

840
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR
EXAMEN DE GRADUACION

Regulación Internacional de los Contratos
Privados.

T E S I S

Que para obtener el Título de

Licenciado en Derecho

Presenta

Yolanda Velázquez Ramírez

FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1989



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Pág.

PRIMERA PARTE:

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS ACCESORIOS

I.	Razón y concepto sobre los contratos accesorios	1
II.	Clasificación general de los contratos	4
III.	Naturaleza jurídica de los contratos accesorios	7
IV.	Clasificación de los contratos de garantía	9
V.	Definición y características de los contratos de garantía:	
	A.- Fianza	11
	B.- Prenda	16
	C.- Hipoteca	19

SEGUNDA PARTE:

LOS CONTRATOS ACCESORIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA GENERAL

VI.	Planteamiento teórico	22
VII.	Diversas soluciones	24
	A.- Autonomía de la voluntad	27
	B.- Ley personal de las partes	38
	C.- Criterios territorialistas	47
	D.- Lex loci contractus	58
	E.- Lex loci solutionis	59

TERCERA PARTE:

LEGISLACIÓN MEXICANA Y DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL EN RELACION AL CONFLICTO DE LEYES EN LOS CONTRATOS ACCESORIOS

VIII.	Legislación mexicana aplicable	63
IX.	Tratado de Montevideo de 1909	65
X.	Tratado de Montevideo de 1940	67
XI.	Código de Bustamante	68
XII.	Consideraciones generales sobre los conflictos de leyes en México.	69

Conclusiones	75
Bibliografía	76

P R I M E R A P A R T E

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS ACCESORIOS.

1.- Razón y concepto de los contratos accesorios.

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

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

Dicho lo anterior, trataremos de señalar el concepto que de dichos contratos se tiene: los contratos de garantía son -- aquellos que tienen por objeto asegurar la perfecta ejecución

(1) Aguilar Carbajal, Leopoldo "Contratos". México, Hagtam, 1964. pág. 251.

P R I M E R A P A R T E

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS ACCESORIOS.

SUMARIO:

- I.- Razón y concepto sobre los contratos
 accesorios.

- II.- Clasificación general de los contratos

- III.- Naturaleza jurídica de los contratos -
 accesorios.

- IV.- Clasificación de los contratos de ---
 garantía.

- V.- Definición y características de los -
 contratos de garantía:
 - A.- Fianza
 - B.- Prenda
 - C.- Hipoteca.

debida, protegiendo al acreedor contra el riesgo de insolvencia, total o parcial del deudor.

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

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

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

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

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

(2) Aguilar Carbajal, Leopoldo "contratos". México, Magtam. 1964, pág. 251

(3) Lozano Noriega, "Apuntes de Contratos" México 1967, pág. 3.

(4) Borja Soriano, Manuel "Teoría General de las Obligaciones" 5a ed., México, Porrúa 1966 T I, pág. 147

(5) Rojina Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano" 3a ed., México, Robredo 1961 T VI, pág. 46

De manera semejante, varios autores afirman que los contratos accesorios son también conocidos como contratos de garantía (6). Esto nos induce a pensar que al utilizar indistintamente cualquiera de estas denominaciones (contratos accesorios o contratos de garantía), estaremos refiriéndonos siempre a una sola y única clase de contratos, lo cual, podría presentar confusión, si consideramos que existen opiniones diversas y más aún desde el punto de vista del derecho internacional, respecto a la generalidad de las instituciones. Así, Planiol y Ripert asientan que dentro de la clasificación de contratos independientes y contratos dependientes se encuentran los contratos principales y accesorios, siendo principales, aquellos que existen por sí mismos y aisladamente y accesorios, aquellos que solamente pueden existir dependiendo de un contrato principal. Agregan, que entre los contratos accesorios, en primer lugar se encuentran los contratos de garantía, cuya finalidad consiste en crear una seguridad, en sentido amplio, para el pago de una deuda. Asientan, además, como contratos accesorios el de las capitulaciones matrimoniales "que regula los intereses pecuniarios de los futuros esposos que constituyen una adhesión a un estatuto convencional preexistente a la utilización conestada, para un caso concreto de un contrato-tipo más amplio" (7)

- (6) Castán Tobeñas, José "Derecho Civil Español Común y Federal" 4a ed., Madrid, Euz 1939 T II V 2, pág 417.
- (7) Planiol, Marcel y Ripert, Jorge "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés " tr. Mario Díaz, La Habana Cultural, 1940. T VI, pág. 59.

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

II.- Clasificación general de los contratos.

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

Contratos típicos y contratos atípicos.

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

Contratos unilaterales y contratos bilaterales o ---- sinalagnáticos.

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

Contratos onerosos y contratos gratuitos.

Los contratos pueden estipular derechos y gravámenes — recíprocos para las partes o pueden dar nacimiento a provechos en beneficio para sólo uno de los contratantes; en el primer caso estamos en presencia de un contrato oneroso y en el segundo ante un gratuito.

Contratos conmutativos y contratos aleatorios.

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

Contratos reales y contratos consensuales.

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

Contratos consensuales formales y solemnes.

Con el propósito de evitar confusiones con la clasificación hecha en el apartado anterior, es necesario señalar, que ésta, atiende a que la voluntad de las partes otorgantes del

acto, deba o no externarse de una manera específica prevista por la ley. Así, será contrato consensual (en oposición a formal), el que se perfecciona por el solo acuerdo de las partes; contrato formal, es aquel donde la ley exige que la voluntad de las partes se externe bajo cierta forma que ella dispone; contrato solemne, es aquel donde la ley exige como elemento de existencia, que la voluntad de las partes se externe con la forma prevista por ella.

Contratos principales y contratos accesorios.

Respecto a esta clasificación, ya hemos señalado al referirnos al concepto de los contratos accesorios, lo que es un contrato principal, o sea, aquel que para su validez y cumplimiento, no requiere de un acto adlatere que lo apoye, así como también ya señalamos que dentro de la doctrina se entienden por contratos accesorios aquellos que tienen por objeto asegurar la perfecta ejecución debida, total o parcial del deudor.

Contratos instantáneos y contratos de efecto sucesivo.

Contrato instantáneo es aquel que se ejecuta y perfecciona en un solo acto o momento; contrato de efecto sucesivo es aquel en que perfeccionado el acto las partes se hacen prestaciones continuas, periódicas; se agrega a esta clasificación, los contratos llamados de prestaciones diferidas, los cuales se perfeccionan en un momento y se ejecutan en otro posterior.(8)

(8) Gutiérrez y González, Ernesto "Derecho de las obligaciones" 2a ed., Puebla, Cajica 1965 pág 151 a 163.

III.- Naturaleza Jurídica de los contratos accesorios.

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

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

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

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

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

Sin embargo, existen opiniones en que se desecha la existencia de los contratos accesorios, como la de Bonnacasse que asevera: " se ha pretendido distinguir a los contratos en principales y accesorios, lo cual es un error, debido a que se confunden los pretendidos contratos accesorios con los derechos accesorios. En efecto, la fianza y la constitución de hipoteca han sido considerados, como contratos accesorios. Pero lo accesorio es la obligación del fiador y del deudor hipotecario, ya que la fianza y la hipoteca pueden garantizar obligaciones derivadas de delitos. (9)

Juntamente podemos citar la afirmación que al respecto hace Jossierand: " se ha querido distinguir entre contratos principales y contratos accesorios, bastándose asimismo y existiendo sperados los primeros, injertándose los otros en una operación preexistente (contratos de caución, de hipoteca) Pero en realidad, estos supuestos contratos accesorios pueden existir independientemente a todo contrato preexistente: se puede caucionar una obligación nacida de un delito; son sin duda, un accesorio, pero de una obligación no de un contrato. (10)

A este respecto, creemos que las dos objeciones anteriores son infundadas. En efecto, si bien es cierto que los

(9) Bonnacasse, Julien "Elementos de Derecho Civil" tr. José Cajica, Puebla, Cajica 1945 T II ,pág 480.

