

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

CONTRATO ENTRE AUSENTES EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LIBRERIA ADICIONAL

MEXICO D.F.

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a:

ANA MARIA MUGICA REYES

México, D. F.

1971



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A LA MEMORIA DE MI PADRE
SR. RAFAEL MUGICA ACOSTA

A MI MADRE
SRA. ANA MARIÁ REYES DE MUGICA

A MI HERMANO RAFAEL

A LA MEMORIA DE LA
SRA. REGINA ACOSTA VDA. DE MEDINA

A LA SRA. BEATRIZ OLIVARES VDA. DE BRAVO

CONTRATO ENTRE AUSENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CAPITULO PRIMERO

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

- 1.- Definición de contrato y sus diferentes acepciones
- 2.- Elementos de existencia y requisitos de validez del contrato
- 3.- La teoría de la autonomía de la voluntad
- 4.- Sistema de la ley personal de las partes
- 5.- Sistema de la lex loci contractus
- 6.- Sistema de la lex loci solutionis

CAPITULO SEGUNDO

SOLUCIONES ANALITICAS

- 1.- Libres
- 2.- Basadas en la autonomía de la voluntad
- 3.- Basadas en la lex loci solutionis

CAPITULO TERCERO

OBSTACULOS QUE IMPIDEN LAS SOLUCIONES UNIFORMES EN LA APLICACION DE CONTRATOS

- 1.- Conflicto de Calificación
- 2.- Orden Público
- 3.- Fraude a la ley

CAPITULO CUARTO

CONTRATOS ENTRE PERSONAS AUSENTES

- 1.- Diferencia del contrato entre personas ausentes y presentes
- 2.- Oferta y aceptación
- 3.- Sistemas doctrinales acerca del perfeccionamiento del consentimiento
- 4.- Sistema del Código Civil de 1928 y del Código de Comercio
 - A) Oferta con plazo.
 - B) Oferta sin plazo.
 - C) Aceptación modificando la propuesta.
 - D) Fallecimiento del proponente.
 - E) Retracción del proponente.
- 5.- Inconvenientes del contrato celebrado por correspondencia
- 6.- La prueba del contrato por correspondencia

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

C A P I T U L O I

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1. DEFINICION DE CONTRATO Y SUS DIFERENTES ACEPCIONES

En el Derecho Romano se definía a los contratos, como: "convenciones- que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil" (1). El elemento esencial de la anterior definición, es el relativo a las convenciones, las cuales eran el acuerdo de dos o más personas en relación con un objeto determinado, cuyo efecto jurídico consistía en crear, modificar o extinguir un derecho. Y el único efecto que daba origen al contrato, era el que se refería a la creación de un derecho.

Petit nos dice que en la época de Justiniano, a pesar de haberse desarrollado el consensualismo dentro del formalismo del derecho romano, no bastaba el acuerdo de voluntades para la creación de una obligación civil; ya que para poder ser sancionado por el derecho, se debía revestir al acuerdo de voluntades de determinadas formalidades, que no eran otra cosa sino la causa de-

(1) Petit, Eugene. "Tratado elemental de derecho romano". México, Editora Nacional, 1963. p. 318.

las convenciones, cuyo objeto era dar más seguridad a la obligación contraída, ya que al limitar la manifestación de la voluntad por medio de palabras solemnes, menciones escritas o por la remisión de una cosa de una parte a la otra, se evitaban en el futuro un gran número de litigios. Conviene hacer notar que muchas de las solemnidades que eran consideradas como requisitos esenciales para la validez de las obligaciones celebradas, con el advenimiento del derecho de gentes, se fueron derogando paulatinamente, al grado de que en muchas ocasiones, el único requisito para la validez del acto jurídico celebrado, era el solo consentimiento de las partes.

También se entendía por contrato, en el derecho romano: "al acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económico-social del contrato".⁽²⁾

No debemos entender, aclara el tratadista que nos da la anterior definición, que las partes pueden reglamentar de una manera absoluta sus relaciones jurídicas. Por el contrario, el derecho objetivo fija ciertas consecuencias del contrato y en ocasiones pone límites a las partes en la celebración del mismo; son de otros términos el "ius taxativum" o "ius cogens"; de modo que, sólo ciertas áreas del contrato son las que se dejan para que las partes puedan reglamentarlas a su conveniencia.

El artículo 1792 del Código Civil vigente, define al convenio como el "acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir -

(2) Floris Margadant S., Guillermo. "El Derecho privado romano". - 2a. ed., México, Editorial Esfinge, 1965. p. 317.

obligaciones"; y el artículo 1793 del mismo ordenamiento, dice que "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". Así, al definir el Código Civil al contrato, lo hace como una especie del género llamado convenio.

De lo anterior y de acuerdo con Gutiérrez y González, podemos decir -- que el término convenio tiene tres acepciones: una amplia que corresponde al sentido del artículo 1792; otra restringida que equivale al concepto de contrato, que cita el artículo 1793; y una más en sentido estricto, ya que si el contrato crea o transfiere derechos y obligaciones y si el convenio en sentido amplio crea, transmite, modifica o extingue obligaciones o derechos, debe recibir el nombre de convenio en estricto sensu.

La definición dada de contrato, en opinión de Rojina Villegas, incluye la del acto jurídico, de donde concluye: "que el contrato es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones, reales o personales" (3). Se dice que es un acto plurilateral, debido a que en todo contrato hay una manifestación de voluntad, a la cual se le denomina consentimiento, que se forma con el concurso de dos o más voluntades; a su vez, esa manifestación de voluntad se propone un objeto que consistirá en la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Por tanto, dos son los elementos esenciales del contrato: la manifestación de voluntad y el objeto, y estos suponen un tercer elemento, que es la norma jurídica que ampara la manifestación de voluntad reconociendo los efectos deseados por las partes.

(3) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho civil mexicano". México, -- Antigua Librería Robredo, 1960. Tomo VI, Vol. I, p. 10.

El consentimiento y el objeto sí son elementos esenciales del contrato, no pudiéndose decir lo mismo respecto del tercer elemento, que en opinión de Rojina Villegas tiene como antecedente a los dos primeros, y es que tanto el consentimiento como el objeto, son partes integrantes del contrato, que al reunir los requisitos necesarios para su existencia y validez, lo van a formar, encontrándose dichos elementos en una relación de dependencia directa de las partes; por el contrario, la norma jurídica que ampara la manifestación de voluntad, no reúne las características de los citados elementos, debido a que no es parte integrante del contrato, además de que no se encuentra en esa relación de dependencia directa, puesto que, con o sin la intención de las partes, se van a producir necesariamente los efectos previstos por la norma; a diferencia de que en el consentimiento sólo van a quedar obligadas, en los términos y condiciones que ellas desearon y únicamente respecto al objeto en que convinieron.

Consideramos que es conveniente para el estudio del concepto de contrato que se contiene en nuestro derecho positivo, citar como es definido en otras legislaciones:

El artículo 1101 del Código Civil Francés, define al contrato como: - "Un convenio en cuya virtud una o varias personas se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

El artículo 1137 del Código Civil Argentino define al contrato en los siguientes términos: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

La diferencia del contrato de la Legislación Argentina, con el de nues

tro derecho, es patente, ya que su concepto corresponde a lo que nosotros entendemos por convenio.

El artículo 1321 del Código Civil Italiano, define al contrato como: -
"el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o disolver entre - -
ellas una relación jurídica patrimonial".

En cuanto a los efectos del contrato, según la definición italiana, hacemos las mismas consideraciones que al contrato de la Legislación Argentina; - en cuanto a que es un acuerdo de voluntades, y que éstas tienen como fin determinar una relación jurídica patrimonial, que creemos puede consistir en dere--chos y obligaciones. Admitimos que tenga semejanza con el concepto de contrato que consagra nuestro derecho civil positivo.

Cuando se hace referencia al contrato, no siempre se entiende como un acuerdo de voluntades que se propone, teniendo en cuenta las definiciones anteriores, crear, modificar, transferir, regular y extinguir derechos y obligaciones.

Así un primer significado puede ser el que considera al contrato como un conjunto de normas, que en opinión de Messineo, es "para indicar un contrato que tendría la función de establecer normas jurídicas" (4). Hace la aclaración el autor que, desde luego, el significado que pretende dársele en tales - términos, es impropio.

(4) Messineo, Francesco. "Doctrina general del contrato". Buenos-Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952. Tomo I, p. 39.

Siguiendo a Messineo, encontramos que el contrato también puede ser en tendido como una relación jurídica. Así, si tenemos en cuenta que el contrato como acto jurídico bilateral es una fuente de relaciones jurídicas obligato--- rias, nos preguntamos si el contrato en sí mismo, puede ser considerado como - una relación jurídica. Sólo en una hipótesis podríamos admitir lo anterior, - y es cuando éste es de los llamados de tracto suceaiivo que llevan ínsito la -- reiteración de actos de hacer por parte de los contratantes, dando lugar enton ces a una relación que dura por tiempo indefinido, en forma que regula la obli gación en todas sus fases de cumplimiento. En los demás casos no se puede ad mitir lo anterior, ya que la relación jurídica que existe, no se refiere al -- contrato, sino a la obligación que nace de él, así, tenemos por ejemplo, que - en la falta de ejecución, la excepción de incumplimiento que interpusiera el - acreedor, se referiría al incumplimiento de la prestación.

Otra forma en que se entiende el contrato, sobre todo por los profa--- nos, es como documento, ya que éstos llaman contrato, al documento que por lo general contiene las cláusulas contractuales, y es por eso que ellos creen que no hay contrato cuando no hay escritura. Y es que el contrato no consiste en el documento, ya que puede haberse estipulado verbalmente, no existir por es-- crito, y sin embargo si existir el contrato, y aún cuando tuviera que constar-- por escrito, jamás se identificará con el documento, ya que la sola función de éste es reunir un requisito de forma exigido por la ley o, bien, un medio de - prueba:

Consideramos de esencial importancia tener en cuenta los aspectos, des de los cuales puede ser estudiado el contrato.

Rojina Villegas, en su obra de Derecho Civil y siguiendo a Kelsen, pro

pone que el contrato puede ser estudiado como acto y como norma jurídica.

En el contrato como acto jurídico, se estudia la forma del mismo, o sea, se estudia como una de las fuentes de las obligaciones, analizando sus elementos esenciales y de validez. De modo que el contrato, como acto jurídico, se vé sólo como ejecución de normas generales, "es decir, contemplamos sólo el papel creador del contrato, en tanto que aplica normas generales que permiten a los contratantes estipular libremente derechos y obligaciones" (5). Este principio deriva de que en opinión de Kelsen "toda norma jurídica se presenta en el derecho, exceptuando la fundamental, pero, además, en sí misma es una norma, es decir, no sólo hay acto de aplicación, sino también una creación normativa" (6).

En el contrato como norma jurídica, estudiaremos su resultado, y de ese modo nuestro estudio versará sobre la norma creada por el contrato. Esto dará lugar a que tengamos que estudiar el ámbito material del contrato para tratar de resolver diversos problemas, como pueden ser: determinar el alcance de un contrato, qué materias pueden quedar comprendidas dentro de la norma contractual, que límites tienen las partes para pactar sobre cuestiones de orden familiar, político, etc., y sólo podremos llegar a un buen resultado si estudiamos al contrato como una norma, aplicando el método que se sigue en la Teoría General del Derecho, para el estudio de las normas en general.

Si aceptamos que el contrato puede ser considerado como una norma jurí

(5) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho civil mexicano". México, Antigua Librería Robredo, 1960. Tomo V, Vol. I, p. 231

(6) *Ibidem*, p. 231.

dica, una vez que éste se haya formado, en opinión de Rojina Villegas debe tener los mismos ámbitos que las normas generales y que son fundamentalmente cuatro:

1) Ambito Material.- Que determina qué materias puede regular el derecho; lo mismo pasa con el contrato cuando definimos qué materias pueden ser reguladas por él mismo.

2) Ambito Espacial.- Nos dice cuál es el alcance de una norma jurídica, desde el punto de vista del espacio; en los contratos tiene el mismo efecto y se presentan problemas, como en los casos en que se celebran contratos para no tener vigencia en un determinado territorio.

3) Ambito Temporal.- Comprende el momento en que comienza la validez de una norma y el momento en que deja de tener eficacia. Lo mismo se aplica al contrato. "Claro está que el contrato tiene sus particularidades como norma individualizada, no tendrá la pretensión de validez en cuanto al tiempo que tiene la ley, que se da generalmente sin una determinación temporal; habrá contratos que por su naturaleza sean instantáneos y otros que sean temporales; en cambio, en las leyes no es de la naturaleza de las mismas ser necesariamente temporales" (7).

4) Ambito Personal.- Tiene por objeto precisar qué sujetos quedan --- comprendidos dentro de los efectos de una norma; problema que es aplicable tanto para las leyes como para los contratos.

(7) Rojina Villegas, op. cit. p. 234.

2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO

Para que pueda surtir plenamente sus efectos jurídicos el contrato, es necesario que reúna determinados presupuestos, que no son otra cosa que los -- elementos de existencia y requisitos de validez. Nuestro derecho positivo los clasifica en los siguientes términos:

Elementos de existencia:

- 1.- Consentimiento.
- 2.- Objeto que pueda ser materia de contrato.

Requisitos de validez:

- 1.- Capacidad de las partes
- 2.- Voluntad libre de vicios
- 3.- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto
- 4.- Forma del acto

Elementos de existencia:

Se entiende por consentimiento: "el acuerdo o concurso de voluntades que tienen por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones"⁽⁸⁾. Este elemento no es unitario, sino compuesto y es así porque se compone de dos o mas voluntades, según lo manifestamos anteriormente.

De acuerdo con el Lic. Gutiérrez y González, el consentimiento está --

(8) Rojina Villegas, op. cit. p. 341.

compuesto de dos elementos:

- A.- Propuesta, oferta o policitación; y
- B.- Aceptación.

En un capítulo posterior, veremos más detalladamente éstos dos elementos.

Una vez que las partes contratantes se ponen de acuerdo, se presenta el segundo de los elementos de existencia del contrato, que es aquel sobre el cual recae el acuerdo de voluntades y que se le denomina "objeto".

"El término objeto -en opinión de Planiol, citado por Gutiérrez y González- tiene tres significados a propósito de la materia contractual:

1.- Es objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. - Este es el objeto directo del contrato, o sea éste tiene por objeto inmediato el crear o transferir derechos u obligaciones.

2.- Es objeto también la meta que persigue la deuda que con el contrato se crea; esto es, la conducta del deudor que consiste en dar, hacer o hacer....

3.- Es objeto finalmente, la cosa misma" (9).

El artículo 1824 del Código Civil vigente dice: "Son objeto de los -- contratos:

(9) Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las obligaciones". 3a. ed., México, Editorial Cajica, 1968. p. 194.

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

El objeto para que pueda servir a la formación del contrato, necesita reunir ciertas características según se trate de cosas o hechos.

En cuanto a los requisitos que debe satisfacer la cosa, cuando se trate de que ésta sea objeto del contrato, el artículo 1825 del Código Civil vigente, dice: "La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio".

Cuando se dice que la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, se quiere dar a entender, que debe existir física y jurídicamente, ya que de celebrarse un contrato respecto de una cosa física o jurídicamente imposible, faltaría el objeto, y por consiguiente el contrato no nacería. Entendemos que una cosa es físicamente imposible, cuando ésta no existe o no puede -- llegar a existir en la naturaleza. Es jurídicamente imposible cuando la cosa no es determinada o determinable en cuanto a su especie, o bien que esté fuera del comercio por la ley o por su naturaleza.

Como segundo requisito para que la cosa pueda ser objeto del contrato, se requiere que ésta sea determinada o determinable en cuanto a su especie, ya que de lo contrario la operación no revestiría ninguna seriedad. La cosa puede ser determinada o determinable individualmente, o en especie, siendo necesario en éste último caso, que se indique la cantidad y calidad, y en caso de -- que no se determine esta última, se entenderá como de una calidad media.

El tercer requisito que se exige de la cosa para que pueda ser objeto del contrato, es que esté dentro del comercio, y entendemos que una cosa está fuera de comercio y por consiguiente no puede ser objeto de un contrato, cuando está fuera de él por su naturaleza o por disposición de la Ley, así está fuera del comercio por su naturaleza, cuando no puede ser poseída por el individuo, como el aire, el mar, las nubes, etc; y por disposición de la Ley, cuando ésta la declara irreductible a propiedad particular, tal es el caso de los bienes afectos al patrimonio familiar, los bienes de uso común, etc.

