

BIBLIOTECA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

SECCION III
LIV

Dr. Quintín ALFONSIN

Profesor de Derecho Privado Internacional en
la Facultad de Derecho — Asesor Letrado del
Ministerio de Relaciones Exteriores

REGIMEN INTERNACIONAL
DE LOS CONTRATOS



MONTEVIDEO

REPUBLICA O. DEL URUGUAY

CAPITULO I

SISTEMA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

§ 1. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3. El término *autonomía* aplicado a la voluntad tiene dos significados: 1, puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente original de derecho, esto es, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, por tal modo que el sujeto crea normas jurídicas *ab initio*; y 2, puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello (1). En el primer caso, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho subjetivo absoluto, y en el segundo caso, es un derecho subjetivo derivado del orden jurídico que lo acuerda.

Ya sea entendido con uno o con otro significado, las personas gozan de ese derecho cuando contratan: son autónomas (2) para contratar, puesto que crean por propia voluntad las normas del contrato que celebran.

El contrato, en efecto, depende del arbitrio de las personas por dos aspectos: 1º, porque es la voluntad concordante de ambas partes lo que da origen al contrato (el consentimiento), y 2º, porque es ella quien establece el contenido del contrato (lo consentido), es decir, el objeto, el precio, el plazo... y todos los efectos en que las partes consenten.

(1) Sobre la aplicación del término *autonomía* al d.p., véase FOERST, § 94, y SAVIGNY, § 360, 2.

(2) *Autónomas* = su propio legislador.

Cada contrato es, por estas circunstancias, un trasunto de la voluntad de las partes, por lo cual, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes estipularon a su arbitrio.

Ahora bien: el *sistema de la autonomía de la voluntad* sostiene que la voluntad de las partes debe ser respetada incluso cuando lo estipulado por ellas consiste en que el contrato sea regulado por tal o cual ley.

De esta suerte, el régimen internacional del contrato, en lugar de ser establecido por una norma de d.p.i. (tal como ocurre con cualquier otra relación jurídica extranacional: capacidad, matrimonio, propiedad...), es establecido por los propios interesados, y su averiguación no plantea una cuestión de derecho, sino *una cuestión de hecho*: en lugar de consultar las normas de d.p.i. para saber cuál ley ha de aplicarse al contrato (si la ley personal de las partes, o la del lugar de la celebración, o la del lugar de la ejecución...), basta con consultar el texto del contrato para comprobar un hecho: que la voluntad concordante de las partes ha elegido tal o cual ley (3). *Esa ley elegida por las partes debe regir el contrato* (4).

4. Esta afirmación, tradicionalmente denominada "principio de la autonomía de la voluntad", requiere ser escrupulosamente fundamentada.

Es verdad que hay quienes pretenden que dicho principio es un axioma jurídico, por cuya razón se dispensan de fundamentarlo; pero esta actitud no es, por cierto, científica.

Otros recurren a la convicción universal, que, desde los tiempos de Saliceto y Dumoulin, lo sustenta; pero esta actitud tampoco es satisfactoria, porque, una de dos: o esa convicción se exhibe como un hecho consumado que excusa cualquier examen (y recaemos en lo recién señalado), o se exhibe como un

hecho fundamentado, en cuyo caso es menester examinarlo para encontrar su fundamento o para denunciar que no tiene ninguno.

Otros, finalmente, emprendieron la tarea de desentrañar sus fundamentos, y señalaron estos tres. Las partes pueden elegir la ley del contrato:

1. Por consecuencia de un derecho individual inherente a la naturaleza humana.
2. Por consecuencia del derecho de libre contratación que cada legislación nacional les acuerda.
3. Porque así lo exige la conveniencia del *commercium* internacional.

5. Primer fundamento: *El principio de la autonomía de la voluntad se funda en un derecho individual inherente a la naturaleza humana.*

Este fundamento adopta un subjetivismo absoluto (5) en consonancia con el individualismo racionalista imperante en el siglo pasado, según el cual, el individuo goza de sus derechos individuales por derecho natural. De ese modo, los derechos individuales, entre ellos el de elegir la ley del contrato, no derivan de ninguna norma positiva; antes bien, las normas positivas derivan de los derechos individuales, que son lo fundamental y lógicamente preexistente. Por consiguiente, las personas deben gozar del derecho de elección independientemente de toda norma, e incluso frente a una norma que lo prohíba.

6. a) Este fundamento tiene un defecto irremediable: sólo es posible sostenerlo prescindiendo del derecho positivo y de la realidad social (6). Una voluntad absolutamente autónoma e independiente de toda norma es, en efecto, una abstracción pura, ajena a todo medio social. En la realidad, en cambio, la voluntad individual sólo puede producir efectos jurídicos a condición de socializarse, esto es, a condición de someterse y

(3) NIBOYER, p. 13, y SCHNITZER, p. 251, atribuyen el éxito de esta opción a la comodidad que le brinda al juez. En efecto, cuando no dispone de norma positiva aplicable, el juez, con pretexto de acceder a la voluntad de las partes, se libra de la espinosa tarea de indagar por qué ley se rige jurídicamente el contrato.

(4) Acerca de la historia de la teoría, cons., ARMINJON, p. 172, CALERY, p. 135, BATTIFOL, p. 19.

(5) V. *supra*, nº 3.

(6) SCHNITZER, p. 245.

ajustarse a las normas jurídicas que condensan el interés social (7).

Quienes sustentan el argumento que comentamos tienen muy presente, que cuando el contrato es nacional, las voluntades están sometidas a las normas jurídicas nacionales; de aquí la siguiente contradicción en que invariablemente incurrir: "Frente a un contrato extranacional, las partes pueden elegir libremente la ley del contrato, pero frente a un contrato nacional, no: deben someterse preceptivamente a la legislación nacional". Si el derecho de elegir libremente la ley del contrato fuera efectivamente inherente a la naturaleza humana, e independiente como tal de toda norma positiva, ¿no deberían reconocerlo aún cuando las partes concertaran un contrato nacional?

La misma contradicción suele asumir otra forma. Cuando el contrato es nacional, las partes que lo celebran sólo pueden elegir una ley dentro de los límites que les señala el orden público interno; en cambio, cuando el contrato es extranacional, la voluntad de las partes no queda reducida dentro del marco de ningún orden público interno: todo lo pueden estipular libremente, incluso el orden público al que, por consecuencia de haber elegido cierta ley, se someten *voluntariamente* (8). Pero, si el derecho de elegir libremente la ley del contrato fuera verdaderamente inherente a la naturaleza humana, e independiente como tal de toda norma jurídica, ¿no debería privar sobre el orden público interno aún cuando las partes concertaran un contrato nacional? Nadie, por cierto, está dispuesto a aceptar esta consecuencia.

7. b) Otra inconsecuencia: Este fundamento conduce a la libertad ilimitada de las partes para regular su contrato.

Es verdad que la autonomía de la voluntad es entendida a

(7) GOURNOR, p. 136 y ss., 143 y ss.

(8) Tal es la opinión de la jurisprudencia europea actualmente dominante (cons., BARRON, SZASZY) y tan tenazmente defendida por SURVILLE, LARIBOURNS-PERMONNIERE, PERRAUD, KAYSER: el orden público interno sólo limita la voluntad de las partes cuando concertan contratos nacionales, pero cuando concertan contratos extranacionales, las partes no tienen por qué respetar límite legal alguno.

menudo con un alcance limitado: se la circunscribe a una prerrogativa de las partes para "elegir" la ley del contrato, estos, para elegir una entre las legislaciones nacionales existentes, sobrentendiéndose que, luego de elegida, las partes se someten a ella (tal como si dos personas fueran dueñas de elegir año, pero sobrentendiéndose que, luego de elegirlo, serán sus esclavos).

Sin embargo, fundada en un derecho subjetivo absoluto, la voluntad no tolera ningún límite. Al amparo de su derecho individual, las partes pueden elegir una legislación y descartar de ella las disposiciones que no les convengan; pueden asimismo remodelar a su gusto la legislación elegida; pueden combinar en diversa proporción las disposiciones de dos o más legislaciones distintas... y pueden llegar al extremo de descartar la aplicación de todas las legislaciones existentes. Esta libertad configura una objeción importante contra la autonomía de la voluntad: puede dejar el contrato suspendido en el aire, sin ningún apoyo legal.

8. c) El respeto riguroso de la voluntad de las partes puede conducir, en fin, a otra clase de incongruencias. Así: acatando la voluntad de las partes, se declara que la ley de Massachussets es aplicable a un contrato, pero a renglón seguido la ley de Massachussets anula el contrato por haber sido celebrado en día domingo; acatando la voluntad de las partes, se declara que cierta ley de EE. UU. es aplicable a un préstamo de dinero, pero la legislación de EE. UU. anula la cláusula "oro" convenida... (9).

En ambos casos, la nulidad resulta de la propia voluntad de las partes; sin embargo, es absurdo anular una voluntad con pretexto de respetarla.

Ya SAVIGNI había previsto esta incongruencia; cuando las partes acudan ante un juez cuya ley admira la estipulación, debe aceptar la demanda sin tener en cuenta la prohibición impuesta por la ley a la que las partes se sometieron voluntariamente, porque —decía— "¿cómo suponer la sumisión volun-

(9) BARRON, p. 50, nota 1. V. LAWYER, p. 73.

taria a una ley que no admite la validez de la obligación?" (10). Pero esta enmienda encierra al principio de la autonomía de la voluntad en una alternativa poco airosa, porque o se descarta la voluntad de las partes a fin de aplicarle al contrato una ley que lo valide, en cuyo caso es postergado el principio de la autonomía de la voluntad, o se respeta la vigencia del principio cumpliéndose en todo la voluntad de las partes, en cuyo caso se incurre en la incongruencia comentada (11).