(10) Jossierand, Louis "Derecho Civil" tr. Santiago Cuchillos, Buenos Aires, Bosch 1950 T II V-VI pág 20

contratos accesorios pueden garantizar obligaciones derivadas de delitos, también lo es, que la relación jurídica de la que dependen, puede o no ser de origen contractual, sino de cualquier otro acto o hecho jurídico. Además, si se utiliza para la clasificación el nombre de contratos principales y contra-tos accesorios, no por ello debemos entender que el contrato accesorio única y exclusivamente tenga siempre que ir ligado a un contrato, sino que puede ir vinculado a un contrato o — bien a una obligación y en tal caso, se tendría que decir — obligación principal y contrato accesorio. En otro sentido, — se afirma que el contrato accesorio no es tal, sino que se — trata de una obligación accesorio, a lo que nosotros contesta-
mos que no hay que olvidar que los contratos son obligaciones.

IV.- Clasificación de los contratos de garantía.

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

Pueden ser de una u otra categoría, según derive del — compromiso contraído por un tercero o de la afectación de — bienes determinados a la seguridad de un crédito.

La garantía personal es menos efectiva que la garantía real, ya que si bien es cierto, que al aumentar el número de deudores se multiplican las posibilidades de pago, también lo es, que tanto el deudor responde con todo su patrimonio de su débito, como sus fiadores, pueden acrecentar su pasivo y disminuir su activo, sin que el acreedor que sigue siendo para — cada uno de ellos un acreedor quirografario, pueda hacer nada para impedirlo. Es además inconveniente, en virtud de que por

tener el fiador el derecho de oponer los beneficios de orden y excusión (aunque esto no siempre sucede, ya que puede renunciar a ellos), hace que el procedimiento que en su contra inicie el acreedor se alargue demasiado con las consecuencias de gastos respectivos.

Por el contrario, mediante la garantía real se crea una base más efectiva, ya que no solo se responde con el patrimonio que el deudor tenga, sino con un bien perfectamente determinado que en forma especial asegura el cumplimiento de la deuda. Así, el acreedor se olvida por completo de la posible insolvencia de su deudor y solo espera el incumplimiento de la obligación principal para hacer efectivo su crédito mediante la venta del bien gravado, haciéndose pago en forma preferente, respecto de cualquier persona que tenga otro derecho.

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

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

V.- Definición y características de los contratos de ---
 garantía.

A.- Fianza

En primer término citaremos algunas definiciones dadas -
 respecto a este contrato.

"La fianza se define como un contrato accesorio, por el
 cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por
 el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior-
 en igual o distinta especie, si éste no lo hace." (11)

"Por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el
 acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de
 éste ." (12)

Castán afirma, que "fianza es la garantía personal que
 se constituye asumiendo un tercero el compromiso de cumplir
 la obligación, si no lo hace el deudor principal." (13)

Si fijamos nuestra atención a la definición anterior, --
 nos podemos percatar de que no se hace alusión a que se tra-
 ta de un contrato sino de una garantía, por lo que nos pare-
 ce que tal, adolece de tan importante consideración, dando -
 lugar a una falta de técnica jurídica y consecuentemente a
 una probable confusión.

(11) Rojina Villegas, Rafael. op cit T VI, pág 525.

(12) Enneccerus Ludwing-Theodor Kipp-Martin Wolf "Tratados -
 de Derecho Civil" tr. Blas Pérez y José Alguer T I-2 -
 Barcelona, Bosch 1935, pág 461.

(13) Castán Tobeñas, op cit pág 418.

Nuestro Código Civil mexicano, señala en su artículo - 2794 "La fianza es un contrato por el cual una persona se -- compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste - no lo hace."

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

En nuestro derecho positivo mexicano, encontramos una-- excepción al principio de accesoriadad en los artículos 2848 y 2849 del Código Civil: "el fiador que se ha obligado por-- tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acre-- edor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la -- expiración del plazo. También quedará libre de su obliga-- ción el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, - deje de promover por más de tres meses, en el juicio entabla do contra el deudor.

Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, -- tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al a creedor que promueva judicialmente, - dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de su obligación'

Rojina afirma, que las anteriores disposiciones van en contra del principio de la autonomía de la voluntad, en vir-- tud de que a pesar de que el fiador se haya obligado por de-- terminado tiempo, su obligación termina por el hecho de que-- el acreedor no haya demandado la deuda principal dentro del-- mes siguiente a su vencimiento o bien porque habiendo deman-- dado haya dejado de promover por más de tres meses sin causa

justificada, sin tomar en cuenta el tiempo, por el que el fiador se haya obligado, sino dependiendo de una condición resolutoria que el mismo artículo 2848 señala, agrega, que --- solo se explica la existencia de esta disposición como una protección desmedida al fiador.

Afirma el señalado autor, que tampoco se justifica el artículo 2848, ya que en el caso de que se hayan vencido los beneficios de orden y excusión, el acreedor no podría ejecutar en los bienes del fiador a menos que demande al deudor dentro del plazo de un mes siguiente a la exigibilidad de la deuda, lo cual no tendría necesidad de hacer si dejara de existir tal disposición.

"Para poder fijar la interpretación jurídica del artículo 2848 y 2849, deberá entenderse que el fiador sólo quedará liberado de su obligación, cuando la fianza sea por tiempo determinado, pero igual al de la obligación principal, si el acreedor no demanda al deudor dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado y la obligación principal también, se extinguirá la garantía, cuando no se entable la demanda por el acreedor en contra del deudor, dentro del mes siguiente a la fecha en que el fiador pida al acreedor que exija judicialmente el cumplimiento de la obligación."(14)

De las razones anteriormente expuestas, creemos por nuestra parte, que tales disposiciones tienden a suprimir la naturaleza misma de la fianza, puesto que el fin primordial de ésta, es sustituir la desconfianza que los acreedores tie

(14) Roxina Villegas, Rafael. op cit T. VI. V. I. pág 537.

nen respecto de sus deudores, asegurando sus créditos a través de la constitución de los contratos de garantía, mismos que con tales disposiciones terminarán por no asegurar nada.

La fianza es supletoria y condicional. Supletoria en cuanto a que el fiador está obligado al pago de la deuda -- solo en el caso de que el deudor no lo haga, Pero este carácter que es el normal de la fianza, no es si embargo, esencial, pues "la doctrina científica" admite que puede un fiador, sin perder su función de tal, obligarse solidariamente con el acreedor"(15). De manera semejante sucede en nuestro derecho mexicano, al permitirse la renuncia de los beneficios de orden y excusión dentro de la fianza; y es condicional en virtud de que la efectividad de tal obligación -- (el pago de la deuda por parte del fiador) está sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, esto es, al pago de la deuda por el principal obligado. De este razonamiento podemos derivar otra de las características de este contrato de fianza, esto es, la de ser un contrato aletorio; en efecto, a la celebración de la fianza la prestación debida depende de un acontecimiento futuro e incierto que hace no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice, ya que si bien es cierto que la obligación del deudor en cuanto a su monto está perfectamente determinada, no sucede lo mismo con la del fiador, puesto que si el deudor principal cumple su obligación en parte, -- la garantía solo se á por el resto, o sea, por aquella parte que haya dejado de cumplir el obligado principal.

(15) Castán Tobeñas. op cit pág 418.

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

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

Por último, la fianza es un contrato ordinariamente consensual en virtud de que la ley no hace referencia a formalidad alguna para su otorgamiento, excepto tratándose de la fianza judicial, que para su celebración es necesaria la entrega de la fianza, siendo en este caso un contrato real.

B.- Prenda.