La prestación o abstención de hechos por parte del deudor de la obligación, debe revestir los requisitos que señala el artículo 1827 del Código Civil que dice:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito".

En cuanto a éstos requisitos, Gutiérrez y González hace el siguiente análisis: "Un hecho o abstención, son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas; en sentido contrario, no podrán constituir el objeto de un contrato aquellos hechos o abstenciones que van contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlos, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo es insuperable, bien finalmente, porque pugnen simultáneamente con una ley natural y una jurídica" (10). De esto, el autor concluye que hay tres tipos de hechos o abstenciones imposibles:

(10) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 205.

- 1.- Físicamente imposibles
- 2.- Jurídicamente imposibles
- 3.- Física y jurídicamente imposibles.

Son físicamente imposibles cuando resultan contrarios a las leyes de la naturaleza; son jurídicamente imposibles, cuando van en contra de una norma jurídica que necesariamente ha de regirlos; y son física y jurídicamente imposibles cuando van en contra de leyes de la naturaleza y normas jurídicas.

Podemos agregar como tercer elemento de existencia de los contratos a la solemnidad, a la que se ha definido como: "el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y cuya ausencia, por ministerio de ley, implica la inexistencia del acto que deseen celebrar" (11). La ley sólo en determinados casos exige la presencia de este elemento para la existencia del contrato.

Requisitos de validez:

A.- Se entiende por capacidad, en opinión de Gutiérrez y González, "la aptitud jurídica de ser sujeto de derechos y obligaciones, y hacerlos valer" - (12). De éste concepto vemos que se puede entender la capacidad en dos diferentes formas, una es la llamada capacidad de goce, que consiste en la aptitud jurídica para poder ser sujeto de derechos y obligaciones, ocasionando su ausencia la inexistencia del contrato. Otra de las formas, es la capacidad de ejercicio, que consiste en la aptitud de ejercitar o hacer valer derechos-

(11) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 208.

(12) Ibídem, p. 290.

y obligaciones, ocasionando su ausencia, la nulidad del contrato.

La capacidad de goce la tiene toda persona desde el momento en que se le reconoce personalidad jurídica. En las personas físicas esa personalidad se les reconoce desde el momento en que son concebidas. En cambio, la de ejercicio, no se tiene necesariamente, ya que en ciertos casos puede ser ejercitada por otra persona que sea su representante, como es en el caso de los menores de edad.

La ley establece en qué situaciones debe operar; así tenemos que en cuanto a la capacidad de goce nuestro derecho en diversos ordenamientos establece límites tanto a personas físicas como a morales. Tal es el caso de las corporaciones religiosas, las sociedades mercantiles por acciones, los extranjeros, y la incapacidad ordenada por sentencia judicial.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, nuestro derecho señala en unos casos incapacidad general, como es el caso de los menores de edad, los sordomudos, que no sepan leer ni escribir, los afectados por locura, etc.; en otros, sólo se señala una incapacidad especial, como es el caso de la mujer casada que no puede celebrar contratos con su marido, excepto el de mandato, fianza y compraventa con autorización judicial.

B.- El segundo de los requisitos de validez del contrato se refiere a que la voluntad se encuentre libre de vicios, debiendo entender por vicio "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución" (13). No obstante que se da un concepto unitario de vicio,

(13) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 240.

no se produce el mismo efecto en cuanto a las consecuencias del acto que se --
trate, así, el concepto de vicio en la posesión, tiene una aplicación diferen-
te a la que se le da en el campo de los contratos.

En opinión de Gutiérrez y González los vicios de la voluntad son:

- 1.- El error.
- 2.- La violencia o intimidación.
- 3.- La lesión.

Y como formas especiales de inducir al error:

- 1.- Dolo.
- 2.- Mala fe.

"El error es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en-
discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración -
de la realidad" (14).

Puede revestir diferentes grados como son: el fortuito y el motivado.
El fortuito puede ser: aritmético o de cálculo, de derecho y de hecho, que a -
su vez puede ser obstáculo, o sea cuando impide la existencia del contrato; nu-
lidad, que no impide la formación del consentimiento; y, por último, el error-
indiferente, el cual nunca dará lugar a la nulidad del acto.

En cuanto al error motivado puede ser causado por dolo o mala fe.

(14) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 243.

El artículo 1815 del Código Civil vigente, dice: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". Gutiérrez y González no está de acuerdo con el concepto que se da en el Código y considera que sólo es dolo, la sugestión o artificio que se emplea para inducir al error; en cuanto a mantener al contratante en el error, se está en presencia de mala fe. De donde el Código en realidad, sólo plantea un caso de dolo y dos de mala fe.

El artículo 1819 define la violencia en los siguientes términos: - "hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado". Gutiérrez y González opina que la definición anterior debe reformarse, puesto que habla de violencia física, la cual por ser una conducta física no puede viciar la voluntad, de modo que basta que el Código se hubiera referido a las amenazas, -- utilizando de preferencia los términos de temor o intimidación. Por otra parte, el contenido del artículo no es limitativo, sino enunciativo, lo que también amerita reforma, no haciendo referencia a ningún tipo de personas como lo hace actualmente, por el contrario, debe hablar de personas en general que por el hecho de causarles un daño influya en su voluntad de contratar.

Se define la lesión como: "El vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su ignorancia, inexperiencia o extrema necesidad, en un con

trato conmutativo"(15).

Existen diversas tesis para explicar la lesión, tales como: la lesión entendida como vicio subjetivo, como vicio objetivo, y por último como vicio - objetivo-subjetivo, que es la tesis que adopta nuestro Código Civil, el que la define en el artículo 17 en los términos siguientes: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año". Este precepto, en opinión de Gutiérrez y González, amerita las siguientes críticas: Está mal ubicado, ya que su lugar debería de estar dentro de las normas que regulan los vicios de la voluntad; no precisa desde cuándo se debe empezar a contar el plazo de un año;- y, por último, emplea indebidamente la palabra rescisión, ya que la adecuada es nulidad.

C.- Como tercer requisito de validez del contrato, se cita al objeto, - motivo o fin lícito. El objeto del contrato, que puede consistir en un hecho o una abstención; para que pueda producir efectos, es necesario que además de ser posible, sea lícito, es decir, (interpretando a contrario sensu el artículo 1830 del Código Civil que nos dice: "Es lícito el hecho que es contrario - a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"), todo aquello que esté de acuerdo con las leyes de orden público o con las buenas costumbres.

(15) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 276.

Para tener un concepto claro de cuando el objeto del contrato puede ir en contra de las leyes de orden público, hay que tener en cuenta los diferentes tipos que de ellas existen. Las leyes permisivas o supletorias se aplican en los casos en que las partes sean omisas, de modo que si se realiza un acto contrario a lo que ordenan tales leyes, no se cae en ilicitud, puesto que sólo rigen en los casos en que no hay una declaración expresa de las partes al respecto. Las leyes prohibitivas son aquéllas que dicta el Estado, teniendo en cuenta el orden social, tratando de prevenir o evitar que la voluntad de los particulares vaya en contra de esos intereses, por consiguiente, si se contrarían, estamos en presencia de un acto ilícito que puede traer como consecuencia la nulidad del contrato. Por último existen las leyes preceptivas, por medio de las cuales el Estado no prohíbe determinado acto, sino lo que ordena es que se siga determinada conducta, atendiendo principalmente a los intereses sociales, norma que si se transgrede dará lugar a un acto ilícito.

En cuanto a la determinación de cuando un hecho o abstención son contrarios a las buenas costumbres, es imposible dar un criterio fijo para valorar tal circunstancia, fundamentalmente porque el concepto de buenas costumbres es circunstancial, en cuanto al tiempo y al espacio, y será el juez, en última instancia, quién aprecie ese hecho, teniendo como guía el lugar y el momento en que actúe.

El motivo o fin: "es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico" (16). Para determinar si el fin o motivo es lícito, se deberá tomar,

(16) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 235.

ante todo, la finalidad que se persigue con la celebración del contrato.

D.- El cuarto y último de los requisitos de validez del contrato, es el que se refiere a que el consentimiento se exprese en la forma que determine la ley. El modo de exteriorizarse el consentimiento, es a lo que se le denomina la forma, la cual se puede entender como "la manera en que debe externarse o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley" (17). La voluntad de las partes puede ser externada en tres diferentes formas: expresa, es decir, cuando es por medio del lenguaje hablado o escrito o por medio de signos inequívocos; tácita cuando es por medio de hechos que den lugar a presuponerla; y por el silencio.

Teniendo en cuenta las dos diferentes tendencias de consensualismo y formalismo, el Código Civil vigente adoptó la primera, considerando que por medio de ella se daba más celeridad a las operaciones jurídicas que las necesidades de la época requerían, sin embargo, tomando en cuenta también, que en muchas ocasiones el sólo consensualismo daba lugar a una cierta inseguridad jurídica, le dió matices formales, en cuanto a la exteriorización del consentimiento.

Así, tenemos el artículo 1832 que dice: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". Y el artículo 1796 sigue el mismo criterio al decir que, "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por -

(17) Gutiérrez y González E., op. cit. p. 235.

la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, el uso o a la ley".

Se puede afirmar, por tanto, que el consensualismo es la regla y la forma la excepción, como requisitos indispensables para que sea válida la manifestación de voluntad emitida por las partes.

3. LA TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. PRINCIPIO Y SUS CRITICAS

"El problema de Derecho Internacional consiste en determinar cuales sean las normas supletorias o interpretativas aplicables si se origina del habitual silencio de los contratantes acerca de la legislación a que han querido someter sus pactos. Surgen entonces diversos sistemas estableciendo otras tantas presunciones sobre las normas dispositivas que regularán los contratos a falta de una estipulación expresa de los otorgantes" (18).

Con respecto a esto, surge la Teoría de la Autonomía de la Voluntad, teniendo su origen en el derecho canónico. Posteriormente la escuela del Derecho natural y los filósofos del Siglo XVII, ratificaron la función creadora de la voluntad y la omnipotencia del contrato, por último, fueron los partidarios del individualismo liberal quienes exaltaron esta concepción diciendo que: -- "La teoría de la autonomía de la voluntad no se reduce a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas. Explica, además que

(18) Muñoz Meany, Enrique. "Derecho internacional privado". Guatemala, Editorial del Ministerio de Ed. Pública, 1953. Vol. VIII. p. 103.

esa voluntad no debe limitarse más que por los motivos imperiosos de orden público, y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión; que -- los intereses privados, libremente discutidos, concuerdan con el bienestar público y que del contrato no puede surgir injusticia alguna dado que las obligaciones se asumen libremente" (19).

Por lo general, "se expresa la noción de libertad individual, por el adagio es permitido todo aquello que no está prohibido. Esta libertad en derecho se conoce como el principio de autonomía de la voluntad" (20). Se derivan ciertas consecuencias de dicha noción, que en opinión del autor que se cita, son entre otras las siguientes:

I. Los individuos son libres para celebrar contratos, así como para no obligarse.

II. Son libres para discutir el contenido del contrato, con la única limitación de respetar el orden público. Todo esto lo hacen situados en un plan de igualdad, en tal forma que combinando las normas existentes que regulan los contratos, hacen nuevos tipos de ellos o crean otros totalmente nuevos.

III. Pueden escoger las partes libremente la legislación del Estado que quieran hacer competente al negocio, y aún desechar las leyes con carácter supletorio.

(19) Planiol Marcelo y Jorge Ripert. "Tratado práctico de derecho civil francés". Tr. Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural S.A., 1946. Tomo VI. p. 27.

(20) Ibídem, p. 25.

IV. El consensualismo es la regla, la solemnidad es la excepción.

V. Los efectos de la obligación contractual son los deseados por las partes, de modo que en el supuesto de un litigio, respecto a su alcance, la misión de juez es interpretar la intención de las partes. Este criterio es adoptado por el Código Civil Francés al afirmar en su artículo 1156, que: "En los convenios se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes más bien que detenerse en el sentido literal de los términos", mismo criterio que sigue nuestro Código Civil en su artículo 1851.

El artículo 1197 del Código Civil Argentino consagra el principio de la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

Desde luego, consideramos que en nuestro derecho positivo no tiene el principio de la autonomía de la voluntad, los alcances que tiene en el Derecho Francés o Argentino, y es que la doctrina que orientó a nuestro Código Civil vigente en su elaboración, fué muy diferente a la individualista que imperaba en el siglo pasado, en que, tanto en el Código Civil de 1870 como en el de 1884, se admitía que la voluntad de los contratantes era la suprema ley en los contratos, pudiendo pactar por consiguiente, lo que, quisieran sin más limitaciones que el respeto a la moral, a las buenas costumbres y a los requisitos esenciales que fijaba la ley para la validez del acto de que se tratara.

En el artículo 6 del Código Civil vigente, se consagra el siguiente principio: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos -

privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Contra la tesis de la autonomía de la voluntad y de sus alcances, se alzó inmediatamente la voz de la crítica, sosteniendo que era inadmisibile y, entre otras razones, por las siguientes que cita Planiol:

1. Se dijo que estaba basado en postulados erróneos de origen individualista, y los que la criticaban sostenían que la iniciativa y egoísmo de los individuos comprometían de modo grave el orden moral, político o económico, y que los intereses esenciales de la colectividad se ponían en peligro cuando se abandonaban a la arbitrariedad contractual.

2. Se afirmó también que los contratantes nunca se encontraban en ese supuesto plan de igualdad, sino que, por el contrario, se celebraban los contratos debido a necesidades, la mayor de las veces urgentes.

3. Que también es falsa la hipótesis de la igualdad de los contratantes, puesto que psicológica o económicamente, se encuentran en estado de inferioridad o aún de dependencia frente a la contraparte, siendo muy difícil en estos casos hablar de consentimiento.

4. Por último, se ha combatido la fuerza obligatoria de los contratos, sobre todo en aquellos casos en que, debido a acontecimientos posteriores a su formación, se pueden convertir en instrumentos de opresión al deudor o en fuentes de perturbaciones sociales.

Borja Soriano nos dice al respecto que: "Actualmente el principio de-

la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base - del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, - el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a -- los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa" (20).

Un problema que se plantea en relación con la autonomía de la voluntad es el relativo al ámbito dentro del cual se desenvuelve. En opinión de Planiol, existe problema en determinar si tanto las relaciones patrimoniales, como las no patrimoniales, pueden ser reguladas por el contrato. En efecto, ¿se puede decir que son realmente contratos los acuerdos bilaterales referentes a las personas, como el matrimonio?. Se ha dado una respuesta negativa a lo anterior y así se ha dicho que el contrato sólo puede regular aquellas obligaciones que tengan un carácter patrimonial, pero tal concepto es estrecho, pues la valúan en dinero, y hay veces que el derecho condena a la indemnización, por el incumplimiento de prestaciones de carácter puramente moral. Un argumento de más valor, es el que hace notar que en determinados acuerdos, como el matrimonio, no son las partes quienes regulan las consecuencias jurídicas del acto, sino la ley por sí sola, y lo que hace la voluntad en éstos casos, no es otra cosa que sumisión a las reglas legales. Sin embargo, hay que reconocer que varias reglas que señala el Código en materia de contratos y de obligaciones, --

(20) Borja Soriano, Manuel. "Teoría general de las obligaciones". 5a. ed., México, Editorial Porrúa, 1966. Tomo I. p. 143.

pueden ser aplicables al matrimonio, como en materia de nulidades y capacidad-principalmente. Sin embargo, conviene insistir en que el matrimonio es una institución jurídica y si el acuerdo de voluntades es necesario para dar lugar a la aplicación de las reglas legales, es impotente para condicionar los efectos y duración de la obligación.

En cuanto a las relaciones patrimoniales es indiscutible que constituyen el ámbito del contrato, sin embargo dentro de él, las partes no se pueden mover con igual libertad en todos los sentidos; así esa libertad se encuentra más restringida en el derecho de bienes, que en las relaciones de acreedor-deudor o en los acuerdos plurilaterales.

En cuanto a los límites impuestos a la autonomía de la voluntad se pueden hacer las siguientes consideraciones: Desde luego, no hay campo para la autonomía de la voluntad cuando se enfrenta con tipos de normas, de las llamadas imperativas o prohibitivas. En cambio, si habrá margen con el tipo de normas denominadas supletorias, interpretativas y dispositivas.

Los límites que impone el formulismo a la autonomía de la voluntad es muy limitado, de donde podemos afirmar que en éste aspecto la libertad contractual se desenvuelve fácilmente.