9. Segundo fundamento: *El principio de la autonomía de la voluntad se funda en el derecho de libre contratación acordado por cada legislación nacional.*

Todas las legislaciones, cada cual en su respectiva esfera nacional, establecen que las personas tienen derecho de libre contratación, lo cual significa, 1º, que son libres de consentir o no, y 2º, que son libres de estipular a su arbitrio el contenido y los efectos del contrato.

En uso de esa libertad, las partes, al celebrar una compra-venta, pueden estipular, p.e., que "en caso de evicción, el vendedor restituirá el precio, los gastos, los frutos y los daños". Si alguna controversia se suscitara sobre el punto, el juez, sea del Estado que sea, por el hecho de reconocer que lo que tiene entre manos es un contrato, deberá respetar la voluntad de las partes así expresada, y aplicar esa cláusula para liquidar lo que debe el vendedor.

Si en lugar de expresarse así, las partes prefirieron copiar, como cláusula del contrato, el texto del art. 1630 del Código Civil francés (que con otras palabras establece lo mismo), el juez, sea del Estado que sea, también debe respetar la voluntad de las partes y aplicar esa cláusula para hacer la liquidación.

(10) SAVIGNY, § 374, C, p. 287, y § 372, C, p. 271. Rocco, citado por LAURENT, t. 7, p. 558-559. ARMINGTON, p. 189.

(11) Lo más corriente en la doctrina y en la jurisprudencia es mantener la vigencia del principio y afrontar la nulidad consecuente del contrato, porque, como opina NUSSBAUM (V. BARRER, p. 48), "las partes deben admitir en su contra el juego de las consecuencias legales de su declaración de voluntad, aunque sean inesperadas o indeseadas". Pero la paradoja no se resuelve con semejantes explicaciones, sobre todo cuando el contrato es anulado por entero en nombre de la voluntad de las partes.

Y si en lugar de reproducir en el contrato ese texto legal, las partes prefirieron remitirse a la legislación de donde lo extrajeron, diciendo, p.e., "Con respecto al saneamiento nos atenemos a la legislación francesa", el juez, sea del Estado que sea, debe asimismo respetar la voluntad de las partes expresada en esa remisión, y liquidar la deuda aplicando la legislación por ellas invocada. La elección de una ley, en efecto, equivale a una redacción explícita: es un medio de llenar las lagunas del contrato sin copiar en él todas las disposiciones pertinentes de la ley elegida. Por lo tanto, la elección de una ley está comprendida en la libertad de contratación de que gozan las partes en la esfera nacional.

10. Para juzgar este fundamento importa indagar quién confiere a las personas el derecho de libre contratación. Circunscripta la indagación a la esfera del orden jurídico uruguayo (es ocioso repetiría para cada orden jurídico nacional), obtenemos esta respuesta: las partes gozan de libertad de contratación porque así lo establece una norma jurídica nacional, el art. 1291, inc. 1º, del Código Civil uruguayo: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma".

Además conviene observar que la libertad de consentir o no, no es ilimitada en la esfera nacional: las ventas por ejecución judicial y por causa de expropiación, son forzadas. Y que tampoco es ilimitada la libertad de estipular el contenido y los efectos del contrato, porque las partes no pueden derogar en sus convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 11 del Código Civil uruguayo). Esta limitación ya estaba anunciada en el art. 1291 cuando expresaba que sólo tienen fuerza reconocida los contratos "legalmente celebrados"; el orden público interno forma, en efecto, un marco legal infranqueable, y sólo dentro de ese marco puede moverse libremente la voluntad. Finalmente, las manifestaciones de voluntad de quienes estipulan dentro del marco imperativo, pueden ser claras u obscuras, completas o incompletas.

Es clara la manifestación cuando no deja lugar a dudas sobre su significado, y es obscura cuando lo deja. P.c.: si las

partes convienen en que "la administración se limitará a los bienes muebles", importa saber qué entendían por administración y por bienes muebles. Quizás el significado de esas expresiones sea claro porque las partes mismas lo puntualizaron en el contrato; pero si no es así, hay que acudir a la legislación uruguayaya en busca de disposiciones *interpretativas* de la voluntad.

Es completa la manifestación cuando prevé todos los efectos del contrato, y es incompleta cuando nos los prevé. Es posible, p.e., que las partes que estipularon la compra-venta de un bien, hayan previsto la responsabilidad consiguiente a la evicción; pero si no la previeron, también hay que acudir a la legislación uruguayaya, esta vez en busca de disposiciones *supletivas* de la voluntad.

Conclusión: La libertad de las partes depende de la legislación uruguayaya por tres razones: *primera*, porque es la legislación uruguayaya quien la convierte en fuente de derecho autorizando y sancionando la libre contratación; *segunda*, porque es la legislación uruguayaya quien le fija los límites imperativos; y *tercera*, porque es la legislación uruguayaya quien interpreta las voluntades oscuras y quien suple las voluntades omisas. Todo lo cual puede resumirse diciendo que la legislación uruguayaya *regula la libertad de contratación*.

11. Todo lo dicho se circunscribe a la legislación uruguayaya, pero puede ser repetido, *mutatis mutandis*, acerca de cualquier otra legislación nacional; también la legislación española, y la argentina, y la francesa... regulan a su modo la libertad de contratación.

Ninguna de ellas, sin embargo, regula la libertad de contratación *en todos los contratos*. La legislación uruguayaya la regula solamente en aquellos contratos que, según las normas de d.p.i., deben ser regidos por la legislación uruguayaya; la legislación española, en aquellos contratos que, según las normas de d.p.i., deben ser regidos por la legislación española... y así sucesivamente.

Esta observación es muy importante: demuestra que el principio de la autonomía de la voluntad no puede estar fundado en la libertad de contratación. En efecto: para que las

partes puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley del contrato, es preciso que el contrato tenga ya una ley; justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes (12).

12. a) Los partidarios del principio de la autonomía de la voluntad no reconocen, sin embargo, el valor del argumento precedente, pues, en opinión de ellos, esa ley preceptivamente aplicable al contrato y que autoriza la elección de las partes, es justamente la elegida por las partes.

Pero, ¿es acaso posible que la ley que autorice la elección sea justamente la ley elegida por las partes? No; afirmarlo sería incurrir en el siguiente círculo vicioso: las partes, en trance de elegir una ley, se apoyarían en lo dispuesto por esa ley que van a elegir.

A veces se intenta eludir el círculo vicioso afirmando que lo que autoriza la elección de las partes es la norma de d.p.i. del Estado que juzga (13). Pero esta salida también es aparente. En efecto, dicho Estado sólo puede autorizar con su norma la elección de las partes si el contrato está sometido a su jurisdicción; es verdad que para validar la elección basta, por lo tanto, con que las partes elijan esa jurisdicción y le sometan el contrato; pero, para elegir esa jurisdicción, las partes se apoyarían en las normas de competencia jurisdiccional del Estado cuya jurisdicción van a elegir.

Otras veces se intenta restarle importancia a la objeción del círculo vicioso alegando que, como el derecho de elección está reconocido por todas las legislaciones del mundo, nada importa que las partes funden su derecho de elección en la ley que van a elegir o en otra. Es verdad: si todas las legislaciones son coincidentes en este punto, no es preciso señalar concretamente cuál es la ley en que se funda el derecho de las partes; pero basta con admitir que esa ley existe para que quede demostrada

(12) BROCHER, p. 74.

(13) HAUDEK, p. 6, p. 88 y ss. NUSSBAUM, Principios, p. 181. WOLFF, F. 212. Véase WIGNY, p. 687, y BARFOL, p. 46.

do que es esa ley la que rige el contrato, y no la elegida por las partes (14).

13. b) Además, las partes sólo pueden elegir la ley del contrato en tanto no rebasen el orden público interno impuesto por la ley del contrato (15). Por lo tanto, esa ley que impone su orden público interno al contrato y que fija, por consiguiente, la medida en que las partes son libres de elegir, no puede ser la elegida por las partes, pues ello importaría que la medida de la libre contratación es fijada por libre contratación.

Este era el argumento primordial de BROCHER (16). De allí parece haberlo extraído QUINTANA cuando expresaba en el Congreso de Montevideo de 1889, que no era posible que las partes eligieran libremente la ley del contrato "teniendo presente que tal libertad no puede ser absoluta porque no puede ejercerse contra las prescripciones de orden público relativas a los contratos, y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley" (17).

También a esta objeción se pretende restarle importancia. Se alega que las partes no tienen por qué respetar el orden público interno de ninguna legislación; sobre las relaciones jurídicas extranacionales (como son los contratos que ahora nos ocupan), puede incidir el orden público internacional de cada Estado, pero no el orden público interno, que sólo es aplicable a las relaciones jurídicas nacionales (18). Sin embargo, si la elección de las partes se funda, como venimos suponiéndolo, en el "derecho de libre contratación" acordado por una ley, las partes no pueden substraerse al orden público interno de dicha ley, dado que sólo existe "derecho de libre contratación" en la medida en que no se rebase el orden público interno.

(14) LEWALD, F. 72.

(15) Llamamos orden público interno a todas las disposiciones imperativas, que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes.

