ACERCA DE LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

Se reproduce texto publicado en acceso abierto en:
https://www.cjir.org.ar/home/publicaciones

Junio de 2022-

Marcelo Urbano Salerno (*)

I.- INTRODUCCIÓN

El comercio internacional ha sido precursor en armonizar las normas aplicables a las relaciones nacidas de la economía globalizada donde impera la "lex mercatoria". Como ejemplo de contratos celebrados en esa plataforma, hallamos las normas de la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías" suscrito en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por la ley 22.765 el año 1983[1]. Es un fenómeno fácil de comprender, pues está destinado a regular el mercado mundial de las "commodities", al mismo tiempo que esa normativa ejerce influencia en la novísima codificación interna de los países miembros.

Existe una tendencia hacia la uniformidad de los regímenes contractuales de cada nación miembro de un pacto regional, como lo son el Mercosur y la Comunidad Económica Europea. Esos grupos adoptan paulatinamente reglas análogas en sus respectivas legislaciones. Sirven de ejemplo las directivas del mercado común europeo a fin de brindar soluciones a problemas concretos. De algún modo esta tendencia se va a consolidar en el futuro.

En cuanto al Mercosur se refiere, luego del enunciado genérico del "Tratado de Asunción" (1991) relativo a la armonización legislativa[2], no se advierten progresos significativos en el escenario regional de los estados signatarios. Más aún, los códigos civil y comercial en vigor en cada uno de esos estados carecen de criterios uniformes. Así resulta de los estudios dedicados al tema, como ser el volumen preparado por la "Fundación Fernando FueyoLanari" de la Universidad Diego Portales"[3]. Las conclusiones a que arriban los autores de dichos estudios demuestran las asimetrías existentes.

(*) Académico Titular y Ex Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Abogado (1961) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (1974), tesis calificada sobresaliente, de la Universidad de Buenos Aires, donde ejerció la docencia desde el año 1968 hasta el año 1997, retirándose en el carácter de profesor titular de derecho civil. Es Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina. Fue profesor asociado de la Universidad Paris II de Francia (1985/1986) y ha sido profesor invitado en las Universidades de Rennes y de Orleans. Dictó cursos de doctorado en distintas universidades de Brasil desde el año 1994 en adelante. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Museo Social Argentino. Ha publicado varios libros y artículos relativos al derecho privado, algunos de éstos en revistas extranjeras. Dictó conferencias y asistió a congresos en diversos países.

[1] Asimismo, sobre los contratos de fletamento y transporte de mercaderías, véase el "Tratado de Derecho Comercial Internacional" del 19 de marzo de 1940, ratificado por el decreto ley 7771/1956.
[2] El artículo 1º del " Tratado de Asunción" dispone armonizar sus legislaciones internas para reforzar el proceso de integración y coordinar las normas monetarias y cambiarias. SALERNO Valeria de PASQUALINI, "Essai sur un systèmejuridique d´ integration des marchésaméricains", editAnrt, Villeneuve D´asq, 2011, Nº 261 a 264, págs. 173/175.
[3] PIZARRO WILSON Carlos (coordinador), "Bases para unos principios en derecho de los contratos. El derecho de los contratos en latinoamérica", Santiago de Chile, 2011, en Argentina (págs. 19/116 antes de la sanción del Código Civil y Comercial del año 2015), Brasil (págs. 117/206), Paraguay (págs. 379/483), y Uruguay (págs. 485/559).

Continuar leyendo aquí...(extender).

A fin de su empleo, el concepto de "armonizar" la legislación enunciada en el mencionado "Tratado", es necesario distinguirlo de otros dos conceptos que se utiliza en la doctrina: la "uniformidad" normativa, y la "uniformización" de regímenes concretos. De inmediato se percibe que la "uniformidad" legislativa significa que varios países se rigen por las mismas normas y principios. En cambio, la "uniformización" es un proceso gradual para el objetivo de lograr la uniformidad de los regímenes jurídicos de las naciones asociadas. "Armonizar" no es lo mismo, tiene un sentido diferente y menor, consiste en ir dictando leyes en cada nación compatibles, que no sean opuestas entre sí para facilitar las relaciones de intercambio.

Los miembros del Mercosur presentan características peculiares y similares que permiten pronosticar una próxima unificación de los contratos en el área de Sud América, ya que puede ser una futura realidad en el para el recíproco tráfico mercantil. Desde ya que cumplen la primera condición a fin de poder cumplir el principio que los anima: el aumento constante de las operaciones comerciales en esta zona, donde las fronteras aduaneras se irán flexibilizando. Ello sería factible en la medida que la macroeconomía de cada Nación tenga un desarrollo concertado.Sin embargo, algunos autores apuntan que el Mercosur tan solo es un "acuerdo gubernamental" que pretende la integración jurídica en la región, sin haberse cumplido las "habilitaciones constitucionales" que corresponden, además que las disposiciones de mayor jerarquía no son uniformes. De manera que ese acuerdo carece de un "orden jurídico supranacional" y tampoco existe delegación de competencias de las naciones agrupadas[4]. La Constitución argentina, luego de la reforma de 1994 dejó abierta la posibilidad de realizar dicha integración en su artículo 75 inciso 24.

II.- ANTECEDENTES

La base histórica de la antigua legislación privada de cada Estado, tiene como denominador al "ius comune", expresión utilizada para caracterizar su origen romano justinianeo. El Mercosur es el encuentro de una cultura homogénea que facilita la "unificación continental" del derecho[5]. En América hispana se aplicó en todos sus dominios, incluido el Virreinato del Río de la Plata, el derecho castellano que receptó el sistema romano, basado en el "corpus" del Emperador oriental Justiniano. El sistema vigente en la península ibérica incorporó los conceptos allí enunciados como paradigmas[6]. Ese fue el contenido eminentemente teórico de las enseñanzas dictadas en la Universidad de Córdoba. En cierto sentido, el "derecho común" también se aplicó en Brasil, dado que Portugal siguió la corriente romanista para el ámbito privado[7].

El tradicional "ius comune" mantiene todavía autoridad intelectual entre los juristas formados en la concepción clásica, los que procuran respetarlo por la riqueza de sus preceptos. Las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, intentan ser creativas para modificar los criterios superados en diversos campos de la realidad actual, sea en los bienes incorpóreos y en los derivados de la informática. Esa diferencia de los enfoques hace que aún no se han podido conciliar distintos puntos de vista, tal como se aprecia en la codificación moderna que prioriza las construcciones jurisprudenciales de cada país por encima de las ideas generales, como se verá seguidamente. Añádase a los cambios legislativos existentes, el fenómeno de la descodificación para aprobar estatutos especiales en determinadas cuestiones sociales y económicas.

III.- LA CODIFICACIÓN EN EL PASADO

Los cuatro miembros del Mercosur llevaron una elaboración diferente de los códigos en el siglo XIX, salvo Argentina y Paraguay que incorporaron el proyecto que redactó Dalmacio Vélez Sársfield en 1869. Uruguay adoptó su propio criterio en el "corpus" civil que aprobó en el año 1869, el cual sigue en vigor con varias reformas. En cuanto hace a Brasil continuaron vigentes las antiguas leyes, como las Ordenanzas Filipinas de 1603, y además no prosperó el "Esboço" redactado por Teixeira de Freitas[8].

El movimiento codificador de siglos pasados aportó métodos y técnica científicas de naturaleza racionalista. Susinicios se remontanal año 1804 con la sanción del Código Civil francés. El contenido de esa obra jurídica tuvo un alto valor y ejerció gran influencia durante el siglo XIX en la codificación de otros países europeos y americanos. Ese "liber" tuvo un mérito indiscutible para la época, pues señaló un camino a seguir por los estados que declararon su independencia política de la monarquía española. En el caso de esas antiguas colonias, las nuevas repúblicas hicieron una ruptura cultural con la anterior recopilación de las leyes de Castilla y la de Indias dictada por la metrópoli ibérica.El texto del Código Napoleón, más los comentarios a sus artículos por los juristas franceses, sirvió de modelo para imitar[9].Sin embargo, emplearon una metodología diferente, moderna para el siglo y con mejor estructura.

Brasil recién dictó el Código Civil el año 1916 por iniciativa de ClóvisBeviláqua, basado en el "corpus" alemán (B.G.B.) que había entrado en vigor el año 1900. La metodología utilizada se perfeccionó dado que el "corpus" incorporó una Parte General dedicada a las personas, a los bienes, y a los hechos jurídicos. La Parte Especial comprendía cuatro libros, a saber: familia, derecho de las cosas, obligaciones y contratos, y derecho de las sucesiones. La principal diferencia respecto del Código argentino consiste en que este último no traía una Parte General de inspiración germánica.

De todos estos antecedentes se desprende que durante el siglo XIX tres estados que integran el Mercosur siguieron la corriente continental europea en materia de codificación, basada en los principios del "ius comune" y el derecho francés. A partir del siglo XX, Brasil adoptó el método y las reglas del sistema alemán, pero no abandonó las enseñanzas de los exégetas franceses[10]. En la actual centuria se han producido cambios en la anterior orientación reseñada, excepto en la República Oriental del Uruguay. El Código Civil uruguayo mantiene su estructura desde 1869 y su metodología está basada en la que siguió el proyecto del jurista rioplatense

Eduardo Acevedo[11].Esa metodología comprende un Título Preliminar de Las Leyes, y cuatro libros sobre de las personas, de los bienes y del dominio o propiedad, de los modos de adquirir el dominio y las sucesiones, y de las obligaciones, contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos; finaliza con un apéndice.

IV.- LA NUEVA CODIFICACIÓN EN EL PRESENTE

El movimiento codificador se hizo sentir en esta región de sud américa como un intento de adaptarse a los cambios sociales y económicos sobrevenidos en las últimas décadas. Ha sido impulsado por la doctrina a fin de ordenar las críticas hacia leyes estáticas y rígidas que debían ser remozadas en la letra y en su contenido. En definitiva, los tres países del Mercosur que pudieron lograr nuevos códigos son Argentina, Brasil y Paraguay, introduciendo reformas en la metodología y en numerosas instituciones del derecho privado. En varios sentidos esas obras reflejan apartarse de la corriente continental europea, pues tienen básicamente en cuenta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia de sus respectivos países.

La República de Paraguay dictó en el año 1985 otro Código Civil que entró a regir el año 1987. Desde entonces finalizó la uniformidad legislativa en esa materia con la Argentina, aunque se advierte todavía que subsiste la influencia del anterior "corpus" derogado. Es indispensable destacar que en el año 1983 fue sancionada la ley 1034 "Del Comerciante" para regular esa actividad profesional, a los actos de comercio, y a la empresa individual de responsabilidad limitada. Paraguay valoriza la importancia de los agentes mercantiles para su economía con una regulación especial.

La República Federativa de Brasil sancionó un nuevo Código Civil en el año 2002, sanción que demoró largos años por los debates suscitados para darle redacción a sus artículos. Las ideas inspiradoras de este ordenamiento fueron expuestas por el jurista Miguel Reale, y en su última etapa responden al enfoque empresario que le dio el diputado Ricardo Fiuza. Adecuó su normativa a los principios enunciados por la Constitución de 1988, principios que dieron respaldo a los enunciados de la función social de la propiedad y a la función social de los contratos. Es indudable que es un "corpus" basado en la realidad económica, como lo prueba el reconocimiento de personería a la empresa. Comprende una Parte General sobre las personas, los bienes y los hechos jurídicos. En la Parte Especial se ordenan: las obligaciones y los contratos (Libro I); el derecho de la empresa y el régimen societario (Libro II); el derecho de las cosas (Libro III); el derecho de familia (Libro IV); y el derecho de las sucesiones (Libro V). Un libro complementario trata sobre las disposiciones finales y transitorias.

Luego de fallidos intentos, la República Argentina aprobó finalmente en el año 2014 el vigente Código Civil y Comercial. Los autores del anteproyecto fueron tres personalidades del ámbito judicial, los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes a su vez eran docentes universitarios. Ello explicaría que "in limine" hayan previsto aplicar este "códice" a los casos judiciales y a establecer procesos para ciertas instituciones, como así también reglas de procedimiento. Tiene, pues, una directa orientación para aplicar las normas en los litigios que se ventilan en los Tribunales, en temas que pertenecen a la jurisdicción provincial.

A diferencia de Paraguay y Brasil este ordenamiento suprimió la materia mercantil, tras abrogar la Ley 26.994 el Código de Comercio (art. 4°), y descodificó varias leyes incorporadas a este último, a saber: sociedades, navegación marítima, concursos, seguros, fondos de comercio, entre otras[12].

La distribución de su articulado es la siguiente: un título preliminar lo encabeza. El Libro I lleva por título "Parte General", a fin de suplir la omisión incurrida en el anterior "corpus", allí se agrupan a las personas, los bienes, los hechos y actos jurídicos, y la transmisión de los derechos. El Libro II es dedicado a las relaciones de familia. El Libro III corresponde a los derechos personales: las obligaciones, los contratos en general, los contratos de consumo, los contratos en particular, y las otras fuentes de las obligaciones. El Libro IV está dedicado a los derechos reales. El Libro V a la transmisión de derechos por causa de muerte. El Libro VI trata sobre disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Como conclusión de lo expuesto surge espontáneamente que ninguno de los países integrantes del Mercosur se valió de los trabajos realizados en la codificación realizada para los demás estados. Es notorio que cada Nación se dio instituciones a su propia medida, a veces sin fuentes en el derecho comparado. El mencionado criterio no favorece a la armonización del derecho privado, como es obvio. De ahí que serán examinados cómo se regulan algunos temas relevantes del derecho contractual en cada país asociado, a fin de marcar las diferencias que tienen entre sí, y algunas analogías.

V.- BREVE SELECCIÓN DE EJEMPLOS

Se han seleccionado cuatro ejemplos para observar cómo están reguladas algunas instituciones en particular por la codificación de los países del Mercosur. En cuanto a los principios adoptados como base de la estructura contractual se advierten coincidencias en su expresión. La autonomía de la voluntad, la libertad de contratar y la fuerza obligatoria de los contratos, son ideas básicas de la legislación de los cuatro estados miembros. Así están formulados en el Código Civil y Comercial argentino en los artículos 958, 959 y 1015, sin perjuicio de los límites impuestos por el orden público, la moral, y las buenas costumbres (arts. 12 y 958).

El Código Civil de Brasil reconoce la libertad de contratar (art. 421), la que cumple una función social según su significado histórico y socialmente contingente, fundamentada en la Constitución de 1988. Obedece a prácticas aceptadas por la sociedad. De ahí que los intereses individuales de las partes contratantes son ejercidos de conformidad a los intereses colectivos, siempre que estuvieren presentes. Uruguay también enuncia el principio de la autonomía de la voluntad (arts. 11 y 1260 Cód. Civ.), cuanto la fuerza obligatoria del contrato es una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley misma. La República del Paraguay establece en su Código Civil que los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante los contratos (art. 669). Además, declara que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 715), sobre su fuerza obligatoria.

Uno de los temas que presenta mayores dificultades y debates en la teoría es la regulación sobre el incumplimiento contractual, vale decir, se trata de precisar el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. En esta cuestión hay que determinar cómo actúa la responsabilidad en las obligaciones de medio y de

resultado, creación moderna de los juristas para describir un fenómeno carente de consideración en el siglo XIX. Todos los problemas susceptibles de ser planteados giran sobre la idea de la culpa, definida por Dalmacio Vélez Sársfield como "la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"[13]. Nuestro codificador sostenía que no hay responsabilidad sin culpa, de acuerdo al pensamiento de Jean Domat, jurisconsulto francés del siglo XVII.

El Código Civil y Comercial argentino (ley 26.994) continúa definiendo a la culpa con el significado que le dio Vélez Sársfield en el artículo 1724. Esa noción la aplica tanto para la responsabilidad contractual, como para la extracontractual, sin precisar la mencionada clasificación sobre las obligaciones de medios y resultados, la cual ha sido introducida por la doctrina. Paraguay adoptó similar criterio acerca de la culpa en concreto respecto de los dos órdenes de responsabilidad[14].

Uruguay distingue en la materia contractual dos hipótesis relativas al incumplimiento del deudor: si ese incumplimiento obedeció a la culpa subjetiva, es decir, haber omitido la conducta exigida para el caso; o si el incumplimiento ha sido material, prescindiendo de la conducta del obligado, y, en este supuesto, la culpa es objetiva. Ha sido la doctrina de los autores uruguayos aceptada por la jurisprudencia, la que aplica la distinción entre obligaciones de medio y de resultado[15]. Brasil fijó como regla general a la culpa del deudor para caracterizar el incumplimiento contractual (arts. 389 y 392 Cód. Civ.).

Los investigadores que estudian los sistemas jurídicos del mundo para realizar comparaciones y fijar puntos de contacto entre las diversas legislaciones, sostienen que resulta imprescindible determinar las normas que rigen la formación de los contratos. En ese sentido, en el Mercosur el contrato es una oferta aceptada que permite aplicar dos teorías, como se verá:

A) En los Códigos de Brasil y de Paraguay el contrato se perfecciona desde el momento que la aceptación de la oferta es emitida por su destinatario a quien le hubiera efectuado esa propuesta.
B) En Argentina y en Uruguay la formación del contrato se perfecciona a partir del instante que la aceptación de la oferta por su destinatario es recibida por el prometiente[16].

La defensa de los consumidores fue objeto de diversos enfoques. El derecho relativo a esa categoría de contratantes ha sido entendido como un microsistema, independiente del "corpus civilis". Un ejemplo de ello es el Código de Defensa del Consumidor sancionado por Brasil el año 1990, de acuerdo con una directiva explícita de la Constitución de 1988, en cierto modo se superpone al Código Civil[17]. En cambio, Argentina incorporó un Título especial a su Código Civil y Comercial sobre los "Contratos de Consumo", donde también se regulan las relaciones de consumo, y, además, dedicó una sección a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas". Sin perjuicio de lo cual mantuvo vigente a la ley 24.240 sobre defensa del consumidor. A fin de establecer que el estatuto del consumidor tiene la jerarquía de un derecho superior, la Constitución reformada el año 1994 le dedica tres párrafos en el artículo 42. Desde otro punto de vista Paraguay dictó la ley 1334 de Defensa del Consumidor el año 1998, y Uruguay hizo lo propio con la ley 17.250 del año 2000. Como se puede advertir este tema tiene una diversidad de criterios.

A fin de concretar la armonización legislativa en el Mercosur falta todavía recorrer un largo camino que será transitado por quienes ejerzan el gobierno de cada Nación miembro con la firme intención de lograr ese objetivo.

[4] VANOSSI Jorge Reinaldo A. y DALLA VIA Alberto Ricardo, "Régimen Constitucional de los Tratados", 2ª ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 379/386.
[5] SCHIPANI Sandro, "Los códigos latinoamericanos de la transfusión del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la mezcla y códigos tipo", en LEVAGGI Abelardo (coordinador), "Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericanas", edit. Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, págs. 15/77.
[6] SALERNO Marcelo Urbano, "Derecho Civil Profundizado", edit. Ciudad Argentina y UMSA, Buenos Aires, 1998, págs. 22/24 y 128/132.
[7] VIEIRA DO NASCIMENTO Walter, "Liçoes de História do Direito", 10ª ed., edit. Forense, Río do Janeiro, nº 211, pág.196. MEIRA Silvio, "Teixeira de Freitas o jurisconsulto do Imperio", edit. Livraria José Olympio, Río do Janeiro, 1919. Este autor explica la naturaleza del derecho portugués de fuente romanista y las ideas de Freitas para superar la división clásica de las relaciones jurídicas, simplificándolas en dos categorías: los derechos personales y los derechos reales. Meira aborda este tema en el capítulo VIII (págs. 119/147).
[8] MIRANDA Pontes de, "Fontes e evaluaçao do direito civil brasileiro" 2ª ed., edit. Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 459. Este eminente tratadista escribió: "O Código Civil argentino constitui o grande mediador do genio jurídico sulamericano, conduz para o futuro e para os outros Códigos a inspiraçao de Teixeira de Freitas, mais fielmente do que o propio Código Civil Brasileiro".
[9] SALERNO Marcelo Urbano, "Un retorno a las fuentes del Código Civil argentino: la doctrina francesa", en LEVAGGI Abelardo (coordinador) opus cit., págs. 217/240.
[10] WALD Arnoldo, "BRÉSIL" En "La circulation du modele juridiquefrançais", Travaux de l´Association Henri Capitant, tomo XLIV, año 1993, págs. 125/132. Este autor pone énfasis en la trascendencia en Brasil e la doctrina y la jurisprudencia francés para el derecho privado.
[11] ACEVEDO Eduardo, "Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay, publicado en Montevideo en 1852", edición conmemorativa dispuesta por el Consejo Nacional de Gobierno, Montevideo, 1963. En las páginas 9/13 consta una "Advertencia" escrita por Acevedo en el año 1851.El volumen trae una biografía de este jurista en págs. XI/XXXII, y una "Noticia Preliminar" en págs. XXXV/LXXI, firmadas ambas introducciones por J.P.F. (siglas de Jorge Peirano Facio).
[12] SALERNO Marcelo Urbano, "Impresiones sobre un nuevo Código. Miscelánea jurídica", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XLVI-año 2012, págs. 49/67, y "La actividad económica ante el desafío del nuevo Código", Anales cit. tomo XLIX-año 2015, págs. 141/151.
[13] Código Civil argentino de 1869, ley 340, art. 512.
[14] MARTÍNEZ SIMON Alberto J., "Esbozo de las obligaciones civiles", edit. autor, Asunción, 2016, págs. 782/784.
[15]PIZARRO WILSON Carlos (coordinador), opus cit. págs. 532/533.
[16]La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías dispone que "la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente" (art. 18).
[17]JACOB de FRADERA Vera María, "Brésil", en TRAVAUX DE´LASSOCIATION HENRI CAPITANT, "Le consommateur", París, 2010, tomo LVII/2007, pág.66.

Nota del Comité de Redacción: *Las opiniones vertidas en las doctrinas que se publiquen en ésta sección son propias, exclusivas y de expresa responsabilidad de sus autores y no de ésta Comisión. Conste.*

.

Comité de Redacción