Uno de los límites que quizá sea de los más importantes, es el que se deriva del orden público, de la moral y de las buenas costumbres, en donde no se puede estipular nada que los contraríe.

El principio de la autonomía sólo puede aplicarse en el dominio de los derechos patrimoniales, no así de conformidad con lo antes expuesto, a los de-

rechos de las personas o al derecho de familia.

Para Arjona, "El desenvolvimiento de la doctrina conocida con el nombre de autonomía de la voluntad cambió totalmente las bases de esta materia, pretendiendo eliminar la autoridad de elementos imperativos, cosa imposible, ya que junto al elemento voluntario juegan un papel básico otros, establecidos por la ley y sirven al mismo tiempo de guardián y directriz a la autonomía de la voluntad" (21).

Y por último, Quintín critica a la teoría de la autonomía de la voluntad, diciendo: "Esta teoría fundó al principio en las necesidades del *comercium* internacional; pero en éste terreno, la contratación internacional no requiere el uso del principio de la autonomía de la voluntad, porque se maneja satisfactoriamente con las normas preceptivas del derecho privado internacional" (22).

4. SISTEMA DE LA LEY PERSONAL DE LAS PARTES

De acuerdo con éste sistema, el contrato extranacional se debe regir por la ley personal de los contratantes.

Quintín nos señala varios argumentos que esgrimen los seguidores de esta teoría:

(21) Arjona Colomo, Manuel. "Derecho internacional privado". Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954. p. 339

(22) Alfonsín, Quintín. "Régimen internacional de los contratos". Montevideo, Editorial MBA, 1950. p. 27.

El primero es que la legislación del Estado se debe basar en la vigencia personal, debe regular los actos de sus nacionales donde quiera que se encuentren. Y cuando algún nacional contraiga una obligación en otro país, se obliga sólo por virtud de la ley del Estado del cual es originario.

Zitelmann nos dice que en una obligación, el deudor debe cumplir con lo prometido, y de no ser así, se le debe obligar a cumplir; pero, esto solo lo puede ordenar su ley personal, ya que si es una ley extraña, no sería por derecho, sino por fuerza.

Este argumento lo critica Quintín diciendo que ha ido decayendo, ya -- que actualmente no funciona mucho la teoría de la personalidad del derecho, en la cual tiene sus bases.

En la actualidad los Estados aplican sus propias leyes a los contratos efectuados en su territorio, sin que otro Estado pueda intervenir obligándolos a aplicar sus leyes.

El segundo argumento se apoya en la presunción de que las partes conocen mejor su ley personal que la del lugar donde se celebre o se ejecute el contrato. Pero se puede criticar de la misma forma que a la teoría de la autonomía de la voluntad, ya que no pueden obligar al Estado donde se realice este contrato, a que se aplique su ley nacional.

El tercer argumento se refiere a que la ley personal de las partes sor^{te}a todos los obstáculos con que chocan la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis*.

Uno de éstos obstáculos lo encontramos cuando queremos saber cuál es la *lex loci contractus*, ya que antes debemos conocer el lugar de celebración, y para establecerlo no se puede recurrir a la ley de ese lugar que aún no se conoce. Problema que se acentúa cuando se trata de un contrato celebrado entre personas ausentes. Lo mismo sucede cuando se trata de determinar la *lex loci solutionis*, ya que se debe establecer primero, el lugar de ejecución; pero no se puede hacer ésto sin antes recurrir a las leyes de ese lugar que aún se desconoce.

La solución a estos problemas y de acuerdo con éstos argumentos, es recurrir a la ley personal de las partes, ya que ésta no varía y nos da un resultado satisfactorio.

Estos obstáculos que se atribuyen a la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis*, solo aparecen cuando se trata de precisar el alcance jurídico de las normas de derecho internacional privado a través de la *lex causae*.

El segundo obstáculo es el que se refiere a no poder aplicar tanto la *lex loci contractus*, como la *lex loci solutionis*, desde el momento en que se celebre el contrato; esto es, en los casos en que no sea posible precisar tanto el lugar de celebración, como el de ejecución. Lo cual se soluciona con la aplicación de la ley personal de las partes, a excepción de que éstas sean apátridas o no tengan establecido ningún domicilio.

En relación a la aplicación de la ley personal de las partes, sólo se puede llevar a cabo, cuando las dos partes pertenecen a una misma nacionalidad; ya que si son nacionales de diferentes Estados, no se puede aplicar la ley de cada uno de ellos. Por lo cuál, los mismos partidarios de ésta teoría,

admiten la aplicación de la *lex loci contractus*.

Otros autores prefieren aplicar: la ley personal del deudor o la ley personal del proponente.

Ley personal del deudor. Los seguidores de ésta teoría afirman que, como no es posible la aplicación conjunta de la ley personal del deudor y del acreedor, se debe optar por la aplicación de la ley personal del primero; ya que es a éste a quien afecta de manera principal la obligación.

Quintín critica esto, diciendo que no se puede preferir la ley del deudor a la del acreedor, en virtud de que los dos se encuentran en un mismo plano de igualdad de obligaciones. Esto solo se puede hacer en los casos de contratos unilaterales, donde no se afecta a una de las partes, no así, en los contratos bilaterales. Y para poder aplicar la ley personal del deudor, en ese caso, se tiene que analizar primero cual es ésta ley; opinión que se ha dividido, ya que por una parte Bar, Harburger, Neumeyer y otros se refieren a la ley del domicilio y por otra parte Zitelmann y Frankenstein dicen que se trata de la ley nacional.

La aplicación de la ley del domicilio presenta inconvenientes, cuando existen diversos deudores, teniendo cada uno de ellos diferente domicilio. En este caso no se puede aplicar la ley del domicilio de cada uno. Lo mismo sucede cuando no tiene el deudor un domicilio fijo, o cuando cambia éste.

Con relación a la aplicación de la ley nacional del deudor es más difícil que se pueda aceptar, ya que la nacionalidad se encuentra con muchas dificultades; esto lo podemos observar en el caso de que el deudor sea apátrida, -

o tenga doble nacionalidad. Lo mismo sucede con una persona que realice negocios con personas de diferentes Estados, la cual no puede sujetarse a la ley de cada uno de ellos.

Ley personal del proponente. Quedan encuadrados dentro de este argumento, los contratos que han sido elaborados y propuestos por una de las partes, como lo son los contratos de adhesión.

El proponente, al dirigir la propuesta al público en general, lo hace de acuerdo con su ley y no la del aceptante, a quien todavía no conoce. Siendo el aceptante quien deba someterse a la ley del que le propone el contrato.

Quintín no está de acuerdo con los sistemas anteriormente propuestos, diciendo que la aplicación de "la ley de ambas partes o la de una de ellas, no proporciona una solución satisfactoria para el régimen internacional de los contratos. La nacionalidad de los contratantes es de todo punto ajena a los negocios internacionales y carece, en consecuencia, de todo mérito para fijar el destino de la convención; y el domicilio, por su parte, solo es pertinente en cuanto coincide con el locus contractus o con el locus solutionis" (23).

5. SISTEMA DE LA LEX LOCI CONTRACTUS

Este sistema se encuentra en oposición al sistema de la ley personal de las partes y se basa en la territorialidad del derecho, esto es, al considerar que tanto la nacionalidad como el domicilio de las partes, no son elementos extranacionales que determinen al contrato.

(23) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 61.

De acuerdo con la territorialidad del derecho, se consideran contratos extranacionales, los celebrados en un Estado y ejecutados en otro. Para saber que Estado es el que conocerá, se dan dos soluciones: la primera es que conozca el Estado donde se celebre el contrato (lex loci contractus) y la segunda, que sea la ley del Estado donde se lleve a cabo la ejecución que se aplique -- (lex loci solutionis).

Beale nos dice que para determinar cual es el lugar de contratación, se debe tomar en cuenta el lugar donde se llevó a cabo el último acto que convirtió a la promesa en obligatoria. Y esto se hace a través de una ley, considerando éste autor que la más conveniente es la lex fori.

El sistema de la lex loci contractus se puede dar en combinación con el de la autonomía de la voluntad, cuando las partes no hayan elegido expresamente la ley que debe regir el contrato.

Los seguidores de este sistema opinan que su aplicación es favorable en virtud de que la ley que mejor conocen las partes es la del lugar de celebración, aunque puede suceder que las partes prefieran acudir a la ley del lugar donde se ejecute.

También se puede dar la lex loci contractus en combinación con el sistema de la ley personal de las partes, en el caso en que las partes sean miembros de diversos Estados y no puedan recurrir a una ley común, por lo cual será más favorable que el contrato se rija de acuerdo con la ley del lugar de celebración.

Encontramos otro caso de combinación, al aplicar la lex loci contrac--

tus en forma subsidiaria a la de la *lex loci solutionis*.

Quintín nos señala tres argumentos mediante los cuales puede funcionar la *lex loci contractus* en forma autónoma:

El primero es el argumento lógico, se refiere a que al seguir un orden cronológico en el contrato, su primer movimiento de existencia es el momento de celebración, del cual dependerá posteriormente su ejecución. Por lo tanto, se debe dar preferencia a la ley del lugar de la celebración.

Savigny no está de acuerdo con esto, ya que para él, la importancia -- que tiene la celebración y la ejecución, es una relación de medio a fin.

El segundo argumento es el jurídico, su base radica en la territorialidad del derecho, que tuvo su predominio al imponerse el régimen feudal, siendo la doctrina angloamericana, principalmente Story, quien apoya éste argumento.

Estos autores afirman que la validez de un contrato se decide por la ley del lugar donde se celebre.

Quintín los critica diciendo que en cuanto a la vigencia territorial del derecho, carecen de bases, ya que no se puede aplicar la ley local por el solo hecho de haberse celebrado dentro de su territorio. Se lleva a cabo solo en el caso de que la norma de derecho internacional privado así lo disponga. Y en cuanto al territorialismo estricto de derecho, este argumento justifica la aplicación de la *lex loci solutionis*, diciendo que ya no habría conflicto de leyes en materia de contratos; porque cada Estado podría aplicar dentro de su territorio la *lex fori* respectiva.

En el tercer argumento, el práctico, nos dice Quintín: "La ley del lugar de la celebración es única, nunca falta y es fija. Estos tres caracteres le proporcionan al régimen del contrato una certidumbre inapreciable desde el punto de vista del *commercium internacional*" (24).

El contrato siempre se celebra en un solo lugar, aunque se ejecute en otros. Así, al proponerse la aplicación de la *lex loci contractus*, se evita el conflicto que surgiría al aplicar la *lex loci solutionis*, por ser ésta múltiple.

También se dan ocasiones en que se desconoce el lugar de ejecución del contrato, pero lo que siempre se puede afirmar con seguridad, es el lugar de celebración.

Otra ventaja que tiene la *lex loci contractus* es que el lugar de celebración del contrato no cambia, aunque este se modifique posteriormente, al contrario de lo que sucede con el lugar de ejecución, el cual si puede cambiar posteriormente.

La *lex loci contractus* ya era conocida por Bártolo, quien diferenciaba la ley del lugar de celebración del de la de ejecución, aunque no como se conoce actualmente.

Esta *lex loci contractus* se ha tomado por diferentes países como ley única a seguir, tomándola otros, como regla secundaria del principio de la autonomía de la voluntad; como sucede en Brasil, Costa Rica, Checoslovaquia y

(24) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 67.

otros más, además del código de Bustamante.

Este sistema presenta diversos problemas, uno de ellos es cuando no se sabe el lugar de celebración del contrato. Esto se puede dar en dos situaciones: cuando se realice el contrato en barco o en avión y cuando se celebra entre personas ausentes, o sea que se encuentren cada una en diversos territorios. En el primer caso se han propuesto diversas soluciones, como son, que se rija el contrato por la ley del pabellón de la nave o aeronave en la cual se celebra el contrato, lo cual ha sido muy discutido por diversos autores que no están de acuerdo en reconocer la personalidad a las embarcaciones y por lo tanto una ley que los rija.

En el caso del contrato celebrado entre personas ausentes, que es el tema que tratamos, tiene mucha importancia, ya que casi todos los contratos extranacionales se realizan entre personas que se encuentran en territorios diferentes, a través de correspondencia, telégrafo o radiograma.

En estos casos no es posible la aplicación de la ley del lugar de celebración, ya que se tiene que tomar en cuenta si se registrará por la ley donde se hace la oferta o donde se acepta. Y al no poder determinar el lugar de celebración, se tiene que recurrir a la intervención de la lex fori.

También puede suceder que el lugar donde se celebra el contrato sea accidental u ocasional, por lo cual no puede ser la lex loci contractus la que rija al contrato.

Miaja nos dice respecto al contrato entre ausentes que: "Si se adopta como punto de conexión la lex loci contractus, la precisión de este punto de -

conexión aparece como cuestión previa a la resolución del conflicto de leyes, es decir, como uno de los aspectos del problema calificativo. Si por el contrario, estamos en presencia de un ordenamiento que rige el contenido de los contratos por la autonomía de la voluntad, el lugar de conclusión puede ser uno de los indicios fundamentales para averiguar la voluntad no expresada de modo directo por las partes" (25).

6. SISTEMA DE LA LEX LOCI SOLUTIONIS

De acuerdo con esta tesis, la ley que se va a aplicar al contrato extranacional, será la del lugar donde se ejecute.

Niboyet nos dice que al referirnos al lugar de ejecución del contrato, lo hacemos al lugar del pago.

Quintín da un argumento lógico, en el cual indica que si bien, de la celebración del contrato, va a depender su futura ejecución; ésta solo se puede llevar a cabo a través de la celebración. Y lo que realmente importa al comercium internacional, no va a ser la celebración, sino la ejecución de la obligación. Por lo cual se debe aplicar la ley de la ejecución del contrato, ya que ésta será la que determine su celebración.

El argumento jurídico se refiere a que no pueden regir dos leyes diferentes a un contrato, ya que éste se desmembraría, por lo tanto hay que elegir una de las dos, y de acuerdo con Quintín, será la del lugar de ejecución; ya -

(25) Míaja de la Muela, Adolfo. "Derecho internacional privado".
3a. ed., Madrid, Ediciones Atlas, 1963. Tomo II. p. 242.

que se afectará más social y económicamente a la sociedad donde se ejecute el contrato, que donde se celebre.

Se dan dos argumentos prácticos, el primero consiste en que cuando un contrato se celebra en un lugar y se ejecuta en otro, debe ser regido en cuanto a la ejecución de las obligaciones por la ley del lugar donde se ejecuta.

Otros como Story, opinan que no solo se deben regir la ejecución de -- las obligaciones, sino todo el contrato en sí.

El segundo argumento práctico de la *lex loci solutionis*, permite que el juez que conoce aplique su *lex fori*; ya que no podrá nunca conocer el juez del lugar donde se celebre el contrato.

Para que se lleve a cabo la aplicación de la *lex loci solutionis*, se necesita que sea en un solo Estado, el lugar de ejecución; que este lugar de ejecución se conozca desde que se celebre el contrato y que este lugar de ejecución no cambie posteriormente.

Respecto al primer punto, que se refiere a que el contrato tenga un solo lugar de ejecución, Ramírez nos dice que cuando un contrato es sinalagmático y se ejecuta en diferentes Estados; el único lugar de ejecución será donde se ejecute su obligación típica, siendo esta la que le da al contrato su fisonomía jurídica, ya que la sociedad se verá afectada donde se ejecute la obligación típica, que en una compra venta será el lugar donde se entregue el bien. Y se le da más importancia, porque es el lugar donde gira y gravita la operación.

Esta solución se da al no poder aplicarse al mismo tiempo dos leyes, - ya que como dijimos anteriormente, esto produciría el desmembramiento del contrato, por lo cual se opta por la del lugar donde se ejecute la obligación típica.

Los seguidores de la *lex loci contractus* critican ésta postura, diciendo que si todas las obligaciones del contrato se deben regular por la ley del lugar donde se ejecute la obligación típica, no podrá por lo tanto regir, ni la *lex loci contractus*, ni la *lex loci solutionis*; por lo cual piensan que es arbitrario el hecho de que el pago sea regulado por una ley que le es extraña - por completo.

Pero Quintín afirma que "la ley del lugar donde se ejecuta la entrega de la cosa, no es ajena al precio, puesto que el pago del precio es la contraprestación de la entrega de la cosa. Por lo menos está mas interesada en el pago que la ley de la sociedad donde el pago se convino" (26).

Esta tesis ha sido defendida por Savigny y la han adoptado Alemania, - Suiza y varias Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica. Al igual que los Tratados de Montevideo de 1889, que establecen en el 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"; continúa con el artículo 33 que dice: "La misma ley rige: a) su existencia; b) su naturaleza; -- c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en su ma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea".