(16) O. c., p. 67, 68, 74.

(17) Actas de 1889, p. 672. En igual sentido se expresaba GABBA en la Sesión de Florencia del Institut de D. I. (Annuaire, 1908, p. 261): "M. Robin se ha limitado a decir que todo lo que no es relativo a los efectos, atañe al orden público. Pero, ¿a cuál orden público, al de cuál Estado? No lo dice, y sin embargo, hay que decirlo".

(18) SURVILLE, LEREBOURS-PICQONNIERE, PERRAUD, KAYSER.

También se alega que la mayor parte de las disposiciones legales concernientes a los contratos son facultativas: la intervención del orden público es tan pequeña que reduce a casi nada el problema de la autonomía de la voluntad en materia imperativa (19). El hecho alegado es falso con respecto a la legislación uruguayaya, que cada vez extiende más el dominio del orden público interno sobre el derecho contractual; pero aún cuando el orden público interno fuera reducidísimo, la objeción contra el principio quedaría en pie: que el orden público sea muy extenso o muy pequeño, lo mismo será preciso saber si lo estipulado por las partes cae dentro o fuera de él, y para saberlo, lo mismo hay que indagar cuál legislación es preceptivamente competente para imponer su orden público interno al contrato.

14. c) Por último, en cada contrato se hace uso de muchas categorías jurídicas; las partes mencionan "administración", "bienes muebles", "saneamiento"... Y muchas veces, según dijimos más arriba, no se paran a definir cada término. Los contratos, pues, normalmente deben ser interpretados, y para ello hay que acudir a las normas interpretativas de una legislación. Ahora bien: dicha legislación no puede ser la elegida por las partes, porque incluso la elección hecha por las partes depende de la interpretación del contrato.

En conclusión: no es la voluntad de las partes quien regula la ley del contrato, como pretende el principio de la autonomía, sino que es la ley del contrato quien regula la voluntad de las partes.

15. Tercer fundamento: *El principio de la autonomía se funda en la conveniencia del commercium internacional.*

Este fundamento cambia radicalmente el plano de la discusión. En lugar de demostrar que el principio de la autonomía de la voluntad deriva lógicamente de una razón jurídica, trata de justificarlo con una razón práctica: el beneficio que le reporta al *commercium* internacional.

Esta orientación pragmática señala, por lo pronto, que el

(19) ASI NUSSBAUM.

commercium internacional tiene exigencias ignoradas por las leyes internas. “A menudo las leyes internas admitten que la regulación de las tasas de interés sea diferente en materia civil y comercial. ¿Por qué el *commercium* internacional no puede tener análogas tolerancias justificadas por sus necesidades propias? Este razonamiento justifica la estipulación de la cláusula “oro” en los pagos internacionales, o la validez de una cláusula de exoneración por faltas del capitán” (20), y justifica asimismo que las partes gocen de la prerrogativa de establecer libremente el régimen del contrato, aún cuando en la esfera nacional no puedan hacerlo. Merced a esta prerrogativa, las partes pueden estipular todas las combinaciones normativas que crean convenientes, con lo cual el contrato extranacional tendrá un régimen elástico y adecuado a sus necesidades, en lugar del régimen rígido y estrecho de una ley nacional preceptiva.

Además, la elección de las partes estabiliza el régimen del contrato substrayéndolo a las vicisitudes que trae consigo la aplicación contingente de una legislación no prevista por las partes. Cuando las partes convienen en que el contrato se regirá por la ley francesa, p.e., saben a qué atenerse; por lo menos saben que del contrato no surgirán en lo futuro consecuencias inesperadas debido a la aplicación de otra ley.

16. a) Estos argumentos demuestran dos cosas: 1, que una legislación nacional (que por ser nacional no puede contemplar las exigencias del *commercium* internacional) no es adecuada para regir el contrato extranacional; y 2, que es necesario que el régimen del contrato extranacional sea estable. En cambio, no demuestra que la libre elección de las partes sea el medio de obtener ese régimen adecuado y estable. Advertiátese, en efecto, que a mejores resultados podría llegarse con la implantación de un “Código internacional de los contratos” elaborado en función de las necesidades del *commercium* internacional; pero no con la elección de una ley nacional, que siempre sería nacional.

17. b) Por otra parte, frente a los beneficios alegados a

favor del principio de la autonomía de la voluntad, hay que anotar los perjuicios que ocasionaría su aplicación.

Si en nombre de la utilidad, las partes pudieran gobernar sus contratos con ilimitada libertad, antes atenderían a su provecho personal que a los intereses generales de la sociedad internacional. En el contrato internacional confluyen los intereses particulares de los contratantes y los intereses generales de la sociedad internacional; el orden jurídico internacional toma debido conocimiento de unos y de otros y establece el régimen del contrato que mejor conviene a ambos. ¿Puede abandonar esa tarea a las partes contratantes? Si así lo hiciera, los intereses de la sociedad internacional quedarían a merced de la conveniencia de los particulares.

Esta objeción es particularmente grave dentro de la concepción clásica del d.p.i., según la cual, el d.p.i. tiene por único objeto resolver conflictos de competencia entre las legislaciones interesadas en regir la relación extranacional. En efecto, “la doctrina de la autonomía de la voluntad desprecia enteramente el interés que puedan tener los Estados en aplicar sus legislaciones al contrato” (21); “hay que buscar el Estado más interesado en regular el contrato; pero esta no es una cuestión entre particulares: es una cuestión entre Estados, y los Estados no pueden abandonar a los individuos el cuidado de resolverla” (22).

18. c) Otro tanto cabe decir de la estabilización del régimen del contrato. Si las partes pudieran establecer libremente el régimen del contrato, es verdad que sabrían a qué atenerse; pero, en cambio, la sociedad internacional nunca sabría a qué atenerse: una variedad infinita de combinaciones tendría vigencia simultánea en el campo internacional, por lo cual sería imposible para un tercero (que tuviera, p.e., intereses oblicuos sobre un contrato) prever el régimen de cada contrato. El uso de la autonomía de la voluntad suele recomendarse para que las partes puedan estar a cubierto de los inconvenien-

(20) LEBROURS-PICHONNIERE, p. 254-255.

(21) LENCZOWSKY, p. 69.
(22) SZASZY, p. 688.

les de una jurisprudencia vacilante y contradictoria en materia contractual; pero cuando existe un sistema recibido en que todos confían (como lo es, p.e., el del Tratado de Montevideo de 1889), la autonomía de las partes se convierte en un inconveniente, porque permitir que las partes descarten la aplicación de la ley competente y la substituyan por la que mejor les parezca "es introducir una completa anarquía en detrimento del sistema establecido" (23).

En fin, la anarquía puede cernerse incluso sobre los contratos nacionales: bastará con que las partes, mediante algún artificio, introduzcan en el contrato nacional un elemento extranacional cualquiera, para que puedan regirlo por la ley que les convenga. P.e.: si la ley nacional prohíbe estipular un interés mayor del 6 % en los préstamos de dinero, bastará con que las partes simulen que el contrato fué celebrado en el exterior para que puedan aplicarle la ley de otro Estado que les permite estipular el 15 %.

Nadie puede admitir que las partes cometan tales fraudes para descartar la aplicación de la ley nacional correspondiente a los contratos nacionales. Por eso suele restringirse la autonomía a los casos de "elección de buena fe"; esto es, cuando hay "conflicto real" (24). Pero esta limitación prácticamente carece de eficacia: sólo puede funcionar cuando el fraude es probado por quien lo alega en el juicio (y pocas veces será alegado), o cuando resulta de una revisión, por demás aventurada, de las circunstancias que rodean al contrato emprendida de oficio por el juez (y pocas veces el juez, sin incurrir en el riesgo de ser arbitrario, podrá decidir que hubo fraude).

19. *En conclusión.* La teoría de la autonomía de la voluntad carece de fundamento irrefutable. (25)

(23) LENCZOWSKY, p. 71.

(24) ARMINGTON, p. 193. BATTERO, p. 65.

(25) Hay quien no intenta siquiera fundar el principio, sosteniendo que, por encima de las incongruencias lógicas, valen las razones históricas de una tradición que, a pesar de ser fuente de muchos trastornos, debe ser respetada por su antigüedad. "Cualquiera sea el valor de las objeciones —dice WIGNY, p. 677— cabe preguntarse si es posible alterar un principio tan antiguo y universalmente establecido... La regla de autonomía, en efecto, es observada en

Comenzó por hacer pie en un derecho individual absoluto de las partes contratantes. Tal fundamento condecía con una auténtica autonomía de la voluntad, pero incurría en una contradicción: las facultades jurídicas de las partes variaban inexplicablemente cuando concertaban contratos nacionales; en este último caso, la voluntad, lejos de ser absolutamente autónoma, quedaba gobernada por la ley aplicable al contrato y reducida a los límites de una mera libertad de contratación.

La teoría hizo pie entonces en esa libertad de contratación, a fin de retraer el régimen de los contratos a las líneas generales del contrato nacional; pero de ese modo incurrió en otra contradicción; ese fundamento importaba que el contrato ya estaba preceptivamente sometido a una ley: justamente a la ley que regulaba la libertad de contratación de las partes.

