
BASES PARA EL REGIMEN DE LOS CONTRATOS EN EL MERCOSUR

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

a) El Mercosur

1. La historia de los pueblos reconoce procesos de aproximación y distanciamiento con características diversas según las épocas. En nuestros días de gran despliegue capitalista la aproximación tiene la forma principal de la *integración*, apoyada en la *realidad económica*. Otros procesos de acercamiento en Europa estuvieron signados por nombres de célebres hombres de armas, como Julio César, Carlomagno, Napoleón o el propio Hitler, en tanto el devenir paradigmático de la integración está unido a nombres como los de Jean Monnet y Robert Schuman ⁽¹⁾. La integración es, junto a las tendencias a la formación de una organización global, una de las maneras en que la realidad de nuestros días va superando la internacionalidad clásica.

El proceso de formación del Mercosur, iniciado por Tratado de Asunción de 1991, celebrado para la formación de un Mercado Común del Sur, ha reunido un gran *ámbito geográfico* en el que hay relativa facilidad para las comunicaciones, que además pueden incrementarse a través, por ejemplo, de obras camineras y fluviales. La población del Mercosur (incluyendo a Bolivia y Chile) es de alrededor de 207 millones de personas.

El Mercosur está encaminado a generar un enorme *espacio económico* y posiblemente *político*. La tasa de inversión en la región es del 19,4 y la tasa de desocupación del 10,1. Entre las realizaciones del proceso integrador cabe mencionar ya que el intercambio comercial medido en millones de dólares era, en 1990, intramercosur 4.127 (que en sentidos de exportaciones resultan respectivamente 8,9% y 14,5%), en las exportaciones al resto del

(*) Investigador del CONICET. Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Homenaje del autor a la doctora Alicia M. Perugini por su destacada labor en la Dirección de Derecho de la Integración del Ministerio de Justicia de la Nación.

(1) Pueden v. en relación con el tema por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 3ª. ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 17 y ss.; LOUIS, Jean-Victor, "L'ordre juridique communautaire", 5ª. ed., Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, 1989.

mundo 42.306 (91,1%) y en las importaciones desde el resto del mundo 25.060 (85,5%); en tanto, en 1997, las cifras respectivas fueron intramercosur 20.280 (24,5% y 21,0%), exportaciones al resto del mundo 62.339 (75,5%) e importaciones desde el resto del mundo 78.985 (79,0%)⁽²⁾. El incremento absoluto y relativo de las negociaciones intramercosur y el avance en las relaciones con el resto del mundo es notorio.

Más en profundidad, con miras a comprender las posibilidades del proceso hay que considerar las raíces culturales comunes de la región, con idiomas muy semejantes y una religiosidad compartida y en general afines al Derecho de estilo continental del sistema "occidental" y la existencia de un estado diversificado de desenvolvimiento capitalista, que a veces es sin embargo muy precario.

En cuanto a la viabilidad de la región como tal, vale tener en cuenta que en el período "pre-ibérico" una gran familia lingüística, tupí-guarani, abarcaba desde las proximidades del Carcarañá (en la provincia de Santa Fe, Argentina) hasta las cercanías del Amazonas.

2. El Tratado de Asunción ha producido una enorme *carencia histórica* por novedad jurídica, que viene siendo colmada por un gran complejo de normas. En el ámbito de esas carencias subsiste la falta de normas respecto de la *validez intrínseca* (y los efectos) de los contratos en el régimen integrador. Toda esa gran *capacidad económica* del Mercosur requiere un *instrumental jurídico* adecuado, de fondo y de procedimiento, y en ese ámbito ocupan un lugar destacado las soluciones de la validez intrínseca de los contratos.

b) Los contratos

3. Las respuestas contractuales para el Mercosur dependen, obviamente, de las concepciones que se tengan respecto de los *contratos* y éstas, a su vez, de diversas opciones culturales.

En general cabe considerar que la propia expresión "contrato" hace referencia a una posibilidad de "tratar en común", en relativo nivel de equivalencia, las cuestiones a resolver. Las concepciones contractuales pueden tener más referencia subjetiva (referida al acuerdo de las partes) u objetiva (remitida al equilibrio de las prestaciones), pueden alcanzar niveles de más concreción o de alta abstracción, como la que desarrolló la noción de contrato en la modernidad continental, y a veces tienen, en consecuencia, más vinculación con la experiencia o con la razón. Las referencias más subjetivas tienden a ser más individualistas y autonomistas; las remisiones objetivistas se orientan a una mayor referencia social y suelen ser más intervencionistas.