(26) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 81.

Para Wolff "es imposible descubrir un criterio apropiado para todos -- los contratos semejantes. En algunos casos es preferible el lugar de contratación; en otros el de cumplimiento; la elección depende en gran parte de las -- circunstancias del caso" (27).

Por lo tanto, al tomar la ley del lugar donde se ejecute la obligación típica, se logra que el contrato tenga un solo lugar de ejecución, pero no se puede dar como solución en los contratos que tengan dos o más obligaciones --- iguales, por lo cual no se puede tomar una de ellas como obligación típica.

En lo que se refiere a que se deba determinar el lugar de ejecución -- desde que se celebra el contrato, solo se puede dar cuando las partes así lo - convienen de antemano, aunque esto puede llevar como resultado, que las partes elijan la ley que más les convenga.

Los que niegan la teoría de la autonomía de la voluntad también están- en contra de ésta posición.

Otra crítica que se hace al hecho de poder determinar el lugar de eje- cución desde el momento de la celebración, es que este lugar puede cambiar pos teriormente, por lo que se aplicaría al contrato una ley impropia, que no co-- rresponde efectivamente al de la ejecución.

También puede suceder que no se pueda saber de antemano el lugar de -- ejecución, como sucede en los contratos de mandato general para representar a

(27) Wolff, Martín. "Derecho internacional privado". Tr. de la 2a. ed. por Antonio Marín, Barcelona, Bosch, Casa Edito., 1958. p. 413.

una persona en cualquier país. Y se desconoce donde se llevará a cabo la ejecución de la obligación.

Para Quintín admitir el cambio del lugar de ejecución, es admitir que puede más de una *lex loci solutionis*, regir al contrato, lo cual significaría que se aplicarían dos leyes que pueden ser contradictorias.

El Código de Bustamante adoptó en una forma mixta la *lex loci solutionis* y la *lex loci contractus*.

C A P I T U L O I I

SOLUCIONES ANALITICAS

Como vimos anteriormente, la reglamentación de los contratos presenta variados problemas; máxime, cuando se trata de llevarlos al campo internacional. Por lo cual se ha tratado de llegar a una única solución, que sea reconocida internacionalmente; ésto es, mediante un estudio previo de los contratos, asignarle a cada tipo, una solución específica.

Las soluciones analíticas que se pueden dar, son incontables. Y serán en razón del número de tipos y subtipos en que se divida a los contratos. Llegando al caso en que se de a cada uno de ellos, un régimen determinado; dependiendo ésto, del criterio normativo que se utilice en cada contrato.

1. SOLUCIONES LIBRES

Estas soluciones no cuentan con una unidad normativa, sino que proponen, se aplique a cada tipo de contrato, la ley más conveniente; ya sea la ley personal de las partes, la que éstas elijan, la ley de la celebración o la de ejecución.

Jitta propuso ésta solución, siguiendo el sistema del examen metódico de las obligaciones; en lugar de tomar como punto de partida una regla fija, - ve su fin social; estableciendo así, en que casos es favorable ésta regla.

Cuando en un contrato, sus elementos se encuentren en diversos Estados se analiza primero, para poder encontrar el elemento preponderante y en conclusión, aplicar la ley nacional que nos señale.

Este mismo autor, citado por Quintín, nos señala algunas soluciones -- que ha formulado en su obra "La substance des obligations dans le D.I.P."

En los casos de compra-venta celebrados en remate, mercado, bolsa o establecimiento mercantil. Se debe aplicar la ley del lugar de la celebración.

En la compra-venta de inmuebles, por la ley elegida por las partes. - Siendo lo más frecuente, que las partes deseen someterse a la *lex rei sitae*.

En la compra-venta de un bien mueble celebrada entre personas cuyo domicilio se encuentre en distintos Estados, se resuelve por decisión judicial.- Quintín no está de acuerdo con esta solución, ya que nos dice que lo que el de recho gana en elasticidad, lo pierde en certidumbre; debiéndose formular un -- acuerdo internacional para estar completamente satisfechos.

El arrendamiento de inmuebles se regirá por la *lex rei sitae*.

El arrendamiento de un bien mueble con el fin de servir al arrendatario en su domicilio, se rige por la ley de éste domicilio; y cuando lo sirva - en un tercer Estado, se deben tomar en cuenta las circunstancias de cada caso.

El depósito, por la ley del domicilio o del establecimiento del depositario donde se guarda la cosa.

La cesión de crédito entre personas cuyo domicilio se encuentre en diferentes países o cuando el deudor del crédito tenga su domicilio en otro país diferente al de las partes, se regirá por la ley que elijan los contratantes o la ley que las circunstancias revelen en cada caso.

En los arrendamientos de servicios que se presten en un establecimiento usina o explotación, se aplica la *lex loci solutionis*.

Aparte de esos casos, cuando el contrato se celebra entre personas cuyos domicilios estén en diferentes Estados, o el contrato se ejecute en un país diverso al del domicilio de los contratantes, se atenderá a las circunstancias de cada caso.

"En materia de transporte terrestre: las relaciones entre el cargador y el primer transportador se deben regir por la ley del lugar de expedición; las relaciones entre el último transportador y el destinatario, deben regirse por la ley del lugar del destino; las relaciones entre los transportadores, — por la que revelen las circunstancias de cada caso. Todo en tanto no exista un derecho uniforme.

Al seguro se le aplica la ley del domicilio de la compañía aseguradora" (28).

(28) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 88.

Estas soluciones que proporciona Jitta, han sido dadas, en opinión de Quintín, un tanto precipitadas. Ya que por tratar de proporcionar a cada tipo de contrato la ley más adecuada, no se detuvo a precisar lo que se debía entender por ley adecuada. Porque todo sistema analítico, aunque sea libre, debe tener un principio normativo que lo oriente.

Dentro de las soluciones analíticas y libres, se encuentran las propuestas para el contrato de compra-venta por la International Law Association en las Sesiones de Viena de 1926 y de Varsovia de 1928, así como la solución que, para todos los contratos se da en la ley polaca del 2 de agosto de 1926, las cuales adolecen del mismo defecto que tiene la solución propuesta por Jitta.

"La solución de Viena de 1926, es la siguiente:

Contratos de venta y contratos de arrendamiento de obra o de servicios: En todo contrato de venta y en todo contrato de arrendamiento de obra (locatio conductio operis) o de servicios, la ley territorial (es decir, la ley local) que regirá al contrato, será determinada conforme con las reglas de la presente convención.

No obstante, cuando en el contrato mismo esté estipulado, o cuando surja claramente de él, que las partes convinieron en que no se aplique la ley territorial determinada por ésta Convención, la cual no será aplicable y la parte que alegue ese derecho, deberá probarlo.

Además, el tribunal cualquiera que sea el país a que pertenezca, podrá rehusarse a aplicar la presente Convención a cualquier excepción de orden pú--

blico o cualquier otro que impida que las partes determinen en el convenio la ley aplicable.

I. Contratos de Venta.

A) Venta de bienes inmuebles.

La ley aplicable a los contratos de venta de bienes inmuebles será la ley local del país donde están situados los bienes. La ley local de ese país determinará si la cosa vendida es un bien inmueble o mueble.

B) Venta de bienes muebles.

a) La ley aplicable a los contratos de venta de bienes muebles será la ley del vendedor.

La ley del vendedor, a los efectos de ejecutar ésta Convención, será determinada de acuerdo con las siguientes reglas:

1.- Si la venta la realiza una persona en el curso de sus transacciones comerciales, o la realizó una casa de comercio o una sociedad o una asociación, la ley del vendedor será la ley local del país en donde está situado al tiempo de la celebración, su residencia ordinaria.

b) Sin embargo, la ley aplicable será la del comprador determinada según los mismos principios enunciados en B, a) 1 y 2 en los siguientes casos:

1.- Si el vendedor o su agente o representante celebra el contrato durante un viaje por el país del comprador.

2.- Si el establecimiento del agente o del representante del vendedor-

(ya sea el contrato celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) se encuentra en el país del comprador y el agente o representante celebra el contrato en nombre propio.

3.- Si el establecimiento del agente o del representante del vendedor (ya sea que el contrato sea celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) se encuentra en el país del comprador y los bienes muebles están situados, al tiempo de la celebración, en el país del comprador.

Se entiende por país del comprador, al país donde, al tiempo de la celebración, está situado el establecimiento del comprador (ya sea que el contrato sea celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) o, en caso de una compra realizada por una persona, pero ajena a sus transacciones comerciales, el país donde tiene, al tiempo de la celebración, su residencia ordinaria.

c) Por excepción, los siguientes contratos de venta se registrarán por las reglas particulares siguientes:

1.- Cuando el contrato de venta se celebra en una bolsa, en una feria o en remate, o en caso de venta judicial o por ejecución, se aplicará la ley local del país donde el contrato de venta se celebra.

2.- Con respecto a los contratos de venta de naves o aeronaves registrados, se aplicará la ley del país donde la nave o la aeronave fué registrada.

Las reglas concernientes a la venta de bienes muebles se aplicarán, a los efectos de ejecutar ésta Convención, a todos los contratos relativos a la

fabricación o a la producción de bienes muebles, cuando la parte que se hace cargo del trabajo debe suministrar las materias primas.

II. Contratos de arrendamiento de obra y contratos de arrendamiento de servicios.

Será aplicable la ley local del país donde la obra o los servicios deben ser ejecutados.

Sin embargo, cuando el lugar de la ejecución no está fijado en el convenio de las partes o cuando la obra o los servicios no deben ser ejecutados principalmente en un país determinado, será aplicable la ley de la parte que ejecuta la obra o los servicios, determinada con arreglo a los principios enunciados en B), a) 1 y 2, que fijan la ley del vendedor.

Las reglas precedentes no son aplicables a los contratos relativos al transporte de mercaderías o de pasajeros, ni a los contratos de ajuste de personal de a bordo de las naves y aeronaves.

III. Contratos de venta y contratos de arrendamiento de obra.

La ley local del país donde la parte que recibe los bienes muebles entregados debe realizar su examen, será aplicable en cuanto concierne a:

1. El método para examinar las mercaderías.
2. El método de notificar si la calidad de la mercadería es defectuoso, o cualquier otra disconformidad con respecto a lo convenido.

3.- El método de notificar el rechazo de las mercaderías o las reservas.

4.- El plazo para efectuar el examen y las notificaciones indicadas en 2 y 3.

5.- Las obligaciones y los derechos de la parte que recibe los bienes muebles referentes a las medidas que deben tomarse con los bienes muebles si son rechazados.

IV.- En el caso y en la medida en que los árbitros deban producir sus laudos conforme la ley que rige al contrato, deberán aplicar igualmente la presente Convención" (29).

b) La solución de Varsovia es así:

"1.- Disposiciones Generales.

Art. 1°.- Las disposiciones de la presente Convención determinan la ley nacional interna aplicable en materia de contratos de compra-venta.

Art. 2°.- Cuando el contrato mismo especifique, o bien, cuando surja claramente de las circunstancias, que las partes convinieran en someter el contrato a otra ley nacional interna, ésta será la única aplicable.

La prueba de éste acuerdo incumbe a la parte que lo invoca. La validez y la interpretación del acuerdo se determina con arreglo a la ley nacional interna establecida en los artículos 6 a 11.

Art. 3°.- Cuando los árbitros tengan que dictar sentencia conforme con la ley que rige al contrato, deberán aplicar así mismo las disposiciones de la

(29) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 91.

presente Convención, salvo lo dispuesto por el artículo 4.

Art. 4°.- Los tribunales de los Estados contratantes tienen la facultad de rehusarse a aplicar por motivos de orden público, la ley que, según los términos de la presente Convención, sea competente.

Art. 5°.- La presente Convención no se aplica en materia de capacidad de las partes ni la forma de los contratos. Tampoco concierne a la interdicción de contratar entre esposos, entre padres e hijos, entre tutor y pupilo y entre personas que son parte de un fideicomiso.

II. Disposiciones Especiales.

Art. 6°.- La ley aplicable a la compra-venta de bienes inmuebles, es la ley interna del país donde están situados los bienes y la ley interna de ese país determina si la cosa es un bien mueble o inmueble.

Art. 7°.- La ley del vendedor es aplicable a los contratos de compra-venta de bienes muebles y la ley del vendedor, a los efectos de ejecutar ésta Convención, será determinada según las reglas siguientes:

1.- Si la venta es realizada por una persona en el curso de sus transacciones comerciales, o por una casa de comercio, una sociedad o asociación, la ley del vendedor es la ley interna del país donde, al tiempo de la celebración, está situado el establecimiento principal o la sucursal que celebra el contrato.

2.- Si la venta realizada por una persona es ajena a sus transacciones comerciales, la ley interna del país donde el vendedor tiene su residen-

ordinaria al tiempo de la celebración.

Art. 8°.- Sin embargo en los casos siguientes será aplicable la ley -- del comprador:

1.- Si el vendedor o su agente o su representante celebra el contrato en el curso de un viaje por el país del comprador.

2.- Si el establecimiento del agente o del representante del vendedor (ya sea que el contrato sea celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) se encuentra en el país del comprador y el agente o representante celebra el contrato en nombre propio.

3.- Si el establecimiento del agente o del representante del vendedor (ya sea que el contrato sea celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) se encuentra en el país del comprador y los bienes muebles están situados, al tiempo de la celebración, en el país del comprador.

Se entiende por país del comprador, el país donde al tiempo de la celebración está situado el establecimiento del comprador (ya sea que el contrato sea celebrado por el establecimiento principal o por una sucursal) o, en caso de una compra realizada por una persona, pero ajena a sus transacciones comerciales, al país en donde tiene, al tiempo de la celebración, su residencia ordinaria.

Art. 9°.- Por excepción, los siguientes contratos de compra venta se -- registrarán por las reglas particulares siguientes:

1.- Cuando el contrato de compra-venta se celebra en una bolsa, en una feria o en remate, o en caso de venta judicial o por ejecución, se aplicará la ley interna del país donde el contrato de compra-venta se celebró.

2.- Con respecto a la compra-venta de naves o aeronaves registradas, - se aplicará la ley interna del país donde la nave o aeronave está registrada.

Art. 10°.- La ley interna del país donde la parte que recibe los bienes muebles entregados debe realizar su examen, será aplicable en cuanto concierne a:

1.- El método para examinar las mercaderías.

2.- El método de notificar si la calidad de las mercaderías es defectuoso o cualquier otra desconformidad con respecto a lo concernido.

3.- El método de notificar el rechazo de las mercaderías o las reservas.

4.- El plazo para efectuar el examen y hacer las notificaciones indicadas en 2 y 3.

5.- Los derechos y obligaciones de la parte que recibe los bienes muebles referentes a las medidas que deben tomarse con ellos si son rechazados.

Art. 11°.- Las reglas concernientes a la compra-venta de bienes muebles se aplicarán, a los efectos de ejecutar ésta Convención, a todos los contratos relativos a la fabricación o producción de bienes muebles, cuando la --

parte que se haya hecho cargo del trabajo debe suministrar las materias pri---
mas" (30).

c) El Capítulo IV de la ley polaca del 2 de agosto de 1926 dedicada -
a las obligaciones, comienza por reconocer la autonomía de la voluntad de las-
partes contratantes si bien con la limitación que impone el art. 10.

"Art. 7.- Las partes pueden someter sus obligaciones a la ley de la na-
cionalidad, o a la ley del domicilio, o a la ley del lugar donde la obligación
debe ser cumplida, o la ley del lugar de la situación de la cosa.

Art. 8.- Si las partes han determinado por sí mismas la ley competen-
te, se adoptará como tal:

1°. En los contratos celebrados en bolsas o en mercados públicos, la-
ley que allí esté vigente;

2°. En los contratos sobre inmuebles, la ley de la situación de los -
inmuebles;

3°. En los contratos de compra-venta al detalle, la ley del estable-
cimiento del vendedor;

4°. En los contratos de arrendamiento de servicios y en los contratos
de obras públicas, construcciones o suministros para el Estado, la ley compe-
tente según el lugar de la autoridad respectiva, y en los contratos similares-
con otras comunidades públicas, la ley vigente en el lugar donde tengan su ---

(30) Alfonsín Quintín, op. cit. p. 91.

asiento:

5°. En los contratos de seguros, la ley vigente en el asiento del establecimiento asegurador; en los contratos celebrados con la representación de un establecimiento extranjero fijado en Polonia, la ley aquí vigente:

6°. En los contratos celebrados con notarios, abogados y otras personas que realizan actos profesionales, la ley del lugar donde esas personas --- ejercen permanentemente su profesión;

7°. En los contratos de trabajo entre patronos y obreros o empleados, la ley del lugar donde se ejecuta el trabajo;

Art. 9. 1) En los otros contratos, no comprendidos en los números 1 a 7 del art. 8, se adoptará como ley competente la ley del domicilio común de -- las partes. Si las partes están domiciliadas en Estados diferentes: en las - convenciones unilaterales, la ley del domicilio del deudor; en las convencio--- nes sinalagmáticas, la ley del Estado en la cual fué celebrado el contrato.

