

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN LA ARGENTINA
UNIFICACIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL EN EL MERCOSUR

María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER*

Cristian Ricardo Abel PIRIS*

Publicado en Martorell, Ernesto (Director). TRATADO DE DERECHO COMERCIAL. PARTE GENERAL - TOMO I – Arduino, Augusto (Coordinador). Págs. 167 a 204, La Ley. Buenos Aires, 2010.

I.- INTRODUCCIÓN

La integración de las ramas civil y comercial del Derecho Privado constituye un tema muchas veces debatido porque, además de una cuestión de opinión académica, presenta aristas prácticas muy importantes. En la República Argentina existe una tradición en dicho aspecto, que revisaremos someramente, a efectos de establecer su estado actual y sus proyecciones futuras.

Una vez tratada la situación en nuestro país, abordaremos la cuestión a nivel del MERCOSUR. Si bien, por el momento, el desarrollo de este bloque regional se halla orientado principalmente a objetivos de carácter económico y su evolución es muy lenta, resulta necesario extender las consideraciones de Argentina a los demás países firmantes del Tratado de Asunción, con el objetivo de proponer estrategias unificadoras referidas a la seguridad jurídica y el tráfico negocial intrazona.

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Nordeste, Argentina. Profesora titular, por concurso, en Instituciones del Derecho I y II; Directora de Proyectos de Investigación; Directora del Departamento de Derecho, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Argentina.

* Profesor Adjunto, por concurso, en Instituciones del Derecho Privado I, en la Facultad de Ciencias Económicas; Subsecretario de Gestión Académica de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Miembro del Instituto Nordeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

Con mayor detalle podemos precisar que en este trabajo partimos del estudio de la corriente unificadora del Derecho Privado en la Argentina, pasando luego a una breve consideración del mismo tema respecto a los países integrantes del MERCOSUR, concluyendo en que la unificación deviene inevitable, sobre todo en la esfera de las relaciones contractuales, en que ésta se va reflejando en los hechos, en todo el ámbito regional.

II.- ¿POR QUÉ UNIFICACIÓN?

Unificación, integración, asimilación, entre otros, son términos que presentan diferencias pero, en definitiva, circunscriben la misma idea que puede sintetizarse en “*e pluribus unum*”, es decir, de muchos uno como reza la frase latina, que en este caso significaría que donde había varias ramas pasaría a existir solo una.

La tendencia hacia la unificación actual se realiza bajo el paradigma de la comercialización del Derecho Civil antes que sobre la civilización del Derecho Comercial, si lo analizamos desde el punto de vista de la dinámica y objetivos de la unificación. Pero si lo analizamos desde la óptica del reconocimiento y protección del débil jurídico estaremos hablando de una civilización del Derecho Comercial. De hecho estamos frente a una hibridación, una mixtura en la cual existen influencias cruzadas.

A diferencia de lo que muchas veces sostienen los civilistas, el Derecho Comercial no nace de una especialización del Derecho Civil, sino de modo autónomo, paralelo, y era claro desde sus inicios que no tenía la misma vocación universalista. Eso marca diferencias, por ejemplo con el Derecho Laboral, que surge de una derivación del Derecho Civil. Los derechos Civil y Comercial son ramas matrices del Derecho Privado¹.

Recordemos que el Derecho Mercantil nace cuando, en la Edad Media, los comerciantes se apartan de la legislación común romanista pensada para regular la propiedad inmobiliaria y empiezan a conformar un sistema de normas especiales y jueces propios para regular su actividad profesional.

A partir de la revolución industrial, ciertos contratos que eran privativos de los comerciantes como la compraventa de mercaderías, el transporte y los títulos de crédito pasan a integrar el acervo común del Derecho Privado. En el siglo XX, la globalización –con su característica de marcada internacionalización de la economía– impulsa nuevamente hacia la unificación de los principios que deben regir, principalmente en materia de contratos, tanto a nivel nacional como comparado.

Lo más importante de esta evolución es que nos muestra con claridad que el Derecho Mercantil no surgió de la voluntad del legislador, ni en virtud de disquisiciones formalistas, sino que respondió a exigencias de la realidad. Es bueno tenerlo presente porque la unificación no surgirá de purismos dogmáticos, sino de necesidades del tráfico jurídico.

En el año 1955, el maestro Garrigues ya advertía que “ante la presión actual del Derecho de la economía, yo creo que pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho mercantil frente al Derecho civil. Mientras –como buenos hermanos– mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil –que eso es lo que menos importa–, va siendo reemplazado por un Derecho distinto de carácter público y social”².

Si a mediados del siglo XX la economía impulsaba el proceso de la unificación –como expresa Ferrari– “[l]a globalización de la economía ha provocado un dramático crecimiento del comercio internacional y, consiguientemente, la necesidad de una política legislativa dirigida a satisfacer una adecuada reglamentación del comercio transnacional; los derechos nacionales, generalmente cerrados, debieran reducir los obstáculos al comercio transnacional, a través de la armonización de los derechos internos, con el fin

¹ LARROUMET, Christian. Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado. Legis. Colombia, 2006. Pág. 33 y ss.

² GARRIGUES, Joaquín. La crisis del Derecho mercantil contemporáneo (conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español en Roma), en “Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escrito, lecciones y conferencias)”. Madrid, 1971. Pág. 226

de reducir el impacto de las fronteras, que pasan por ser el peor enemigo de los comerciantes internacionales”³.

La tendencia actual hacia la unificación también se realiza bajo el paradigma de los Principios. Si bien en un primer momento la idea de integrar ramas pasaba por unificar códigos, en la actualidad se observa una inclinación hacia la flexibilidad y permanencia en el tiempo que otorgan los principios jurídicos sobre las normas jurídicas, como inspiradores, interpretativos e informadores de éstas.

En la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, “Los Principios [UNIDROIT y UNCITRAL]... también sirven como cánones interpretativos para promover la creación de un conjunto de principios comunes necesarios para alcanzar la ansiada armonización del derecho de los intercambios internacionales”⁴.

No debemos pasar por alto que el problema de la libertad contractual, es el de sus límites; entre autonomía de la voluntad y ordenamiento jurídico existe una tensión permanente que debe inclinarse por una o por otro, teniendo presente valores tales como la seguridad jurídica y la protección de la parte débil del contrato.

Es por ello que, a pesar de que los Principios de UNIDROIT y de UNCITRAL se refieren solamente a contratos celebrados entre comerciantes, excluyendo a los de consumo, igualmente contemplan la posibilidad de un desequilibrio contractual, teniendo presente la diferencia de poder negocial entre una gran empresa y un pequeño comercio, a pesar que ambos reúnan la calidad de empresarios, previendo la posibilidad de estados de dependencia, necesidad inmediata, impericia, inexperiencia.

³ FERRARI, Franco, I principi per i contratti commerciali internazionali dell Unidroit ed il loro ambito di applicazione, en Contrato e impresa/Europa, 1996, n° 1, pág. 300. Citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI. 1999. Adecuación de los Principios de los contratos de UNIDROIT para la armonización del régimen interno de los contratos en un Código Latinoamericano tipo, en Roma e América. Diritto romano comune, Mucchi Editore, Roma, N° 7, págs. 213 y ss.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Adecuación ... Ob. Cit., 1999. Págs. 213 y ss. Lo agregado entre corchetes nos pertenece.

Los Principios de UNIDROIT constituyen un texto que no tienen carácter legal, por el cual se procede “a verificar prácticas existentes que bien pueden variar en pequeños detalles, pero que indican alguna semejanza de comunidad de principios que son identificables, asimilables o al menos compatibles, para asegurar armoniosos si no idénticos resultados en su aplicación”⁵.

Si bien en el presente estudio vamos a aceptar la conveniencia de la existencia de dichos principios de contratación internacional, y haremos hincapié en ellos como paradigma de la moderna unificación, pretendemos algo más modesto y más posible, cual es la unificación de los Principios Generales del Derecho que informen la génesis e interpretación de la legislación de Derecho Privado Patrimonial, en un ámbito de integración regional del MERCOSUR, más allá de ratificar la necesidad de la unificación de la legislación civil y comercial en la República Argentina.

Coincidimos con Echeverri, cuando expresa que en los tiempos que corren perdió vigencia aquella sentencia de Ascarelli “el problema de la unificación del derecho de las obligaciones es en sustancia el problema de la aplicabilidad a la agricultura de los principios del derecho comercial”⁶, porque la realidad actual es mucho más compleja y heterogénea.

Finalmente, entendemos que la unificación no significa la desaparición del Derecho Civil o el Derecho Comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distinguos generalmente artificiosos que, por afectar a la certeza –que es a su vez componente básico de la seguridad jurídica– advienen claramente ineficientes y, por tanto, impactan negativamente en el tráfico jurídico y económico.

III.- LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN ARGENTINA.

⁵ Unificatio of Private Law and Codification of International Law, en Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme, vol. III, año 1998-2/3, pág. 696, UNIDROIT, Roma, 1998.

⁶ ASCARELLI, Tullio, Naturaleza y posición del Derecho Comercial, LL, 52,937. Citado por ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Parte General. Astrea. Buenos Aires, 1998. Pág. 105.