El Código Civil mexicano en su artículo 2856, define a la prenda como "un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

Es necesario anotar que la anterior definición es errónea e incompleta. Errónea, porque se coloca en dicho código — dentro del libro de contratos, definiéndose como un derecho real que es precisamente la consecuencia del contrato y es incompleta, en virtud de que hace a un lado características de esencia, como se puede observar conforme a la definición que nos da Aguilar y con la cual estamos de acuerdo: "la prenda es un contrato real, accesorio, en virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole además los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación." (16)

Como se puede apreciar de la anterior definición, la primera característica, misma que es de carácter esencial, es la de ser un contrato accesorio ya que la prenda se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, lo cual se corrobora con la disposición que el código civil mexicano señala en su artículo 2891, "extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera —

(16) Aguilar Carbajal. op cit ,pág 260.

otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda."

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

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

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

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

A este respecto Aguilar asevera, que el carácter real -- de la prenda se pierde en virtud de que el código civil mexicano, permite la constitución del contrato de prenda sobre -- frutos pendientes, mismos que quedan en depósito del propio deudor y este mismo hecho deja ver la tendencia de tal código a suprimir los contratos reales.(17)

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

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

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

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

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

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

Art. 2865.- Si el objeto dado, en prenda fuere un crédito o acciones que no sean al portador o negociables por endo-

eo, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda.

C.- Hipoteca.

Al respecto, el artículo 2893 del código civil mexicano de 1928, dispone que "la hipoteca es una garantía real, constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la ley."

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

Las características que de este contrato se pueden desprender son: es un contrato accesorio en virtud de que a través de su constitución y al igual que como sucede en la fianza y en la prenda, se tiene una garantía para el caso de incumplimiento de una obligación principal.

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

La hipoteca es formal, en cuanto a que nuestro código - mexicano, señala en su artículo 2917 que "cuando el crédito hipotecario excede de cinco mil pesos la hipoteca deberá --- otorgarse en escritura pública. Cuando no exceda de esa cantidad podrá otorgarse, en escritura privada, ante dos testigos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean las --- partes contratantes.". El artículo 2919, del mismo ordenamiento, señala que la hipoteca nunca es tácita ni general; y se contrae por voluntad en los convenios y por necesidad - cuando la ley sujeta a una persona a prestar esa garantía - sobre los bienes determinados. En el primer caso se llama - voluntaria y en el segundo, necesaria.

S E G U N D A P A R T E

LOS CONTRATOS ACCESORIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

SUMARIO: VI.- Planteamiento Teórico

 VII.- Diversas Soluciones.

 A.- Autonomía de la voluntad.

 B.- Ley personal de las partes.

 C.- Criterios territorialistas.

 D.- Lex loci contractus.

 E.- Lex loci solutionis.

LOS CONTRATOS ACCESORIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL.

VI.- Planteamiento Teórico.

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

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

Existen dos caminos para establecer el régimen que deba regir a tales contratos: se puede optar por establecer un orden jurídico nacional, o bien asignándose una reglamentación de carácter extranacional. Corresponderá al Derecho Internacional Privado, al adoptar la primera solución, cuál nación debe aplicar sus normas. En cambio, si se toma el segundo camino, será necesaria la creación de un derecho privado extranacional.

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

Los interrogantes que plantean los contratos accesorios

en el campo internacional son: a).- ¿deben ser regulados por las normas aplicables a la obligación principal?, o bien -- ¿se rige por normas propias?; b).- ¿los conflictos que resultan de estos contratos deben ser resueltos por los tribunales competentes para entender en la relación principal? o -- bien ¿la jurisdicción corresponderá tomando en cuenta exclusivamente las normas propias de competencia de la relación -- accesoria?.

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

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

b).- ¿qué tribunal es competente para conocer de los --- conflictos que deriven de estas relaciones jurídicas?. En -- cuanto a este punto, creemos que lo dicho precedentemente -- con relación a la ley aplicable al contrato accesorio, es --

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

VII.- Diversas soluciones.

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

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

Los pueblos germanos se regían por la personalidad de las costumbres, esto es, a cada individuo se le aplicaban — las costumbres de su grupo étnico, cualquiera que fuese el lugar donde se encontrase. La razón de ser de este sistema — se encuentra en el carácter nómada de las gentes, desapareciendo paulatinamente conforme la estabilidad de los pueblos. Más tarde, a mediados de la Edad Media, nace la territorialidad del derecho, sistema en que el elemento predominante era la tierra, relegando al hombre a un papel secundario. — La territorialidad del derecho se puede tomar en dos sentidos, que en ocasiones conducen a resultados distintos. De un lado se llama territorialidad a la aplicación del juez, en —

todo caso, de su propio derecho. Otras veces se emplea para hacer referencia a los inmuebles para indicar que estos se rigen por la *lex rei sitae* (18) Posteriormente, en los siglos XIII a XVIII se crea una nueva doctrina, misma que se le ha denominado como estatutaria, afirmando Arce que su creación, propiamente hablando, se debe a D'Argentré, fundador de la escuela francesa, debido a que es él, el primero que clasifica metódicamente lo que se ha llamado estatutos, limitándose a afirmar dos grandes principios, de los cuales saca las consecuencias:

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

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

(18) Miaja de la Muela, Adolfo. "Derecho Internacional Privado" 3a. ed. Madrid, Atlas 1962 T I, pág 73.

De estos dos principios se deriva la famosa clasificación bipartita de los estatutos reales y personales. Son reales los que se refieren a las cosas y personales las que tienen por objeto las personas y en principio los estatutos son territoriales y excepcionalmente extraterritoriales, pero hay que confesar que muchas leyes se refieren a la vez a las personas y a las cosas, D'Argentré admite un tercer estatuto, o sea, el estatuto mixto, en el cual tienen predominio las cosas respecto de las personas (19)

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

- 1a.- El estatuto personal se rige por la ley nacional.
- 2a.- El estatuto real, por lo que a bienes toca, se rige igualmente por la ley nacional.
- 3a.- El estatuto real, por lo que a bienes inmuebles toca, se rige por la ley de ubicación.
- 4a.- Las obligaciones y contratos se rigen por la ley del lugar en que se celebran en la parte que se refiere al vínculo de derecho. Lo que mira a el cumplimiento o ejecución de la obligación o el contrato, se rige por la ley del lugar donde la ejecución se lleva a cabo.

(19) Arce, Alberto "Derecho Internacional Privado" 5a ed. Guad. U. de G. 1965, pág 83.

5a.- El estatuto formal o sea los procedimientos judiciales y la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar en que tales actos se verifican." (20)

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

A.- Autonomía de la voluntad.

Al hablar de la forma del negocio jurídico, existe un gran número de legislaciones que no las sujetan a un punto de conexión determinado, sino que permiten a los interesados optar entre dos o más, intensificando así el contenido de ciertos negocios jurídicos, contratos especialmente. Así nace una poderosa corriente doctrinal que patrocina la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del negocio a la ley que prefieran, llegando inclusive a admitir que a falta de voluntad expresa de los contratantes, será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta (21)

Se atribuye la creación de esta teoría a Domoulin, quien separa lo que se refiere a la forma y al fondo de los actos y dentro de éste, las materias regidas por la voluntad de las partes y las reguladas por la ley. Se aceptaba anterior-

(20) Algara, José "Lecciones de Derecho Internacional Privado" Méx., Escalante 1899 pág 81

(21) Miaja de la Huela, op cit. T II. pág 212.

mente a esta doctrina, que al celebrar las partes un contrato fuera de su domicilio, se aplicaría la ley del lugar donde se había constituido, a lo que Domoulin asevera, que si tales contratantes se sujetan a una ley que no era la que correspondía a su domicilio, sino a otra distinta, era por qué tenía la facultad de esa opción. Así, los contratantes pueden pactar la sumisión a una ley diferente de la del lugar del contrato. Y si nada pactaron en ese sentido, habrá que investigar cual fue su voluntad tácita o presunta, debiéndose estar al resultado de tal investigación para la aplicación de la *lex loci contractus* o cualquier otra (22)

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

"Si los interesados se han explicado formalmente sobre la ley a que pretenden someterse, dice Olive, su decisión es soberana y resuelve el conflicto, siempre que no haya violado regla alguna imperativa que les obligue." (23)

"Quintana como miembro informante de la Comisión de derecho civil internacional en el Congreso de Montevideo de 1888-89: desde los tiempos más remotos, la libertad de las partes es el principio que domina soberanamente la materia de los actos jurídicos. La voluntad individual es la primera regla de las convenciones humanas y por eso se repite siem-

(22) Miaja de Muela, op cit. T II pág 105.