Finalmente, esta teoría fundó el principio en las necesidades del *commercium* internacional; pero en este terreno, la contratación internacional no requiere el uso del principio de la autonomía de la voluntad porque se maneja satisfactoriamente con las normas preceptivas del d.p.i. (26)

todos los Estados del mundo. Quizás constituya un error, pero es un error común a todas las jurisprudencias de todos los países: ¡ventaja rara y preciosa! Por nuestra parte creemos que en este campo los errores lógicos conciben indefectiblemente a contradicciones normativas, por lo cual es obra saludable revelarlos y condenarlos. Reconocemos que en torno a este punto gira un delicado problema de filosofía del derecho que no puede resolverse en dos líneas, pero cuya solución no se inclina, ciertamente, hacia el desprecio de la coherencia.

(26) Un índice de la imprecendencia del principio de la autonomía de la voluntad son las limitaciones con que la doctrina, por precaución, lo ha recortado.

Primera limitación. Las partes no pueden elegir la ley del contrato si has mueve el propósito de eludir la que es obligatoriamente aplicable al contrato; tal elección configuraría un fraude contra la ley obligatoria, y el fraude no puede ser tolerado.

Esta limitación importa una contradicción con el principio de la autonomía de la voluntad. Para demostrarlo, basta con suponer sucesivamente estos dos hipótesis: 1. Que hay una ley obligatoriamente aplicable al contrato; en tal caso el fraude es imposible, porque si el contrato debe ser regido obligatoriamente por una ley, las partes carecen por completo de autonomía y no pueden elegir fraudulentamente otra ley. 2. Que no hay ley alguna obligatoriamente aplicable al contrato; en tal caso tampoco es posible el fraude, porque las partes, gozando de completa autonomía, no eluden ninguna ley cuando eli-

§ 2. TEORÍA DE LA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES

20. Hasta el momento hemos supuesto que la voluntad de las partes de elegir tal o cual legislación estaba expresada en el contrato. Pero la realidad muestra que los contratos casi nunca ofrecen una elección expresa, "o, para decir mejor, esto no sucede jamás" (27).

gen la que quieren. A pesar de estas contradicciones, la limitación *in fraudem legis* es manifiesta por la jurisprudencia extranjera con harta desenvoltura. Hay tribunales de E.E. U.U., p.e., que la utilizan con mucha frecuencia si no aparece clara la razón que movió a las partes para elegir otra ley que la *lex loci contractus* o la *lex loci solutionis*; lo cual sugiere que dicha limitación funciona como un expediente para descartar la voluntad de las partes y hacer retornar los contratos al régimen adoptado por la jurisdicción.

Segunda limitación. Las partes no pueden elegir una ley que no posea otro título para regir el contrato que contar con sus preferencias personales. Las partes pueden elegir la ley del contrato, pero deben hacerlo entre las jurisdicciones interesadas en regir el contrato. He aquí dos ejemplos de esta limitación: El art. 7 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil belga de 1887, establecía que las partes están facultadas para elegir la ley del contrato, puntualizando que "la facultad acordada a este respecto sólo puede tener por objeto la ley nacional de por lo menos una de las partes, la ley del lugar del contrato o la ley del lugar donde éste debe ser ejecutado". El art. 7 de la Ley postal de 2 de agosto de 1926 (v. *infra*, n° 71 c) también dispone que "las partes pueden someter sus obligaciones, sea a la ley nacional, sea a la ley del domicilio sea a la ley del lugar donde el contrato se celebra o realiza, sea a la ley del lugar donde la obligación debe ser cumplida, sea a la ley del lugar donde está situada la cosa". Limitaciones similares existen en la jurisprudencia norteamericana (v. BEALE, 1911, p. 860; JEANPRETRE, p. 88 y ss.) y en la alemana (HAUBERK, p. 44 y ss.; WOLFF, p. 215 y ss.)

También esta limitación es contradictoria con el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto: si las partes han elegido la ley del contrato fundándose en un derecho subjetivo absoluto que priva sobre toda norma jurídica (así sobre una norma que autorice a las partes a elegir la ley del contrato como sobre una que lo prohíba), no se comprende cómo una norma jurídica que autoriza a las partes a elegir entre ciertas leyes y que les prohíbe elegir entre las restantes, puede privar sobre la voluntad de las partes. Y si las partes han elegido cierta ley como medio de expresar los efectos jurídicos del contrato, establecidos dentro del ámbito de libre contratación que la legislación competente les confiere, no se comprende cómo no puedan elegir la ley que mejor les parezca si la legislación competente las faculta para ello. Véase ALCORRA, "Curso de D. i. p.", Buenos Aires, 1927, t. 2, p. 244 y ss.; NIBOYER, p. 50; SZASZY, p. 691; LENCZOWSKI, p. 76-80.

(27) AUDINER, t. 1, p. 335. Ya lo señalaba LAURENT, t. 2, p. 388, y lo repiten los libros recientes, LENCZOWSKY, p. 72; BATTIROL, p. 9, p. 39.

Por consiguiente, la teoría de la autonomía de la voluntad requiere normalmente el apoyo subsidiario de una teoría de la voluntad tácita para poder funcionar, teoría que supone: 1, que cuando falta la voluntad expresa, lo mismo hubo voluntad en ambas partes de elegir cierta ley para el contrato; y 2, que interpretando los términos del contrato o las circunstancias que lo rodean, puede revelarse cuál fué la legislación elegida.

21. 1. Suponer que quienes no expresaron su voluntad, tuvieron voluntad tácita de elegir cierta legislación para el contrato, es por demás arriesgado; el silencio bien pudo ser resultado de la imprevisión de las partes, que, en el momento de contratar, no advirtieron que el contrato podía suscitar un problema de d.p.i., o que, advirtiéndolo, no tuvieron presente que estaba en sus manos resolverlo (28). Es verdad que también pudo ocurrir que en el momento de la celebración, cada contratante pensara en el problema y en una solución; pero como ninguno expresó su pensamiento, sería muy atrevido afirmar que la intención de ambos fué la misma (29). Lo más frecuente, pues, es que falte la intención común a que la doctrina se refiere.

22. 2. Concedamos, no obstante, que hubo voluntad tácita común. En tal caso hay que indagarla por interpretación. El práctico deberá ponerse en el lugar de las partes y reconstruir el pensamiento que tenían en el momento de la celebración; para ello acudirá a todas las circunstancias aprovechables; pero "la significación de estas circunstancias a veces es dudosa; más aún, es raro que concuerden entre sí..." (30). Por eso el

(28) WIGNY, p. 696. BATTIROL, p. 40.

(29) ARMINGTON, p. 189. WIGNY, p. 696.

(30) ARMINGTON, loc. cit. Cuéntanse entre las circunstancias atípicas, "el idioma o la forma que usaron en el acto, la situación particular de una de las partes, la nacionalidad del funcionario público al cual recurrieron para dejar constancia del acuerdo, el hecho de estar sometidos por el contrato a la jurisdicción de tal país, y aun circunstancias exteriores... como la correspondencia cambiada, la ejecución parcial, hasta las declaraciones y la actitud de las partes en el proceso". LENCZOWSKY, p. 47; señala la jurisprudencia alemana que acepta las inferencias derivadas de la actitud de las partes en el proceso, actitud, observa, que puede no tener nada que ver con la formación del con-

práctico casi siempre indagará, no la ley que las partes eligieron efectivamente, sino la que razonablemente hubieran elegido puestas en el trance de elegir.

De este modo, la indagación de la voluntad tácita se convierte subrepticamente en la atribución de una voluntad *presunta*: en realidad, la voluntad de la ley o la del juez substituye a la voluntad de las partes (31); el juez resuelve el caso con una norma preceptiva, pero pretextando que obedece a la voluntad de las partes; con otras palabras, la norma preceptiva se aplica disfrazada de presunción de voluntad (32). Prueba de ello es la variedad de soluciones que pretenden ser traducción de una misma voluntad; puestas a presumir, cada legislación o cada jurisprudencia adopta presunciones diferentes, pero en nombre de la misma voluntad (33).

En conclusión. Si mediante la presunción se pretende interpretar la voluntad tácita de las partes, se comete una verdadera falsificación de la voluntad de las partes; y si mediante las presunciones se pretende atribuirles una voluntad a quienes no tuvieron ninguna, se confiesa que las partes no tuvieron voluntad, y cae por su base la teoría de la autonomía de la voluntad.

23. La teoría de la autonomía de la voluntad debe su fortuna a este desarrollo ulterior que alcanzó por el juego de las voluntades presuntas. Sin él, el principio hubiera sucumbido a causa de su exigua aplicación.

Esta observación sugiere que el principio de la autonomía de la voluntad sólo sirvió a la doctrina como cimiento de la teoría de la voluntad presunta, y que con ese único destino fué elaborado y fundamentado; la efectiva voluntad de las partes, proclamada como punto de partida de la teoría, prácticamente fué substituída por un sistema de presunciones cuya aplica-

trato. FRITSCHÉ, p. 323, p. 325, señala lo mismo con respecto a la jurisprudencia suiza.

(31) ARMINGTON, p. 192. NIROVER, p. 64. LEWALD, p. 74. WIGNY, p. 696. SZASZY, p. 681. LENGCZOWSKY, 72. SCHNITZER, p. 257.

(32) ARMINGTON, p. 192. LEWALD, p. 75. En esta observación se funda la solución propuesta por PILLET, § 488.

(33) NIROVER, p. 63.

ción a los contratos no podía eludirse sino mediante prueba en contrario.

Más aún. Hubo quien llegó a proponer el uso de presunciones irrefragables: a falta de elección expresa, se supondría invariablemente que las partes eligieron (p.e.) la *lex loci contractus*. Esta innovación empujea más aún el principio de la autonomía de la voluntad: lo reduce a un fundamento puramente verbal de una disposición preceptiva (34).