El régimen de los contratos requiere con frecuencia una normatividad *general* y figuras *particulares*. Entre éstas, el sistema capitalista suele requerir un complejo contrac-

(2) Información recibida en la Fundación Export-ar, fuente ALADI.

tual en el que ocupan lugares destacados la compraventa, el transporte y el crédito documentario, la constitución de sociedades y, en el horizonte, los regímenes de títulos valores y de inversión. En las zonas de "declinación" del régimen se encuentran los contratos de trabajo y hoy sobre todo los contratos de consumo ⁽³⁾.

c) Los contratos en el Mercosur

4. Como hemos señalado, el Mercosur carece de normas propias acerca de la validez intrínseca de los contratos. En el Derecho Internacional Privado del mundo de la internacionalidad, cuya adecuación para los procesos de integración no es siempre satisfactoria, cabe mencionar de manera destacada las fuentes convencionales de los Tratados de Montevideo (que rigen entre la Argentina, el Paraguay y el Uruguay) y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) y las fuentes internas de las legislaciones de los cuatro países. La Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay están relacionados por la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. Además la Argentina es parte de otras importantes fuentes convencionales especiales referidas sobre todo a la compraventa internacional y a la intermediación y la representación ⁽⁴⁾.

5. Los *Tratados de Montevideo*, en sus versiones de 1889 y 1940, representan una concepción de los contratos fuertemente *internacional* y de inserción social. En consecuencia, de manera más o menos expresa se pronuncian contra la autonomía de las partes para elegir o hacer el Derecho aplicable y se remiten, de manera fuertemente determinada, a la ley del lugar de cumplimiento. Para evitar que la autonomía de las partes se introduzca "indirectamente" mediante la fijación del lugar de cumplimiento, califican el punto de conexión. Además en la obra de Montevideo hay algunas otras normatividades referidas a contratos en particular. Es evidente la importante afinidad de los Tratados con el espíritu de estatalidad que sobre todo imperaba al elaborarse en 1939-40 la segunda versión.

En cambio, la *Convención de la CIDIP V*, de fuerte inspiración norteamericana, adopta criterios relativamente *globalizados*, en los que la conexión resulta aparentemente intercambiable. Con sentido individualista, acepta la autonomía de las partes y luego se remite al Derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Agrega que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se despren-

(3) Es posible v. nuestros estudios "Significados jusfilosóficos de los contratos", en "Investigación y Docencia", Nº 10, págs. 33 y ss.; "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación ..." cit., Nº 26, págs. 20 y ss.

(4) Puede v. MASNATTA, Héctor (Dr.) PERUGINI, Alicia M. (Dra.) BARRA, Rodolfo C., "Mercosur: asimetrías jurídicas", 33 Coloquio Anual del Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina (IDEA). También cabe tener en cuenta nuestros trabajos "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 37 y ss.; "El contrato y la jurisdicción en el Derecho Internacional", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 20, págs. 49/50.

dan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además se aplicarán cuando corresponda las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Se dejan a salvo las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Aunque tenemos reparos para que se ratifique con alcance internacional una convención que, alejándose de las tradiciones continentales por sendas de excesiva inseguridad y abriendo paso a quizás inevitables presiones sobre los jueces deja tanta discrecionalidad para quienes resuelvan los casos, creemos que tal vez con un protocolo adicional o alguna declaración interpretativa- podría haber servido en el marco de relativa intercambiabilidad de un proceso de integración como es el del Mercosur, pero habría un grave inconveniente en que la obligatoriedad del acuerdo se extendería también a otros países no integrados⁽⁵⁾.

6. En cuanto al Derecho Internacional Privado de *fuerza interna*, cabe señalar de manera sintética que en la *Argentina* rige un sistema relativamente individualista, apoyado en la autonomía de las partes, en una combinación de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración) y lugar de celebración (para los contratos sin contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos sin lugar determinable de celebración ni de ejecución) (arts. 1205

(5) Es posible v. nuestro artículo "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales" en "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI", N° 5, págs. 27 y ss. En general no fue favorable a la aceptación lisa y llana de la Convención la mayoría de las opiniones expresadas en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado organizadas por la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, que se realizaron en Rosario los días 18 y 19 de noviembre de 1994. También puede v. nuestro artículo "Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 3, págs. 157 y ss.