(23) Romero del Prado, Victor N. "Derecho Internacional Privado", Argentina, Assandri 1961. T II, pág 604 .

pre que las convenciones legalmente celebradas son la ley -- de los contrayentes. No es necesario que ellos determinen -- las cláusulas todas de su contrato: les basta referirse a -- una ley cualquiera para que se le repunte incorporada a la -- convención. Tan amplia autonomía no reconoce otras limitacio- nes que las que derivan de la organización política, del -- orden público, o de las buenas costumbres del país cuyas --- leyes han de regir la relación jurídica que se procura con- traer." El internacionalista Sánchez de Bustamante, afirma -- los siguientes conceptos: "El estado no existe ni se organi- za exclusivamente para sí mismo, sino también para los indi- viduos que viven en su esfera de acción. Dicta todos los con- ceptos legales que requiere su organización, subsistencia y desarrollo; pero legisla también por los ciudadanos y para -- los extranjeros que residen en su territorio o que mantie- nen allí relaciones jurídicas. . . El estado no es una cami- sa de fuerza, que prive a los ciudadanos y a los extranjeros de toda acción y de todo movimiento. La libertad alcanza al derecho privado como al derecho público y la sociedad políti- ca no impone sus leyes a las personas cuando no lo requiere su propio bien como entidad jurídica, ni siquiera el bien -- colectivo. Los individuos capaces para constituir los orga- nismos del Estado mediante el sufragio y para trazar los --- límites de su acción mediante la expresión de sus derechos -- en las elecciones políticas, conservan sustancial y fundamen- talmente ese poder generador del derecho y lo crean y produ- cen de continuo para sus intereses particulares en las rela- ciones legítimas que sostienen. La acción del poder social -- se detiene, como ha escrito Mancini, ante la libertad inofen-

siva, y por ende, lícita de los particulares. . .

Más aun, los dos intereses necesitan combinarse y se combinan realmente de tal modo, que las leyes del Estado sirven de garantía, de tutela y de complemento a la libertad de las personas. Establecen como principio la libertad que tiene el individuo para crear su derecho en cuanto afecte a las relaciones privadas; sancionan su existencia retirándose o no apareciendo frente a las combinaciones particulares; reaparecen para obligar coactivamente al cumplimiento de los deberes voluntariamente aceptados; velan por el ejercicio y por la eficacia de la autarquía personal en todas sus formas y ocasiones; establecen medios formales de expresión y medios probatorios de existencia de la voluntad humana para que no se falsee ni se evada y, tomando como base el orden generalmente seguido en armonía con las necesidades prácticas, trazan reglas supletorias para todos los casos en que no puede llegarse, por deficiencia de los interesados, al conocimiento expreso o tácito de sus propósitos reales.

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

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

de su existencia.

Las consecuencias internacionales llegan más lejos todavía. No solo el extraño, sino también el domiciliario y el ciudadano gozan de la facultad de elegir para esos casos la ley territorial o la de cualquiera otra nación. Una libertad que alcanza hasta el extremo de escribir o establecer reglas nuevas para la vida jurídica, totalmente divergas a las consignadas en los códigos, no hace nada extraordinario cuando toman estas prescripciones de una legislación extranjera, y abrevia tiempo y gana en precisión limitándose a señalar — como régimen de sus actos voluntarios. Los más que puede — sostenerse para dejar a salvo toda susceptibilidad nacional, es que el derecho extranjero no deriva entonces obligatoriamente del poder coactivo del legislador extraño, sino de la facultad concedida a los particulares para establecer la norma jurídica de sus disposiciones o de sus convenios.

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

Produce de este modo la doctrina de la autarquía personal una compenetración incesante de todas las legislaciones —

positivas y sirve de prueba material de la existencia y de la necesidad del derecho internacional privado. (24)

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

Italia.- En el artículo 9 del Código Civil de 1856, se expresa que el fondo y los efectos de las donaciones y disposiciones de última voluntad, se regirán por las leyes nacionales de los otorgantes.

La sustancia y efectos de las obligaciones deberán regirse por las leyes del lugar en que se celebró y, si los contrayentes fuesen extranjeros y de nacionalidad común, por las leyes de su país. Todo sin perjuicio de que se manifieste una voluntad distinta. Se mantiene en el artículo 15 del Código de 1939 libro 1.

Japón.- El Código de 1898 declara en su artículo 7, que la voluntad de las partes determinará el derecho del Estado a que han de someterse la existencia y los efectos de los actos jurídicos. Si no consta la voluntad de las partes se aplicará la ley del lugar en que el acto se ha realizado.

Brasil.- En el artículo 13 del Código de 1916, se dispone que regulará, salvo estipulación en contrario, la sustancia y efectos de las obligaciones, la ley del lugar donde se contrajeron, pero siempre regirá la ley brasileña los contratos hechos en país extranjero que van a ejecutarse en-

(24) Ibidem. pág. 606.

el Brasil; las obligaciones contraídas entre brasileños en país extranjero, los actos relativos a inmuebles situados en el Brasil y los relativos al régimen hipotecario brasileño.

En el derecho positivo Venezolano, no aparece expresamente consagrado el expresado principio, pero se deduce de dos disposiciones legales: una es la Constitucional de que "nadie está impedido de ejecutar lo que la ley no prohíba" (ordinal quinto del artículo 32 de la Constitución de Venezuela de 1935); la otra es la contenida en el artículo 1159 del Código de Venezuela, que dice "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes", referida a su vez al artículo 6 del mismo cuerpo legal que determina: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres"; luego si pueden derogarse por convenios entre particulares las normas que no afectan al orden público ni a las buenas costumbres y esta derogación tiene fuerza de ley entre las partes .

Así entonces, es obvio el desenvolvimiento progresivo que ésta corriente ha alcanzado, aseverando Arce al respecto que ello se debe a que en las relaciones internacionales no se estableció la distinción que siempre se ha hecho en derecho interno de leyes imperativas o prohibitivas. (25)

En derecho interno, los contratantes pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares, en virtud del principio de la libertad de las estipulaciones. Pero esta —

(25) Arce. op cit.,pág 139.

facultad no es ilimitada, puesto que se establecen numerosas reglas rigurosamente imperativas, las cuales tienen que ser respetadas por los particulares, ya que imponen a los contratantes la sujeción a principios determinados. En cambio, las leyes facultativas dejan a su voluntad las materias no comprendidas por aquellas. Sin embargo, Niboyet afirma que --- "esta doctrina ha significado que los contratantes no están ligados por ninguna disposición imperativa de la Ley", agrega, que a partir del siglo XIX, "la teoría de la voluntad se transforma en una teoría general. En las relaciones internacionales ya no se entiende la distinción, que encontramos en derecho interno, las leyes no tienen más que una sola naturaleza: la de estar sometidos a la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad es el derecho reconocido a las partes para elegir la ley competente en esta materia, facultad que se niega en las demás." (26)

Con esto se provocó un movimiento de reacción, y el --- estudio de las leyes imperativas y facultativas se ha realizado por el Instituto de Derecho Internacional en Florencia en 1908; la Asociación de Derecho Internacional en Varsovia, en 1926; y por último, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya en el año de 1928. Sin embargo, no se ha llegado al respecto a una solución satisfactoria (27)

Resumiendo, podemos concluir que la mayoría de los defensores de esta teoría se basan en tres fundamentos: a). --- en un derecho individual inherente a todo individuo, o bien,

(26) Niboyet, J.P. "Principios de Derecho Internacional Privado" tr. Andrés Rodríguez. México, Nacional 1965 pág 662.