La Convención celebrada entre ausentes se reputa celebrada en el lugar donde el proponente ha recibido la aceptación de su oferta.

2) Cuando el domicilio, del cual depende la ley aplicable, no se pueda determinar, se aplicará la ley del lugar donde la Convención se celebró.

3) Si el deudor que celebra un acto unilateral no ha determinado el -- mismo la ley competente, queda sometido a la ley de su domicilio, y en su de-- fecto, a la ley del lugar donde el acto se celebró.

BIBLIOTECA CENTRAL

U. N. A. M.

4) El domicilio de un comerciante para los asuntos relacionados con su comercio, se encuentra en el asiento de su establecimiento comercial, y en el caso de multiplicidad de establecimientos, en el asiento de aquel establecimiento con el cual se contrató.

Art. 10. En todos los casos previstos por los artículos precedentes -- (arts. 7 a 9), las partes permanecen obligadas por las prohibiciones legales-especiales que anulan todo acto jurídico contrario a ellas, y que emanan del Estado en que el deudor tiene su domicilio o donde la obligación debe ser ejecutada" (31).

2. SOLUCIONES BASADAS EN LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Las soluciones analíticas que se basan en la autonomía de la voluntad, requieren que se analice cada contrato por separado para poder saber la ley a la que las partes se someten.

Y esto puede hacerse a través de dos caminos: que dicha ley se de por el juez tomando en cuenta las particularidades de cada contrato, o basándose en una norma preestablecida, que se funda en los principios generales de los contratos.

La solución que adoptó el Institut de D.I. en su sesión de Florencia en 1908, la transcribimos enseguida:

"El Instituto, reservándose el estudio ulterior de las demás cuestio--

(31) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 95.

nes relativas a las obligaciones contractuales, ha adoptado en lo que concierne a la determinación de la ley que a título supletivo debe regir las relaciones siguientes:

Art. 1. Los efectos de las obligaciones contractuales se rigen por la ley a la cual las partes han manifestado su intención de someterse, siempre que la validez de la obligación y sus efectos, no choquen las leyes que rigen imperativamente la Convención, especialmente en cuanto a la capacidad de las partes, a la forma, a la validez intrínseca del contrato y al orden público.

Art. 2. Si las partes no han manifestado efectivamente la voluntad de aceptar tal o cual ley como supletiva, es decir, destinada a suplir las lagunas de la Convención, en la medida en que son libres de determinar los efectos de su Convención, la ley aplicable como derecho supletivo será deducida de la naturaleza del contrato, de la condición relativa de las partes o de la situación de las cosas. En consecuencia se aplicará:

a) A los contratos celebrados en bolsas, en ferias o en mercados públicos, la ley del lugar de la celebración.

b) A los contratos que tienen por objeto inmuebles, la ley de la situación de los inmuebles.

c) A los contratos de beneficencia, la ley del domicilio del benefactor o del que presta el servicio gratuito (donación préstamo sin interés, mandato gratuito, depósito gratuito, fianza...).

d) A las compra-ventas comerciales celebradas entre un vendedor comer-

ciante y un comprador comerciante o no, siempre que para el comprador no se --
trate de un acto mercantil y salvo el caso previsto en la letra a), la ley del
lugar del establecimiento comercial del vendedor.

e) A los arrendamientos de servicios, arrendamientos de obras, contra-
tos de obras públicas, de construcciones o de suministros para un Estado, pro-
vincia, comuna o administración pública.

f) A los contratos de seguros, mutuales o por primas, y a los contra-
tos como la renta vitalicia, p.e. celebrados por una compañía de seguros de in-
cendio, de vida, de robos, de accidentes, etc., la ley vigente en el asiento -
de dicha compañía.

g) A los contratos celebrados con una persona que ejerce una profesión
reglamentada (médico, abogado, procurador, notario, etc.) y que importen por-
parte de ella el ejercicio de su profesión, la ley del lugar donde dicha pro-
fesión se ejerce.

h) A los arrendamientos de servicios celebrados por obreros o emplea-
dos con una sociedad comercial, industrial o civil), o con un comerciante, la-
ley del asiento del establecimiento comercial, industrial o civil.

i) En materia de letras de cambio o de pagarés a la orden la ley del -
lugar donde se realiza cada operación, y si dicho lugar no estuviera menciona-
do, la ley del domicilio del obligado.

j) En materia de transporte de personas o de cosas por ferrocarril, --
por carretera o por barco, celebrado con una sociedad o con un particular que
tenga esa profesión, así como un comisionista de transporte o un comisionista-

de expedición, la ley del principal establecimiento de la sociedad, del empresario, del transportador, del comisionista, etc.

Art. 3. Si la determinación de la ley aplicable, dado el silencio de las partes, no surge ni la naturaleza del contrato, ni de la condición relativa de las partes, ni la situación de los bienes, el juez tendrá en cuenta la ley del domicilio común de los contratantes, y en su defecto, la ley de la nacionalidad común, y si no tienen ni domicilio en el mismo país ni nacionalidad común, la ley del lugar de la celebración del contrato.

Art. 4. Si el contrato ha sido hecho por CORRESPONDENCIA, el lugar de la celebración no será tenido en cuenta, aplicándose la ley del domicilio o del establecimiento comercial de la parte proponente, a menos que esta cuestión no pueda ser resuelta de hecho. Lo mismo será en el caso del contrato celebrado por teléfono, en que se aplicará la ley del domicilio o del establecimiento comercial de la parte proponente, a menos que esta cuestión no pueda ser resuelta de hecho. En este último caso, se aplicará la ley del domicilio común o de la nacionalidad común, o, subsidiariamente, la ley del domicilio del deudor.

Art. 5. En lo que concierne al modo de ejecutar, de pesar, de contar, de medir, a la mora, a los días feriados, a la validez del pago, a la validez de la obligación y consignación, conviene aplicar la ley y los usos del lugar de la ejecución.

Art. 6. Cuando los efectos del contrato dependan del sentido de ciertos términos empleados para indicar el precio, el peso, la medida, el plazo y época de pago, hay que referirse, en general, a la terminología del lugar don-

de se debe ejecutar el contrato, a menos que resulte de las circunstancias y - sobre todo del objeto del contrato, que las partes han empleado los términos - con un sentido diferente.

Art. 7. No obstante las presunciones precedentes, la manifestación aún tácita de la voluntad efectiva de las partes contratantes prevalecerá y deberá ser respetada" (33).

La crítica que Quintín hace a ésta solución, es que aquí se presume la voluntad, y la misma crítica que se hace a la autonomía de la voluntad se hace a ésta solución analítica.

3. SOLUCIONES BASADAS EN LA LEX LOCI SOLUTIONIS

Estas soluciones las encontramos desde el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889. Estableciendo en los artículos principales:

"Art. 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.

Art. 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 sumatodo cuento concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Art. 36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia.

(33) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 103.

Se establecieron dos artículos complementarios a fin de aplicarse éste régimen general: el primero determina el lugar de ejecución de cada tipo de contrato, y el segundo determina un régimen subsidiario para los contratos en los cuales no se puede localizar la ejecución.

Así el art. 34 señala: En consecuencia, los contratos sobre cosas --- ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían- al tiempo de su celebración.

Las que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lu gar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del - deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas 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 del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración" (34) .

Este sistema nos parece al igual que a Quintín muy simple, pudiéndose-

(34) Alfonsín, Quintín, op. cit. p. 104.

dar el caso de que el régimen de algunos contratos se contradiga con el artículo 33.

Este tratado sirvió de base para que varios autores europeos hicieran otros sistemas, como es el caso de Nolde, pero creemos que a pesar de haber tratado de enmendar el sistema a través de la mezcla de la *lex loci solutionis* y la *lex loci contractus*, se siguen presentando dificultades normativas, lo cual era lo que se trataba de evitar.

Estos sistemas pueden presentar enormes ventajas, pero al mismo tiempo limitan al *comercium* internacional, el cual no se puede basar en un orden jurídico nacional que es lo que se hace a través de éstos sistemas.

C A P I T U L O I I I

OBSTACULOS QUE IMPIDEN LAS SOLUCIONES UNIFORMES EN LA APLICACION DE CONTRATOS

1. CONFLICTO DE CALIFICACION.

En los capítulos anteriores vimos como se trataba de resolver los conflictos de leyes en materia de contratos, a través de soluciones uniformes; -- aunque en la práctica internacional y debido al principio de independencia de los Estados, cada país es libre de establecer sus reglas de solución de conflictos de leyes. Teniendo por consecuencia que también cada país tendrá su propia calificación.

La calificación ha sido definida como: "la naturaleza jurídica de una institución" (35).

Se relaciona con los conflictos de leyes en vista de que antes de poder aplicar una regla de derecho internacional, habrá que determinar la naturaleza jurídica de la relación de derecho de que se trate; o sea, que haya sido calificada.

(35) Niboyet, J. P. "Principios de derecho internacional privado". trad. A. Rodríguez, Editora Nacional, 1965, p. 345.

Se ha sostenido que Kahn fué el primero en realizar un trabajo acerca del problema de las calificaciones, el cual fué publicado en 1891 y Bartin en 1897 también publicó un artículo en el "Journal de Droit International Prive".

Un problema que se puede dar es que habiendo uniformidad en relación a la ley aplicable, puede haber discordancia entre la ley a que somete la forma de los actos y la de la capacidad de las personas; ya que para un país puede ser forma, lo que para otra será capacidad. Existiendo por lo tanto un conflicto en relación a la naturaleza de la institución, habiendo que señalar primero su naturaleza para poder saber que ley es la que conocerá.

Niboyet nos dice que en la calificación estamos ante una bifurcación, al igual que el guarda-agujas envía los trenes en una u otra dirección, así el intérprete del derecho frente una institución deberá ver que dirección tomará ésta; siendo la ley aplicable la consecuencia.

Hay dos formas de determinar la calificación: de acuerdo al derecho común y conforme a los Tratados.

A falta de Tratado diplomático y de acuerdo con Bartin y Niboyet, -- además de otros muchos autores, la ley competente para fijar la calificación será únicamente la *lex fori*; o sea, la ley del Tribunal que conoce el asunto.

Basan su afirmación diciendo que es la única solución posible que se puede dar, ya que de no ser así se encerraría en un círculo vicioso; esto en el caso por ejemplo, de un testamento hecho por un holandés, estableciendo la ley francesa al igual que la holandesa, que la forma de los actos se registrará por la ley del lugar donde se celebren. Y la capacidad de acuerdo con la ley nacional-

del incapaz; pero para poder saber que ley es la competente, se debe hacer primero la calificación, así, rigiendo a la capacidad la ley nacional del individuo, será ésta ley la que nos de la calificación que buscamos.

Otro argumento que dan para la aplicación de la *lex fori*, es que a quien corresponde fijar las reglas de derecho internacional privado, es el poder soberano de cada país, dentro de sus límites. Siendo éste, el que fije las condiciones en que se apliquen éstas reglas. Siendo por lo tanto la calificación "una parte integrante del sistema de derecho internacional privado de cada país" (36).

Niboyet nos dice: "resolver un conflicto de leyes, implica en suma, dos operaciones: primera, dar una definición, después hacer una clasificación. La definición es la calificación: la clasificación no consiste más que en encontrar la ley competente. Son el anverso y el reverso de una misma cosa, cuyo conjunto constituye el sistema de derecho internacional privado de la *lex fori*" (37).

La razón por la que no se puede dar una solución uniforme en materia de conflicto de leyes, es que no hay común acuerdo en los conflictos de calificación. Ya que las legislaciones no han establecido una sola opinión acerca de lo que se debe entender por bienes, contrato de matrimonio, etc. Por lo que primero deben calificar del mismo modo, para poder dar la misma solución.

Para Frankenstein, en un conflicto de calificaciones entre la ley nacional del individuo y la ley de la situación de los bienes, se debe resolver, no por medio de la *lex fori*, sino a través de la *lex rei sitae*, que es la que

(36) Niboyet, J.P., op. cit. p. 349
(37) *Ibidem*, p. 349.

regula la situación de los bienes. Lo cual en opinión de Niboyet se trata, - sin que el autor se de cuenta de la aplicación de la *lex fori*; ya que al resolverse un conflicto de leyes, el que tiene el poder efectivo es el Tribunal que dicta la sentencia y entre el conflicto de derecho y hecho que se sucite, será la autoridad del país donde se juzga el asunto la que mande sobre su territorio. Siendo así la *lex fori* y la *lex rei sitae* las de un mismo país.

Los Tribunales franceses han fijado algunas veces las calificaciones, - siendo por lo general con apego a la *lex fori*. Como sucedió al tratar de resolver un conflicto en materia contractual. El caso era de un contrato de --- transporte de la wagon-lit, de Italia a Francia. Obligándose ésta compañía a proporcionar además del transporte, hospedaje; siendo el problema solucionar - si es un contrato de transporte o de hospedaje, ya que si se le considera como transporte, la ley que se aplique no será la misma que para la del hospedaje, - como sostenía una de las partes. Resolviendo el Tribunal de apelación de Roma, a través de su calificación, o sea la *lex fori*.

Para Bartín y muchos autores más, la calificación de bienes se debe hacer a través de la *lex rei sitae*, ya que es más fácil conocer la naturaleza de la cosa, si se aplica la ley del país donde se encuentre. A lo cual no está - de acuerdo Niboyet, objetando que si en otros casos se aplica la *lex fori*, también lo debe hacer en ésta.

Otra afirmación que hace Bartín, es que las partes al celebrar el contrato, casi siempre deciden que someterán éste a la ley del lugar de ejecución. Siendo este lugar el que señale la ley aplicable. Por lo tanto si las partes eligen la ley, también pueden elegir la calificación que determine ésta ley.

En lo que se refiere a la calificación con base en los tratados diplomáticos, se debe siempre, al hacer un tratado sobre conflictos de leyes, establecer la calificación. Así el tratado abarcará dos especies de reglas: una que solucione los conflictos de leyes y otra que dé la calificación para la aplicación de ésta regla.

2. ORDEN PUBLICO.

La noción de orden público, viene desde los orígenes del derecho internacional privado con el derecho estatutario, aunque éste concepto no es igual al que tenemos actualmente. Conociéndose más, al aparecer los códigos civiles; siendo a través de Story que los juristas angloamericanos del siglo XIX elaboraron su doctrina con base en la existencia de un public policy.

En Francia se conoce con el término de ordre public. Teniendo tanto public policy, como ordre public, el mismo significado.

"La noción de orden público se refiere al derecho que tiene un país para no aplicar la ley extranjera, cuando ésta aplicación la perjudique" (38).

Frankenstein, citado por Arce, nos dice que el orden público opone al principio de la territorialidad con el de la personalidad y no habiéndose determinado con precisión que es orden público en el plano internacional, cada país puede a su arbitrio encuadrarlo de acuerdo a sus intereses. Solo encontramos un principio científico internacional que nos señala dos tipos de orden público, uno es orden público absoluto y el otro relativo. El primero protege

(38) Arce G., Alberto. "Derecho internacional privado". México, Edit. de la U. de G., 1965. p. 114.

la reglamentación de instituciones determinadas y el segundo compara la legislación extranjera con la nacional, apreciándose desde el punto de vista social, ético y político. A lo cual nos dice Niboyet que no hay diferentes órdenes públicos, sino uno solo.

Duncker nos dice que "el orden público internacional ofrece las siguientes características: 1) es local, en el sentido de que es esencialmente variable en el espacio, de un país a otro; y 2) es actual, en el sentido de que cambia con el tiempo, de una generación a otra, aún dentro del mismo país" (39).

Pillet ha elaborado una doctrina en la cual dice que las leyes de orden público deben tener un carácter general para poder cumplir su objeto social. Siendo por lo tanto lo mismo leyes generales y leyes de orden público. Y ya que a través de la generalidad se realiza el objeto de la ley, su competencia será perfectamente normal. Siendo ésta la única ley competente.