En un sentido muy análogo al de la obra de la CIDIP, la reciente Ley de Derecho Internacional Privado de *Venezuela* ("Gaceta Oficial de la República de Venezuela", 6 de agosto de 1998) dice: art. 29 "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes"; art. 30 "A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales"; art. 31 "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (v. no obstante por ej. el art. 10). Es evidente que, desde el punto de vista de las fuerzas sociales, el poder de presión de economías como la norteamericana no es comparable con la fuerza de otras economías de la región. No significan lo mismo la autonomía de las partes ni la libertad de los jueces en uno u otro frente.

y ss. del Código Civil) ⁽⁶⁾. Asimismo hay algunas reglas especiales, como la que somete los contratos de trabajo que deben ejecutarse en la Argentina a la ley argentina (ley 21297, del 23 de abril de 1976).

En el *Brasil* la calificación y regulación de las obligaciones se rige por la ley del lugar de constitución y la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar donde reside el proponente (Código Civil, art. 9). En el *Paraguay* la formación, la prueba, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por el Derecho paraguayo cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento (art. 297 del Código Civil). Con criterio más social, en el *Uruguay* la existencia, la naturaleza, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Para determinar este sitio se hace remisión a las reglas respectivas del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 2399 del Código Civil).

Los criterios de las fuentes internas de los cuatro países mercosureños son diversos oscilando, como hemos señalado, entre el sentido más individualista y autonomista de la Argentina y la orientación más "social" con la que el Uruguay sigue la hostilidad a la autonomía de los Tratados de Montevideo.

A nuestro parecer, sin embargo, un proceso integrador no puede atarse a criterios de solución convencionales o de fuente interna pensados con la relativa rigidez del mundo "internacional". Estimamos que hay una carencia histórica respecto de la que hay que considerar la posibilidad de elaborar normas que faciliten las negociaciones integradoras.

Otras fuentes que pueden tenerse en cuenta también en el ámbito mercosureño, en la medida que se les reconozca aplicabilidad, son la "*lex mercatoria*" y los *principios de Unidroit* ⁽⁷⁾.

7. Las *soluciones* para resolver los casos *especialmente complejos*, entre los que se encuentran los de la internacionalidad y la integración, pueden ser en general territorialistas (marco en el que cabe el Derecho Unificado), extraterritorialistas (en cuyo ámbito se encuentra el "conflictualismo" clásico) y "no territorializadas" (de la llamada "autonomía universal"). Esto significa que en el primero y el último tipo de solución se emplea el *método* directo, en tanto en las respuestas extraterritorialistas se usa el método indirecto ⁽⁸⁾.

(6) Para los contratos sin contacto argentino el Codificador se orienta hacia un mayor sentido de libertad de las fuerzas económicas, sometiendo su validez intrínseca al Derecho del lugar de celebración; para los que poseen contacto argentino se refiere a un mayor control social, aplicando el Derecho del lugar de ejecución. En cuanto a los contratos sin lugar de celebración ni de ejecución conocidos, en concordancia con su sentido más capitalista y no social el Código remite los efectos a un punto de conexión personal, refiriendo las obligaciones de cada parte a su ley domiciliaria, y no a una referencia real. Respecto de la validez intrínseca de estos contratos, una de las posibilidades es proyectar a la misma la regla establecida para los efectos, aunque exigiendo la concordancia de todas las leyes domiciliarias.

(7) Es posible c. por ej. UNIDROIT, "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales", Roma, 1995.

(8) Puede v. nuestro estudio (con colaboración) "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

El conflictualismo del Derecho Internacional Privado clásico, cuya extraterritorialidad es especialmente adecuada para los marcos internacionales típicos, suele constituir una base mínima para la evolución de la integración, que a menudo exige soluciones unificadas en sentido amplio, sea que provengan de los Estados o de los particulares. La integración significa cierta nueva territorialidad, que desde los Estados tradicionales puede ser también una “no territorialización”. Puede sostenerse que un *mercado común* requiere al fin un *Derecho común*.