(27) Ibidem, pág 656.

en un derecho natural previo a la legislación positiva; --
 b).- en el hecho de que en la generalidad de las legislaciones se reconoce el derecho de libre contratación. Esto es, - las partes pueden incluir como cláusulas del contrato, las - normas de otras legislaciones, por lo tanto, de igual manera pueden elegir otra legislación; c).- por una conveniencia -- en el comercio internacional.

Ahora bien, hemos visto que dentro de la autonomía de - la voluntad, se habla para el caso de que no se haya expresa- do la voluntad de los contratantes, de una voluntad tácita o presunta la cual se obtendrá, de una investigación que sobre el contrato se realice. Sin embargo, como es muy difícil que el juez descubra una voluntad que probablemente no existe,-- la doctrina se ha ocupado, en tal caso, de encontrar la ley- que debe aplicarse, así encontramos: la ley del domicilio del deudor; domicilio común de las partes; domicilio del acreedor; domicilio del acreedor o del deudor al tiempo del con- trato, nacionalidad común, domicilio común y subsidiariamente la ley de la nacionalidad común y en caso de domicilio y nacionalidad diversos, la ley del lugar del contrato; nacionalidad común y subsidiariamente la ley del lugar del contrato la ley de la nacionalidad común, de lo contrario es neces- ario recurrir a presunciones distintas derivadas ya del lu- gar en que el convenio se celebró, ya del lugar en que debe surtir sus efectos: el vinculum iuris a la ley del lugar de - la celebración y el onus probandi a la ley del lugar de la - ejecución; la ley del lugar del cumplimiento; ley fori, el - derecho vigente en el lugar de la situación de las cosas a-

que el acto se refiere. (28)

Crítica a la teoría de la autonomía de la voluntad.

La teoría de la autonomía de la voluntad, no existe. -- Esto es así, en virtud de que los contratantes tienen la facultad de elegir la ley competente en materia de contratos, -- no en virtud de una autonomía de la voluntad, sino por -- razón de una autonomía de convenciones, o como afirma Nitoyet, por una "libertad de estipulaciones" (29), lo cual es -- distinto.

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

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

(28) Romero. op cit., pág 610.

(29) Nitoyet. op cit., pág 572

luntad no puede hacer en derecho interno tampoco puede realizarlo en derecho internacional" (30), aceptar lo contrario, - equivaldría a romper con el objeto social para dejar paso a un interés individual.

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

Por otra parte, es verdad que la mayoría de las legisla-- ciones reconocen una libertad de contratación, pero esa liber-- tad tiene límites dispuestos por esas mismas legislaciones, y en todo caso, existen como obstáculos infranqueables de las -- normas de orden público y las buenas costumbres. Además, debe-- mos tener en cuenta, que el contrato necesita de manera indub-- itable estar sujeto a una ley, sujeción que será independien-- te de que las partes la hayan elegido o no, ya que de ninguna manera el contrato puede quedar en el aire.

Respecto a la voluntad presunta o tácita, pensamos, debe repudiarse, ya que al investigarse cual fue la voluntad de las -- partes, en realidad no se está buscando una voluntad, sino -- que se está buscando una solución adecuada para el felic -- término del contrato, y ello es así, en virtud de que una -- voluntad presunta o tácita, no es una voluntad sino una pre-- sunción de su existencia, idea que se separa de la teoría que

(30) Niboyet., op cit., pág 673.

le hizo nacer, esto es, la autonomía de la voluntad.

B.- Ley personal de las partes.

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

Tuvo su origen en Italia en el siglo XIX, por lo que se le ha denominado como escuela italiana, la cual no hay que confundir con la escuela italiana de los postglosadores, ya que difieren desde el punto de vista histórico e ideológico.

Aseveran los sostenedores de esta escuela, que las leyes se hacen para las personas en virtud de que es a éstas a quienes conciernen, así Weiss establece la fórmula de que "la ley cuando estatuye sobre un interés privado, tiene siempre por objeto la utilidad de la persona; no puede seguir más que aquellos para quienes ha sido hecha, pero los debe regir, en principio, en todos los lugares y en todas sus relaciones jurídicas, salvo las excepciones o atenuaciones que resulten del orden público internacional, de la regla *locus regis actum* y de la autonomía de la voluntad" (31). De esta manera, esta-

(31) Miaja., op cit. T I., pág 154 y Niboyet., op cit., pág 230.

blece la consecuencia de que en las relaciones internacionales todas las leyes son extraterritoriales, aplicando esta afirmación a las relaciones jurídicas más diversas.

Fundamenta, Weiss, lo anterior, afirmando que "el Estado es ante todo un agregado de personas, reunidas por un lazo contractual de sujeción común. Pero, para que pueda asegurar a cada una de estas personas la garantía y la protección que ellas tienen derecho a esperar de él, es preciso que este Estado tenga un territorio. Su poder se ejerce a la vez sobre las personas y sobre el suelo: por estos dos elementos tienen una importancia muy desigual. No se concibe un Estado privado de sus súbditos, mientras que la imaginación puede en rigor concebir un Estado desprovisto de territorio y sujeta a su única soberanía personal. Las tribus salvajes de América y las que habitan los desiertos africanos no tienen, a decir verdad, territorio y constituyen, en cierta medida, Estados, que poseen una organización, que no por ser imperfecta deja de garantizarles menos una existencia independiente y autónoma. Según una ingeniosa observación, el territorio es al Estado lo que el domicilio a la persona; no es más para el estado que lo que supone el domicilio para la persona. Es pues, por sus súbditos, por lo que el Estado existe; su soberanía territorial no es más que lo accesorio, la dependencia de su soberanía personal. Esta última, que se manifiesta por el derecho que pertenece al Estado de dar leyes a sus nacionales" no conoce fronteras territoriales." (32)

(32) Miaja., op cit., pág 154.

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

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

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

Los partidarios de la personalidad del derecho admiten tres excepciones: a).- El orden público internacional.- Las Leyes de orden público internacional son las que presentan un interés general, oponiéndose, por lo tanto, a la aplicación de las leyes extranjeras en un país. Así por ejemplo, las leyes referentes a las cosas, las leyes penales, las de derecho público, las de policía, las de crédito público, etc. En estos casos debe de excluirse la ley personal y aplicarse la ley del país, cuyo orden público está interesado. b).- La regla "locus regit actum".- Según ésta, la forma extrínseca de los actos jurídicos está sometida a la ley del lugar de su celebración. c).- La autonomía de la voluntad.- En cuanto

a los actos jurídicos que tienen su origen en la voluntad de las partes (los contratos), estos son libres para determinar la ley a la cual desean someterse. (33)

Dicho lo anterior, procedemos al estudio del sistema de la ley personal de las partes. Según éste, el contrato extranacional debe regirse por la ley personal de las partes contratantes. Siendo las bases de tal afirmación las siguientes: 1.- La obligación, afirma Zitelmann, importa dos cosas: que el deudor respete lo prometido y que si no lo respeta en nombre de una ley se le puede ordenar la ejecución: pero como la ley personal puede imponerle al deudor el respeto de lo prometido y puede ordenarle su ejecución: agregando --- Frankenstein que si otra ley se lo ordena, no sería por derecho, sino por la fuerza. (34) Esto es, se aplica en este argumento, la teoría de la personalidad del derecho, puesto que es la ley del Estado, de la que el interesado es nacional, la que tiene aplicación en virtud de la soberanía personal. 2.- La ley que mejor conozca los contratantes --- es su propia ley personal: por lo tanto se le presume que a falta de manifestación en contrario, fue su voluntad someterse, al celebrar el contrato, a la ley nacional de la que ellos son súbditos. 3.- Con la aplicación de la ley personal de las partes, se evitan los obstáculos con que chocan la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis*. En efecto, no se

(33) Niboyet., op cit., pág 203 a 230

(34) Cit. por Quintín Alfonsín. "Regimen internacional de los contratos", Montevideo, Fac. de Derecho 1950, pág 51.

puede determinar la *lex loci contractus* sin haberse antes -- celebrado el contrato, y para determinar el lugar en que se celebró el contrato no vamos a poder recurrir a ley alguna, -- puesto que la *lex loci contractus* no se ha definido. En --- otras palabras, ¿con la aplicación de que ley, se va a deter~~mi~~ minar donde se celebró el contrato?.