24. Contra todos estos fingimientos se opone buena parte de la doctrina que, desde fines del siglo pasado, y por obra principalmente de BROCHER, lucha por desarraigat el principio de la autonomía de la voluntad mediante la paciente demostración de sus errores (35).

No obstante, el principio aún permanece en pie en Europa y en algunas repúblicas americanas.

En el Uruguay, en cambio, nunca tuvo arraigo (36). Fué rechazada por el Congreso de Montevideo de 1889, que estableció un régimen rigurosamente preceptivo para los contratos (37), y es rechazada por una norma interna, incorporada

(34) Esta proposición ha sugerido a WIGNY la idea de desterrar estos fingimientos verbales, imitando el dominio del principio de la autonomía de la voluntad a los casos de elección *expresa*. Cuando no hay elección expresa —dice—, es mejor que el contrato se rija preceptivamente por una norma. Con esta solución "transaccional" se reduce la aplicación del principio, pero no se sustituye ninguno de sus defectos. Véase WIGNY, p. 698. PILLET, §§ 488, 494 *in fine*, 496, etc. FRITSCHÉ, p. 325.

(35) Cuentanse estos autores: BROCHER, DIENA, NOLDE, BEAUF, DREYFUS, ARMINGTON, NIROVER, LEWALD, SZASZY, LENGCZOWSKY, SCHNITZER, etc. No son tan terminantes en sus declaraciones AUBRY, PILLET, AUDINER, etc. SZASZY cita (p. 686) como antecesor de todos a UNGER, "System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts", Viena, 1856, t. 1, p. 189.

(36) Véase Actas de 1889, p. 672, donde se expone la opinión del Dr. RAMIREZ, primer profesor de d.p.i. en la Facultad de Montevideo. (No así en "Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 1888, p. 26 y 110). CASNOX, "Derecho Internacional Privado", Montevideo, 1901, donde se expone la opinión del Dr. SIENKA, CARRIO, "Apuntes de Derecho Internacional Privado", Montevideo, 1911, p. 174, donde se expone la opinión del Dr. VARELA. Actas de 1939, p. 43, y Actas de 1940, sesiones del 14 y 15 de agosto de 1940, donde se expone la opinión del Dr. VARGAS.

(37) Arts. 33 a 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. V. Actas de 1889, p. 963.

en 1941 al Código Civil uruguayo, que dice: Art. 2403, "Las reglas de competencia legislativa y judicial no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente" (38).

CAPÍTULO II

UNIDAD Y DESMEMBRAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO

25. Una vez desechada la teoría de la autonomía de la voluntad, y admitido, en consecuencia, que el régimen del contrato debe ser impuesto por la norma de d.i.p., es preciso decidir si el contrato debe ser regido en todos sus aspectos por una única legislación preceptiva o si en cada aspecto ha de ser regido por una diferente (1).

Esta última alternativa (2) supone el desmembramiento o partición (3) del contrato en dos o más segmentos. Todos ellos son interdependientes desde el punto de vista del contrato; pero se los considera como independientes desde el punto de vista de la ley aplicable.

El desmembramiento puede ser "vertical" u "horizontal" (4). En el primer caso, el contrato es dividido por planos verticales que rompen la unidad existente entre las obligaciones de cada parte del contrato bilateral (comprador-vendedor, arren-

(1) El punto fué profundamente discutido en las Sesiones del Instituto de D. I. celebradas en La Haya (1925) y Lausanne (1927). Ver *Annuaire*, t. 32 y 33, II y III. Consulte Noirde, § B; PILLET, § 492; NIBOYER, p. 75; LENZOWSKI, p. 95; BARREROL, p. 69.

(2) No cabe en la alternativa apuntada una tercera solución, como proponen, entre otros, PILLET, § 492; NIBOYER, p. 80; BARREROL, p. 70. Hay para cada contrato —dicen— una ley principal que lo rige por completo o en su casi totalidad, y otras que, por excepción, rigen tal o cual elemento del contrato. En realidad, el desmembramiento no pierde sus caracteres ni sus defectos en esta solución conciliatoria.

(3) Nombre lo ha llamado *dépeçage*; NIBOYER, *morcellement*.

(4) LENZOWSKI, p. 97.

(38) Véase "Cámara de Representantes, 33a. Legislatura; Código Civil; Incorporación de disposiciones" (Anexo al Repartido n° 500 de 1941), Montevideo, 1941.

(datario-arrendador...); en el segundo caso, es dividido por planos horizontales que separan una a una las capas de elementos que lo integran (capacidad, forma, validez del consentimiento, licitud del objeto, efectos...)

§ 1. DESMEMBRAMIENTO VERTICAL

26. El ejemplo más ilustrativo lo proporciona SAVIGNY. Preocupado por indagar "cuál es el verdadero asiento de las obligaciones" a fin de conocer "el derecho local a que se encuentran sometidas" (5), se decide a considerarlas localizadas (salvo el caso de voluntad contraria de ambas partes) en el lugar de sus respectivos cumplimientos (6), adoptando, de este modo, la *lex loci solutionis* para cada obligación.

Cuando el contrato, por ser unilateral, impone una obligación a una sola de las partes, la *lex loci solutionis* de esa obligación es a la vez la ley del contrato; pero cuando el contrato, por ser bilateral o sinalagmático, impone a las dos partes obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en Estados diferentes, habrá que desmembrar el contrato en dos mitades para aplicarle a cada una la ley correspondiente.

No podía escapar a la ilustración de SAVIGNY "que en muchos casos esta división en dos partes del contrato sinalagmático podía suscitar dudas y traer complicaciones" (7). No obstante, afirma que su doctrina no deja por eso de ser verdadera: "en el contrato sinalagmático, siendo distintas las deudas, pueden ser tratadas por separado; y una vez hecha la división, nada impide establecer para cada una de ellas su derecho local... Esta división de ambas deudas es, por lo demás, el punto de vista primitivo y natural; su reunión sólo es producto de una deducción artificial justificada por la relación íntima que existe entre ambas obligaciones; así lo confirma la costumbre ro-

(5) SAVIGNY, § 369.

(6) SAVIGNY, § 370.

(7) SAVIGNY, § 369, nota b.

mana de celebrar a menudo un contrato de compra-venta mediante dos estipulaciones separadas" (8).

NEUMEYER y STRISOWER (9), ZITTELHANN y FRANKENSTEIN (10), adoptaron desmembramientos similares.

27. Este tipo de desmembramiento generalmente es rechazado. La doctrina le opone una objeción de mucho peso, cuya expresión es similar en varios autores, a saber: "Las obligaciones que ligan a los contratantes en todo contrato son correlativas, y desaparecería esa correlación si sus estipulaciones quedasen subordinadas a distintas leyes. Tómese, p.e., el contrato de permuta de bienes que se encuentran situados en distintos países. ¿Cómo puede suponerse que en materia de evicción... quedasen los bienes permutados sometidos a distintas legislaciones?" (11). "Las obligaciones de una parte son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la otra; por lo tanto, no pueden ser pesadas en balanzas diferentes" (12).

En las transcripciones que preceden, el término "obligación" fue usado con el significado de deuda o prestación, por lo cual la objeción se refirió en realidad a la correlación y equilibrio que entre ambas deudas debe existir. Tomando, en cambio, el término "obligación" en su significado de vínculo jurídico entre ambas partes, la objeción pertinente es otra: ambas obligaciones, aunque diferentes, emergen de una fuente común; en consecuencia, aunque la deuda de cada parte pudiera ser regulada por una ley distinta, la fuente consensual que les dió origen debe ser regulada por una sola. De lo contrario, o

(8) SAVIGNY, § 369; BAR, § 250. Las judicaturas alemana y suiza proporcionan ejemplos de este tipo de desmembramiento. V. HAUSER, p. 85; y ss.; BATIFFOL, § 89. (No así FRITSCHER, p. 323).

(9) NOLDE, 1926, p. 449; *Annuaire*, t. 32, p. 99.

(10) Véase *infra*, Cap. III. PILLET, "Principes de d.i.p.", París 1903, p. 138 y ss.; - FRANKENSTEIN, en *Recueil*, t. 33, p. 330-331.

(11) RAMIREZ, p. 125.

(12) NOLDE, 1926, p. 450. ROLLIN, § 275. Ver asimismo LAURENT, t. II, § 225; BATIFFOL, § 89 y ss.

no se lograría la coincidencia de ambas voluntades (13), o habría que enfrentarse con situaciones insolubles, como en el caso de que, según la ley de una obligación, el consentimiento existiera y fuera válido, y según la ley de la otra, no existiera o fuera nulo. El contrato extranacional es una unidad jurídica, y como tal debe ser regido por una sola ley.

§ 2. DESMEMBRAMIENTOS HORIZONTALES

28. Este tipo de desmembramiento ofrece innumerables variedades. El contrato, en efecto, puede ser analizado hasta el extremo de convertirse en una multitud de elementos diferentes; y, por su parte, esos elementos pueden ser luego agrupados de muchos modos distintos, a fin de someter cada grupo a un régimen normativo diferente.

En lo que sigue sólo nos detendremos a examinar los desmembramientos de más arraigo en la doctrina.