Para Mancini el orden público es un motivo de inaplicación de la ley extranjera, declarada competente por la regla de conflicto. Miaja nos dice que ésta concepción es muy extensa, ya que "hace entrar dentro de él, los supuestos en que es competente normalmente una legislación distinta de la nacional del interesado" (40).

Lo mismo sucede con Weiss, quien en el concepto que da de orden público incluye las excepciones a su principio general de personalidad del derecho, dife

(39) Duncker Beggs, Federico. "Derecho internacional privado" 2a. ed., Chile, Edit. Universitaria, 1956. p. 414.

(40) Miaja de la Muela, Adolfo. op. cit. p. 362.

rente de la autonomía de la voluntad y de la aplicación de la regla *locus regit actum*.

En la razón de la amplitud que tiene el orden público, se ha tratado de delimitarlo. Un ejemplo de esto lo constituye la Conferencia de la Haya de 1894, ya que estableciéndose que en materia de sucesiones la ley aplicable sería la ley nacional del difunto. Se trató de determinar las excepciones a este principio en razón de la excepción de orden público. Pero no fué aceptada la lista de materias de la delegación alemana, por lo que en la Conferencia de 1900 propuso Holanda que cada país a través de una ley, redactara una lista de terminando en que materias por razón del orden público no se aplica la ley nacional, pero en 1925 no se hizo ya ningún intento.

Para Maury "el Estado considerado puede aceptar la aplicación de ciertas disposiciones extranjeras contrarias a su orden público, en razón de consideraciones propias a un Estado determinado con quien trata, sin aceptar, con ello, - considerarlos en lo adelante conformes a sus concepciones jurídicas fundamentales. La diversidad, la heterogeneidad del orden público internacional permanece siendo, no obstante, una excepción. La unidad constituye el principio" (41).

Savigny en su doctrina nos habla de orden público al referirse a la comunidad entre las legislaciones de los pueblos civilizados: en la cual se dan dos excepciones a la aplicación de la ley extranjera, siendo éstas: las leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatorias y las instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el foro. La primera en-

(41) Maury, J. "Derecho internacional privado", tr. José M. Cajica, México, Edit. Cajica, 1949, p. 324.

cuadra dentro del concepto de orden público.

En opinión de Quintín, para poder determinar las leyes de orden público, lo debemos hacer a través de uno de éstos dos puntos de vista: el estatal o el internacional.

"Desde el punto de vista estatal serán de orden público las leyes que el Estado quiera que lo sean, reduciéndose toda la labor del jurista a investigar la voluntad del Estado" (42).

Desde el punto de vista extranacional, el que se encarga de ver cuales son las leyes de orden público, será el orden jurídico internacional, excluyéndose por lo tanto a la voluntad del Estado.

La aplicación de la ley extranjera se tropieza con dificultades al verse frente a la excepción del orden público. Por lo cual de acuerdo con Miaja, las normas de conflicto estatales y las internacionales deben acompañarse de formulas de orden público, para que los juzgadores tengan un criterio seguro y se les limite el arbitrio en la aplicación de la excepción. Haciendose esto mediante dos formas: "una fórmula general de posible aplicación a todos los casos de competencia normal de una ley extranjera y fórmulas especiales para todos o para los mas frecuentes de éstos casos" (43).

En la ley polaca de 1926 solo se estableció una cláusula de reserva general, sin señalarse las reservas especiales.

(42) Alfonsín, Quintín. "El orden público". Montevideo, Peña y Cía. Imp., 1940. p. 185.

(43) Miaja de la Muela, Adolfo. op. cit. p. 371.

Para Vallindas, citado por Miaja, la reserva de orden público debe tener flexibilidad para que en cada caso se puedan apreciar mejor sus circunstancias, antes de determinar su aplicación.

Al hablar de los efectos del orden público, Niboyet nos dice que la -- excepción de orden público produce algunas veces un simple efecto negativo y -- en otros negativo y positivo.

Un ejemplo de esto es cuando la lex fori establece la prohibición de -- una ley extranjera, se debe respetar ésta prohibición; pero si además de prohi bir, ordena realizar determinado acto, se aplicará la ley fori para realizar -- este acto.

Teniendo en éste caso al prohibir, un simple efecto negativo y cuando -- prohíbe y además ordena, será primero negativo y después positivo.

A éste respecto, Goldschmidt dice que no se debe hablar de efectos po sitivos o negativos del orden público, en razón a que siempre se producen los -- dos.

Miaja nos dice que: "el orden público posee una esfera de eficacia pu ramente estatal: ningún Estado puede tener en cuenta mas que su propio orden -- público y no el de un país distinto" (44).

Una crítica que Miaja hace a la excepción del orden público es que se -- debe aplicar solo en casos extremos, cuando se vea la necesidad de no aplicar--

(44) Miaja de la Muela, Adolfo. op. cit. p. 375.

se la ley extranjera, pero graduándose sus efectos, dejando a salvo siempre -- que se pueda los derechos adquiridos.

3. FRAUDE A LA LEY.

Tiene sus orígenes en el derecho romano. Niboyet nos dice: "La noción de fraude a la ley, en derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su caracter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley" (45).

De acuerdo con ésta definición, podemos decir que se nos presenta cuando un individuo fraudulentamente se encuentra en una situación, en la cual -- realiza uno o varios actos lícitos, para la consecución de un resultado antijurídico. O sea que puede invocar una ley extranjera, a la cual normalmente no podría recurrir.

Un ejemplo clásico de fraude a la ley es el caso de los "divorcios migratorios": donde una persona desea divorciarse, pero las leyes de su Estado prohíben el divorcio; se va a otro Estado que si acepta, se naturaliza y obtiene así el divorcio.

En opinión de Duncker, el fraude a la ley debe tener los siguientes requisitos:

(45) Niboyet, J.P. op. cit. p. 441.

"a) La intención de eludir o burlar las disposiciones imperativas o prohibitivas de una legislación determinada;

b) El ánimo de sustituir dichas disposiciones por las de otra legislación;

c) El cambio, realizado deliberadamente con los fines indicados, de alguna de las circunstancias de conexión;

d) Dicho cambio debe ser real y efectivo; y

e) La legislación eludida o burlada debe ser la *lex fori*" (46).

Algunos niegan por completo la existencia del fraude a la ley dentro del derecho internacional privado como Lepaulle, Niedeker y otros la aceptan solo en los casos en que se refiera a los contratos, no así en los cambios de nacionalidad.

Niboyet reconoce la existencia de éste concepto y está de acuerdo en que se aplique para todas las materias.

Los defensores de la existencia del fraude a la ley como institución especial, sostienen que en determinados casos se debe hacer excepción a las reglas de derecho internacional privado que prescriben la aplicación de la ley extranjera, debiéndose aplicar en lugar de ésta, la ley nacional que se trató de eludir; sancionando con nulidad los medios, actos fraudulentos o solo alguna de las consecuencias.

Los que la impugnan, afirman por el contrario que las reglas de derecho internacional privado deben seguir teniendo vigencia, aunque se haya reali

(46) Duncker Beggs, Federico. op. cit. p. 423.

zado el acto con el propósito de burlar una legislación, aplicando la ley que éstas normas señalen como competente, sin que se tenga que aplicar sanción alguna por una supuesta violación de la ley nacional, ya que ésta ha dejado de ser aplicable.

Los impugnadores de la institución de fraude a la ley como institución jurídica especial en derecho internacional privado sostienen:

a) El hombre es libre de elegir la legislación que le sea más favorable. "El acto de acogerse a los beneficios de una regla de derecho internacional privado es pues perfectamente lícito; el que lo hace ejercita un derecho y no viola la ley que se supone eludida, sino que por el contrario, da cumplimiento a sus preceptos de derecho internacional privado que la declararon inaplicable y que, con la sola condición de que se cumplan tales o cuales circunstancias, dan competencia a una ley extranjera" (47).

b) Al aceptarse la institución del fraude a la ley, obliga a precisar en cada caso cual es la intención del que efectúa el acto, lo cual es difícil de probar, ya que forman parte del fuero interno de los individuos. No es posible que el efecto de las reglas del derecho internacional privado dependa de condiciones tan inciertas.

c) La noción que se da de orden público internacional es muy amplia, ya que permite que los jueces no apliquen la ley extranjera y en cambio la sustituyan por la ley nacional. Así que es suficiente ésto y no hay necesidad de crear una institución especial.

(47) Duncker B., Federico. op. cit. p. 428.

Miaja propone dos formas de defensa contra el fraude a la ley: el preventivo y el represivo. El primero se lleva a cabo cuando la persona que se encarga de autorizar el acto lícito, se da cuenta de la producción del resultado antijurídico. Y si no es suficiente con ésto para evitar el fraude a la ley, una vez realizado, se debe recurrir a la nulidad del acto que lo produjo.

De acuerdo con Maury, la noción de fraude a la ley debe unirse a la de abuso de derecho. Ya que todo individuo tiene el derecho de cambiar de nacionalidad cuando así lo quiera; pero abusa de éste derecho, cuando por medio de éste, escapa a su derecho nacional.

Teóricamente el orden público y el fraude a la ley tienen un elemento común y uno diferencial. El común es que los dos actúan como características negativas de la norma de conflicto, siendo el fraude a la ley de tipo legal y el orden público de la consecuencia jurídica. Y en cuanto a la práctica, el resultado es idéntico, ya que los dos se oponen a la aplicación de la ley extranjera.

Podemos encontrar algunas leyes que proveen la evasión de las normas del país en materia matrimonial, como sucede con el Código Civil Suizo, que en su artículo 59 establece: "Un matrimonio concluido en el extranjero, según el derecho allí en vigor, se considera válido en Suiza, cuando su conclusión no haya realizado en el extranjero con el fin manifiesto de eludir las causas de nulidad del derecho suizo".

Contrario a ésto, el Código Civil argentino, en su artículo 159 dispone: "la validez del matrimonio, en ausencia de poligamia o incesto, se rige por la ley del lugar en que ha sido celebrado, aunque los contrayentes hayan

abandonado su domicilio, para no deber someterse a las formas de la ley allí en vigor".

La determinación de los efectos del fraude a la ley es difícil, ya que hay escasa legislación acerca de la evasión en derecho internacional privado y muchas veces para fijar sus efectos se debe recurrir al criterio judicial. En algunos casos ni la infracción abierta de la ley ni la fraudulenta, traen como consecuencia la nulidad del acto. Y en otros casos en que por medio del fraude se realizan varios actos, la jurisprudencia de los países que admiten el fraude, no ésta segura si debe anular los dos actos, o solo el primero. Para Miaja "ésta última solución es ilógica: si la naturalización es válida, el divorcio pronunciado en el extranjero afecta a personas que han dejado de ser nacionales, careciendo de contacto actual con la legislación del país defraudado. Declarar, por el contrario, que una persona no posee la nacionalidad que le ha conferido otro Estado, es claramente mezclarse en asuntos interiores de éste" (48).

Los tribunales franceses, apoyándose en el adagio "fraus omnia corrumpit" (el fraude todo lo corrompe), han establecido que la exclusión de un precepto legal a través del fraude a la ley es ineficaz y debe aplicarse la ley que se trató de evadir.

Los Tribunales alemanes creen que a través del orden público internacional es suficiente para combatir el fraude a la ley, por lo cual no hay necesidad de crear una institución jurídica diferente.

(48) Miaja de la Muela, Adolfo. op. cit. p. 390.

De acuerdo con Arce, nuestras leyes mexicanas unen a la noción de fraude a la ley con la de orden público. Ya que México tiene un derecho absolutamente territorialista, tanto para los extranjeros que se encuentren en el territorio, como en lo que ve a las leyes de los diversos Estados.

El fraude a la ley cometido por un extranjero, no tiene importancia para las leyes mexicanas, ya que esa misma ley aplicable a todos los extranjeros, no solo autoriza, sino que obliga a que en todo caso se aplique la ley mexicana, sin que importe que esa estimación pueda o no defraudar la ley nacional.

El Código Civil, en el artículo 12 establece: "Las leyes mexicanas, - incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, - estén domiciliados en ella o sean transeúntes". Y el 13 dice: "Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código".

Aún cuando el extranjero tenga intención de obedecer su ley nacional, - intención que excluye el fraude en México, tiene que cumplir la ley mexicana.

En relación a los mexicanos que se encuentren en el extranjero, del cual nos hablaba el artículo 13, se sancionará con nulidad si se realizan fraudulentamente en otro país y se quieren hacer valer en la República Mexicana.

En los casos en que se afecte el interés público, se llevará a cabo lo anterior, no así cuando se trate de intereses privados que no afecten ese interés o que no perjudiquen a terceros.

C A P I T U L O I V

CONTRATO ENTRE PERSONAS AUSENTES

1. DIFERENCIA DEL CONTRATO ENTRE PERSONAS AUSENTES Y PRESENTES

En los contratos entre personas ausentes o distantes, el consentimiento se manifiesta a través del mensajero, de la correspondencia postal y el telégrafo.

En el caso del contrato por mensajero, se refiere cuando éste remite la declaración de voluntad sin tener facultades para obligar a su comitente, no así el caso en que éste mensajero tenga poder para representar a su mandante o comitente, contratando personalmente con la otra parte, ya que en éste caso sería un contrato entre presentes.

Otro medio a través del cual se pueden comunicar, es el teléfono, del cual se han sostenido dos puntos de vista: unos consideran que se trata de un contrato entre personas ausentes y otros opinan que es entre personas presentes.

Entre los que afirman que se trata de un contrato entre personas presentes, se encuentra Jossierand, el cual nos dice que no se debe considerar co

mo contrato entre personas distantes, aunque realmente lo estén, debido a la simultaneidad de la comunicación. Entre los que opinan que se trata de un contrato entre personas ausentes, se encuentran Parquier, Bianchi y otros autores más.

Nosotros nos adherimos a la opinión de considerarlo celebrado entre -- personas presentes, en virtud de encontrarse éstas, aunque a gran distancia; - en relación inmediata, auditiva y verbal.

Por lo cual podemos establecer, que la diferencia entre contrato celebrado por personas ausentes y presentes, radica en que, en los primeros, los - contratantes no se encuentran entre sí en comunicación directa, inmediata, con la voz o con las señas, cualquiera que sea la distancia material que los sepa re, comunicándose entre sí, a través de la correspondencia epistolar o telegrá fica; en cambio, en los contratos entre personas presentes, éstas se encuen-- tran en directa, inmediata comunicación, pudiéndose cambiar directa, inmediata mente, de palabras o por señas, las propias ideas y las propias voluntades con tractuales.

.Siendo por lo tanto el medio de comunicación, y no la posición mate--- rial de los contratantes, lo que diferencia al contrato entre personas presen tes y ausentes.

Para Stolfi, citado por Muñoz, "en vez de hablarse de contrato entre - presentes y ausentes, debiera emplearse otra terminología: contratos por rela ciones inmediatas y mediatas, o por medio de intermediarios" (45).

(45) Muñoz, Luis. "Derecho comercial y contratos". Buenos Aires, Editora Argentina, 1960, Tomo I.p. 263.

La importancia que tienen los contratos celebrados por medio de la correspondencia, radica, en que las relaciones comerciales se van ampliando cada vez más, viéndose los comerciantes en la necesidad de efectuar sus negocios -- con personas que se encuentran en otros países, por lo cual tienen que recurrir a la celebración de éstos contratos por correspondencia, ya sea epistolar o telegráfica.

2. OFERTA Y ACEPTACION

En el primer capítulo dijimos que posteriormente hablaríamos con más amplitud acerca del consentimiento, y creemos que éste es el momento para hacerlo.

Decíamos que el consentimiento "es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior" (46).

Teniendo éste consentimiento, de acuerdo con Gutiérrez y González, dos elementos:

1. Propuesta, oferta o policitud; y
2. Aceptación.

Respecto al primer elemento, o sea la oferta, Gutiérrez y González se inclina más por el término "policitud". Entendiéndose por éste concepto: "Una declaración unilateral de voluntad, recepticia, tácita o expresa, hecha a

(46) -----
Gutiérrez y González, E., op. cit. p. 172.

persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el proponente, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad" (47).

Desglosando éste concepto, se derivan los siguientes elementos:

- "a) Es una declaración unilateral de voluntad;
- b) Recepticia;
- c) Tácita o expresa;
- d) Hecha a persona presente o no presente;
- e) Hecha a persona determinada o indeterminada;
- f) Debe contener los elementos esenciales de un contrato que se desee celebrar;
- g) Debe hacerse en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad" (48).