La codificación francesa iluminó el panorama del Derecho Privado continental en el siglo XIX. El Código Civil Francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó en la legislación civil posterior de todo el mundo de tradición continental, como ser Bélgica (1804), Holanda (1811), Haití (1825), Nápoles (1829), Bolivia (1830), Cerdeña (1838), Santo Domingo (1844), Perú (1852), Chile (1857), Italia (1865), Quebec (1866), Portugal (1867), Louisiana (1870), Argentina (1871), España (1889), Japón (1898), Brasil (1917) y Venezuela (1942).

La normativa del Derecho Civil francés también extendió su influencia al Código de Comercio Argentino, de 1859, a pesar de la división por entonces imperante acerca que el Derecho Civil versaba sobre las cuestiones propias de la Economía agrícola –basada en la propiedad inmueble– y el Derecho comercial, abocado a regular el comercio y la industria –cuyo eje eran las cosas muebles–.

“La idea unificadora tiene muy importantes antecedentes legislativos. Por lo pronto, el Código suizo de las obligaciones -a partir del año 1881- que fue incorporado como Libro V del Código Civil en 1912. También fue aceptada por Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967) y, comprendiendo materia civil y comercial, por los códigos civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994), así como por los Código únicos en lo civil y comercial de China (Taiwán) y del reino de Tailandia, y por los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China, de 1987. El Código Civil de Québec de 1992 transita un camino semejante, en especial en cuanto introduce regulaciones propias del Consumo. En el sistema anglosajón la unificación rige desde el siglo XVIII, con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles, y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles”⁷.

En otro orden, también han existido proyectos de unificación internacional, como el Proyecto de Código uniforme de obligaciones y contratos franco-italiano, de 1927. La

conveniencia de adoptar un Código Latinoamericano de las obligaciones ha sido sostenida por la VIII Conferencia Panamericana de Lima (1938); las Conferencias Interamericanas de Abogados de Río de Janeiro (1943), Méjico (1944), Santiago de Chile (1945), Lima (1947), Detroit (1949); Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado (Montevideo, 1948).

En Argentina, ya en 1926, la II Conferencia Nacional de Abogados había designado una comisión de juristas encargada de realizar una labor de simplificación y unificación de normas del Derecho de obligaciones y en 1940, el I Congreso Nacional de Derecho Comercial, reunido en Buenos Aires, aprobó una moción por la cual se postulaba la sanción de un código único de las obligaciones, civiles y comerciales.

“Más adelante la idea unificadora es sostenida por Marcos Satanowsky en las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado, celebradas en Montevideo, en septiembre de 1948; la misma idea se ratifica en las jornadas para la Unificación de la Legislación Rioplatense reunidas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el 23 de octubre de 1956”⁸.

La VI Conferencia Nacional de Abogados, reunida en La Plata en 1959, en una declaración de avanzada sostuvo: "1°.- Que es conveniente la sanción de un Código único de Derecho privado; 2°.- Que para el logro de esa finalidad, como etapa inmediata, procede sancionar un Código único de obligaciones y contratos; 3°.- Que como un jalón ulterior debe llegarse a la unificación del Derecho privado de los Estados latinoamericanos".

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, en el año 1961, se recomendó "que se unifique el régimen de las obligaciones civiles y comerciales elaborando un cuerpo único de reglas sobre obligaciones y contratos como libro del Código Civil".

Esta postura, con diversos matices, se repitió en el Congreso Nacional de Derecho Comercial (Rosario, 1969), en la Mesa Redonda sobre unificación de los Derechos civil y

⁷ Nota de elevación del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, realizado por la Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 685/95.

⁸ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. Cit. Pág. 99.

comercial (Universidad de Belgrano, 1979), en el III Congreso de Derecho Societario (Salta, 1982), en la Conferencia Nacional de Abogados y Facultades de Derecho (Rosario, 1982), en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983), en el Congreso Argentino de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1984), en la Mesa Redonda sobre Unificación de las obligaciones civiles y comerciales (Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1986), en las Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales (Buenos Aires, 1986) y en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial (Junín, 1994). Por su parte, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997), concluyeron que "no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales".

“Respecto de los concursos, en 1983 se dicta la ley 22.917, que reforma la ley 19.551 (El Derecho, 42-1029), por la cual se crea un estatuto uniforme del régimen concursal, borrando las diferencias entre el régimen para comerciante y sociedades comerciales y el de no comerciantes y sociedades civiles”⁹.

Pero no todas las voces son favorables a la unificación, por ejemplo Farina¹⁰ se opone a la unificación del derecho privado; precisamente en virtud de los principios que rigen al derecho comercial y que le otorgan autonomía; sostiene que frente al quietismo del Derecho Civil –que considera una virtud– aparece el Derecho Mercantil, dinámico y cambiante.

En el mismo sentido, Echeverry señala que “pretender encerrar a ambos derechos en un solo código derivará en perjuicio de ambos sin beneficio para ninguno. Es que hasta los criterios de interpretación en ambos derechos deben ser distintos. El derecho comercial debe tutelar la seguridad del tráfico, la celeridad de la circulación, el crédito, el derecho de los consumidores, la subsistencia de la empresa”¹¹.

Sin embargo, la Dra. Piaggi opina: “En pocas cosas estamos los mercantilistas tan de acuerdo, como en que la situación de nuestra disciplina es crítica. Discutimos no sólo su

⁹ FARINA, Juan M., Las reformas a la ley 19.551 y el interés general. El Derecho, 10/11/83.

¹⁰ FARINA, Juan M., Presente y futuro del Derecho comercial, RDCO, 1979-663.

¹¹ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. Cit. 1998. Pág. 100.

ámbito sino también su subsistencia en tanto sustantividad. Incluso los que aceptan su autonomía divergen en su justificación y, en cualquier caso, todas las propuestas tienen cierto relativismo y no merecen un consentimiento ecuménico, ello, en parte por su profunda y vertiginosa evolución, su acusada historicidad, contenido heterogéneo, y porque, tratándose de un Derecho especial frente al Civil, su especificidad no obsta a la unificación formal del Derecho patrimonial. Es un error concebirlo como nacido del Derecho Civil; es una categoría histórica creada para la regulación de la conducta y de los negocios de ciertos sujetos en función de su actividad económica, un Derecho especial con relación al Derecho Privado general y especial o excepcional con respecto al Derecho Civil. El *ius mercatorum* fue instituido por los comerciantes sin inmiscuir a la sociedad política”¹².

Teixeira de Freitas –autor del Esboço– no terminó su obra en pos de mantener sus ideas. El imperio brasileño, en 1858, intentó que aceptara la necesidad de redactar también un Código de Comercio, por separado lo cual contrariaba su convicción que debía evitarse la duplicación de leyes civiles y no encontraba razón alguna que exija un Código de Comercio. Ello, lamentablemente, provocó la rescisión de su contrato, a comienzos de 1859. Similar criterio sostenía Segovia, en nuestro país, quien ya en 1892 afirmaba que la tendencia moderna debe llevar a fusionar los Derechos Civil y Comercial.

En Argentina, la vigencia del Código de Comercio fue una clara muestra de unificación de las ramas civil y comercial, teniendo presente que, ante la falta de un Código Civil, el mismo contenía treinta capítulos con trescientos sesenta y cinco artículos que traían disposiciones propias del Derecho Civil. En razón de ello es que Satanowsky¹³ sostuvo al respecto, que “la legislación comercial argentina nació bajo el signo de la unificación”.

En la nota de presentación de ese Código, sus redactores, Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, expresaron: “En el estado actual de nuestros Códigos Civiles era

¹² PIAGGI, Ana I. El Derecho Mercantil en el siglo XXI visto desde el Mercosur. En Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 18. Pág. 485.

¹³ SATANOWSKY, Tratado, t. 1, pág. 229, n° 115. De esta idea parece participar Zavala Rodríguez, Obligaciones y contratos en el Código de 1862, en Libro del Centenario, pág. 169. Citados por ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. Cit. 1998. Pág. 98, nota número 54.

imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común. No podíamos hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato, era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, si no existían las leyes que determinarían el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones. (...) Hemos tomado, entonces, el camino de suplir todos los títulos del derecho civil, que a nuestro juicio faltaban, para poder componer el Código de Comercio. Hemos trabajado por estos treinta capítulos del derecho común, los cuales van intercalados en el Código en los lugares que lo exigía la naturaleza de la materia”¹⁴.

Al sancionarse el Código Civil, en 1869, coexiste con el Código de Comercio hasta el año 1889, en que se eliminan la mayoría de contenidos pertenecientes al Derecho común contenidos en el Código de Comercio. A partir de allí, el Código Civil, según lo señala la Exposición de motivos de la reforma de 1889, se convierte en la regla general que rige al comercio, con carácter supletorio.

En aquel momento, se mantuvo el doble régimen de obligaciones y contratos, con distintos centros de interés; como adelantaremos el Código Civil se basó en la propiedad inmobiliaria, mientras que el Comercial tuvo su epicentro en los bienes muebles.

El Código de Comercio de 1889 también brinda cierta base de reunificación a nivel de remisión porque ya no incluye normas civiles, pues había sido dictado el Código Civil y allí se dirige¹⁵. Era claro que la falta de un Código Civil obligó a los autores del Código de Comercio de 1859 a introducir en éste numerosas disposiciones sobre dicha materia que constituye la normativa de base del derecho privado. Pero, una vez aprobada la norma de derecho común, era forzoso suprimir las referencias generales contenidas en un código específico.