29. 1. El primero parte de esta afirmación: en el contrato hay por lo menos tres elementos cuyo régimen es menester separar: la *capacidad* de las partes, que debe regirse por la ley personal de cada contratante, la *forma* del acto, que debe sujetarse a lo prescripto por la ley del lugar donde se contrata (*locus regit actum*), y el fondo del contrato. Sólo por una coincidencia eventual, dichos elementos pueden estar regidos por la misma legislación; lo corriente es que cada cual lo esté por una distinta (14).

Esta afirmación encierra dos confusiones que urge desechar.
a. Con respecto a la capacidad, confunde el requisito de

(13) BAGEZ, p. 186-187; si cada parte regula su obligación por una ley propia, cuando haya diferencia entre ambas leyes, no puede haber contrato. En efecto: si *a* se obliga conforme con la ley de *A*, entiendo que la contraprestación de *b* se regula también por la ley de *A*; por su parte, *b*, obligándose conforme con la ley de *B*, entiendo que la contraprestación de su deuda se regula por la ley de *B*. Pues bien: si las leyes *A* y *B* son diferentes, no habrá habido contrato por faltar el acuerdo de ambas voluntades.

(14) P.e.: ALONSO, 1925, p. 484; PILLET, §§ 509-510; véase NIKOVET, p. 77 y ss.; BATHFOL, p. 323.

la capacidad con la determinación de la capacidad de cada contratante. El requisito "capacidad de las partes" es elemento del contrato, y, como tal, es impuesto por la ley del contrato; en cambio, la efectiva capacidad de cada contratante no es elemento del contrato, y su determinación queda librada a la ley personal de cada contratante.

P.e.: si dos personas que pertenecen a la sociedad argentina conciertan un contrato que debe regirse por la ley uruguay, es la ley uruguay, como ley del contrato, quien exige que las partes sean capaces (Código Civil uruguayo, art. 1261, inc. 2º), en tanto que es la ley argentina quien determina si dichas personas poseen o no esa condición exigida por la ley uruguay. Basta con dar vuelta la cuestión para demostrarlo: no es la ley argentina, ley personal de los contratantes, quien resuelve si el contrato requiere o no que las partes sean capaces, ni es la ley uruguay, ley del contrato, quien resuelve si los contratantes son capaces o no (15).

b. Con respecto a la forma del acto, también se confunde el requisito formal (sea *ad solemnitatem* o *ad probationem*) con la perfección del instrumento formalmente requerido.

La forma es elemento del contrato, y como tal, es impuesta por la ley del contrato (16); en cambio, las condiciones que perfeccionan el instrumento no son elemento del contrato, y su determinación queda librada a la ley del lugar donde se libra el instrumento.

P.e.: dos personas celebran en la Argentina la compra-venta de un inmueble situado en el Uruguay; la ley uruguay (suponiéndola ley del contrato) exige como forma *ad solemnitatem*, la escritura pública (Código Civil uruguayo, artículo 1664); pero como es otorgada en la Argentina, la escritura deberá ajustarse a los requisitos notariales impuestos por la ley del lugar donde se otorga. No es la legislación argentina quien

(15) Queda implícito en lo dicho que rechazamos el sistema norteamericano, según el cual, incluso la capacidad de las partes la determina la ley del contrato.

(16) QUINTANA, en Actas de 1889, p. 567; RAMÍREZ, p. 127.

resuelve si la compra-venta del caso requiere o no escritura pública, ni es la ley uruguayana quien resuelve si el escribano argentino debe, p.e., signar o no la escritura.

Disipadas estas confusiones, el contrato recobra la unidad de su régimen.

30. 2. Con respecto al fondo también se proponen desmembramientos.

El más frecuente resuelve la oposición entre la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis* mediante un régimen dicotómico: la unidad del contrato es dividida en dos tandas de cuestiones, unas referentes a la formación del contrato, y otras referentes a su ejecución; las primeras son reguladas por la *lex loci contractus*, y las segundas, por la *lex loci solutionis*.

Quienes reparten el régimen del contrato entre las dos leyes mencionadas, no se avienen, sin embargo, para señalar el ámbito de una y de otra, por tal manera que, coincidiendo todos en aplicar al contrato el mismo par de leyes, a menudo concluyen por aplicar leyes diferentes a un mismo punto particular.

Esta variedad de opiniones se explica considerando que dividir en dos el contrato es, de por sí, operación muy elástica. Extendiendo paulatinamente el ámbito de aplicación de la *lex loci solutionis*, puede llegar a abarcar incluso la licitud del objeto, la causa, la lesión..., que son elementos que muchos autores regulan por la *lex loci contractus*; pero extendiendo a su turno el ámbito de esta última ley, la aplicación de la *lex loci solutionis* puede quedar reducida a muy poco: a la forma de realizar los actos de ejecución.

A esta elasticidad intrínseca de la línea divisoria hay que agregar aún lo vago e indeciso de las formulaciones con que los autores expresan habitualmente la división. Así ocurre, p.e., con la que distingue entre el *vinculum juris* y el *onus conventionis*, y con la que distingue entre la *validez* del contrato y sus *efectos*.

a) La primera de ambas formulaciones goza de mucho prestigio doctrinario. Su implantación se atribuye a MEYRUS, y

es adoptada por P. VOET, BURGUNDS, FOELIX, FIORE, ASSER, etcétera (17).

El último de los citados dice: "Hay que distinguir los elementos que se refieren al vínculo de derecho, a la validez intrínseca, a la materia y a la extensión de las obligaciones, por una parte, y todo lo que concierne a su ejecución, por otra. La ley del lugar de la celebración es determinante para el vínculo de derecho. La ley del lugar de la ejecución rige lo que concierne a su ejecución".

Precisando más esta distinción, FOELIX advertía que la *lex loci solutionis* regula todo lo que debe hacerse después de celebrado el contrato; "así, esa ley determina las formalidades de la entrega y del pago, la medida de las tierras o de las cosas muebles enajenadas, la moneda en que debía pagarse, la obligación de dar recibo, la mora y la responsabilidad por daños y perjuicios que ella acarrea". Y FIORE, por su parte, se interna en una larga enumeración de circunstancias eventuales, juzgando si cada una de ellas debe ajustarse a esta o a aquella ley.

b) Análoga decisión ofrece la otra fórmula que distingue entre la validez del contrato y sus efectos, y que fué recogida por el *Restatement* de los EE. UU. (18).

Véanse los artículos pertinentes:

Art. 332. La ley del lugar de la celebración determina la validez y los efectos (19) del contrato en lo que concierne:

- a) a la capacidad contractual de las partes;
- b) a la forma en que debe celebrarse el compromiso si el caso so presenta;
- c) al consentimiento y, si hubiera lugar, a la *consideration* (o equivalente) de que depende legalmente el carácter obligatorio del compromiso;
- d) a cualquier otra condición necesaria para dar fuerza obligatoria al compromiso;
- e) al dolo, al carácter ilícito de la prestación y a cualquier otra circunstancia que tornaría nulo o anulable el compromiso.

(17) Ver los textos de MEYRUS, P. VOET y BURGUNDS en FIORE, § 243, FOELIX, § 98, FIORE, §§ 242-245, 253-259, apéndice, p. 257, ASSER, § 33, FIORE volvió a sostener ese desmembramiento en la Sesión de Florencia del Institut de D.J. (Annuaire, 1908, p. 262 y ss.). *Adde*: BATTIROLI, p. 441 y ss.

(18) WIGNY-BROCKELBANK, p. 347 y ss.

(19) Los efectos dependen en realidad de la ley del lugar de la ejecución. Véase al respecto el art. 358.

f) a la naturaleza y a la extensión de la obligación que queda a cargo de cada contratante, salvo lo que establece el art. 358;

g) al momento y al lugar en que el compromiso, conforme con sus términos, debe ejecutarse;

h) al carácter puro y simple o condicional de la obligación.

Art. 358. La ejecución a que está obligada la parte contratante será perfecta cuando sea conforme con las disposiciones de la ley del lugar donde debe llevarse a cabo. Así es en lo que concierne:

- a) a la forma de ejecución;
- b) al momento y lugar de la ejecución;
- c) a las personas que deben ejecutar y a favor de las cuales se debe ejecutar;
- d) al carácter satisfactorio de la prestación;
- e) a los casos de inejecución justificada.

Art. 360, inc. 1. Si la ley vigente en el lugar de la ejecución dispone que la ejecución es ilícita, el deudor no está obligado a cumplir la prestación prometida.

Por su parte, los arts. 361, 362, 363, 364, 370 y 372 disponen que la ley del lugar de la ejecución determina: la forma de ejecución; el momento en que debe ser cumplida; la moratoria; la moneda cancelatoria; si ha sido violado el contrato; si hay lugar para demandar por daños y perjuicios por causa de violación.

31. Esta duplicación de las leyes aplicables al mismo contrato requiere, como hemos dicho, que el límite que señala el dominio de cada una sea preciso. De lo contrario, la superposición de ambas leyes sería inevitable y le crearía al contrato conflictos internos insolubles.

Tal demarcación es, sin embargo, muy difícil (20), y, si pretende ser nítida, importa una división arbitraria de la zona fronteriza.