Se considera a la policitud como una declaración unilateral de voluntad, definiéndose a ésta como: "la exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, porque la ley así lo determina" (49). Siendo ésta declaración unilateral, fuente generadora de obligaciones, por lo cual la oferta o policitud que se hace para celebrar un contrato, será obligatoria de acuerdo a la ley.

(47) Gutiérrez y González, E. op. cit. p. 174.

(48) Ibídem. p. 174.

(49) Ibídem. p. 369.

Al afirmarse que la policitación es recepticia, se dice en virtud de - que la declaración de voluntad surtirá efectos, hasta que se reciba y fusione con la aceptación.

Al referirnos a que la policitación sea tácita o expresa, el artículo- 1803 del Código Civil vigente nos dice al respecto:

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se - manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resul tará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, ex- cepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

La policitación puede ser hecha a persona presente, determinada o inde terminada; o sea, que el policitante puede proponer la celebración del contra- to a una persona que se encuentre en su presencia, o a alguna distante, comuni cándose por medio de las vías de comunicación. Y también a persona indeterminada o determinada en cuanto que puede hacerse la proposición a toda una colec tividad, o solo a una.

Deberá tener todos los elementos esenciales del contrato que se va a - celebrar, en cuanto que el proponente debe cumplir con los elementos que mar-- que la ley como necesario para que se forme el contrato, ya que si no lo hace-- así, no tendrá fuerza obligatoria la policitación.

También el oferente, hará la policitación, siempre con el ánimo de que su propuesta lo obligue posteriormente a cumplir con lo que ofrece, con inten- ción de producir efectos de derecho que desee respetar.

En cuanto a la aceptación, la definición que Gutiérrez y González nos da, es la siguiente: "Una declaración unilateral de voluntad mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta", o bien "Una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un "sí" (50).

De éste concepto, se desprenden también los siguientes elementos:

- "a) Es una declaración unilateral de voluntad;
- b) Expresa o tácita;
- c) Hecha a persona determinada;
- d) Hecha a persona presente o no presente;
- e) Seria;
- f) Lisa y llana;
- g) Por medio de ella se expresa la adhesión a la propuesta;
- h) Se reduce a un "sí" (51).

La aceptación, al igual que la propuesta es una declaración unilateral de voluntad, por las razones anteriormente expresadas, y puede ser expresa o tácita de la misma forma que también lo puede ser la propuesta.

En lo que se refiere, si el silencio puede producir efectos jurídicos de aceptación, para integrar el consentimiento; Gutiérrez y González nos dice que debemos diferenciar entre la aceptación tácita y el silencio. Siendo la -

(50) Gutiérrez y González, E. op. cit. p. 179.

(51) Ibídem. p. 179.

primera resultado de ciertos hechos o actos que la presupongan o autoricen a -presuponerla. En cambio, el silencio, es la ausencia de manifestación de la voluntad.

Así que de acuerdo con éste autor, el silencio produce efectos de aceptación y da lugar al consentimiento, solo cuando la ley así lo determine.

La aceptación solo puede darse por la persona a la que se hizo la policitación, propuesta u oferta. No así a las personas indeterminadas.

Al decir que la aceptación sea lisa y llana, se quiere dar a entender que se haga en tal forma que contenga las mismas condiciones de la propuesta, en caso contrario daría lugar a una nueva policitación. Reduciéndose por lo tanto la aceptación a un "si".

En cuanto a los efectos jurídicos de la propuesta y la aceptación, será la obligación que el proponente tiene de sostener su oferta, en los términos que la hizo, hasta que tenga conocimiento de acuerdo con la ley, que el destinatario acepta o rechaza esa proposición; al igual, el aceptante queda obligado por su aceptación.

A éste respecto el artículo 1804 del Código Civil dice: "Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo".

Ya que se externe la propuesta y se acepte ésta lisa y llanamente, se integra el consentimiento. Y cuando éste se integra y además hay objeto, se perfecciona el contrato.

De acuerdo con Gutierrez y González, es de gran importancia determinar

en que momento se perfecciona el consentimiento, dependiendo ésto de que:

"1) Hasta ese momento estuvieran surtiendo efectos autónomos las voluntades del policitante y la del aceptante, y no pudieran por lo mismo dar marcha atrás.

2) Se sepa si las partes tenían o no capacidad para obligarse.

3) Se determine cuál es la ley aplicable al acto jurídico, si es que la ley sufrió alguna reforma o derogación entre el momento de la propuesta y la aceptación, esto es, saber cuál ley debe aplicarse, la anterior o la nueva.

4) Se pueda determinar el momento en que se transmite el dominio de los bienes, si sobre ese tipo de acto versa el acuerdo de voluntades.

5) Se determina a cargo de quién corre el riesgo de la pérdida de la cosa, cuando no media culpa". (52)

3. SISTEMAS DOCTRINALES ACERCA DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO.

Los autores y las leyes, no se han puesto de acuerdo acerca del momento en que se considere perfeccionado el consentimiento, tratándose de personas ausentes, por lo cual se han propuesto cuatro sistemas principales:

1. Sistema de la declaración. De acuerdo con éste sistema, el consentimiento entre personas ausentes, se perfecciona hasta el momento en que el destinatario de la propuesta, manifiesta o declara en cualquier forma, inclusi

(52) Gutiérrez y González, E. op. cit. p. 185.

ve verbalmente, su aceptación.

Se ha criticado éste sistema, diciendo, que presenta el problema de no poder probar que la aceptación se hizo por el destinatario, pudiéndose por esto, revocar la aceptación, en perjuicio del proponente.

2. Sistema de la expedición. En éste sistema se tiene por perfeccionado el consentimiento, cuando el destinatario de la propuesta, una vez enterado de ésta, declara su aceptación, la expide, y sale de su control.

3. Sistema de la recepción. Esta tesis afirma que el consentimiento se perfecciona hasta que la aceptación llega al oferente y la recibe.

La ventaja que tiene éste sistema sobre el anterior, es que el oferente puede conocer la respuesta afirmativa, pero se critica, porque se dice que no basta la posibilidad de conocer la aceptación, sino que debe ser efectivamente conocida.

4. Sistema de la información. Aquí, el consentimiento se perfecciona en el momento en que el oferente se entera o informa de la aceptación que de su propuesta hizo el destinatario de la misma.

Entre los seguidores del sistema de la expedición, encontramos a Aubry y Rau, y entre los que están de acuerdo con el de la información, está Laurent.

La Corte de Casación Francesa no acepta ninguno de éstos sistemas, y afirma que en los contratos por correspondencia, el consentimiento se perfecciona dependiendo de las circunstancias de cada caso, ya que el momento de perfeccionamiento es una cuestión de hecho y no de derecho.

Planiol propone un sistema en el que dependa de la voluntad de las partes decidir cual será el momento de formación del contrato, a partir de que se manifieste la oferta. Pero en el caso de que no se determine expresamente, se fijará la fecha, interpretando la voluntad de las partes, de la siguiente manera:

1. Cuando una aceptación resulta implícita de un acto del destinatario, siempre que no sea una declaración expresa de voluntad. Se formará el contrato el día en que se realizó el acto consecutivo de la aceptación.

Si la aceptación se funda en el silencio prolongado, se formará el contrato, no en la fecha de recibo de la oferta sino cuando, por no haberse recibido respuesta negativa, el oferente estima celebrado el contrato.

2. En caso de cruzarse la correspondencia, aceptando y revocando la oferta, la primera que llegue a su destino es la que vale.

En caso de que la oferta sea a varias personas, la aceptación que primero conozca el oferente, será la que perfecciona el contrato.

3. La voluntad de las partes en ésta materia es soberana, por lo que los Tribunales de instancia pueden comprobar, si el oferente quiere obligarse, antes de conocer la aceptación o al conocerla.

También señala Planiol, una serie de objeciones que se han hecho al sistema de información, que adopta en parte:

1. Dice que si se exige que el oferente tenga conocimiento de la aceptación, es necesario para que se perfeccione el contrato que el aceptante co-

nozca la llegada de su aceptación al oferente y así sucesivamente, lo cual lle va como conclusión que se suprima la posibilidad de contrato entre ausentes. - Por lo cual éste sistema se basa en la concepción metafísica del concurso de - voluntades; lo cual hace imposible el contrato entre ausentes.

El verdadero fundamento es que el oferente conozca la aceptación a tra ves de la cual se va a dar el contrato, quedándose mientras, suspendido el negocio, a menos que se haya estipulado el cumplimiento inmediato. Por lo cual no queda formado el contrato, si se cruzan en el camino dos ofertas, una de -- venta y otra de compra, si una de ellas no ha sido aceptada.

2. Se ha dicho que retrasar la fecha de formación de los contratos -- hasta que se tenga conocimiento de la aceptación, ocasiona dificultades a las transacciones mercantiles. A lo cual Planiol dice que el que tenga urgencia - de obtener una prestación dada, puede ordenar que ésta se cumpla al momento en que se reciba su demanda.

3. Se ha afirmado que es muy favorable señalar como fecha del contra- to, el día que entregue el correo, la carta o el telegrama. Fijándose así, - de cierta manera el momento de la aceptación. Esto solo se puede dar en el -- sistema de la declaración. En el sistema de la expedición no se puede dar es- to, ya que no es posible tomar como formado el contrato cuando la carta de --- aceptación se pierda y no pueda llegar a manos del destinatario.

4. Se ha dicho a favor del sistema de la recepción, que impide toda - discusión y posibilidad de fraude. Cosa que no sucede con el sistema de la in formación, cuando la carta llega dentro del plazo, pero el oferente no se en-- cuentra en su domicilio y se entera hasta que expira el plazo. Pero esto para

Planiol no se puede aceptar, ya que facilitaría al fraude, porque es el remitente de la carta el que debe correr los riesgos. "En otros términos, la presunción del conocimiento a partir de la recepción, impuesta por motivos decisivos, es irrefragable para el que recibe la carta, pero no para su remitente" - (53).

A pesar de lo anteriormente expuesto por Planiol, creemos que el sistema más conveniente es el de la información. Ya que nos parece el más completo y seguro.

"La cuestión de saber en que momento se forma el contrato por correspondencia, dice Despagnet, está fuera del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes y no procede buscar a este propósito, cual es la ley a la que se han referido ellas. Asser opina, que éste es un asunto que compete a la legislación interior de los Estados, y apoyándonos en tan valiosas opiniones, creemos que tiene razón Valery cuando afirma, por su parte que la cuestión debe ser resuelta por cada legislador que estableciendo un principio racional en armonía con el espíritu de su propia legislación, que sin preocuparse de la divergencia de las leyes extranjeras, determine cuando y en que momento se formó el convenio, mientras un acuerdo internacional unifique ésta materia" (54).

Para el derecho italiano, el perfeccionamiento del contrato lo regula el artículo 1326 del Código Civil, el cual dice:

"El contrato se concluye en el momento en que quien ha hecho la pro--

(53) Planiol Marcelo y J. Ripert, op. cit. p. 222.

(54) Matos, José. "Curso de derecho internacional privado". Guatemala, Talleres Sánchez y de Guise, 1922. p 388.

puesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. La aceptación debe llegar al proponente dentro del término establecido por él o del ordinariamente necesario, de acuerdo con la naturaleza del negocio o según los usos.

El proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal -- que de aviso inmediatamente a la otra parte.

Cuando el proponente requiere para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si fuese dada en una forma distinta".

La importancia que encierra el saber la fecha de formación del contrato, es que ésta determina que ley, en el caso de que durante el periodo de -- formación del contrato empiece a regir una nueva ley, desde el punto de vista de su validez y sus efectos; "salvo la intervención implícita o explícita de -- las partes, en la medida en que ésta puede surtir efectos, en cuanto a la apli cación de la ley anterior o, si se trata de alguna disposición imperativa y re troactiva, a la caducidad de la oferta" (55).

También es importante conocer la fecha de formación del contrato en -- los casos en que un acreedor quiera ejercitar la acción pauliana, como ante-- rior al acto fraudulento.

Otro caso es cuando varios terceros adquieran derechos sobre un mismo- objeto de una misma persona y se quiera saber quien tiene preferencia.

La importancia que tiene conocer el lugar en que se perfecciona el con trato radica en que si las partes están una frente a otra o la comunicación la

(55) Planiol y Ripert. op. cit. p. 222.

hacen por medio del teléfono, el proponente puede, en ese mismo momento y antes que el destinatario haga la aceptación retirarla. Sin que por éste motivo se pueda hablar siquiera de una revocación, ya que se trata de su inmediato -- aniquilamiento. No sucediendo lo mismo con el destinatario, al querer retirar su aceptación ya emitida, ya que en éste caso el retiro aunque inmediato, se da cuando el contrato ya es perfecto.

4. SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE 1928 Y DEL CODIGO DE COMERCIO.

Nuestra legislación no es uniforme respecto al sistema mediante el -- cual se perfecciona el contrato entre personas ausentes.

El Código Civil estima como más conveniente el sistema de la recepción, como regla general, con un caso de excepción donde acepta el sistema de la información.

La regla general la encontramos en el artículo 1807, el cual dice:

"El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la -- aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes".

La excepción la encontramos en el contrato de donación, ya que el artículo 2340 dispone:

"La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador."

En cambio, el Código de Comercio adopta el sistema de la expedición, -- determinando en el artículo 80:

"Los contratos mercantiles que se celebran por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fué modificada.

La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado".

Al respecto nos dice Gutiérrez y González: "Esta adopción del segundo sistema se justifica en la materia mercantil, pues ésta como ya lo apunta Viva mente requiere y lleva en si una mayor celeridad" (56).

Este artículo del Código de Comercio, fué tomado del artículo 51 del Código Civil español. Y en nuestra opinión, lo que se consigue a través de esta disposición, es restarle toda la eficacia a los contratos por medio del telégrafo, ya que no producen obligaciones, sin la existencia de un convenio escrito y previo que admita ésta forma de contratación; y en el caso de que las partes tengan urgencia de contratar por éste medio, necesitan llevar a cabo con anterioridad el convenio, resultando ésto sumamente tardío e ineficaz. Siendo que la razón por la que se permitió realizar los contratos por medio del telégrafo, fué para hacerlos más rápidos, prestando con ésto mayores facilidades a las transacciones mercantiles, ya que todas las excepciones a favor del Código de Comercio, se han hecho con ese fin; pero en éste caso, no se consiguió el objeto que se perseguía por ser la disposición a que nos referimos,

(56) Gutiérrez y González, E., op. cit. p. 190.

demasiado restrictiva.

El Código Civil vigente, nos dice en relación al contrato hecho por te
légrafo, en su artículo 1811:

"La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si -
los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de
contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las fir-
mas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos".

A) Oferta con plazo. En este caso, el consentimiento se perfecciona
si el peticionante recibe la oferta dentro del plazo que confirió al destinata-
rio para aceptar la propuesta que se le hace; el artículo 1804 nos dice:

"Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijando
le un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del -
plazo".

B) Oferta sin plazo. Al respecto, el artículo 1806 establece:

"Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no pre-
sente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiem
po necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juz
gue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad-
o dificultad de las comunicaciones".

C) Aceptación modificando la propuesta. El Código Civil en su artícu-
lo 1910 nos dice:

"El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso, la respuesta se considerará como nueva proposición, -- que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores".

D) Fallecimiento del proponente. El artículo 1809 dice:

"Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin -- que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél -- obligados a sostener el contrato".

E) Retracción del proponente. Artículo 1808:

"La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el de destinatario recibe la retracción antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación".

5. INCONVENIENTES DEL CONTRATO CELEBRADO POR CORRESPONDENCIA.

Planiol nos señala tres riesgos de transmisión de las declaraciones de voluntad, los cuales son:

1) Pérdida o ausencia de transmisión. -- Cuando una oferta no llega a poder del destinatario, se considera como inexistente; ocurre lo mismo con la aceptación, a excepción de los posibles efectos del silencio. Teniendo los -- riesgos que emite la declaración.

2) Retraso de la transmisión. -- Si la aceptación no llega al proponente en el plazo fijado, por retraso de la transmisión, no por culpa de una de -- las partes, el contrato no se considera formado. Si se retrasa la transmisión-

de la oferta, el oferente no incurrirá en responsabilidad.

Siempre se tienen que tomar en cuenta esos retrasos, ya que pueden perjudicar al aceptante, impidiendo la formación del contrato.

3) Errores en la declaración transmitida.- Si el error en el contexto, se comete por el que emite la declaración, será éste el responsable, a excepción de que manifieste su error y sea el destinatario el que no pida su rectificación, cometiendo por esto culpa grave.

La correspondencia telegráfica puede sufrir algunos inconvenientes como son que se cometan errores de transmisión del despacho, o en la traducción de los signos recibidos, al igual que se puede retardar excesivamente la entrega del telegrama al destinatario. Correspondería pues a la administración telegráfica resarcir el daño por su culpa.

Pero la administración telegráfica, en su reglamento e impresos, repite la cláusula de no asumir responsabilidad alguna por los errores y retardos telegráficos. A lo más reembolsa la tasa pagada. Y si el telegrama ha sido certificado, corresponde una indemnización fija.

Al efecto podemos observar las condiciones que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por medio de la Dirección General de Telégrafos Nacionales, incluye al reverso de cada telegrama, siendo éstas:

"1^a Mensajes ordinarios. Los mensajes pagados con tarifa ordinaria se transmiten por el turno que les corresponda, según su hora de depósito y sin preferencia de ninguna clase.

2º Mensajes urgentes.- Los mensajes urgentes causan doble precio de -
tarifa y se transmiten con preferencia a los ordinarios.

3º Mensajes colacionados.- Pagarán doble precio de tarifa y serán con-
frontados del modo siguiente: El telegrafista que reciba el mensaje lo repeti-
rá al que lo haya transmitido, a fin de que ambos se cercioren de que todas --
las palabras del mensaje han sido transmitidas y recibidas con exactitud.

4º Entrega de mensajes.- Los mensajes serán llevados al domicilio que
en ellos se indique, y toda aclaración a este respecto se hará a costa del in-
teresado. No se contrae responsabilidad alguna por la no entrega de mensajes-
que carezcan de domicilio y, por lo tanto, los mismos se aceptan a riesgo ex-
clusivo del expedidor.

5º Repetición de mensajes.- Cuando alguna persona reciba un telegrama
y dudando de la exactitud de su contenido solicite se le repita por la oficina
de origen, se pedirá inmediatamente dicha repetición; pero en la inteligencia
de que el valor de los telegramas que se crucen con este motivo serán pagados
por el interesado en caso de que no resulte ninguna falta en las líneas tele-
gráficas.

6º No se contrae responsabilidad ni por las equivocaciones ocasiona--
das por escritura incorrecta, ni por las que ocurran en mensajes escritos en -
idiomas extranjeros o en clave.

7º No se responde por trastornos en el servicio causado por fuerza ma-
yor.

8º No se contrae responsabilidad alguna respecto al servicio de lí---

neas extrañas a la Red Nacional.

9^o En caso de falta en las Líneas Telegráficas Nacionales, debidamente comprobadas, por toda indemnización se reembolsará al interesado el importe satisfecho del mensaje.

10^o El importe de las contestaciones pagadas no es reembolsable aun cuando no se haya hecho uso de ellas por los interesados.

11^o En caso de que los empleados del Ramo alteren dolosamente el texto de algún mensaje o cometan cualquier otro delito en el servicio, quedarán sujetos a las penas correspondientes conforme a la Ley.

12^o Toda reclamación deberá hacerse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del mensaje que la motive".

Algunos escritores han discutido ésta cláusula y para la mayoría no sirve, ya que el Telégrafo se ejerce por el Estado con el sistema de monopolio. Se está, por tanto, obligado a servirse de la única administración telegráfica gubernativa. Siendo por lo tanto ésta cláusula impuesta, ya que se violenta la voluntad del expedidor.

Bolaffio no comparte ésta opinión, y dice que: "La administración en la cláusula indicada no violenta a nadie. Quien quiere un servicio más rápido y mayores garantías en la transmisión y entrega de los telegramas, debe pagar una compensación mayor. Así, si quien expide el despacho quiere asegurarse de que será entregado al destinatario, que pida el acuse de recibo; pagando un suplemento de tasa, conocerá, por telegrama o por correo, la fecha y la hora -

de la entrega del telegrama al destinatario" (56).

Por lo cual, la administración pagará una indemnización, si el telegrama se retrasa en forma excesiva, lo mismo sucede con una carta certificada.

En una recomendación que el maestro Othón Pérez, hiciera en su cátedra de Obligaciones, opinaba que es más conveniente, al hacer un contrato por correspondencia, efectuarlo a través de una tarjeta abierta certificada; donde al mismo tiempo que el contenido de ésta sea visible a simple vista, se cancele con el matasellos de la oficina de correos. Ya que se puede dar el caso de que dolosamente se cambie el contenido de la carta cuyo sobre viene sellado, - no pudiéndose hacer así en el caso de la tarjeta abierta. Nosotros estamos de acuerdo con ésta idea.

6. LA PRUEBA DEL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA.

La prueba de un contrato significa en su aspecto esencial, el acreditar la existencia de dicho acto jurídico, y se distingue de la forma, en que ésta última integra necesariamente al contrato, si se le considera como el hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta o la integra, en la medida concreta impuesta por la ley en el contrato formal.

Para Pallares, se considera como documento, "lo que está escrito y cuyo contenido puede ser comprendido. No importa la materia sobre la cual se escriba: en papel, piedra, incluso los ladrillos como se acostumbraba

(56) Bolaffio - Roco - Vivante, "Derecho Comercial". trad. Vitervo y Sentis, Buenos Aires, Edecar, Editores, 1948. Tomo III, p. 362.

entre los asirios, cuyas bibliotecas estaban formadas por cantidad enorme de -- esos documentos hechos de arcilla" (57).

A los documentos se les puede clasificar en: solemnes, públicos, au-- téticos, privados, declarativos, informativos, anónimos, normales, autógra--- fos, heterógrafos, originales, copias y documentos en blanco.

Se ha definido a los documentos privados, en oposición a los públicos, de la forma siguiente: "Documentos privados son los escritos que consignan -- hechos o actos jurídicos realizados entre particulares" (58).

A lo cual, el artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para -- el Distrito y Territorios, nos dice:

"Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no es-- tén autorizados por escribano o funcionario competente".

Cuando los documentos consignan obligaciones, deben firmarlo todas -- las personas que tengan esa obligación, en caso de que alguno no sepa firmar, -- lo hará otro a su ruego, poniendo su huella en el documento. Desde luego, hay documentos privados que no son firmados, como en el caso de los libros de con-- tabilidad mercantil.

(57) Pallares, Eduardo. "Derecho procesal civil". México, Porrúa, 1961. p. 402.

(58) Becerra Bautista, José. "El proceso civil en Méxco". 2a. ed. México, Porrúa, 1965 p. 122.

De acuerdo con Becerra, "las cartas o sea la correspondencia que puede dar vida a relaciones jurídicas, fueron clasificados por los Glosadores en: - narratorias, exhortatorias, laudatorias, petitorias, etc., por la infinita variedad que en la práctica pueden tener" (59)

Principios de la prueba documental:

1. Se tiene como autor del documento, el que manda hacer éste, y no el que lo hace materialmente.
2. Tiene mucha importancia la fecha de los documentos, ya que algunas veces determina su validez.
3. Se entiende por fecha, la indicación del lugar y día en que se hizo el documento. Aunque algunas veces la ley exige también la hora.
4. La suscripción de los documentos tiene por objeto hacer constar -- quien es el autor del mismo.
5. La suscripción es a veces una condición de validez del acto jurídico. El Código Civil exige que se firmen los contratos.
6. La suscripción debe contener el nombre y el apellido del autor del documento.
7. La presunción de verdad que se deriva de la suscripción de un documento, no se extiende a las palabras intrerreglonadas, adicionales, apostilladas y tachadas, excepto cuando están salvadas, pero éste principio no puede aplicarse con rigidez, porque en ocasiones puede suceder lo contrario.

(59) Becerra Bautista, José. op. cit. p. 123.

8. La copia hace fé de la existencia del original, no del hecho documentado, pero como a su vez, el original hace fé del hecho documentado, aquel tiene la misma eficacia que este, aunque en segundo -- grado.
9. Los telegramas y los libros de comercio de los comerciantes, constituyen una excepción al principio de que el documento debe estar -- suscrito para que haga fé contra su autor.

La eficacia probatoria de los documentos privados y su naturaleza jurídica, se rigen por los siguientes principios y disposiciones legales:

1. Artículo 414, del Código de Procedimiento Civiles:

"Los documentos privados sólo harán prueba plena y contra su autor, -- cuando fueren reconocidos legalmente. En el reconocimiento expreso de documentos privados es aplicable lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo -- 402".

2. Artículo 417:

"El documento que un litigante presenta, prueba plenamente en su contra, en todas sus partes, aunque el colitigante no lo reconozca".

3. Artículo 335:

"Del reconocimiento se levantará acta, que firmarán los que a él concurren, asentándose los puntos que los provocaron, las observaciones, declaraciones de peritos y todo lo necesario para esclarecer la verdad. En el caso en -- que el juez dicte la sentencia en el momento mismo de la inspección, no se ne-

cesitan esas formalidades, bastando con que se haga referencia a las observaciones que haya provocado su convicción.

Quando fuere necesario se levantarán planos o se sacarán vistas fotográficas del lugar u objetos inspeccionados".

4. "Los documentos privados no hacen prueba plena por sí mismos como los documentos públicos. Necesitan ser autenticados previamente. La autenticación se lleva a cabo por el reconocimiento tácito o expreso hecho por el autor del documento o su representante legal. En defecto de reconocimiento, se pueden autenticar por testigos que declaren que el documento fué expedido por la persona que en el aparece como su autor". (60)

5. "Sostienen la mayoría de los autores que el documento privado solo hace fé contra terceros para probar la convención o disposición que en el se contiene, cuando tenga fecha cierta pues de lo contrario podría ser antedatado con perjuicio de aquellos" (61)

6. "Las cartas pueden probar la existencia de un contrato cuando la ley autoriza la celebración del mismo por medio de documentos. Respecto de ellos, los tratadistas analizan el problema relativo a determinar quien debe ser considerado como su dueño con facilidades bastantes para presentarlas en juicio" (62).

Documentos en idioma extranjero:

(60) Pallares, Eduardo. op. cit. p. 415.

(61) Ibídem, op. cit. p. 415

(61) Ibídem, op. cit. p. 415

Los documentos públicos y privados pueden ser redactados en idioma extranjero, pero se deben acompañar de su traducción castellana para dar vista a la contraparte. Si ésta la acepta, se tiene por buena, y en caso de que la objete, se nombrará un perito traductor.

CONCLUSIONES

1. Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades, para crear o transferir derechos y obligaciones.
2. Para que pueda surtir plenamente sus efectos jurídicos el contrato, es necesario que reúna determinados presupuestos, -- los cuales son los elementos de existencia y requisitos de validez.
3. El poseer cada Estado su propio Derecho internacional privado, tiene como consecuencia que cada uno tenga sus propias -- reglas de solución de conflictos de leyes, al igual que sus -- propias calificaciones.
4. La diferencia de un contrato entre personas ausentes y -- otro entre personas presentes, radica en el medio de comunicación, y no en la posición material de los contratantes.
5. Consideramos que el contrato celebrado por teléfono, se ha realizado entre personas presentes.

6. El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades so
bre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y -
es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exte
rior.

7. Los principales sistemas propuestos para determinar el mo-
mento en que se perfecciona el consentimiento en los contratos
entre personas ausentes son: el de la declaración, de la expe-
dición, de la recepción y el de la información.

8. México sigue la postura del sistema de la recepción en el-
Código Civil, y el de la expedición en el Código de Comercio.
Creemos que el más conveniente es el de la información.

9. No estamos de acuerdo con el artículo 80 del Código de Co-
mercio, en virtud de restarle eficacia a los contratos celebra-
dos por medio del telégrafo.

10. El medio mas seguro para efectuar los contratos por co---
rrespondencia, es la tarjeta abierta certificada.

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

Alfonsín, Quintín. "Régimen internacional de los contratos". Montevideo, Editorial MBA, 1950.

Alfonsín, Quintín. "El orden público". Montevideo, Peña y Cía. Imp., 1940.

Arce G., Alberto. "Derecho internacional privado". México, Edit. de la U. de G. 1965.

Arjona Colomo, Manuel. "Derecho internacional privado". Barcelona, Bosch, Editorial, 1950.

Becerra Bautista, José. "El proceso civil en México". 2a.-ed. México, Porrúa, 1965.

Bolaffio -Rocco- Vivante. "Derecho comercial". trad. Viterbo y Sentis, Buenos Aires, Edecar, 1948. Tomo III.

Borja Soriano, Manuel. "Teoría general de las obligaciones". 5a. ed. México, Porrúa, 1966. Tomos I y II.

De Pina, Rafael. "Elementos de derecho civil mexicano". 2a. ed. México, Porrúa, 1966. Vol. III.

Duncker Beggs, Federico. "Derecho internacional privado". -- 2a. ed. Chile, Edit. Universitaria, 1956.

Floris Margadant S., Guillermo. "El derecho privado romano". 2a. ed., México, Editorial Esfinge, 1965.

Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las obligaciones". 3a. ed. México, Editorial Cajica, 1968.

Matos, José. "Curso de derecho internacional privado". Guatemala, Talleres Sánchez y de Guise, 1922.

Maury, J. "Derecho internacional privado". tr. José M. Cajica, México, Edit. Cajica, 1949.

Messineo, Francesco. "Doctrina general del contrato". Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, Tomo I.

Miaja de la Muela, Adolfo. "Derecho internacional privado". 3a. ed., Madrid Ediciones Atlas, 1963. Tomos I y II.

Muñoz, Luis. "Derecho comercial y contratos". Buenos Aires Editora Argentina, 1960. Tomo I.

Muñoz Meany, Enrique. "Derecho internacional privado". Guatemala, Editorial del Ministerio de Ed. Pública, 1953. Vol.-VIII.

Niboyet, J.P. "Principios de derecho internacional privado" trad. A. Rodríguez, México, Editora Nacional, 1965.

Pallares, Eduardo. "Derecho procesal civil". México, Porrúa, 1961.

Petit, Eugene. "Tratado elemental de derecho romano". México, Editora Nacional, 1963.

Planiol Marcelo y Jorge Ripert. "Tratado práctico de derecho civil francés". tr. Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural, S.A., 1946. Tomos V y VI.

Rojina Villegas, Rafael. "Derecho civil mexicano". México, Antigua Librería Robredo, 1960. Tomos V y VI.

Romero del Prado, Victor. "Derecho internacional privado". Córdoba, Assandri, 1961. Tomo I.

Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio. "Derecho internacional privado". Habana, Carasa y Cía., 1931. Tomo II.

Weiss, Andre. "Manual de derecho internacional privado". - 2a. ed. Francia, Imprimerie Contant Lagurrré, 1928. Tomo II.

Werner Goldchmidt. "Sistema y filosofía del derecho internacional privado". 2a. ed. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas-

Europa-América, 1954. Tomo II.

Wolff Martin. "Derecho internacional privado". trad. de la 2a. ed. por Mario López, Barcelona, Bosch, 1958.

CODIGOS CONSULTADOS

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Código de Comercio y Leyes Complementarias.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

Código Civil Italiano.

Código Civil Argentino.

Código Civil Francés.

I N D I C E

Página

CAPITULO PRIMERO

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1.- Definición de contrato y sus diferentes acepciones.	1
2.- Elementos de existencia y requisitos de validez del contrato.	9
3.- La teoría de la autonomía de la voluntad.	20
4.- Sistema de la ley personal de las partes.	26
5.- Sistema de la lex loci contractus.	30
6.- Sistema de la lex loci solutionis.	35

CAPITULO SEGUNDO

SOLUCIONES ANALITICAS

1.- Libres.	40
2.- Basadas en la autonomía de la voluntad.	53
3.- Basadas en la lex loci solutionis.	57

CAPITULO TERCERO

OBSTACULOS QUE IMPIDEN LAS SOLUCIONES UNIFORMES EN LA APLICACION DE CONTRATOS

1.- Conflicto de Calificación.	60
2.- Orden Público.	64
3.- Fraude a la ley.	69

CAPITULO CUARTO
CONTRATO ENTRE AUSENTES

1.- Diferencia del contrato entre personas ausentes y presentes.	75
2.- Oferta y aceptación.	77
3.- Sistemas doctrinales acerca del perfeccionamiento del consentimiento.	82
4.- Sistema del Código Civil de 1928 y del Código de Comercio.	88
A) Oferta con plazo.	90
B) Oferta sin plazo.	90
C) Aceptación modificando la propuesta.	90
D) Fallecimiento del proponente.	91
E) Retracción del proponente.	91
5.- Inconvenientes del contrato celebrado por correspondencia.	91
6.- La prueba del contrato por correspondencia.	95
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFIA	103