¹⁴ Exposición de los Codificadores, Dres. Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, al elevar el Proyecto de Código de Comercio al Poder Ejecutivo del Estado de Buenos Aires, en abril de 1857.

¹⁵ Véase artículo I del Título Preliminar y artículo 207 del Código de Comercio.

“Cuando se trata de la regulación de ciertos estatutos, como podrían ser los del comerciante, de los corredores, de los martilleros, la ley mercantil es autónoma. Pero no lo es en el sistema de los actos jurídicos, obligaciones y contratos en los cuales la remisión al derecho civil es obligada, existiendo de hecho una integración plena entre estas ramas del derecho privado”¹⁶.

Actualmente, existen demasiadas cuestiones donde la otrora tajante línea divisoria que existía entre el Derecho Civil y el Comercial, tiende a confundirse, por medio de la íntima relación existente y la cada vez más frecuente “comercialización” del Derecho civil e incluso “civilización” del Derecho Comercial. Una palmaria muestra de ello es la legislación atinente al derecho del consumidor, que abrevia en ambas fuentes y posee normas que unifican ambas disciplinas.

De acuerdo con lo dicho, el Dr. Etcheverry, expresa: “Más en la realidad interna e internacional es evidente la interpretación de las disciplinas, al punto de no poder distinguirse con puridad, a veces, la naturaleza –en el sentido de pertenencia a una rama del derecho- de alguna institución. Modernamente, cuando aparece o se descubre algún fenómeno social al cual haya de darse una regulación jurídica, todo el orden normativo participa, impidiendo su parcelación como derecho público o privado, civil o comercial, administrativo o penal. Ejemplos de ello son el derecho de protección al consumidor, el régimen del comercio o de los contratos internacionales, el derecho del mar o el de la energía atómica”¹⁷.

La progresiva desaparición de la frontera que separaba el Derecho Civil del Comercial, va a llevar al derecho de origen romanista a desarrollar un perfil similar al *Common Law* donde la distinción entre el derecho civil, comercial y laboral es inexistente.

En los tiempos que corren surge con claridad que no es conveniente la parcelación del Derecho, que solo se halla justificada con fines didácticos. Cuando esta atomización es llevada al extremo podemos observar un exceso de especialización hasta en la manera de legislar, y es así que leyes civiles, comerciales, laborales, penales, etc., se dictan sin

¹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. cit. 1998. Pág. 90.

atender los requerimientos del resto del ordenamiento y a veces, ni siquiera los de la rama más próxima. Pero siendo el orden jurídico una unidad, el jurista tiene que conservar y recrear constantemente la visión de ese todo.

A. ANTECEDENTES DE PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

En alguna medida, en Argentina existían ya numerosos antecedentes de legislación unificada. Por lo pronto, el concurso de los no comerciantes fue sometido a igual procedimiento que el aplicado a los comerciantes (artículo 310, ley 19.551; hoy artículo 2, ley 24.522), y fue sujeto también al juez mercantil (artículo 43 bis, decreto ley 1285/58, según ley 22.093). Se generalizó la utilización de los títulos valores. La ley 17.711 incorporó al Código Civil una serie de principios propios del sistema mercantil: reafirmó la doctrina de la apariencia y de la buena fe subjetiva (artículo 1051), la fuerza jurídica de los usos (artículo 17), la interpretación conforme a la buena fe objetiva (artículo 1198, 1ª parte) que involucra los adecuados deberes secundarios de conducta, la mora automática (artículo 509), la cláusula resolutoria tácita (artículo 1204, tomado literalmente del artículo 218 del Código de Comercio), la teoría de la imprevisión (artículo 1198, 2ª parte), que adecua a la cláusula de *hardship*, la cual es de estilo en la negociación comercial internacional moderna. La ley 23.928 también admitió el anatocismo, tradicionalmente prohibido en el Código Civil (artículo 623), aunque aceptado en el Código de Comercio (artículos 569, 788, 795).

En los últimos veinte años, cuatro proyectos han propuesto llevar adelante en Argentina la unificación de la legislación civil y comercial. A partir del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (1987), que fue preparado por una Comisión Honoraria que integraron los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi; el Senado Nacional sometió el trabajo al análisis de una Comisión Técnica Jurídica, que

¹⁷ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. cit. 1998. Pág. 75.

presidió el doctor Luis Moisset de Espanés, a quien acompañaron los doctores José L. García Castrillón, Fernando J. López de Zavalía, Luis Niel Puig, Juan Carlos Palmero, Juan F. Ravignani, José D. Ray, Adolfo M. Rodríguez Saa, Mario C. Russomanno, Carlos Suárez Anzorena, Ernesto C. Wayar y Eduardo A. Zannoni. Esta iniciativa fue la única en la historia que tuvo origen exclusivamente legislativo. Fue denominado “Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación”, aprobado por el Congreso, y sancionado como Ley 23.042, aunque luego lo vetó el Poder Ejecutivo Nacional, por Decreto 2719/91.

La Dra. Ana Piaggi, integrante de la Comisión redactora de este proyecto, opina al respecto que “[e]n Argentina, el primer trabajo global de unificación de la legislación civil y comercial fue la ley 24.032, vetada por decreto 2719/91 del Poder Ejecutivo, en gran parte como resultado de provincialismos carentes de sentido. Fue la modificación de mayor envergadura intentada desde la sanción de los Códigos Civil y Comercial en el siglo pasado. La comisión redactora consensuó eliminar el punto de apoyo de la bifurcación sistemática del Derecho patrimonial y como política jurídica incluyó en el Código Civil áreas con expectativas de permanencia ya consolidadas, prescindiendo de las que presentaban gran movilidad o se encuentran en plena evolución”¹⁸.

Algunos de los principales cambios propuestos por este proyecto resultaron de avanzada para su época, tales como la admisión del documento electrónico, la aceptación de las sociedades de un solo socio, la protección del público en los contratos de empresa, la responsabilidad por actividades peligrosas, la responsabilidad de los integrantes de grupos creadores de riesgo (como patotas o barras bravas). Este respondía a sugerencias de distintos eventos científicos, así como a la opinión de prestigiosos juristas y antecedentes extranjeros de indudable valor.

Posteriormente, la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró, a su vez, otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María

¹⁸ PIAGGI, Ana I. Ob. cit. 1998. Pág. 488 - Nota número 11.

Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitía, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar.

Un tercer proyecto, con idéntica finalidad, fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional por una Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación; la Comisión Honoraria redactora estuvo compuesta por los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

Según los autores de este último proyecto, su labor se ha limitado a proyectar la puesta al día y unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales, tal como se lo encargara el Poder Ejecutivo, en su designación. El mismo consistió en la reelaboración total del Libro Segundo del Código Civil, con el objetivo de evitar problemas de compatibilización de textos, de interpretación y de aplicación de la ley codificada que es, por definición, un todo sistemático y orgánico. La ventaja que se perseguía con este enfoque era realizar un *corpus* armónico, incluyendo las instituciones que habían formado parte del Código de Comercio, como las relativas a la contabilidad o a los contratos clásicamente comerciales.

La Comisión brindaba la siguiente explicación: “Al servicio de la unificación de la legislación civil y comercial se han recogido diversas soluciones del derecho mercantil que, por su dinámica, han marcado su impronta en el tráfico y que muy bien pueden considerarse, en la sociedad moderna, soluciones de derecho común. En el contexto de una legislación que unifica los hoy separados códigos Civil y de Comercio –y que, por ende, deroga este último sin perjuicio de la vigencia de las leyes especiales que en su hora se incorporaron a él- se ha tratado de traducir normativamente la realidad comercial y las necesidades que debe atender un Código único”¹⁹.

En 1995, el Poder Ejecutivo Nacional, por Decreto número 685/95 designó una Comisión Honoraria integrada por los prestigiosos juristas Héctor Alegría; Atilio Aníbal Alterini; Jorge Horacio Alterini, Augusto Belluscio; Antonio Boggiano; Aída Kemelmajer de Carlucci; María Josefa Méndez Costa; Julio César Rivera y Horacio Roitman. A ésta se le encomendó "proyectar la unificación del Derecho Privado" y "su reforma y actualización, de manera integral", en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993; así como incorporar "las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país"; atendiendo a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, y a los Tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional), en cuanto contienen "disposiciones relativas a materias de los Derechos civil y comercial".

Cabe acotar que, por diversas razones, antes de la finalización y presentación del proyecto, se retiraron de la Comisión tres de sus miembros, los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Augusto Belluscio y Antonio Boggiano, hecho por el cual no suscribieron el mismo, pese a haber trabajado en él durante más de tres años.

El proyecto se elaboró para satisfacer dos necesidades muy claras, por un lado suprimir las artificiosas diferencias existentes entre los códigos de Derecho Privado, y modernizarlos para ponerlos a compás con los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional desde 1994, y con las necesidades operativas y de seguridad jurídica de un mundo globalizado.

Al referirse a este último proyecto, el Dr. José Luis De Los Mozos opina que sus autores: "han realizado una obra legislativa eminente, actualizando el Código Civil sin alterar su traza originaria, procediendo más que a una reforma a una verdadera "recodificación", injertando en el mismo el novum que les propone la vida misma y, para hacerlo, han sabido estar en el camino, según la conocida expresión goethiana (auf dem Wege sein), porque estar en el camino supone seguir la tradición"²⁰.

¹⁹ Nota de elevación de la Comisión Redactora del Proyecto de Reformas al Código Civil, designada por Decreto 468/92, al Ministro de Justicia de la Nación.

²⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, 1999, "Un intento de Unificación del Derecho Privado. El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 unificado con el Código de Comercio", Revista General

Al decir del Dr. Atilio Alterini, el proyecto prevé “progresos sin revoluciones y prudencia sin temores”. “No hay ninguna modificación de los pilares del sistema: se protege a las personas y a las familias, se respeta la propiedad privada y la autonomía de negociación, pero se avanza en un clima de protección al débil”. Y esto “porque todos somos iguales ante la ley, pero no ante la vida; por eso, hay un mecanismo de protección a los que tienen debilidad jurídica por razones económicas, culturales, sociales o de edad”²¹.

El Dr. Horacio Roitman explica que: “la idea de unificar el derecho es de este siglo, según una versión moderna y muy reciente que ha tenido sus mejores frutos en Suiza, en Italia y Quebec y que parte de asumir la creciente ‘comercialización’ del derecho civil, en reemplazo de la concepción medieval de la riqueza basada en bienes inmobiliarios que domina la vieja legislación”²².

El día 30 de junio de 1999, el entonces Presidente de la República envió este Proyecto al Congreso. Es preciso aclarar que el Proyecto ha merecido diversas críticas, lo que imposibilitó su aprobación a libro cerrado y condujo a la conformación de una comisión legislativa, en la Cámara de Diputados, con invitación a participar a los integrantes de la Cámara de Senadores, para revisarlo y receptar las críticas y sugerencias de los juristas, sociedades científicas, universidades y colegios profesionales.

Entre las críticas, se destacan las de quien integrara la comisión redactora, el Dr. Augusto César Belluscio, quien disenta en varias cuestiones, tales como la incorporación de fundamentos al proyecto; la consideración de partes generales y definiciones; la ausencia de notas; y muy especialmente cuestionaba “la ausencia de fundamentación, que impone un gran esfuerzo para determinar cuales son las soluciones del Código vigente que han sido mantenidas, cuáles suprimidas y cuáles modificadas, sin que pueda siquiera afirmarse con certeza que no se haya cometido algún error, desechando normas útiles

de Legislación y Jurisprudencia, Tercera Epoca – Año CXLVI – Mayo-Junio 1999, número 3, Editorial Reus, Madrid, España.

²¹ ALTERINI, Atilio. “El Código Civil debe estar a la altura de los tiempos”. La Gaceta de Tucumán 27/08/99.

²² ROITMAN, Horacio. Un Código Civil para el Próximo Milenio. Diario El Litoral, Santa Fe, 02/08/1999.

de entre las actualmente en vigor o dejando problemas sin resolver”²³. Además, realiza algunas objeciones puntuales con respecto a la omisión de tratamiento de “las sociedades y seguros, aunque más no sea para incorporar las leyes respectivas actualmente vigentes y coordinarlas con el resto del Código, evitando por ejemplo, contradicciones entre las disposiciones relativas a las personas jurídicas en general y a las sociedades en particular”²⁴. Destaca, además, que “la disparidad de criterios se trasunta en que los distintos libros del anteproyecto, obviamente redactados por distinta mano, parezcan extraídos de obras distintas y no de una sola”²⁵, por lo que lo tilda de incoherente.

También han hecho oír sus disidencias, entre los más destacados, el Dres. Jorge Mosset Iturraspe, señalando que el Proyecto contempla un Código para los empresarios, que no es útil para el hombre común, poniendo el énfasis en el tema de la autonomía de la voluntad, como principio que manifiesta, afecta al débil jurídico, puesto que son muy escasos los contratos entre pares. Con este criterio coincide el Dr. Rubén Stiglitz.

Al respecto es dable apuntar que en la presentación del proyecto, la Comisión hace expresa referencia a dejar fuera del mismo la regulación de los derechos del Consumidor, por resultar una materia nueva, dinámica y cambiante, que necesita estar contenida en una simple ley complementaria, a efectos de facilitar su reforma, cada vez que sea necesario. Con ello, prácticamente se aclara que las disposiciones contenidas en tal proyecto son referidas a los contratos paritarios (entre pares) y no serían aplicables a los casos de intervención del débil jurídico. También manifestó disidencias el Dr. Luis Moisset de Espanés.

El referido proyecto marcó un punto de inflexión en la doctrina nacional, generando grupos de fervorosos defensores y vehementes detractores. Como es sabido, el referido proyecto no fue aprobado; si bien el resultado de los intentos de unificación fueron infructuosos a pesar de los muchos intentos, podemos afirmar que no se ha objetado la unificación misma como idea rectora o paradigma, sino los modos en que pretendieron aplicarla.

²³ BELLUSCIO, Augusto Cesar. Ante el Proyecto de Código Civil. Disidencias. La Ley, viernes, 7 de mayo de 1999. Pág. 2.

²⁴ BELLUSCIO, Augusto Cesar. Ob. Cit. 1999. Pág. 1.

Cabe acotar que estos procesos de unificación tradicionales presentan dificultades porque responden a un paradigma decimonónico que busca la fusión antes que la integración. Resulta necesario un cambio de paradigma para que nos ilustre sobre las tendencias de unificación moderna; sobre una nueva base de sustentación, gran parte de las querellas *territoriales* de civilistas y comercialistas perderán su razón de ser. Por ello, en el título que sigue veremos de qué manera se van unificando ambas ramas, de manera natural.

IV. UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL. CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES

La unificación del Derecho Privado Patrimonial encuentra su mayor exponente en las obligaciones y contratos civiles y comerciales, que hacen al tráfico económico-jurídico de bienes.

En ese aspecto, resultan significativos los antecedentes del Derecho de la Unión Europea, con varias importantes expresiones del propósito de obtener un idioma común en materia de contratos. En tal sentido, es de recordar que, ya a principios de 1888, Cesare Vivante presentó en Parma su trabajo "*Per un codice unico delle obbligazioni*", y que el Proyecto franco-italiano de 1927 fue un importante intento tendiente a los mismos fines. El profesor de Oxford y de Londres Harvey McGregor recibió en 1966 el encargo de la *Law Commission* británica, de preparar un proyecto de Código de Contratos, que concluyó en 1971. Se trata de una compilación o consolidación del Derecho que rige en Gran Bretaña, basado fundamentalmente en la jurisprudencia, que pretende aproximar sus soluciones a las del Derecho continental.

Por su parte, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que es una organización no gubernamental con sede en Roma, dio a conocer en 1994 los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional, que fueron elabo-

²⁵ BELLUSCIO, Augusto Cesar. Ob. cit. 1999. Pág. 2.

rados por un Grupo de trabajo que integraron profesores, magistrados y funcionarios de alto rango, pertenecientes a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. En su introducción, la obra expresa que "el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados". De su Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer "reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales" y actuar como "principios generales del Derecho" o como "*Lex Mercatoria*", así como "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional" o para ser utilizados por los particulares en los "contratos estrictamente internos o nacionales"; sólo se ha pretendido "excluir del ámbito de los Principios las llamadas 'operaciones de consumo'".

Es de destacar que las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) consideraron que "en los contratos internacionales resultan aplicables, como criterios de interpretación, los Principios de UNIDROIT sobre contratación internacional".

El 26 de mayo de 1989 el Parlamento Europeo encargó al profesor de Copenhague Ole Landö la redacción de un Código Europeo de Derecho común de Contratos, ratificado en 1994. La Comisión fue integrada por una veintena de destacados juristas europeos, y dio a conocer la versión final de los Principios del Derecho Europeo de Contratos en julio de 1998.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL por su siglas en inglés) elaboró la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que Argentina ratificó en 1983 mediante ley 22.765. Esta incorporación al Derecho interno de la Convención de Viena tiene particular importancia en materia contractual, pues introdujo diversas soluciones propias del Derecho de los países más desarrollados, que se reflejan también en los ya mencionados Principios de UNIDROIT, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

La Academia de Jusprivatistas Europeos, integrada por prestigiosos profesores pertenecientes a los sistemas del Derecho continental y del *Common Law*, realizó una serie de coloquios en Pavía (Italia) a partir de 1990, de los cuales surgió la constitución de un Grupo de Trabajo, integrado por alrededor de setenta juristas, de todos los países europeos, incluyendo a los presidentes de las respectivas cortes supremas, que elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos que, como se lee en el Preámbulo, es un "Código nuevo, cuyo texto y contenido estén en armonía con las circunstancias socio-económicas actuales". El Grupo de Trabajo tomó como esquema de base el Código Civil italiano -por considerarlo intermediario entre los grandes sistemas francés y alemán, y por la unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial que contiene-, y el ya mencionado *Contract Code* de McGregor. En el Preámbulo de dicho Anteproyecto también se expresa haber "decidido mantener la unificación entre Derecho Civil y Derecho Comercial, que ha sido realizada por el Código italiano, ha sido seguida en otros países del continente, y está presente en sustancia en la experiencia del Common Law". La primera parte del Anteproyecto se conoció en octubre de 1995, y la segunda, en marzo de 1997.

Como es fácil observar, existen numerosos antecedentes en cuanto a la unificación de las obligaciones y los contratos civiles y comerciales. La Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio de 1998, manifiesta haber tenido especialmente en cuenta todos ellos en la redacción del proyecto.

V. LA INTEGRACIÓN REGIONAL

El Derecho ha dejado de ser un patrimonio exclusivo de los estados nacionales, la globalización y en particular unas de sus manifestaciones, la regionalización, han puesto en crisis ese paradigma jurídico de la modernidad.

Cada vez con mayor intensidad, el Derecho debe ser estudiado en *clave* interestadual, dado que los sistemas jurídicos nacionales y comunitarios se hacen interdependientes,

se influyen recíprocamente y se produce un movimiento continuo a la armonización, muchas veces de hecho. Así, es posible identificar tendencias globales y predecir los cambios locales.

Desde el punto de vista de la creación de grandes bloques económicos, la Unión Europea no es un único proceso de regionalización en marcha a nivel mundial, tampoco la única forma de integración posible, pero sí constituye hasta el momento la iniciativa más acabada y perfeccionada en la materia. Podemos hablar de un verdadero *modelo de integración europeo*.

En los años cincuenta, un grupo de seis países europeos comenzaron un proceso de integración y acercamiento de sus economías e instituciones políticas dirigido a superar las tradicionales diferencias que sacudieron un espacio geográfico organizado, hasta entonces, alrededor del concepto de estado-nación. Este proceso estuvo sostenido y caracterizado por la naturaleza económica de los acuerdos alcanzados por los países que lo impulsaron.

En 1951, Francia, Alemania, Gran Bretaña y los tres países del Benelux -Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo- firmaron el tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); desde entonces, la Europa de la integración se ha ido ampliando a medida que transitaba por todas las etapas de un proceso de integración que comprende una Zona de Libre Comercio, una Unión Aduanera, un Mercado Común. Y, finalmente, una Unión Económica y Monetaria; estas son etapas esencialmente económicas y sociales, con una base jurídica. La última etapa de este proceso, tal como se lo definió en el Tratado de Maastricht de 1992, supone una integración política.

Claramente, el MERCOSUR pretende seguir el modelo de integración llevado adelante por la Unión Europea, al menos en lo que a objetivos declarados se refiere, hasta la constitución de un Mercado Común. Sin embargo, hasta el presente solo se ha podido avanzar al estadio de una Unión Aduanera imperfecta.

Como sostiene Dreyzin de Klor, “[l]a integración regional es un fenómeno que denota el proceso de formación de un sistema común, coherente entre una pluralidad de países, con cierto grado de interacción y cierto grado de interdependencia. Este fenómeno puede entenderse desde diversos ángulos pues cabe observar distintas dimensiones de la integración regional, a saber, la integración económica, jurídica, política, social, cultural, sin que ello implique que uno de los supuestos sea excluyente de otro. Antes bien, el fenómeno que nace como resultado de una decisión política, al ir afianzándose, es presupuesto de la integración en las diferentes dimensiones enunciadas. Los ámbitos que funcionan como recaudos insoslayables de toda experiencia regional, en los que la vocación política es indudablemente presupuesto, son la integración económica y la integración jurídica”²⁶.

En su aspecto económico, importa intentar eliminar las barreras existentes para conseguir la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales; para lo cual resulta menester armonizar políticas nacionales y establecer políticas regionales, comunes a los países integrantes del bloque.

De manera consecuente, para conseguir dichos objetivos económicos, resulta imprescindible lograr una armonización y unificación de las legislaciones correspondientes, y, más tarde, una legislación comunitaria acerca de materias tarifarias, de inversiones, educacionales, de trabajo y seguridad social.

Evidentemente, en este contexto y ciñéndonos al objeto de este análisis, el derecho privado patrimonial, resulta imprescindible ocuparse de la estandarización de las normas atinentes a las obligaciones y contratos, que resultan los instrumentos del tráfico negocial, obviamente relevante para un proceso de integración económica; teniendo presente que atañe fundamentalmente a los aspectos de previsibilidad y seguridad jurídica, para aquellos actores económicos dentro del espacio común.

²⁶ DREYZIN de KLOR, Adriana. “Los Principios de UNIDROIT. ¿Un modelo posible con miras a la armonización del Derecho de los contratos comerciales internacionales en el contexto de la integración regional de las Américas? Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo 13. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1997. Pág. 449.

Desde otra arista, consideramos que la integración es jurídica cuando se instala el espíritu de cooperación entre Estados, que inician el camino de vincularse con vocación de continuidad y voluntad de profundizar y facilitar las relaciones jusprivatistas internacionales, a través de convenios reguladores de dichas relaciones.

En relación a lo expuesto, cabe traer a colación el pensamiento de Diego Fernández Arroyo quién expresa que: “En muchas oportunidades se ha destacado el hecho de que en América la integración jurídica ha ido muy por delante de la integración económica”²⁷.

El Dr. José Luis Siqueiros, en el discurso que pronunció en ocasión de celebrarse la Primera Sesión Plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP V), expresó lo siguiente: “En dicho contexto, se han estudiado también los aspectos jurídicos de la integración económica de los países en vías de desarrollo y se ha analizado la posibilidad de uniformizar las legislaciones internas en cuanto ello pudiera parecer conveniente”²⁸.

Lo antedicho demuestra claramente la importancia de la integración jurídica, así como de los principios generales que informan a la misma, que tendrán una misión de orientar la legislación, la contratación y la interpretación de los instrumentos negociales respectivos. Ello fortifica otros aspectos y habla de una real integración que, desde lo jurídico, se proyecta a los aspectos económicos. “Mediante esta operación se contribuye a crear un conjunto de reglas para que las relaciones que se originen en un Estado y se desenvuelvan en otros, tengan en ellos igual tratamiento y no sufran las alteraciones propias de los diferentes regímenes legales”²⁹.

²⁷ Actas y documentos. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), 1996, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, E.E.U.U: V. 1, pág. 52., citado por DREYZIN de KLOR, Adriana. Obra citada. 1997. Pág. 452, nota número 7.

²⁸ Actas y Documentos. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V). Antecedentes, Actas de las Sesiones Plenarias. Informes de los relatorios y otros documentos, OEA/Ser. K/XXI-5, CIDIP-V/Doc. 46/94, vol. I, 25/1/96, citado por DREYZIN de KLOR, Adriana. Obra citada. 1997. Pág. 452, nota número 10.

²⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Aproximación de la legislación interna entre Estados que integran una comunidad regional. El Mercosur y la Comunidad Europea”. La Ley, 1992-C. Pág. 1158.

“Este sistema de acortamiento de distancias, aparece como sumamente valioso a la hora de pretender conformar un espacio común. Armonizar las legislaciones tiene un carácter instrumental; está al servicio de la realización de objetivos comunes y consecuentemente facilita la integración”³⁰.

No son pocas las dificultades que surgen cuando se pretende conseguir una legislación armónica y, en lo posible, común. Ello implica, generalmente, el establecimiento de normas de estándares mínimos, al menos en principio, a efectos de respetar los respectivos parámetros nacionales, si bien con intención de avanzar en un mejoramiento de la legislación común.

Evidentemente, el avance en el proceso de integración regional, traerá consigo un aumento del tráfico económico y, por tanto, de las relaciones jurídicas consecuentes, que requieren un marco de seguridad para su desarrollo.

La integración jurídica puede llevarse a cabo a través de distintos tipos de regulaciones. Estas pueden ser mediante tratados, con incorporación inmediata a la legislación nacional; por medio de tratados que deben ser volcados luego a la legislación nacional, o con normas supranacionales, para lo cual se requieren organismos legislativos y judiciales de tal carácter.

La necesidad de una regulación referida al Derecho aplicable a los contratos internacionales fue objeto de un intenso debate en el seno de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. En esa instancia se incluyeron los principios generales del Derecho Comercial Internacional en el artículo noveno del cuerpo normativo.

Es lógico que, teniendo presente lo vertiginoso de las negociaciones tanto nacionales como internacionales, en la actualidad, los principios establecidos por UNIDROIT o por los organismos internacionales, respecto a los contratos mercantiles, tenga tan buena

³⁰ MILLÁN, Lucía. “La armonización de legislaciones en la C.E.E.”. Editorial Centro de Estudios Comunitarios, Madrid, 1986. Pág. 183

acogida por parte de los particulares, como *lex mercatoria*, y en pleno ejercicio del principio de autonomía de la voluntad.

Los Principios de UNIDROIT fueron elaborados por un grupo de eximios juristas expertos tanto en Derecho Privado de los Contratos como en Derecho Internacional. El objetivo de los mismos es: “Establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados”, éstos se hallan imbuidos de los recaudos que obran como exigencia en la contratación internacional.

A. MERCOSUR

Desde la constitución del Mercosur, a través de la firma del Tratado de Asunción de 1991, el comercio internacional entre los países signatarios se ha visto incrementado notoriamente. Ello se vio favorecido con la constitución de la denominada unión aduanera incompleta, a partir del 1 de enero de 1995.

En primer lugar, resulta conveniente debemos reseñar brevemente el sistema de creación de normas elaborado por el MERCOSUR, a los efectos de hacer entendible el contexto en el cual se desarrolla el derecho regional³¹ para analizar el marco de posibilidades con que se cuenta para la unificación.

El MERCOSUR posee un complicado mecanismo de creación de normas. El Tratado de Asunción y el Protocolo Complementario de Ouro Preto establecen su estructura institucional. De ellos se surge claramente el carácter intergubernamental de este proceso de integración, ya que no se han creado órganos supranacionales -órganos a los que los Estados Miembros hayan delegado competencias legislativas o jurisdiccionales-.

³¹ Algunos autores desaconsejan denominar al Derecho que se está gestando en el MERCOSUR como Derecho Comunitario argumentando que esta es una denominación que debe reservarse exclusivamente

Esto nos permite distinguir doctrinariamente entre derecho comunitario originario y derivado. El primero, constituido por un conjunto de disposiciones con rango de tratados internacionales³² y el segundo, compuesto por normas emanadas de los órganos de gobierno de la comunidad regional³³ que para ser obligatorios, deben ser incorporados al ordenamiento jurídico de cada estado, a través de normas de orden interno.

Las normas del MERCOSUR no tienen eficacia directa e inmediata, sino que para entrar en vigor deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales; el Protocolo de Ouro Preto establece el carácter obligatorio de estas normas; pero en el sentido que los Estados Partes se comprometen a incorporarlas a su Derecho interno, mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país³⁴.

También es importante destacar que el MERCOSUR ha establecido un sistema de “vigencia simultánea de las normas derivadas”, de forma tal que éstas entran en vigor al mismo tiempo para todos los Estados Parte; pero sólo una vez que hayan sido incorporadas al orden jurídico interno de cada uno de ellos.

A pesar de ese incremento en las relaciones negociales, aún queda pendiente establecer normas jurídicas adecuadas en lo referente al derecho privado -especialmente, el correspondiente a los contratos-, destacándose que ni siquiera existen acuerdos acerca de principios generales aplicables a este tipo de relaciones jurídicas en el ámbito regional. “El Mercosur debe encarar, por una parte, el estudio de las posibilidades de armonización y unificación del derecho de los contratos internacionales y además, la elaboración de un

para el Derecho de las Comunidades Europeas. Cf. LAVOPA, Jorge Horacio. “La creación del Derecho del MERCOSUR”, en Rev. La Gaceta del MERCOSUR N° 15.

³² Tratado de Asunción, sus protocolos, y los instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos celebrados en el Marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos. Art. 41, I y II Protocolo Ouro Preto.

³³ Decisiones del Consejo del Mercado Común (en adelante CMC), Resoluciones del Grupo Mercado Común (en adelante GMC), y Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM) Art. 41, III Protocolo Ouro Preto.

³⁴ Las demoras en la incorporación de estas normas han llevado al dictado de normativas de diferente rango, como la Resolución N° 22/98 GMC o la Decisión N° 3/99 CMC instando al los Estados Parte al dictado de las normas correspondientes.

sistema de ley aplicable a la contratación internacional, lo que requerirá muchos esfuerzos, estudios y fundamentalmente, tiempo”³⁵.

“La recepción amplia de la autonomía de la voluntad en la Convención de México (arts. 7 y 8), es de fundamental importancia porque da seguridad a los contratantes de que lo pactado por ellos será respetado. Actualmente, entre Argentina, Paraguay y Uruguay rige el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, que en su art. V, prohíbe la autonomía de la voluntad, tanto en lo que se refiere a la ley aplicable, como a la jurisdicción internacional. En cuanto al Derecho Internacional Privado de fuente interna, algunos países del Mercosur, como Brasil³⁶ y Uruguay, rechazan la autonomía de la voluntad y otros como Argentina y Paraguay carecen de una norma expresa al respecto, aunque la doctrina y la jurisprudencia de Argentina sean favorables a la autonomía”³⁷.

Sin embargo, en los ámbitos internos nacionales, tanto la Argentina como Paraguay y Uruguay consagran el principio de la autonomía de la voluntad en la esfera contractual y Brasil, si bien no lo tiene expresamente establecido en la legislación, lo acepta ampliamente en la jurisprudencia. La extensión de la vigencia de este principio al área de los contratos internacionales resulta interesante desde el punto de vista que permitiría la inclusión en los mismos de la sujeción a los principios de la *lex mercatoria*, que hoy resultan mucho más adaptados a la realidad negocial moderna.

“Es evidente que las leyes internas y los tratados internacionales vigentes desde hace muchas décadas en los países del Mercosur, no responden ya a las concepciones actualmente imperantes en la región, que se ven en cambio, reflejadas en la reciente Convención Interamericana. Las necesidades de armonización y unificación del derecho de los contratos internacionales en el Mercosur requerirá, por cierto, de otros instrumentos apropiados, pero no debería desatenderse la labor ya realizada en el marco de las confe-

³⁵ NOODT TAQUELA, María Blanca. “Contratos Internacionales en el Mercosur. Conveniencia de adoptar la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, CIDIP-V”. Doctrina Judicial. 1996-2. Pág. 931.

³⁶ Actualmente, existe un proyecto de ley de aplicación de normas jurídicas que se propone reformar la ley de introducción al Código Civil de Brasil, introduciendo expresamente la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

³⁷ NOODT TAQUELA, María Blanca. Obra citada. Pág. 932.

rencias interamericanas”³⁸. En la CIDIP V participaron los cuatro países del Mercosur y ninguno de ellos expresó posiciones contrarias a las que resultaron aceptadas en dicho instrumento. En especial, la autonomía de la voluntad ha sido un tema que no ha dado lugar a debate, considerándose un principio aceptado por todos los países participantes, entre ellos los del nuestro bloque regional.

El Profesor De Los Mozos, nos brinda un panorama pesimista respecto del valor de esa armonización del Derecho Privado, que planteamos, al sostener: “[a]hora que existen tantos intentos de integración y de unificación en grandes espacios regionales, con ocasión de la universalización o globalización que estamos empezando a vivir en el mundo del Derecho, bien sean concretos o particulares o tengan una mayor ambición de generalidad, por mucho que se profundice en el Derecho comparado y se llegue a destacar un origen común que propicia las confluencias y los encuentros, a los que, a veces, se llega, nos damos cuenta que estamos en la prehistoria de esa integración y que costará mucho llegar a alcanzarla, porque hay espacios en que se ha creado un universo, particular y propio, del que no se puede prescindir y donde los planteamientos y las soluciones tienen un sentido irrepetible, por más que respondan a tales o cuales influencias que encuentran su paralelo en otras partes. La integración, aun cuando uno deba trabajar por ella, vendrá por otros caminos, si es que llega a venir, que nos son desconocidos”³⁹.

VI. PRINCIPIOS GENERALES

Consideramos que la unificación de los principios generales elementales, en el área del derecho de las obligaciones y los contratos puede resultar de mucha utilidad como base para una posterior armonización legislativa en el ámbito del MERCOSUR.

Ello es así, toda vez que los principios generales cumplen una función integradora del Derecho, cuando éste expresamente se refiere a ellos o cuando existen vacíos en la legislación; y otra, como elemento de interpretación de la ley y de los contratos. Desde ambos puntos de vista estimamos que la unificación de los mismos establecería una

³⁸ NOODT TAQUELA, María Blanca. Obra citada. Pág. 933.

base uniforme tanto para la integración cuanto para la interpretación de las relaciones negociales.

Proponemos, en principio, establecer que los principios de autonomía de la voluntad y, consecuentemente, de buena fe, pueden resultar los pilares fundamentales de esta “norma común”. Ellos están previstos en los artículos 1198 del Código Civil Argentino, art. 1291 del Código Civil Uruguayo; artículo 715 del Código Civil Paraguayo. El Código Civil Brasileño no los prevé expresamente, pero la jurisprudencia ha receptado ampliamente a ambos y el de buena fe ha sido incorporado en el Código del Consumidor -Ley 8078/90- en su artículo 4, inciso III. Por su parte, el Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998, en Argentina, consagra el principio de la buena fe en los artículos 677, 908, 920 y el de la autonomía de la voluntad, en los artículos 902, 903.

Por tanto, surge con claridad meridiana la existencia de una base de coincidencia en los temas propuestos y, por tanto, podría considerarse, aún sin una consagración especial, que se encuentran vigentes en el ámbito del MERCOSUR, si bien plantearemos algunas limitaciones al principio de autonomía de la voluntad.

A. PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

“En un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. ... De modo que podrá ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁴⁰.

Como expresa Rivera “[e]ste principio de la autonomía de la voluntad tiene trascendencia en el plano de las relaciones jurídicas de causa contractual: de allí que el contrato

³⁹ DE LOS MOZOS, José Luis. Obra citada. Pág. 166.

obliga a las partes como a la ley misma (art. 1197), y si bien ha recibido morigeraciones y limitaciones continúa siendo el instrumento más idóneo para asegurar la libertad del ciudadano (Hattenhauer). El negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos (Castán Tobeñas); el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad⁴¹.

No podemos desconocer que uno de los principales logros de la escuela del Derecho natural fue la recuperación y reivindicación del respeto a la voluntad de las personas; de allí que el principio de autonomía de la voluntad fuera uno de los pilares de la codificación decimonónica, reflejado en el reconocimiento casi sagrado de la fuerza obligatoria de los contratos.

“Este principio de la autonomía de la voluntad en el plano contractual deriva en dos libertades fundamentales: la libertad de conclusión del contrato, conforme la cual nadie está obligado a contratar sino cuando lo desee y que cada uno goza de la libre elección de la persona con quien se contrata; y la libertad de configuración en virtud de la cual las partes pueden determinar el contenido del contrato”⁴².

Ahora bien, la concepción liberal de los códigos decimonónicos se encuentra desactualizada, debido a las actuales circunstancias en que se desarrolla el Derecho privado, a través de la masificación y standarización de los contratos, que ponen en evidencia una notoria diferencia de fuerzas en la negociación, en la mayoría de las transacciones. Esto trae como consecuencia la necesidad de establecer límites a este principio, a efectos de restablecer el equilibrio del sinalagma, para lo cual debe intervenir el Estado -a través de una legislación tuitiva del llamado “débil jurídico”- en cumplimiento de su función, estableciendo lo que Lorezenti llama el “orden público económico de coordinación”.

⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio Jurídico. Ed. Civitas. Madrid, 1985. Pág. 13

⁴¹ RIVERA, Julio César. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997. Pág. 511.

⁴² RIVERA, Julio César. 1997. Obra citada. Pág. 61.

En la Encíclica *Populorum Progressio*, Pablo VI expresó: “La enseñanza de León XIII en la *Rerum Novarum* conserva su validez; el consentimiento de las partes si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del Derecho natural. En ese orden de ideas, se propicia una concepción solidarista que distingue entre “débiles” y “fuertes” para dirigir sus afanes a la protección o “tonificación” de los económicamente débiles, o de aquellos que son tales por sus carencias o limitaciones (Mosset Iturraspe), lo cual las convierte en hiposuficientes (Lorenzetti)”⁴³.

Así lo han sostenido las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Corrientes, 1985-, cuando concluyeron, de *lege ferenda*, recomendando “la incorporación al Código Civil como principio la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor”. Esto implica poner al día la regla clásica de *favor debitoris*.

“La conocida frase de Fouillée: “Quien dice contractual dice justo” corresponde a esa línea de ideas que como ya hemos visto también nutre una afirmación paralela contenida en la parte final de la nota al artículo 943 del Código Civil: “El consentimiento libre (...) debe hacer irrevocables los contratos”⁴⁴. Pero esa libertad del consentimiento se encuentra gravemente afectada en las actuales modalidades de contratación.

Es usual hablar de la crisis del contrato, pero en realidad el contrato sigue existiendo, si bien bajo una nueva modalidad adaptada a la masificación. Lo que se evidencia es una declinación de la importancia de la autonomía de la voluntad tal como lo entendían los cánones del Derecho Natural cristalizado en los códigos decimonónicos.

Es por ello que resulta necesario actualizar el concepto de autonomía de la voluntad, puesto que al existir, principalmente en los contratos por adhesión una gran disparidad entre las partes, constituida por la diferencia de poder económico, de conocimientos y experiencias, que deriva en un desequilibrio negocial. Aquella *voluntad*, al menos en uno de los sujetos no es plena, por lo que las normas jurídicas deben intervenir para

⁴³ ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos Civiles – comerciales – de consumo- Teoría general. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 37.

⁴⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos ... 1998. Obra citada. Pág. 66.

brindar una protección al más débil, teniendo presente la simetría de fuerzas existentes. Es decir, que el principio quedaría irrestricto para aquellos contratos *entre iguales*, pero se vería morigerado en aquellos en que no exista dicha paridad.

“En consecuencia, la relativización del principio de la autonomía de la voluntad halla dos causas principales: por un lado el abandono de la idea del absolutismo de los derechos subjetivos; y por otro las transformaciones socio-económicas”⁴⁵.

La relativización del principio de la autonomía es una cuestión referida a sus límites; es decir, puede seguir proclamándose el dogma de la autonomía, a condición que se entienda que no es principio absoluto e irrestricto. Los factores que restringen la autonomía de la voluntad son:

- a.- La masificación de la contratación, que obedece, principalmente, a la aparición de la empresa como sujeto de las relaciones económicas, que celebra múltiples contratos, que generalmente estandariza o uniforma, convirtiéndolos, generalmente, en contratos de adhesión.
- b.- El rol del Estado en la regulación de las relaciones económicas, en distintos sectores, imponiendo el orden público económico de coordinación.
- c.- La acentuación del carácter social de la contratación, que significa que, en virtud de la evolución lograda, se deja de lado el individualismo a ultranza consagrado en los Códigos del Siglo XIX, máxime teniendo presente que en la mayoría de los casos no existe ya igualdad entre las partes tanto desde el conocimiento, cuanto desde lo jurídico como de lo económico, lo que hace necesaria la protección de la parte más débil del contrato, a través de la intervención del Estado, mediante la legislación y la actuación del poder judicial.

“A su turno, el orden público económico, en cuanto a la protección del polo débil de la contratación predispuesta, provoca en ocasiones la prelación de la norma dispositiva o supletoria por sobre el precepto privado y, por ende, su aplicación. A su vez, en los contratos discrecionales, el precepto privado en principio prevalece por sobre la norma su-

⁴⁵ RIVERA, Julio César. Obra citada. Tomo I. Pág. 53.

pletoria que, por tal, tolera que las partes configuren un contenido distinto del previsto por el texto legal”⁴⁶.

“En el dogma de la autonomía de la voluntad “la fuerza de muchas de las razones originales ha desaparecido pero, como de costumbre, la vitalidad de las conclusiones la sobrevive”⁴⁷. La supervivencia resulta, sin embargo, difícil de explicar cuando el análisis de los alcances de ese dogma es hecho en su propio crisol conceptual”⁴⁸.

B. PRINCIPIO DE BUENA FE

La buena fe es un concepto amplio y de límites difusos. En principio implica una regla de acción adaptada a la conducta de la gente honesta y proba. Ese estándar llevado al ámbito de las relaciones jurídicas se convierte en la buena fe objetiva, que impone el deber de actuar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas previas al negocio, como durante su celebración, interpretación y ejecución.

Borda opina que “el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales”⁴⁹.

“Esta idea constituye un principio general del Derecho que como tal se proyecta en la totalidad del ordenamiento, y por ende, en la totalidad de las relaciones jurídicas que establece el sujeto y de las situaciones jurídicas de las que forma parte”⁵⁰.

“Como verdadera regla de oro, el artículo 1198 del Código Civil establece que los contratos deben ser interpretados ‘de buena fe’. Esto es, la denominada buena fe-probidad,

⁴⁶ STIGLITZ, Rubén (director) Obra citada. 1994. Tomo I. Pág. 346.

⁴⁷ La frase es de Keynes, (KEYNES, John Maynard, El final del laissez faire, en Ensayos sobre intervención y liberalismo, trad. J. Pascual, Madrid, 1985, pág.80), con referencia a la cuestión paralela del laissez faire.

⁴⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. La Autonomía ... obra citada. Pág.82.

⁴⁹ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996. Pág. 131.

⁵⁰ RIVERA, Julio Cesar. Obra citada. 1997. Tomo I. Pág. 290.

que consiste en el comportamiento leal y honesto de la gente de bien; y significa que, aún cuando alguna de las partes haya actuado torcidamente, de mala fe, igualmente se debe entender al contrato como si hubiera sido obrado con buena fe (Videla Escalada)⁵¹.

Efectivamente, es cada vez mayor el número de contrataciones entre una parte *fuerte* o *experta* y otra *débil* o *profana* y su incidencia en la actividad económica y social tanto en la Argentina como en Iberoamérica. En estos contratos con frecuencia se contraría el principio de buena fe, haciendo un uso indebido de la posición dominante que otorga el mayor poder de negociación a una de las partes. De allí deriva claramente la importancia de su regulación jurídica adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden público económico de coordinación”⁵² mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en una economía de mercado, velando, con ello, por el mantenimiento del equilibrio de las posiciones contractuales.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia argentina, al expresar: “En los contratos por adhesión el adherente se encuentra en la imposibilidad de discutir e intentar modificar las cláusulas predispuestas porque sólo puede aceptarlas o no en su integridad. Por ello, el juez debe sustituir al adherente y soslayar con su autoridad jurisdiccional aquella imposibilidad cuando la actitud del predisponente importe un ejercicio abusivo de su poder de decisión, valorando a tal fin la naturaleza, las circunstancias del contrato, la buena fe, el uso y la práctica observados en el comercio en casos análogos, para mantener así el equilibrio de las prestaciones y el principio del “pacta sunt servanda” frente a las limitaciones del “Bargainin Power” de la parte débil”.⁵³

El principio de la confianza que subyace en la buena fe, es un componente ético-social de capital importancia para el desarrollo de la vida en sociedad. En los entornos sociales la convivencia humana armónica o al menos pacífica no sería posible sin un mínimo de confianza recíproca.

⁵¹ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; y LÓPEZ CABANA, Roberto. Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. Pág. 666.

⁵² Ídem. Pág. 49.

⁵³ Cámara Nacional Comercial, sala B, marzo 26-993. “Sucarrat, Gustavo A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S. A.”, La Ley 1994-E, p. 437. JA 1994-I, p. 439.

En el Derecho “se distinguen la buena fe subjetiva (buena fe-creencia) y la buena fe objetiva (buena fe-probidad o buena fe-confianza). La buena fe subjetiva (creencia) consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a Derecho y es antecedente para la adquisición de un derecho, por lo común un derecho real; por ejemplo, cuando alguien adquiere una cosa, se lo considera de buena fe si tiene la convicción de que el enajenante es su dueño. La buena fe objetiva implica una regla de conducta de probidad, que genera en los demás la confianza en que será acatada”⁵⁴.

“La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. En este sentido impone el deber de obrar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores a la celebración del contrato, cuanto en su celebración misma, en su interpretación y en su ejecución”⁵⁵.

Este modo de actuar es exigida por el ordenamiento jurídico, en ambos sentidos, sin embargo en la actualidad se pone un especial énfasis en su sentido positivo –de obligación de hacer– en cuanto importa una conducta que cumpla con los deberes de diligencia y cooperación tendientes a que también la otra parte consiga la mejor prestación posible de la relación jurídica existente entre las partes, resultando insuficiente abstenerse de actuar de mala fe.

Destacando este aspecto se ha expedido la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español –mencionada por García Amigo– expidiendo numerosos fallos en que se hace a los deberes accesorios generados por la buena fe. “En términos generales –decía la sentencia 29/1/1965– que no pueden restringir el vasto campo de sus posibles manifestaciones y más en su estimación negativa que positiva, ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, cuando la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no puede conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea

⁵⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos... obra citada. Pág. 33.

⁵⁵ RIVERA, Julio Cesar. Obra citada. Tomo I. Pág. 291.

una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”⁵⁶.

En lo referido a la faz de la interpretación, Mosset Iturraspe destaca las cualidades del principio en estudio, al decir que “la buena fe tiene, un doble rol en punto a integración: actúa como “interpretación integradora”, en cuanto colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de inferencias de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiese sido declarada y, además, introduce efectos contractuales no previstos por las partes”⁵⁷.

Resulta interesante y necesario el empleo dinámico del concepto de buena fe, como herramienta del ordenamiento jurídico para condicionar éticamente la conducta negocial privada, importando exigir al individuo una conducta veraz, leal, coherente, sin engaños o sofismas que puedan producir daño.

La Jurisprudencia ha opinado que es buena fe contractual la consideración que se deben las partes en un negocio⁵⁸, o bien, en una aplicación más amplia, la necesaria observancia de una conducta coherente, no contradictoria con otros actos anteriores del mismo sujeto”⁵⁹.

Asimismo, otro aspecto de este Principio “exige congruencia consigo mismo. De modo que puede entenderse que, bajo ciertas circunstancias, obra prescindiendo de la buena fe, quien vuelve sobre una conducta anterior que ha creado en la otra parte de una relación jurídica, una expectativa seria de comportamiento futuro”⁶⁰. Este accionar es sancionado mediante la “doctrina de los propios actos” –integrando el principio de buena fe objetiva– y resulta aplicable a las relaciones negociales, en virtud de la generación de

⁵⁶ GARCÍA AMIGO, Manuel. Consideraciones a la buena fe contractual. Actualidad Civil N° 1. Doctrina. Editorial La Ley. Madrid, 2000. Pág. 9.

⁵⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños. Tomo VIII. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2001. Pág. 99.

⁵⁸ CNCom, en pleno, 2/8/82, ED, 100-286.

⁵⁹ Es la doctrina de los actos propios, expuesta por la CSJN (11/3/76, ED, 67-335); que podemos resumirla del siguiente modo: nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una conducta anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

⁶⁰ RIVERA, Julio Cesar. Obra citada. Tomo I. Pág. 293.

confianza entre las partes y la obligación de mantener una conducta coherente, a efectos de no afectarla.

VII. CONCLUSIONES

Hace ya tiempo, en la Argentina hay consenso de la doctrina, así como de las autoridades gubernamentales, respecto de la unificación de los Derechos Civil y Comercial. Las diferencias radican en los métodos y formas a utilizar, y allí hay que buscar las causas de por qué tanto consenso todavía no se vea plasmado en las normas.

A través de la historia, tenemos muchos ejemplos de dicha unificación, tales como el ordenamiento concursal, el régimen de defensa de la competencia o el de lealtad comercial, la utilización de títulos de créditos o contratación de seguros por personas no comerciantes y como forma más actual y palmaria, la normativa atinente a la Defensa del Consumidor y Usuario.

Es dable recordar que, ya en 1987, el Dr. Trigo Represas expresaba: “Entre nosotros la doctrina especializada se ha pronunciado, en general, por la conveniencia de esa unificación; la que cuenta también con resoluciones favorables de distintos congresos y jornadas científicos: la Sexta Conferencia Nacional de Abogados de La Plata, año 1959; el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba, año 1961; y el Congreso de Derecho Comercial de Rosario de 1969”.⁶¹

La realidad misma impulsa la unificación de los Derechos Civil y Comercial en un Derecho Privado común que abarque prácticamente la totalidad de las instituciones referidas al aspecto patrimonial de los particulares, en especial a las obligaciones y contratos. Obviamente, las cuestiones que atiendan a circunstancias o relaciones específicas deberán ser previstas en legislación complementaria.

⁶¹ TRIGO REPRESAS, Felix A. “La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”. Diario La Ley, Buenos Aires, Argentina, 13 de julio de 1987, pág. 1.

“Aunque la tarea de recodificación se insinúa como alternativa seductora porque el orden, la claridad, la sistematicidad, la coherencia y la previsibilidad de los códigos no parece poca ventaja, a la inestabilidad de la materia se suma la creciente tendencia a la sanción de leyes especiales en áreas sensibles al impacto de las innovaciones tecnológicas”⁶². Éste es el sentido por el cual el Proyecto de Código Civil unificado de 1998 excluye expresamente a los contratos de consumo de su ámbito de aplicación, teniendo presente el dinamismo que informa a tal tipo de relaciones, su permanente evolución y la consecuente necesidad de posibilitar su pronta modificación, en caso de ser necesario, a efectos de mantenerla permanentemente actualizada.

Las leyes humanas a diferencias de las naturales, no son inmutables o permanentes, por el contrario obedecen a los presupuestos ideológicos y fácticos que determinaron su aparición. Las actuales exigencias del tráfico moderno exige la existencia de un *hard core* (núcleo duro) común a todo el derecho privado que sea relativamente sólido y estable, y que articule con microsistemas normativos más dinámicos y fluidos, donde imparten en primer término las variaciones que requieran la adecuación a las exigencias del momento. Quizás esto suponga abandonar la idea romántica de la unificación total por una concepción más práctica de unificación de fundamentos y libertad de regulación en las manifestaciones específicas.

Se confirma, pues, con lo expuesto, la conveniencia de la unificación del Derecho Privado, lo que se ve plasmado en la implementación del Derecho del Consumidor, que estimamos abarca la mayoría de las relaciones entre sujetos particulares, excepción hecha de los contratos entre empresarios –que en nuestro Derecho son considerados paritarios, más allá de las asimetrías que pueden existir entre comerciantes de diferente entidad y poder de negociación–. Consideramos, por esta y otras razones cuya exposición excede las pretensiones de este estudio, que resulta conveniente la legislación sobre el tema de las Condiciones Generales de la Contratación, cuyas previsiones podrán aportar solución a todas las situaciones de inequidad en el sinalagma contractual.

⁶² PIAGGI, Ana I., 1998. Obra citada, pág. 488 - Nota número 10, último párrafo.

En función de todo lo expuesto podemos concluir que resulta conveniente la unificación de la legislación civil y comercial, en nuestro país, principalmente en aquellas cuestiones que hoy se agrupan bajo la denominación de Derecho Privado Patrimonial, debiendo ponerse especial énfasis en las obligaciones y los contratos.

En la actualidad, la armonización en sectores relevantes del Derecho Privado resulta posible en América Latina, en virtud de existir homogeneidad por pertenecer a una misma familia románico-continental, lo que constituye un factor de identidad cultural común, al punto que podemos hablar de una sub-cultura luso-hispanoamericana.

No obstante la potencialidades, la tendencia unificadora del Derecho Privado no presenta la misma intensidad en todos los países del MERCOSUR; en el ámbito Latinoamericano la CIDIP V ha realizado un importante avance que debe ser tenido en consideración a estos efectos.

Para permitir una implementación más inmediata, la unificación debe plantearse sobre la base de algunos principios fundamentales donde no existen genuinas diferencias, tales como:

- Respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación. Este principio permanecer incólume para los contratos entre iguales.
- La protección del *débil jurídico*; como límite al principio de autonomía de la voluntad; por cuanto existen relaciones obligacionales en las cuales existe una notoria asimetría en la negociación y, en tales casos, debe intervenir el Estado a efectos de proteger a la parte más vulnerable.
- Buena fe, como principio cardinal de las relaciones jurídicas, en todas sus etapas, aún las previas y las posteriores.
- Facilitación de la integración regional a partir del comercio y la circulación de personas.

La posibilidad y conveniencia de la unificación de tales principios resulta clara y, una vez establecida, podría operar a la manera de una *Lex Mercatoria* en el ámbito de América Latina.

Consideramos, por último, que las conclusiones arribadas, teniendo presente los antecedentes existentes, serían perfectamente proyectables en forma inmediata al ámbito del MERCOSUR. Con un objetivo más ambicioso, además de unificar principios podría promoverse la elaboración de normas regionales precisas para las relaciones negociales entre individuos o empresas de dichos países; en pos del logro de la seguridad jurídica, como valor básico de convivencia pacífica y armónica y como uno de los pilares de la verdadera integración económica y jurídica.

Por último, y teniendo presente que la realidad nos demuestra, día a día, que la unificación del Derecho Civil y Comercial es una realidad en los hechos y en buena parte del Derecho Privado patrimonial, a través de leyes especiales; recordemos la frase recordada por el recientemente desaparecido Maestro Augusto Morello, al decir: “El Derecho debe vivir con su tiempo, de lo contrario su tiempo vivirá sin él”.-