las dos soluciones anteriormente dadas, creemos correcto atender a la ley -- del lugar de la celebración del contrato, la cual dejará de regirlo en el momento en que su ejecución se inicie, momento en que tendrá vigencia la ley del lugar de la ejecución. Y en todo caso, respetándose las normas de orden público y las buenas costumbres.

13) Son prueba de nuestra posición, la adopción de normas supranacionales para aplicación a los contratos accesorios en materia internacional, como los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, las Convenciones Internacionales de La Haya de 1903, el Código de Bustamante de 1928, etc.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- AGUILAR Carbajal, Leopoldo. "Contratos". México, - Edit. Hagtam, 1964.
- 2.- AGUILAR Navarro, Mariano. "Lecciones de Derecho In ternacional Privado". Madrid, Edit. Clavileño, - - 1966. Tomo I.
- 3.- ALGARA, José. "Lecciones de Derecho Internacional Privado". México, Edit. Escalante, 1899.
- 4.- ARCE, Alberto. "Derecho Internacional Privado". - Guadalajara, Univ. de Guad., 1965.
- 5.- ARELLANO García, Carlos. "Derecho Internacional - Privado". México, Edit. Porrúa, 1980.
- 6.- BONNECASSE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". - Tr. José Cajica. Puebla, Edit. Cajica, 1945. Tomo II.
- 7.- BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obli gaciones". México, Edit. Porrúa, 1966.
- 8.- CASTAN Tobefias, José. "Derecho Civil Común y Fede- ral". Madrid, Edit. Reus, 1939. Tomo II.
- 9.- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. "Tratado de Derecho Civil". Tr. Blas Pérez y José Alguer. Barcelona, Edit. - Bosch, 1935. Tomo II.
- 10.- GUTIERREZ y González, Ernesto. "Derecho de las O bligaciones". Puebla, Edit. Cajica, 1965.
- 11.- JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tr. Santiago Cu chillos. Buenos Aires, Edit. Bosch, 1950. Tomo II.
- 12.- LOZANO Noriega, Francisco. "Apuntes de Contratos". México, 1967.
- 13.- MIAJA de la Muela, Adolfo. "Derecho Internacional Privado". Madrid, Edit. Atlas, 1952.

- 14.- NIBOYET, J. P. "Principios de Derecho Internacional Privado". Tr. Andrés Rodríguez. México, Edit.- Nacional, 1965.
- 15.- PEREZNIETO Castro, Leonel. "Derecho Internacional Privado". México, Edit. Harla, 1982.
- 16.- PLANIOL Y RIPERT. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tr. Mario Díaz. La Habana, Edit. Cul tural, 1940.
- 17.- QUINTIN, Alfonsín. "Régimen Internacional de los - Contratos". Montevideo, Fac. de Derecho, 1950.
- 18.- ROJINA Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". México, Edit. Robredo, 1961. Tomo VI.
- 19.- ROMERO del Prado, Víctor N. "Derecho Internacional Privado". Argentina, Edit. Assandri, 1961. Tomo II.
- 20.- "Código Civil para el Distrito Federal". México, - Edit. Porrúa, 1986.
- 21.- "Código de Derecho Internacional Privado". Aprobado por la VI Conferencia Internacional Americana - de 13 de febrero de 1928.
- 22.- "Tratados de Montevideo de 1889 y 1940".



IMPRESO EN MEXICO – PRINTED IN MEXICO
T E S I S C E N T R O

San Borja No. 1003, esq. Heriberto Frías, Col. del Valle

559 - 32 - 26

559 - 73 - 53