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

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

Los que se inclinan por la ley personal del deudor, - dan como argumento el hecho de que es al deudor a quien afec- ta exclusiva o principalmente la obligación. Es decir, sólo-

el deudor restringe su libertad por consecuencia del contrato y sólo a él será preciso demandar en caso de incumplimiento. En cambio, otros opinan que el contrato debe ser regulado por la ley personal del proponente, entendiéndose por tal a la parte que concibió el contrato para proponerlo a su contraparte. Por lo tanto, sólo deben incluirse los contratos "ofrecidos" en los que al aceptante sólo le queda aceptar o no la proposición. Así entonces, afirma que la ley que debe regir al contrato debe de ser la del proponente, puesto que estos contratos generalmente se hacen al público. Consecuentemente, no se podría aplicar la ley del aceptante, en virtud de que ésta se desconoce (35). Por otra parte, Romero asienta, que los seguidores de la teoría de la personalidad han pretendido llevarla hasta sus últimas consecuencias, a tal punto que han querido aplicarla respecto a los bienes, no sólo a los muebles, sino también al régimen de los inmuebles.

Laurent, por ejemplo, asegura que " si la soberanía se extiende sobre todo el territorio y sobre todas las personas que lo habitan, no puede existir una diferencia de naturaleza entre las leyes relativas a los bienes y las leyes relativas a las personas. O todas son territoriales o todas son personales. Si por ser indivisible la soberanía, deben someterse a la ley territorial los inmuebles, también deben estar las personas. No se concebiría que los primero deban estar sometidos a la *lex rei sitae* porque de lo contrario se

(35) Ibidem., pág 52 y sig.

afectaría esa soberanía y que no debían estarlo las personas que habitan el territorio. Permitir que éstas estén sometidas a las leyes extranjeras (la de su nacionalidad o la de su domicilio) sin que se afecte igualmente la soberanía, es inadmisibile. Admittiéndose universalmente que las personas que habitan el territorio puedan estar sometidas a la ley extranjera de su nacionalidad o de su domicilio, porque en ello no se afecta o lesiona a la soberanía, lo mismo que se impondrá respecto a los bienes o una u otra cosa.

Proyctó así en su Código Civil para Bélgica, artículo 13, que los bienes, en general, debían estar sometidos a la ley de la nacionalidad del propietario." (36)

Crítica a la teoría de la personalidad del derecho.

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

(36) Romero.,op cit., pág 554.

Ahora bien, los mismos autores de la doctrina aceptan tres excepciones a la personalidad del derecho, las cuales, por su número e importancia, desvirtúan el principio fundamental. Tales excepciones constituyen, en verdad, aplicaciones de reglas diferentes al mismo problema. (37)

Critica a la personalidad de las partes.

El argumento que aducen Zitelmann, podemos afirmar, ha perdido valor en virtud de que la teoría de la personalidad del derecho en que se funda ha retrocedido en doctrina. Actualmente se recurre a la teoría opuesta, esto es, a la territorialidad del derecho.

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

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

(37) Mitoyet., op cit., pág 232 a 234.

ciso determinar la nacionalidad o el domicilio de las partes respectivamente.

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

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

Aguilar, como Quintín, asienta que la personalidad de las leyes no sólo obliga a conocer y determinar cuál es el derecho, la comunidad jurídica a la que pertenece un individuo, sino también plantea el problema de determinar, en el caso de que los contratantes sean de comunidades jurídicas distintas, cuál derecho es aplicable (38). Fue por esto, que los que sostienen esta corriente afirmaron que la ley aplicable sería la ley personal del deudor o bien, la ley --

(38) Aguilar Navarro, Mariano. "Lecciones de Derecho Internacional Privado." 2a ed., Madrid. Clavileño, 1966 --
T I. Vl pág. 85.

Quintín..op cit., pág. 3

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

Respecto a la ley personal del proponente, tampoco es aceptable puesto que para establecer la ley competente es preciso atender a la intención de ambos contratantes y no a uno solo de ellos. Además, da lugar al problema de determinar cuál es la ley personal del proponente.

C.- Criterios territorialistas.

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

Así entonces, mediante la aplicación de esta teoría, -- son contratos extranacionales aquellos que se celebran en un Estado y tienen ejecución en otro distinto. Esta situación --

necesariamente, engendra un conflicto de leyes entre tales - Estados, mismo que solo es posible solucionar aplicando la - ley del territorio en que se celebró el acto, o bien, dando preferencia a la ley del territorio en donde dicho acto debe rá de ejecutarse.

Al respecto, creemos necesario, hacer referencia antes- que nada, a la regla *locus regit actum*, en virtud de la c-- trecha relación existente entre esta regla y la primera solu- ción a que en el párrafo anterior aludimos. Dicha relación - qued- manifiesta en la opinión doctrinaria: Romero asienta, - que la regla *locus regit actum* significa que la ley del --- lugar de la celebración del acto rige las formas extrínsecas del mismo, aunque ello, agrega, no se deriva de sus términos literales. Por esta razón, hace ver como Calandrelli, para - fijar mas exactamente su alcance, se debe decir "*lex loci -- celebrationis* o *lex loci actus* (ley del lugar de la celebra- ción) *regit instrumentum ejus*" (39).

Miaja, por su parte, afirma que la regla *locus regit -- actum* significa que la ley del lugar del país de otorgamien- to rige la forma de éste .(40).

De manera semejante, Niboyet asevera que "la regla --- *locus regit actum*, significa que un acto es válido si se ha realizado conforme a las reglas vigentes en el lugar de su - celebración". Agrega, que dicha regla se originó en la escue

(39) Romero.,op cit., pág 585.

(40) Miaja.,op cit. T II.,pág 202

la de los postglosadores con motivo del testamento. (41). — Sin embargo, existen otros autores como Savigny, quien asegura que su origen se remonta al siglo XVI; para otros a la época de los glosadores, comienzos del siglo XIII.

Para Pillet, "la regla *locus regit actum*, que permite usar formas prescritas por la ley del lugar en que se ha verificado el acto, se remonta a los primeros orígenes de nuestra ciencia" (42). De acuerdo con Nizja, el fundamento de la regla *locus regit actum* es de carácter práctico, de comodidad de quienes pretenden realizar un negocio jurídico, más o menos solemne. Tal regla no constituye una norma de derecho internacional general, prueba de ello es que no todas las legislaciones la aceptan. Dicha regla constituye, una costumbre bastante generalizada, pero esa costumbre no es su fundamento. Es útil, en virtud de que permite brindar a las partes acogerse a una ley que está a su alcance. Es necesaria en determinadas ocasiones dada la diversa nacionalidad de los contratantes, o bien, por no existir en el lugar la institución o el medio indispensable para cumplir con la formalidad prevista en la ley nacional.

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

1.- Razones prácticas.- "Nació la regla ante una verdadera necesidad práctica: es preciso que un individuo pueda -

(41) Niboyet., op cit. pág 515.

(42) Romero.,op cit., pág 586.

hacer válidamente ciertos actos en el extranjero utilizando para ello formas vigentes en el lugar donde se encuentra.

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

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

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

1.- Acto realizado en la forma establecida en un país de civilización rudimentaria.- Si se realiza el acto en un país africano, poblado de gentes atrasadas, difícilmente

podrá aplicarse la regla que examinamos; el orden público -- español se opondrá a ello.

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

3.- Fraude a la ley.- Ocorre, a veces, que un individuo se traslada a un país extranjero para realizar allí un -- acto, con el fin de sustraerse a las condiciones exigidas -- por su ley nacional. De este modo podrá, por ejemplo, con -- traer matrimonio con arreglo a otra legislación. En tales -- casos, la noción del fraude a la ley conduce a negar todo -- valor a dichos actos por ser contrarios al orden público --- español. " (43)

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

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

(43) Niboyet., op cit. pág 517.

Código Civil argentino, artículo 12: las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidos por las leyes del país donde se hubiesen otorgado.

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

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

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

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

Código del Perú, regla XX: la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos, se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

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

Código de Venezuela, 1942, artículo 11: la forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorgan en el extranjero, aun las esenciales de su existencia, para que estas surtan efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, deberá cumplirse.

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

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

Código de Italia, Libro I: año 1939, artículo 16: se permite elegir entre la ley local, la que rige la sustancia del acto y la nacional del disponente o de los contratantes, transmisión y extinción de los derechos sobre las cosas está -

sometida a la ley del lugar en el que estos se encuentran.

Ley de Polonia de 1926, artículos 5 y 6: la forma del — acto jurídico está regida por la ley que rige su sustancia o fondo. Sin embargo, cuando el lugar donde el acto se ha verificado no es incierto bastará que haya sido observada la ley del lugar. Respecto a los inmuebles situados en Polonia, su — adquisición, transferencia, et., debe de asegurarse en cuanto a su forma lo dispuesto por la ley polonesa.

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

Finalmente, otras legislaciones han adoptado la máxima — *locus regit actum*, en artículos aislados sin concretarla a — uno general, por ejemplo, el Código Civil francés, artículos — 47 (actos del estado civil), 170 (matrimonio), 999 (testamen — to). No obstante que se proyectó un artículo, el 4, ad*id* redac — tado: la forma de los actos se regie por las leyes del lugar en el cual son hechos o celebrados, el que no fué aceptado.

Anteproyecto de Babiloni .

En este se propuso: las formas de los actos jurídicos y de los instrumentos públicos y privados, serán regidos por las leyes del lugar en que se hubieren realizado. Pero si fuesen otorgadas en el extranjero con las solemnidades prescritas en este Código o ante funcionarios diplomáticos o consulares de la República serán válidos aunque no se llenasen las exigencias de la ley extranjera.

Proyecto de la Comisión Reformadora.

Artículo 5: las formas de los actos jurídicos quedan sometidas a las leyes del lugar pero los otorgados en el extranjero, con las solemnidades prescritas en este Código o ante los funcionarios diplomáticos o consulares de la nación serán válidos aunque no llenasen las exigencias de la ley local.

Tratado de Lima de 1878

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

Tratado de Montevideo de 1889.

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

la calidad del documento correspondiente.

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

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

Quintana, como miembro informante, criticó severamente - la adopción de la regla *locus regit actum*, sosteniendo que - debían seguirse las formas del lugar de la ejecución o cumpli miento de los contratos. Se vió obligado, no obstante, a ha- cer una excepción respecto a la forma de los instrumentos pú- blicos, admitiendo también como otra excepción las formas ma- trimoniales, quedando así reducidas las soluciones que propo- nía. para los instrumentos privados. ¿Y si el contrato se - ejecuta o cumple en varios lugares de leyes diferentes en - cuanto a las formas que deben seguirse, qué decir?

Segundo Congreso de Reforma de 1940.

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

Con el anterior artículo, se desprende que el régimen - en cuanto a la forma se ha modificado en el sentido de admi- tir la regla tradicional *locus regit actum*, conservándose el principio de que la ley del lugar donde los contratos datan -

cumplirse es la que decide respecto de si es necesario que se hagan por escrito y en su caso sobre la calidad del documento correspondiente, agregándose una nueva disposición relativa al régimen de las formas de publicidad." (44)

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

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

Finalmente, se asientan razones de carácter práctico, esto es, la ley del lugar de la celebración es única, nunca falta y es fija. El contrato en efecto, puede tener ejecución en varios Estados pero necesariamente se celebra en uno solo-

(44) Romero., op cit., pág. 586.

Por otra parte, el lugar de la ejecución del contrato puede o no estar establecido en el instante de la celebración: en — este último caso, ¿qué ley preside la celebración? . No puede ser la ley del lugar de la ejecución ya que no existe en — este instante, en cambio si puede regirse por la lex loci contractus ya que esta nunca falta, porque necesariamente en — algún lugar se celebra el contrato. Por último, durante la — vigencia del contrato puede cambiarse la lex loci solutionis, lo cual no sucede con el lugar de la celebración.

D.- Crítica a la lex loci contractus.

Respecto al argumento jurídico que sustentan los partidarios de esta tendencia, es erróneo, en virtud de que confunden la vigencia territorial del derecho con el territorialismo estricto del derecho. La vigencia territorial significa, — que conforme al derecho internacional privado la legislación del Estado se aplica a todas las relaciones que se localizan jurídicamente en su territorio. El territorialismo estricto — significa, que la legislación del Estado se aplica a todas — las relaciones que, aun de hecho se encuentren en su territorio. Así entonces, no podemos admitir, de acuerdo a la vigencia territorial del derecho, que por el hecho de que un contrato se celebre en determinado Estado, celebración que puede ser accidental, tenga por ello que someterse a la ley del — lugar en que se constituyó; sólo corresponderá a esa ley si — la norma de derecho internacional privado, atendiendo a otros motivos, así lo dispone. Por otra parte, tomando en consideración

el territorialismo estricto del derecho, la razón dada por -- los sostenedores de la *lex loci contractus*, en este sentido, -- es también aplicable en favor de la *lex loci solutionis*, ya -- que si los Estados aplican sus legislaciones a cualquier rela-- ción que se celebre en su territorio, será tenida también en-- cuanto a la ejecución de las mismas.

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

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

Lex loci solutionis.

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

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

ejecución del contrato lo que determina su celebración.

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

Desde el punto de vista práctico, se asienta que en la realidad de los hechos es imposible escapar a la aplicación, — por lo menos parcial, de la ley del lugar donde el contrato se ejecuta. Además, la ley del lugar de la ejecución es la ley del foro donde normalmente debe exigirse el cumplimiento judicial del contrato (45).

B. — Crítica a la *lex loci solutionis*.

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

(45) Aguilar Navarro., op cit. pág. 55.

que atender a cada caso concreto.

En cuanto a las razones de carácter práctico tampoco — estamos del todo de acuerdo, en virtud de que la solución — que se asienta, desde este punto de vista, es precisamente — el problema en cuestión, ya que si aceptamos lo dicho ten — dríamos que concluir que se debe aplicar, por la misma razón, la ley del lugar en que el contrato se celebró.

Por otra parte, la ejecución del contrato puede estar — sujeta a dos o más — estados, en cuyo caso, se presentaría nue — vamente el conflicto planteado. Además, existe el inconvenien — te de que el lugar de la ejecución del contrato sea modificad — derivándose de ello, que son las partes las que decidirían la ley de aplicación.

T E R C E R A P A R T E

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

SUMARIO:

VIII.- Legislación mexicana.

IX.- Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

X.- Código de Bustamante.

XI.- Consideraciones Generales Sobre los -
Conflictos de Leyes en México.

T E R C E R A P A R T E

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

VIII.- Legislación mexicana aplicable.

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

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

El artículo 6 de este ordenamiento jurídico, dispone: --
"La voluntad de los particulares no puede eximir de la obse-
rvancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden re-
nunciarse los derechos privados que no afecten directamente al
interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de-
tercero". Entendemos por esto, que en principio nuestro Código
se basa en una libertad de contratación, libertad que existe --
en cuanto a aquello que la ley no rige de manera imperativa.

En su artículo 8 señala: "Los actos ejecutados contra el-
tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán --
nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario"
De esta suerte, se reduce aun más la voluntad de las partes --
contratantes, sancionándose con nulidad aquellos casos en que-
se contravenga a lo que este artículo dispone.

Por otra parte, mediante la lectura de los artículos 12 y

13 es fácil advertir el carácter territorialista de nuestra -
 legislación. Artículo 12 : "Las leyes mexicanas, incluyendo -
 las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se
 aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacio-
 nales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean ---
 transeúntes." . Artículo 13: "Los efectos jurídicos de actos
 y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecu-
 tados en el territorio de la República, se regirán por las --
 disposiciones de este Código."

Por último el artículo 1839 dispone: "Los contratantes -
 pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las
 que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean -
 consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por pue-
 tas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean ---
 renunciadas en los casos y términos permitidos por la Ley". -
 Esto es, se tiene libertad para estipular las cláusulas que -
 se crean convenientes, siempre y cuando estén de acuerdo con
 las bases que los anteriores artículos disponen. Así podemos-
 afirmar que en derecho mexicano el contrato celebrado en ---
 México, independientemente de sus contratantes, se rige por -
 la ley nacional . Y para el caso de que sean celebrados fue-
 ra de la República, se regirá por la ley nacional en cuanto -
 a los efectos de ejecución que tenga dentro de su territorio.
 Por consiguiente, nuestra legislación desconoce la autonomía-
 de la voluntad dándose aplicación a las normas de carácter -
 imperativo o prohibitivo y en todo caso se atenderá al orden-
 público nacional.

IX.- Tratado de Montevideo de 1889.

En este tratado encontramos normas diversas que tienen aplicación respecto de los contratos accesorios, si, pasáremos en primer término, a la lectura de su artículo 36: "Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia ". Sin embargo, dentro del mismo tratado se encuentran otras normas que hacen dudosa la aplicación del anterior, así tenemos que el artículo 26, señala: "Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". Por lo anterior, tenemos que aceptar de acuerdo con los anteriores artículos, que no siempre los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia, sino que ello únicamente es posible, tratándose de contratos en los cuales se crean obligaciones personales, ya que tratándose de contratos que impliquen una relación de carácter real deben regirse conforme al principio de la *lex rei sitae*.

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

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

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

Artículo 33: "La misma ley rige:

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

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

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

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

Los que versen sobre prestación de servicios:

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

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

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

X.- Tratados de Montevideo de 1940

En éste, persisten las disposiciones correspondientes a los artículos 26 y 36 del tratado de 1889, con cambios radicales en cuanto a su redacción y orden numérico. Así tenemos: artículo 41: "Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal". Reiterándose, de la misma manera, - el artículo 26 en el 32 del tratado de 1940, que a la letra dice: "Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde están situados - en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles".

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

sadas con relación al tratado de 1889.

XI.- Código de Derecho Internacional Privado.

(Código Bustamante de 1928)

En primer término haremos referencia a aquellos artículos que se relacionan con los contratos accesorios, para más tarde en el capítulo siguiente, pasar a las consideraciones pertinentes.

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

Artículo 110: "A falta de toda otra regla y además para los casos no previstos en este Código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, de su tenedor".

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

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

XII.- Consideraciones Generales sobre los Conflictos de Leyes en México.

Los contratos accesorios, indudablemente, constituyen — uno de los más difíciles problemas dentro del derecho internacional privado. De su misma naturaleza resulta complicada su localización en el espacio. Los sujetos de la relación contractual pueden pertenecer a países regidos por leyes distintas; — puede resultar que el lugar de la celebración de una obligación sea distinta de aquella en que deba cumplirse, dando con ello lugar, posiblemente, a conflicto de leyes; el objeto de la prestación puede consistir en un inmueble situado fuera — del lugar de la celebración del contrato. De esta manera, las soluciones que hemos encontrado al través de nuestro estudio nos parecen enfocadas a resolver tales situaciones, sin embargo, en ninguna de ellas se encuentra de una manera absoluta la solución deseada, no sin advertirse que ello deriva de la misma naturaleza que tal problema presenta.

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

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

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

En suma, consideramos que utilizando normas supranacionales se evitan todos aquellos inconvenientes a que dan lugar cada uno de los sistemas anteriormente estudiados y, con frecuencia, nos inclinamos por que tales, sean adoptados y se fomenten por medio de los caminos mas convenientes.

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

En el derecho nacional contractual, la autonomía de la voluntad desempeña una función de gran importancia, ya que es la voluntad de las partes la que determina la creación de los contratos mediante la manifestación del consentimiento; mediante la voluntad se determina el contenido del contrato, esto es, su objeto, precio, plazo, etc., así como también es la voluntad la que establece los efectos en que las partes convienen. Sin embargo, dentro del derecho internacional, vigta a la autonomía de la voluntad no como el principio rector de los contratos sino como la facultad de elegir la legislación a la cual se someta, pensamos que debe ser aceptada —

entendiéndola como libertad de estipulaciones, y siempre que éstas, sean conforme a las leyes imperativas, respetando las normas de orden público y las buenas costumbres, tanto las del lugar donde se celebre el contrato como en el que haya de ejecutarse. Consecuentemente, se tiene una libertad de estipulaciones no ilimitada, sino frenada por las leyes imperativas y por las normas del orden público y las buenas costumbres.

Por otra parte, cuando no exista cualquiera de los dos medios anteriores, debe atenderse a la ley del lugar de la celebración, misma que tendrá vigencia hasta el momento en que el contrato haya de ejecutarse, momento en que principiará a regir la ley del lugar de su ejecución, evitándose de esta manera mayor número de conflictos. Para el caso de aplicación de estas últimas formas, deberá igualmente dejarse a salvo las disposiciones relativas al orden público y buenas costumbres.

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

Dentro de los tratados de Montevideo se han dado disposiciones respecto a los contratos accesorios, sin embargo, como ya vimos, las mismas presentan obstáculos que hacen difícil su aplicación, empero, si sólo tenemos en cuenta el artículo que a la letra reza: "Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia", tendremos que aceptar que esta es una manera de solucionar las barreras a que dan lugar los contratos accesorios en materia internacional, o cuando menos, entre los países que ratificaron ese tratado (Bolivia, Perú, Uruguay). De igual manera, podrían los demás países celebrar tratados en los que se diese la solución pertinente para cada una de las instituciones, llegando seguramente más tarde, a la creación de un código internacional.

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

nuestro estudio, de la manera siguientes los contratos accesorios se rigen por la ley del lugar de su celebración. Con — excepción de aquellas normas relativas a bienes que estando — sujeto a hipoteca, deben registrarse conforme a la ley del lugar de su situación. Se debe entender que la hipoteca como contrato, se registrará por la ley del lugar de su celebración, pero no así en cuanto a los bienes que a ella están sujetos, mismos — que estarán bajo la ley del lugar de su situación.

C O N C L U S I O N E S

Conclusiones.

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

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

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

4.- Los contratos accesorios pueden garantizar obli -- gaciones derivadas de cualquier otro acto o hecho jurídi -- co.

5.- Los contratos de garantía se clasifican en con -- tratos de garantía real y contratos de garantía personal, -- pudiendo ser de una u otra categoría, según deriva del com -- promiso contraído por un tercero o de la afectación de -- bienes determinados a la seguridad de un crédito.

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

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

La hipoteca es el contrato por el cual se crea un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que se otorga a su titular, los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal.

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

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

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

10.- Nos inclinamos, como medidas de solución para el tratamiento jurídico de los contratos accesorios en dere -

cho internacional privado, en primer término, mediante la celebración de tratados internacionales, esto es, a través de normas de carácter supranacional.

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

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

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

- 16.- Rojas Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" 1a ed. México, Robredo 1961 T-VI V-I.
- 17.- Romero de Prado, Victor . "Derecho Internacional Privado" Argentina Assandri 1961 T-II.
- 18.- Código Civil Mexicano para el Distrito y Territorios Federales de 1928 10a ed. México, Porrua 1966
- 19.- "Código de Derecho Internacional Privado" Aprobado por la VI Conferencia Internacional Americana de 13 de febrero de 1928.
- 20.- "Tratado de Montevideo de 1989 y 1940.