8. Las *fuentes reales* de las que pueden valerse las soluciones integradoras en materia contractual pueden ser las leyes (por ej. en base a modelos compartidos), los tratados, las fuentes derivadas de la integración, las sentencias, las costumbres y los usos de los comerciantes (que incluyen la “*lex mercatoria*”) y, obviamente, los contratos mismos. Cabe agregar los aportes que puede realizar la doctrina que, pese a ser una fuente normal de *conocimiento* llega a veces a influir en las fuentes reales ⁽⁹⁾.

La opción entre las diversas fuentes depende en mucho de la solución que se dé a la tensión entre *razón e historia*, encarnadas por ejemplo en la ley y, en este caso con más adecuación en los tratados, por una parte, y en el juego de los usos y costumbres, los propios contratos y la doctrina por la otra. La discusión entre Thibaut y Savigny muestra su permanente actualidad, aunque en nuestro caso otra diversidad importante se plantea entre la elaboración por juristas o por técnicos ⁽¹⁰⁾.

La intervención de las fuentes estatales individuales o integradas y la actuación de la doctrina pueden significar más posibilidades de soluciones de tipo social, aunque sea fijando referencias para esclarecer lo que las partes renuncien en ejercicio de su autonomía. Dejar juego a los usos y costumbres de los comerciantes y a los contratos, e incluso la intervención mayor de técnicos importa, en distintos grados, abrir más espacios a las fuerzas de la economía.

9. Los *niveles de profundidad* en que en su caso se ubiquen las diversas fuentes pueden ser distintos, pasando por ejemplo, por la referencia a los términos, las condiciones generales de contratación, las fuentes generales “modelo”, la recopilación de normatividades en un mero orden o la codificación ⁽¹¹⁾. Los distintos niveles disminuyen o acentúan la intensidad de las características de las fuentes adoptadas.

(9) Es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner. “Introducción filosófica al Derecho”. 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 216 y ss.

(10) Puede v. nuestro estudio “Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones”, en “Dos Estudios Tridimensionalistas”. Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

(11) V. NICOLAU, Noemí L., “Un “Código de los contratos” para el Mercosur”, en “La Ley”, t. 1996-B, págs. 941 y ss.; GARRO, Alejandro M., “Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, Universidad Central de Venezuela, N° 82, págs. 283 y ss.; SCHIPANI, Sandro, “Sistema jurídico Latinoamericano “Principi generali del diritto”, “Codice tipo”, en “Principi per un “Codice tipo” di Diritto del Lavoro per l’America Latina”, CEDAM, 1993.

10. Todas las discusiones que se producen en el Mercosur para integrar la laguna histórica por novedad jurídica existente en materia de validez intrínseca de los contratos pueden enriquecerse teniendo en cuenta la importante discusión que viene produciéndose en la *Unión Europea*.

Allí habrá que optar entre el camino conflictualista actual de la Convención de Roma, que parte de la autonomía de las partes y recurre subsidiariamente a la ley más vinculada al contrato, con pautas para su determinación, o las propuestas de normatividades directas, sean a través de principios y de la armonización (Ole Lando), de un código (Harvey McGregor Giuseppe Gandolfi) o de una mayor participación doctrinaria (José Luis de los Mozos) ⁽¹²⁾.

La tarea *comparativa*, de referencia interna y externa al Mercosur, ha de ser cuidadosamente cultivada ⁽¹³⁾.

11. Los caminos para la integración de la laguna que en materia contractual presenta el Mercosur son diversos. La meditación y el debate al respecto han de ser profundos y la decisión tiene que ser *útil, eficiente y justa* ⁽¹⁴⁾.

(12) Es posible v. nuestro libro "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, sobre todo págs. 38 y 62 y ss.

Cabe c. v. gr. GANDOLFI, Giuseppe, "Per la redazione di un "Codice Europeo dei Contratti"", en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", año XLIX, fasc. 3, págs. 1973 y ss. También, por ej., "Jornadas sobre la Unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en el Ambito de la Comunidad Europea. Cáceres, 1993-1994", Cáceres, Universidad de Extremadura, 1995. Asimismo pueden v. las relaciones y comunicaciones publicadas en "Giustizia Civile", 1991 (con prefacio de Peter Stein).

(13) En relación con el tema es posible v. nuestros estudios "Hacia la comprensión plena de la elaboración de normas", en "Investigación ..." cit., N° 18, págs. 23 y ss.; "Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur", en "Investigación ..." cit., N° 22, págs. 9 y ss.

(14) La relación entre utilidad y justicia es una de las más tensas y significativas de nuestro tiempo.