Más aun: tal demarcación sería inútil porque no impedi-

(20) Según BEAUF, la distinción entre las cuestiones referentes a la validez y las referentes a los efectos "debe depender de las circunstancias particulares y ser gobernada por la interpretación que se haga del caso" (WIGENT, *BECKERBANK*, p. 383, p. 361-362). "Nada hay más engorroso que distinguir las condiciones de validez y la positividad legal de ejecutar" (BATTIFOL, p. 79); sin embargo, el "jurista debe contentarse con esa respuesta de BEAUF; cuando ella condiciona toda la aplicación de un sistema, hubiera sido preciso, sin embargo, buscar algo mejor" (BATTIFOL, p. 79, nota 4; NEUSSAUF, Principios, p. 196).

ría la superposición mencionada. Supongamos, en efecto, que fuera enteramente satisfactorio señalar el ámbito de aplicación de cada ley distinguiendo, por un lado, las condiciones de validez del contrato, y por otro, sus efectos. En ese caso podría ocurrir que, según la *lex loci contractus*, la validez del contrato dependiera de ciertas condiciones de ejecución desconocidas o prohibidas por la *lex loci solutionis*; o que, según la *lex loci solutionis*, la ejecución del contrato dependiera de ciertas condiciones de celebración desconocidas o prohibidas por la *lex loci celebrationis*.

Esta dificultad normativa pasa inadvertida debido a que en la práctica judicial se ventilan, las más de las veces, puntos aislados del contrato, cuya resolución requiere que una sola de ambas leyes sea aplicada. BATTIFOL, p.e., ha anotado (21) que la fórmula que distingue entre la validez y los efectos ha sido manipulada por la Corte Suprema de los EE. UU. "para justificar, *unas veces*, la aplicación de la ley del lugar de la celebración, y *otras veces*, la del lugar de la ejecución, según se tratara de una cuestión de validez o de una cuestión de efectos, pero nunca para aplicar efectivamente ambas leyes a la vez". La aplicación conjunta de ambas leyes hubiera revelado en el plano práctico los inconvenientes de la solución adoptada por el *Restatement*.

Como ejemplo de estos inconvenientes, consideremos cómo regula el *Restatement* un contrato con objeto ilícito. Si el objeto es ilícito según la *lex loci contractus*, dicha ley no autorizará la convención, que carecerá, por consiguiente, de fuerza obligatoria en todas partes (22). En cambio, si el objeto fuera ilícito según la *lex loci solutionis*, la *lex loci contractus* lo mismo autorizará el contrato reputándolo como válido en todas partes. La *lex loci solutionis* no tendrá competencia para discutir esta validez, pero prohíbe la ejecución del contrato (23) Y, juzgándola ilícita, rechazará asimismo cualquier demanda por causa de inejecución (24). He aquí un contrato válido, pe-

(21) BATTIFOL, p. 72.

(22) Art. 332. e).

(23) Art. 360.

(24) Art. 372. Véase DOWE, "D.L.P.", Barcelona 1947, p. 111.

ro cuya validez es *sui generis*, dado que carece de efectos como si fuera nulo; todo por obra de la superposición que comen-
tamos.

No es posible, pues, que desde el punto de vista normativo sea dividido lo que jurídicamente es indivisible. *Vinculum y omnis*, p.e., están "íntimamente ligados entre sí, se suponen recí-
procamente, no pueden desligarse en absoluto, y tienen que caer en consecuencia, bajo el imperio de una misma regla" (25).

32. 3. Aun con respecto a los efectos se propuso de anti-
guo otra distinción entre *efectos* y *consecuencias* del contrato. Su origen se remonta a GUILLELMO DE CUN y a BAROLO DE SASSOFERRATO (26), y es admitida por MERRIN, MASSÉ, FOELIX, FIORE, etc. (27).

No hay entre los citados completa coincidencia acerca de lo que son "efectos" y "consecuencias". No obstante, puede afirmarse que "efectos" son los derechos y obligaciones que derivan necesariamente de la naturaleza misma del contrato, por lo cual son previstos por las partes en el momento de contratar (pago del precio, entrega de la cosa...), en tanto que "consecuencias" son los derechos y obligaciones contingentes que derivan de hechos posteriores a la celebración del contrato (*ex post facto*): sólo sobrevienen accidentalmente por causas anormales (incumplimiento, mora...), por lo cual no fueron previstos por las partes en el momento de contratar.

Hay completa coincidencia, en cambio, acerca del régimen de los "efectos" y de las "consecuencias". Todos afirman que la ley que rige el contrato rige los "efectos", unos, por aducir que las partes al elegir una ley para el contrato en realidad la eligen para los "efectos" (dado que los "efectos" son la razón de que las partes contraten), otros, por aducir que siendo los "efec-

(25) Actas de 1889, p. 567.

(26) Ver ALFOSSIN, "Introducción histórica al estudio del *d.p.r.*" Montevideo, p. 20-21. Textos de BAROLO en STORV, § 301, o en BEAUF, "Bar-
tois in the conflict of laws", London, 1914.

(27) MERRIN, "Répertoire universel et raisonné de jurisprudence", Pa-
ris 1830, t. 5, vº *Effet rétroactif*, § 3, 6. MASSÉ, "Le droit commercial dans
ses rapports avec le droit des gens et le droit civil", Paris, 1861, t. I, §§ 598 y
599. FOELIX, § 109 y s. FIORE, § 257 y ss. VALERY, p. 987 y ss.

tos" consubstanciales con el contrato, no pueden registrarse por otra ley. Las "consecuencias", por lo contrario, se rigen por la ley del lugar donde ocurren los hechos que las originan, "dado que más bien resultan de esos hechos que del contrato mismo" (28); vale decir: se rigen, cualquiera sea la ley del contrato, por la *lex loci solutionis*, puesto que los hechos aludidos ocurren en el lugar donde el contrato debía cumplirse.

Esta distinción es rechazada, tras minucioso examen, por muchos juristas (29); otros se limitan a mencionarla como cosa ya pasada.

Para rechazarla se señala que no existe criterio seguro para separar los "efectos" y las "consecuencias" (30) y que, además, es inconveniente separar ambas cosas porque de ese modo se rompe, sin motivo de peso, la unidad del contrato (31).

33. 4. Otros juristas dividen el fondo del contrato, no en dos, sino en varios segmentos, y a cada uno le asignan una ley propia. A veces los segmentos son tantos y las leyes aplicables tan numerosas, que producen un verdadero desmenuzamiento del contrato.

AUDINET, p. e., dice: "Hay que proceder por vía de análisis, considerar por separado las diversas reglas obligatorias a que está sometido el contrato en cuanto a su formación y en cuanto a sus efectos" (32), y a continuación resuelve por separado el régimen que le conviene a la capacidad, al consentimiento y a sus vicios, al objeto, a la causa, a la ejecución...

(28) FOELIX, § 109.

(29) LAURENT, t. VII, § 461 y ss. ASSER, § 37. SURVILLE, § 242 y ss.

(30) No es posible distinguir los "efectos" y las "consecuencias" según sean previstas o no, dado que las partes pueden preverlo todo: las cláusulas para el caso de incumplimiento, p.e., son muy frecuentes (AUBRY, p. 732). Esta observación hace desvanecer la razón más enérgicamente aducida en apoyo de la distinción. En cambio, es posible distinguir los "efectos" y las "consecuencias" según sean directa o indirectamente derivados del contrato; pero en este caso falta la razón suficiente para someterlos a regímenes distintos.

(31) Que los efectos sean directos o indirectos, inmediatos o mediatos, próximos o lejanos, todos emanan del mismo contrato y deben ser regulados por normas comunes (LAURENT, t. VII, p. 561).

(32) AUDINET, § 393 y ss. Véase NOLDE, § B.

Actitud similar asume ROLIN (33), STRISOWER y NEUMEYER (34), ARMINJON (35), André AUDINET (36).

Todos opinan que la capacidad de los contratantes no debe regirse por la ley del contrato, sino por la ley personal de cada contratante, incurriendo en la confusión que creemos haber revelado más arriba (37).

También substraen al dominio de la ley del contrato, la validez del consentimiento, aduciendo que sólo hay ley del contrato cuando hay contrato, es decir, cuando el consentimiento es válido; juzgar la validez del consentimiento por la ley del contrato sería incurrir en un círculo vicioso, dando por válido de antemano lo que se debe juzgar (38). En consecuencia, los vicios de consentimiento son tratados como entidades independientes del contrato, cuyo régimen oscila entre la ley personal de cada parte (por considerarse que el régimen de los vicios sirve a la protección personal de cada contratante) (39), y la ley del lugar de la celebración del contrato (40).

No faltan, además, quienes proponen para la lesión el régimen de la *lex rei sitae* (41).

Por su parte, la licitud del objeto debe ser apreciada por la ley del Estado donde la obligación ha de ejecutarse (cuquiera sea la ley del contrato) (42).

La suficiencia y licitud de la causa, por la ley del lugar

- (33) ROLIN, § 310.
- (34) Ambos citados por NORDÉ, *loc. cit.*
- (35) ARMINJON, § 91 y ss.
- (36) André AUDINET distingue (según NIBOYET, p. 76): 1º Vicios de consentimiento (*lex loci contractus*); 2º Lesión (*lex rei sitae*) (salvo la lesión a los incapaces; ley de los incapaces); 3º Objeto (*lex loci solutionis*); 4º Intereses (*lex loci contractus*); 5º Cláusulas sobre responsabilidad (ley del lugar de la falta); 6º Compromiso arbitral (ley del Estado donde el arbitraje tendrá lugar).
- (37) *Supra*, nº 29.
- (38) AUDINET, § 394. PILLET, t. II, p. 279. BATTIFOL, § 385.
- (39) LAURENT, t. VIII, § 158. AUBRY, p. 473. AUDINET, § 395. BARTIN, t. I, p. 175, t. II, p. 60. NIBOYET, p. 82. PILLET, § 537, que considera como ley personal la del domicilio de cada parte.
- (40) BROCHER, § 157. DREYFUS, p. 357-359. ARMINJON, §§ 96 y 97.
- (41) BROCHER, § 158.
- (42) AUDINET, § 397. ARMINJON, § 99.

“donde debe ejercerse la actividad de las partes” (43).

Los efectos indirectos o “consecuencias”, como la mora, el incumplimiento y los daños y perjuicios emergentes, por la ley del lugar de la ejecución, cualquiera sea la ley que rija el contrato (44).

El pago (fecha, plazos de gracia, moneda cancelatoria...) por la ley del lugar de la ejecución (45).

Las operaciones de ejecución (mensuras, modo de contar, de pesar...) por la ley del lugar de la ejecución (46).

Y los demás modos de extinguirse las obligaciones, por una multitud de leyes distintas según se acentúe tal o cual aspecto de la remisión, la compensación, la novación, etc.

34. Para juzgar estos desmembramientos o desmenuzamientos del contrato habría que repetir lo dicho en el nº 31, *supra*. Todos ellos se fundan en una equivocada concepción “realista” de la indagación jurídica, según la cual, para establecer el régimen de los contratos, hay que despojarse de toda idea *a priori* (47) que pueda perturbar “por la sola virtud de los principios” (48), la visión de las necesidades del *commercium* internacional y la distribución adecuada de las leyes competentes.

Sin embargo, hay entre dicha intención y el desmenuzamiento del contrato operado en su nombre, una contradicción manifiesta; la unidad del régimen del contrato, lejos de ser un principio teórico gratuito, es una exigencia real, una condición normativa impuesta justamente por la seguridad del *commercium* internacional. “La seguridad sólo puede obtenerse plenamente mediante la aplicación de una ley única” (49), “la

- (43) ARMINJON, p. 239.
- (44) Véase *supra*, nº 32.
- (45) Véase *infra*, nº 83.
- (46) ARMINJON, § 128. NIBOYET, p. 83. BATTIFOL, p. 441.
- (47) ARMINJON, § 91.
- (48) NIBOYET, p. 79.
- (49) REUTERSKJOELD, citado por NORDÉ, 1926, p. 447. NIBOYET, p. 75. SZASZK, p. 677. LENGEZOWSKI, p. 95.

multiplicación de leyes aplicables aumenta, por lo contrario, los riesgos de nulidad" (50).

35. 5. La nulidad del régimen del contrato debe extenderse asimismo según RAMÍREZ (51), al contrato de fianza que le es accesorio, solución que el Tratado de Montevideo extendió, por su parte, a todos los contratos accesorios, al menos si ha de tomarse al pie de la letra el texto del art. 36 (52).

La solución opuesta, que acuerda al contrato accesorio un régimen propio, tiene más arraigo en la doctrina (53) y nos parece mejor (54).

El contrato accesorio, en efecto, es una entidad jurídica independiente, con origen, objeto y efectos propios. El vínculo del contrato principal con el accesorio se reduce a que la obligación garantida le sirva al contrato accesorio de condición ex-

(50) BARREROL, p. 70, nota 1. Téngase presente que prescindimos de todas las soluciones acumulativas propuestas para tal o cual segmento del contrato (ROLIN, § 292, AUDINER, según NORDÉ, 1926, p. 448). Una solución acumulativa consiste, p.e., en regular el dolo por las leyes de la celebración y de los contratantes a la vez, por tal modo que basta con que una de las leyes nombradas determine que hubo dolo para que corresponda anular el contrato. Por este medio se orillan satisfactoriamente todas las dificultades inherentes a las diferencias legislativas: cuando, en todas sus fases, el contrato satisfice a la vez a las legislaciones de todos los Estados interesados en regirlo, es evidente que tendrá su tránsito internacional asegurado. Sin embargo, debe observarse que si varias legislaciones concurrentes tuvieran competencia acumulativa para juzgar la validez del contrato, las partes se encontrarían con mucha frecuencia en una situación inextricable, impedidas de obedecer simultáneamente a las disposiciones de dos o más leyes distintas, a menudo contradictorias entre sí (PILLET, t. II, p. 269-270, NORDÉ, *loc. cit.*, ARMINJON, p. 206, nota 2). En ese caso, ¿qué decidir? Un régimen semejante, como se ve, deja en pie el problema normativo justamente cuando el contrato más precisa de una solución de d.p.i., esto es, cuando no se aviene con todas las leyes concurrentes.

(51) RAMÍREZ, p. 28 y 126. Su proyecto decía: Art. 13. "El contrato de fianza se rige por la misma legislación a que está sujeta la obligación principal que la fianza garantiza". Compárese con LENZCOWSKI, p. 141.

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

(53) SAVIGNY, t. VI, p. 290. PILLET, § 495 (refiriéndose a la fianza). WOLFF, p. 239, 278-279. BARREROL, p. 120, p. 186 y ss.

(54) En el movimiento legislativo moderno, incluso la hipoteca tiende a liberarse de este vínculo con la obligación garantida.

terna de su validez y eficacia. En consecuencia, el contrato principal y el accesorio pueden y deben estar regulados por sus respectivas leyes.

Ello no obsta a que la relación entre ambos permanezca en pie. En efecto, "un contrato de garantía supone un contrato principal válido, pero válido según la ley que lo rige; siendo válido el contrato principal, la prenda o la hipoteca deben producir sus efectos aun cuando el contrato principal, visto desde el punto de vista de la ley que regula la prenda o la hipoteca, fuera nulo" (55). P. e.: debe reputarse válida una prenda que sirve de garantía a una deuda de juego con tal que esta deuda sea válida según su propia ley; nada importa que la ley que rige el contrato de prenda reputé que tales deudas son nulas o naturales. Sólo mediante una excepción de orden público podría ser descartada esta solución (56).

36. 6. La intervención de la voluntad de las partes también puede originar desmembramientos en el contrato, pero aparentes.

a) La ley elegida por las partes puede diferir de la ley preceptivamente aplicable al contrato; en tal caso, se afirma, el contrato se desmembrará para ser regido a la vez por dos leyes diferentes (57): lo preceptivo se regirá por una, y lo facultativo por otra.

En nuestra opinión, no hay en este caso efectivo desmembramiento, puesto que la ley preceptiva subordina jurídicamente a la otra en tales términos que elimina por completo todo posible choque de disposiciones. Bien mirado, pues, el con-

(55) BARREROL, p. 190.

(56) Véase un caso en Rev. Darras, 1934, p. 770, en que es anulada una hipoteca al ser anulado, por razones de orden público, su contrato principal, consistente en suministros bélicos para llevar a cabo una revolución en Venezuela.

(57) SURVILLE, § 237, y LEREBONS-PIGEONNIERE, § 250, hacen caudal de este desmembramiento a favor de la teoría autonomista extrema (según la cual, la ley elegida por las partes debe regir el contrato tanto en lo que es facultativo como en lo que es imperativo). Ambos pueden opinar así porque no reconocen la precedencia de la ley preceptiva.

trato no se rige por ambas leyes a la vez, sino exclusivamente por la preceptiva; las disposiciones de la ley elegida por las partes son, en este orden de ideas, meras cláusulas del contrato cuya validez juzga la ley preceptiva.

b) Puede ocurrir asimismo que las partes hayan elegido dos o más leyes para regir lo facultativo. Si dichas leyes han de ser aplicadas al contrato sin delimitación alguna, el choque entre sus disposiciones es inevitable. Si han de ser aplicadas a elementos independientes (como ser: "el plazo para el pago se regirá por la legislación de A, y la evicción por la legislación de B"), o si han sido elegidas, no en su totalidad, sino en ciertas partes sabiamente circunscriptas (como ser: "el contrato se regirá por el Título 5 del Código Civil de A y por el Título 6 del Código Civil de B"), puede no haber choque entre sus disposiciones; pero el riesgo no se elimina por completo.

En todo caso, la ley preceptiva preservará la unidad del contrato disponiendo los medios necesarios para resolver estos conflictos promovidos por la voluntad contradictoria de las partes.

37. *En conclusión.* La unidad del contrato debe ser respetada inflexiblemente durante la tarea normativa; lo que desde el punto de vista jurídico constituyente una unidad, no se debe desmembrar.

Esta afirmación está implícita en una concepción de mucho prestigio, según la cual, el contrato tiene una ley que le es propia (*ley del contrato, proper law of the contract, statut propre au contrat*) (58), y que, consecuentemente entendida, supone que la ley que rige el contrato, 1º, no es establecida por los propios contratantes (con lo cual se deshecha la teoría de la autonomía de la voluntad), 2º, es una, y 3º, regula el contrato en

(58) *PURRÉ*, §§ 529 y 530. *CARRER*, p. 427 y ss. *BACOFF*, p. 162. *NUSSBAUM*, Principios, § 17. El origen de esta concepción se encuentra en la idea de que un contrato es, en cierto modo, comparable a una persona, que nace, vive, muere, y que tiene un estatuto que le es propio. *PURRÉ* advierte que esta idea ya se encontraba en *BOUILLÉNOIS*.

todos sus aspectos, desde las condiciones de su nacimiento hasta su definitiva extinción.

En los capítulos siguientes se emprende la indagación de cuál es esa ley (59).

(59) El Tratado de Montevideo de 1889 ha respetado escrupulosamente la unidad del contrato, disponiendo (art. 33) que la misma ley que rige la forma del contrato, rige: "a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea".