

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Continuamos este ciclo de mesas redondas con la presencia de cuatro distinguidas profesoras de Derecho Internacional Privado de nuestro Departamento y con un invitado muy especial para nosotros, por la admiración que tenemos por los italianos en general y por los profesores universitarios de Italia en particular, pues nos visita el profesor Giuseppe Gandolfi, que ha presidido la Comisión Europea para la Redacción de un Código Único de Contratos en el ámbito de la Unión Europea, quien nos hará conocer sus actividades y los criterios de unificación utilizados, que tanto precisamos en el ámbito correlativo del Mercosur, aun cuando se trate, en nuestro caso, de una imperfecta unión aduanera.

Comenzará esta mesa redonda la doctora Victoria Basz, quien nos introducirá a la cuestión de los contratos en el Mercosur; luego hablará la doctora Inés Weinberg de Roca sobre el concepto de contrato; posteriormente, la doctora María Blanca Noodt Taquella se referirá a la jurisdicción y arbitraje en el Mercosur; finalmente la doctora Sara Feldstein de Cárdenas expondrá sobre las propuestas de armonización legislativa en materia de contratos y ley aplicable.

Los contratos internacionales en el ámbito del Mercosur

Dra. Basz

El tema de la contratación internacional adquiere especial importancia en virtud de que se relaciona con los negocios internacionales. Cuando nos referimos a estos negocios, no podemos dejar de ponderar las variables económicas, jurídicas y sociales. Si observamos lo que ocurre en los mercados financieros internacionales, es suficiente para comprender que actualmente ninguna temática vinculada con los negocios internacionales puede analizarse con abstracción de estas variables.

Los negocios internacionales se vinculan con el Derecho Comercial y Económico, y observamos que la mayoría de las relaciones económicas se realizan a través de empresas, las cuales utilizan entre sus instrumentos la contratación internacional.

Esta contratación internacional se puede dar en forma bilateral, con contratos como *franchising*, *underwriting*, contratos de licencia, agencia y demás, o a través de los llamados contratos asociativos, como el caso de los *joint ventures*.

Hoy nos ocupa el tema de la contratación internacional en el ámbito del Mercosur, es decir, dentro de un proceso de integración. Me parece interesante partir del concepto de contrato internacional. Hay autores que definen los contratos internacionales a partir del hecho de que no todos los elementos del contrato se encuentran en un mismo sistema jurídico. Otros autores expresan que el contrato internacional se configura cuando se ponen en juego los intereses del comercio internacional y sus elementos se localizan en territorios de distintos países. Le Pera lo define simplemente como el contrato con puntos de vinculación con sistemas jurídicos diversos, que plantea conflictos de leyes.

La internacionalización de un contrato se puede dar en caso de que las partes involucradas tengan sus domicilios o establecimientos en Estados diferentes: o porque el lugar de cumplimiento del contrato sea distinto del de su celebración; o bien cuando el contrato tiene elementos objetivos ubicados en distintos Estados. Podríamos admitir cualquiera de estos elementos en la definición, pero lo que no podemos aceptar es que las partes decidan que un contrato es internacional, haciendo uso de su voluntad, cuando no se da ninguno de estos elementos.

Para analizar el tópico de los contratos internacionales me pareció interesante partir del nuevo concepto del Derecho Internacional Privado, que no regula solamente relaciones iusprivatistas cuando existen conflictos de leyes o conflictos jurisdiccionales sino que va a jugar su rol aun cuando no se produzca una patología en la relación jurídica. Es decir, aun cuando el conflicto no se produce, esa relación jurídica, ese contrato, es internacional y debe analizarse en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Actualmente es necesario visualizar el Derecho Internacional Privado desde dos ángulos: desde el ángulo conflictual y desde el ángulo de la prevención del conflicto. Es justamente en el ámbito contractual donde tal vez esta nueva noción del Derecho Internacional Privado adquiere especial relevancia.

Voy a tomar sintéticamente, como un aspecto dentro de lo que es la contratación internacional, el tema de la autonomía de la voluntad en sus dos formas: la autonomía material y la autonomía conflictual.

La autonomía material, en el campo del Derecho Internacional, es aquella que permite a las partes insertar las cláusulas contractuales que deseen y que hacen a las obligaciones pactadas, como por ejemplo, modos de ejecución de un contrato, limitaciones a la exoneración de responsabilidad, etcétera. Así, en este ámbito internacional nos encontramos, y con bastante frecuencia, con los llamados contratos estándar, que como bien dice Boggiano, incorporan con-

diciones generales que tienen su razón de ser en los sistemas actuales de comercialización y producción.

En algunas legislaciones se han regulado las condiciones generales, como por ejemplo, en el Código Civil holandés y en el Código Civil italiano. Asimismo, el Código Civil etíope, en su artículo 1738 inciso 2, establece que las condiciones generales unilaterales deben ser interpretadas a favor del adherente, y esto justamente porque en el campo del Derecho Internacional nos encontramos con bastante frecuencia con la característica de lo que puede llamarse un contrato de adhesión.

Entonces tenemos dos aspectos: la autonomía material y la autonomía conflictual. La mayor parte de los autores están contestes en que, dentro de la autonomía material, no se pueden dejar de lado las normas de policía del Derecho Internacional Privado, pero algunos consideran que sí podrían dejarse de lado las normas coactivas del Derecho Privado. Luego cabría reflexionar hasta qué punto es admisible esta postura, porque hay que ser muy cuidadosos. En efecto, si nos ubicamos en esta línea tendríamos que dejar de lado algunos institutos propios del Derecho Internacional Privado, como el orden público internacional o el fraude a la ley.

La autonomía conflictual es aquella que permite designar en el contrato cuál va a ser la ley aplicable o el juez competente o el tribunal arbitral. Esta autonomía puede ser expresa, pero en algunos casos aparece implícita en el contrato. Esta última posibilidad, por ejemplo, es admitida en la Unión Europea y acogida en la Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y Extracontractuales de la Comunidad Económica, aunque con la salvedad de que la elección implícita debe ser cierta e indudable.

La convocatoria de hoy tiene que ver con la contratación internacional, con especial referencia al Mercosur. Yo he tomado el tema de la autonomía de la voluntad y deseo que, luego de la exposición de mis distinguidos colegas, nos pueda llevar a reflexionar sobre si debemos admitir el juego de la autonomía de la voluntad con la misma amplitud cuando hablamos de una contratación dentro de un marco integrado –con políticas y objetivos comunes– que cuando estamos fuera de él. Tal vez –y ésta es mi postura– deberíamos ser por lo menos mucho más cuidadosos en la admisión del principio cuando la operatoria involucra a actores fuera del marco regional. Ello es así porque en la contratación internacional es frecuente detectar un desequilibrio entre las partes que permite hablar de un sujeto débil y un sujeto fuerte en la contratación. Esto no ha sido superado por el tema de la globalización. Todo lo contrario; el poder de negociación no es equilibrado y el principio de autonomía debería aplicarse con mayor restricción, tanto en la negociación de las cláusulas que se insertan en un contrato –las normas generales de contratación, muy frecuentes en los contratos internacionales y que hacen, en realidad, a la autonomía material– como en lo relacionado con cuáles van a ser la ley aplicable y el juez competente o el tribunal arbitral que se designarán.

En un marco integrado podría admitirse un juego más amplio de la autonomía de la voluntad, porque se parte de un concepto según el cual estamos

en presencia de actores que pertenecen a Estados parte de un proceso integrado, que tienen como sustento políticas tendientes a obtener objetivos comunes.

¿Cómo se logra una eficaz operatoria de las empresas a través de la contratación dentro del Mercosur? Ello se logra sin duda a través de la integración legislativa. Incluso podría llegar a pensarse en generar en el Mercosur condiciones generales de contratación. Seguramente mis colegas van a hacer referencia a esto. Yo solamente voy a decirles que existen antecedentes al respecto. En materia contractual internacional encontramos, por ejemplo, los tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Luego tenemos también otras convenciones internacionales, como la CIDIP 5, referida a ley aplicable a los contratos internacionales. En materia de jurisdicción internacional podemos mencionar el Protocolo de Ouro Preto de 1994, éste último dentro del Mercosur específicamente.

En realidad, mi intención fue plantearles desde mi óptica y sintéticamente la cuestión relativa a si debemos diferenciar o no el tratamiento de la contratación internacional en un espacio regional del correspondiente al contrato internacional desvinculado de un espacio integrado. Ocurre que una de las herramientas más utilizadas es la contratación. Aquí tenemos que pensar en una armonización de las legislaciones dentro de un proceso integrado, como es el caso del Mercosur, lo que supone la armonización de los aspectos fiscales, financieros, etcétera, y –aún más– la posibilidad de generar normas propias como condiciones generales de contratación. Ellas permitirán acercarnos a lo que constituye la finalidad del Derecho Internacional Privado, que no es otra que lograr la seguridad jurídica en las relaciones internacionales, a la cual nosotros podríamos contribuir cumplimentando el objetivo del Mercosur, que es el desarrollo económico con justicia social.

En ese sentido, quienes nos encontramos involucrados en el universo del derecho debemos tomar conciencia de que, existiendo normas que permitan un mayor equilibrio en las relaciones jurídicas internacionales, debemos apostar a concretar el valor justicia que todos perseguimos. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Muchas gracias por su exposición; tiene la palabra la doctora Weinberg de Roca.

Concepto de contrato

Dra. Weinberg de Roca

La doctora Victoria Basz ha hablado como una fiel exponente del Departamento de Derecho Privado. Si tuviéramos presente a un profesor del Departamento de Derecho Empresarial, diría algo bastante distinto. La discusión clásica entre civilistas y comercialistas en materia de contratos es que éstos últimos priorizan la seguridad jurídica, y los primeros, la defensa de la parte débil.

La doctora Victoria Basz dio una explicación sobre la autonomía de la voluntad priorizando la protección de la parte débil. Sin embargo, todo el Dere-

cho Comercial en materia de contratos internacionales está organizado sobre la base de que es mucho más importante la seguridad que la protección del débil. El comercio internacional únicamente puede funcionar si hay reglas claras que se sabe serán aplicadas; si en un momento de la relación una de las partes pudiera invocar que es la más débil, la seguridad desaparecería. Por ello no es casual que todo el desarrollo del derecho del consumidor se haya dado en la doctrina civilista y no en la comercialista.

Hace unos meses estaba preparando una conferencia sobre un tema similar para la Universidad de Córdoba y analicé qué es un contrato. Nosotros estudiamos que el contrato implica el consenso de voluntades en un momento determinado; además hablamos de igualdad de partes, o de una más fuerte y otra más débil.

La concepción del consenso de voluntades para formar el contrato, que se plasma en forma instantánea, no nace en el Derecho Romano, donde la forma solemne que daba origen al contrato era la *estipulatio*; tampoco en la Edad Media tenemos este concepto de contrato, que en realidad es bastante moderno, ya que aparece recién en el Renacimiento y se consolida en el Iluminismo. El Iluminismo trata de explicar que el hombre es dueño de su destino y puede manejar su libertad, es entonces cuando nace en el Derecho Continental Europeo este concepto de contrato, que se transmite a través del Código de Napoleón a nuestro Código Civil.

En el derecho anglosajón no hay tal concepto de contrato, porque para ellos se trata de un trueque de promesas. Desde el concepto anglosajón podemos entender mejor los contratos modernos, que vemos todos los días. Cuando una persona pone monedas en la expendedora de boletos del colectivo, no se puede decir que esté elaborando un consenso de voluntades con la empresa de transportes ni con el colectivero; lo mismo ocurre cuando se coloca una moneda en una expendedora de bebidas, o con los contratos celebrados vía informática, haciendo *click* con el *mouse* y aceptando una oferta. Ese trueque de ofertas funciona como contrato.

Creo que esto es importante en Derecho Internacional Privado, porque debemos tener en cuenta distintas clases de contratos. Asimismo, se han intentado distintas clasificaciones de contratos previendo el tema de la igualdad o no de las partes. Generalmente, cuando hablamos de autonomía de la voluntad y contratación internacional excluimos la protección del consumidor. La doctrina francesa contemporánea está elaborando una teoría según la cual cuando una empresa grande se vincula con una pequeña, no celebra un contrato entre partes iguales sino algo que sería más semejante a un contrato de trabajo. Si una empresa automotriz como *Peugeot* exporta centenares de autos a La Argentina y lo único que tiene en este país es un tallerista que hace el service de los automotores, no podríamos decir que hay una igualdad de negociación entre ambas partes.

Sin embargo, el Derecho Comercial en general prioriza la autonomía de la voluntad y que las partes, antes de firmar los contratos, prevean las cláusulas

que van a aceptar, leyendo con detenimiento la letra chica para evitar la inseguridad.

Hace unos días la revista *El Derecho* publicó un fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que calificaba a un contrato como “internacional”. La empresa Moka S.A., domiciliada en Panamá, había celebrado en Nueva York, para ser pagadero en esa ciudad, un contrato de mutuo con Graiver, domiciliado en La Argentina. Desde un punto de vista lineal podríamos decir que no es un contrato internacional, porque si el lugar de celebración y el de cumplimiento se encuentran dentro de un mismo país, ¿cuál es la internacionalidad? El solo hecho de que luego Graiver haya fallecido, no haya pagado el préstamo y que la empresa Moka S.A. haya tenido que pleitear en la ciudad de Buenos Aires por el fuero de atracción de la sucesión, ¿convierte el caso en internacional?

La doctora Victoria Basz dio distintas definiciones sobre lo que se considera contrato internacional. Básicamente podemos decir que para el derecho argentino, según el Código Civil y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el contrato es internacional cuando el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento se encuentran en Estados diferentes. Pero a partir de 1980 firmamos varias convenciones internacionales, comenzando por la Convención de Viena de Compraventa Internacional de 1980, que es derecho vigente para nosotros desde 1988. Hemos ratificado asimismo la Convención de La Haya de 1986 sobre Normas Indirectas Aplicables a la Compraventa Internacional, pero no se encuentra vigente. Y hemos sido parte en la negociación de la Convención Interamericana sobre Normas Aplicables a los Contratos Internacionales, en la que intervinimos junto con la doctora María Blanca Noodt Taquella.

A partir de estas convenciones, ratificadas o no, cambia el concepto de contrato internacional en el derecho argentino, porque lo que interesa ahora no es si el lugar de cumplimiento y el de celebración están en Estados diferentes sino que los establecimientos de las partes contratantes se encuentren en Estados diferentes. Según con quién estemos negociando, cambia el concepto de contrato internacional.

Lo común a todos estos contratos internacionales, y lo que debemos tratar de que funcione, es la vigencia de la autonomía de la voluntad. El comercio internacional avanza aunque nosotros no queramos; si no admitimos la autonomía de la voluntad en forma amplia, si ponemos restricciones, lo que vamos a lograr es que las normas sean eludidas.

Un ejemplo clásico lo da el derecho sucesorio. ¿Alguna vez se han preguntado por qué en La Argentina las sucesiones internacionales están vacías de patrimonio? Cuando uno ve las denuncias de bienes en estos expedientes sucesorios, sólo contienen un auto y una casa, y los grandes patrimonios han desaparecido de las sucesiones porque se han manejado vía derecho bancario y fideicomisos. Si hacemos lo mismo con el comercio internacional, éste no va a dejar de funcionar pero sí dejará de presentarse ante nuestros tribunales. En-

tonces, creo que más bien se trata de una concepción política acerca de qué es lo que nosotros queremos.

En este sentido, la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de 1994 ha priorizado la autonomía de la voluntad y, además, ha incorporado algo bastante novedoso: los principios *Unidroit*, que se refieren a los usos y costumbres del comercio internacional, codificados en Roma por el organismo de ese nombre.

Creo que la explicación de la codificación de estos principios radica en que los países del *Common Law* se pueden manejar con gran facilidad con usos y costumbres. Pero los países continentales europeos y con derechos codificados no aceptan los usos y costumbres como fuente del derecho, porque ello se contradice con su mentalidad. Entonces se han codificado los usos y costumbres para que sean un derecho similar a la ley codificada.

Los usos y costumbres son aquellos que han utilizado las partes en el comercio internacional a través de un tiempo importante como para ser consagrados como tales. Lo interesante es que no sólo la Convención Interamericana de 1994 toma los principios de *Unidroit* como fuente de derechos si las partes no eligen la ley aplicable. En efecto, esto ha sido incorporado a la muy nueva Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela, que ha sido publicada en la *Gaceta Oficial* el 6 de agosto de 1998.

El presidente de la comisión en la CIDIP 5 fue el doctor Parra Aranguren, un jurista venezolano que ahora es juez de la Corte Internacional de Justicia. La nueva ley de Venezuela toma en parte el mismo articulado de la CIDIP.

Quiero leer sólo dos artículos para demostrar la similitud. La CIDIP dice: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si la elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

“Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán cuando correspondan las normas, las costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Si acudimos a la ley venezolana sancionada en agosto de este año podremos ver lo siguiente: “Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

“Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán cuando corresponda las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Muchas gracias. Oiremos a continuación a la doctora Noodt Taquella.

Jurisdicción y arbitraje en el Mercosur

Dra. Noodt Taquella

Me han pedido que me refiera al tema de la jurisdicción internacional, con relación al régimen internacional para la integración de los contratos del Mercosur. Voy a hacer también alguna acotación a la cuestión del arbitraje, porque el tema de la jurisdicción internacional –ante quién se va a plantear, quién va a dirimir los conflictos que se susciten entre las partes en un contrato internacional– sólo puede tener una respuesta a través de los tribunales estatales. No existen en el Mercosur tribunales internacionales ante los cuales los particulares puedan dirimir sus conflictos. Pero las partes pueden acudir a una jurisdicción arbitral, es decir, una suerte de justicia privada que se ocupe de solucionar, con fuerza obligatoria, el conflicto.

El aspecto de la prevención al que se aludió antes es muy importante, y es algo que se tiene muy en cuenta en los contratos internacionales. Es importante lo que se pacte en un contrato y también es importante la jurisdicción.

En primer lugar, podríamos decir que este tema ya está solucionado en el Mercosur, porque hace más de cuatro años se aprobó el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. Si bien todavía Uruguay no lo ha ratificado, los otros tres países sí lo han hecho y ya está vigente. En la Argentina fue aprobado por ley 24669.

El mencionado protocolo soluciona una serie de problemas en lo que hace a la jurisdicción en materia contractual. Básicamente soluciona el tema de la autonomía de la voluntad. Se permite en forma muy amplia que las partes elijan al juez que va a entender en la cuestión. Esto es importante, porque si bien La Argentina desde 1976 lo acepta en contratos internacionales, en el Uruguay está prohibido expresamente, y en Brasil y Paraguay, que no tienen norma expresa al respecto, la tendencia jurisprudencial y doctrinaria es contraria a esto.

Evidentemente el Protocolo de Buenos Aires produjo un cambio muy importante en cuanto a la posibilidad de pactar la jurisdicción de algunos de los países del Mercosur en un contrato que lógicamente sea internacional. No voy a entrar en el tema de cuándo un contrato es internacional porque ya ha sido referido por las expositoras anteriores.

Pero veamos qué significa esto de pactar que intervenga un juez u otro, o de que si no se pacta, en definitiva, el actor elija ante qué tribunales inicia la demanda. Digo “elija” porque todo el sistema de jurisdicción del Protocolo de

Buenos Aires es de jurisdicciones concurrentes; si ustedes no conocen el Protocolo de Buenos Aires, alguien les consulta y tienen que dar una contestación rápida frente a un problema suscitado entre una empresa de Argentina y otra del Brasil, o entre una de Argentina y otra del Paraguay, seguro que habrá jurisdicción de los dos países, con posibilidad de elección para el actor. Si no se pacta algo distinto en el contrato o con posterioridad, el sistema que tiene validez en el Protocolo indica que puede regir el lugar de cumplimiento del contrato, el domicilio del demandado, en algunos casos el domicilio del actor, o el lugar de celebración del contrato cuando una sociedad, una empresa o una persona jurídica sale a negociar fuera del lugar de su sede. Todo este sistema, que figura en los artículos 7° a 11° del Protocolo, nos hace advertir que, en definitiva, normalmente los dos países involucrados en la cuestión tienen jurisdicción. Lógicamente, la decisión queda en manos del actor.

Esto genera inseguridad jurídica, como decía la doctora Weinberg de Roca, y hasta que se suscita el conflicto no se sabe dónde se va a plantear la cuestión.

No es indiferente dónde se plantea la cuestión y qué tribunal interviene. En primer lugar, cada juez aplica su propio sistema de Derecho Internacional Privado; buscará las normas aplicables al contrato de acuerdo con su propio sistema. Este es un punto que todavía el Mercosur no ha unificado. Entre Argentina, Paraguay y Uruguay, está vigente todavía el Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Civil Internacional, que va a impedir el juego de la autonomía de la libertad cuando se trate de empresas de esos países o, de acuerdo con algunas interpretaciones, dará un juego muy limitado de la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, tenemos el sistema de Brasil, con el cual no estamos vinculados por ningún tratado en este punto, que no tiene una norma expresa. Pero además de no permitir expresamente en general la autonomía de la voluntad, en caso de no pactarse la ley aplicable, tiene un sistema diferente al de Argentina y el Tratado de Montevideo. En estos últimos es válido el lugar de cumplimiento del contrato, aunque existe un verdadero galimatías para descifrar qué se entiende por ello. En Brasil, en cambio, se trata del lugar de celebración; pero como los contratos se celebran por *fax*, no hay tal lugar de celebración, por lo tanto rige el lugar de residencia del proponente, según establece la Ley de Introducción al Código Civil de Brasil, artículo 9°. Son dos sistemas absolutamente distintos en cuanto a la ley aplicable.

De manera que no es indiferente que intervenga un juez u otro, porque si es de Brasil va a decir que el contrato se rige por la ley de la residencia del proponente, de quien emitió la oferta, y si interviene un juez de los otros países va a decir que el contrato se rige por la ley del lugar de cumplimiento.

Además hay que tener en cuenta que cada tribunal dará mucho peso a sus propias normas de policía o imperativas. Esto no quiere decir que no puedan tener en cuenta las normas de policía de los otros países, pero las propias del foro van a ser de aplicación inexorable.

Supongamos que encontremos una ley aplicable –el juez va a tener que de-

terminarla—; esto también es un problema en el Mercosur porque la gran mayoría de los contratos internacionales más usuales no tienen una regulación normativa —no quiere decir que no tengan tipicidad social— en el derecho de fondo de los países del Mercosur o, si la tienen, es una regulación que generalmente data del siglo pasado o de principios de este siglo, que es totalmente inapropiada para el comercio internacional. Me refiero al caso de la compraventa: todos los códigos civiles y de comercio de los países del Mercosur la tienen regulada, pero con normas que no sirven demasiado para una compraventa internacional.

Las normas materiales uniformes, como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa, no pueden ser desatendidas. Hasta el momento, de los países del Mercosur solamente la Argentina la ha ratificado, así como también la Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa. El año pasado Uruguay aprobó la Convención de Viena, pero todavía no ha depositado el instrumento de ratificación; los otros países todavía no la han aprobado.

Los contratos de distribución, o los de agencia, todo lo que englobamos en la denominación genérica de *joint ventures*, no están regulados en la legislación de ningún país del Mercosur. En algún caso existe una norma aislada, como la referida al contrato de agencia en Brasil, pero no es una regulación integral del contrato; la ley de franquicia de 1994 de ese país se limita a algunos aspectos referidos a ciertas prevenciones que hay que tomar antes de contratar, pero no hay una regulación sobre deberes y derechos de las partes y demás. En Uruguay, y hace relativamente poco en La Argentina, existe una regulación sobre el *leasing*, pero de cualquier manera los contratos más usuales en el comercio internacional —los referidos a propiedad intelectual, cesiones, licencias de marcas y patentes— no tienen regulación.

Entonces, además de determinar cuál es la ley aplicable, debemos tener en cuenta que ésta no nos derive a una regulación vacía de contenido.

Las partes no se detienen por esto; no están esperando que el legislador determine esta regulación, sino que hacen sus contratos y negocios con mucha mayor rapidez que con la que nosotros tratamos de encontrar las soluciones jurídicas. Las partes autorregulan sus contratos, y para eso existen modelos de contratos —como los elaborados por la Cámara de Comercio Internacional—, usos del comercio internacional, condiciones generales de contratación. Asimismo, normalmente someten las cuestiones a arbitraje, donde existe una mayor recepción de la autonomía de la voluntad.

Esto no quiere decir que en el arbitraje no se tengan en cuenta las normas imperativas, no ya las del foro únicamente. Los árbitros deben ser muy cuidadosos —y normalmente lo somos— en tener en cuenta las normas de policía de todos los países que están relacionados con la cuestión, para evitar que luego, si ese laudo debe ser ejecutado, pueda llegar a afectar principios de orden público internacional, normas imperativas o de policía de alguno de los Estados involucrados, lo que lo haría ineficaz.

Hay cuestiones de jurisdicción que todavía el Mercosur no reguló. Jurisdicción y contratos son los temas excluidos del artículo 2º del Protocolo de Bue-

nos Aires; así ocurre con el contrato de transporte y con el de seguros. El reaseguro sí está comprendido en ese Protocolo, aunque no lo dice expresamente.

Con el Protocolo de Santa María, firmado en Fortaleza en diciembre de 1996, ya está regulado, pero no vigente, lo que se refiere a relaciones con consumidores. Básicamente se trata de aplicar la ley del domicilio del consumidor, con algunas jurisdicciones concurrentes, pero siempre en beneficio y a elección del consumidor.

También está regulada, con el Acuerdo de Transporte Multimodal de 1994, la jurisdicción en esta materia, aunque su vigencia se encuentra sumamente discutida. Aquí no se acepta la autonomía de la voluntad; se establecen jurisdicciones básicamente concurrentes entre domicilio –que incluye agencias, representaciones, etcétera– del operador del transporte multimodal y lugar de entrega de la mercadería. Pero quedan pendientes temas importantes, como contratos de trabajo, seguros y transporte; el equilibrio que hay que encontrar entre autonomía y protección de la parte débil, por la modalidad de la contratación, no debe ser desatendido.

El tema del arbitraje ya tenía su regulación dentro del Mercosur, aunque no fue elaborada en su seno. La Convención de Panamá de 1975, CIDIP I, ratificada por los cuatro países del Mercosur y vigente en ellos desde 1995, soluciona la cuestión referida a la ejecución y al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros.

Además de esto, y con un propósito muy loable –que nos parece muy importante–, el Mercosur ha estado durante un año y medio elaborando un acuerdo de arbitraje, que finalmente se firmó en la última cumbre, en julio de este año. Se trata de un acuerdo de arbitraje internacional intra Mercosur y otro idéntico que incluye, además, a Bolivia y Chile como países asociados que han participado en la negociación y con los cuales se ha debido firmar un acuerdo independiente. Ambos son iguales y corresponden a la Decisión 3/98 y 4/98 del Mercosur.

Estos acuerdos de arbitraje no se refieren al reconocimiento y ejecución de laudos sino que se dedican a regular básicamente el acuerdo arbitral, es decir, la cláusula compromisoria del contrato, cuáles son sus requisitos, o el acuerdo arbitral hecho con posterioridad al contrato, que también es válido. Además, entran muchos aspectos que hacen al procedimiento arbitral.

Con respecto a las diferencias existentes, cuando las partes no prevén el procedimiento arbitral, la Convención de Panamá remite a los del CIAC –Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial–; lo mismo vale para el sistema de estos nuevos acuerdos, pero sin que el arbitraje esté institucionalizado, es decir, queda como un arbitraje ad hoc. Hay una incógnita en cuanto a cómo va a funcionar en la práctica el arbitraje cuando entren en vigencia los acuerdos del Mercosur que modifican el actual sistema. Ésta es una cuestión que deberá ser analizada y estudiada un poco más para poder implementarla de un modo que resulte útil a los operadores del comercio internacional.

De cualquier modo, la autonomía de la voluntad, que por supuesto está

consagrada en los acuerdos de arbitraje, hace que no haya inconveniente alguno en que las partes pacten un procedimiento de una institución que administre el arbitraje; es decir, quedarán sometidas al procedimiento de esa institución arbitral.

Entonces, en este momento debemos tener en cuenta el arbitraje como una posibilidad segura de que, en los cuatro países del Mercosur, se respete la autonomía de la voluntad así como lo que las partes han pactado, y si es necesario llevarlo ante los tribunales, que pueda ser reconocido y ejecutado. (*Aplausos.*)

Propuestas de armonización legislativa en materia de contratos y ley aplicable

Dra. Feldstein de Cárdenas

Quiero agradecer a los organizadores de estas mesas redondas del Departamento de Derecho Privado por permitirme compartir con tan distinguidos colegas y con un invitado tan especial el debate sobre un tema de la mayor importancia tanto en el nivel del comercio internacional en general como en el de los espacios integrados en particular.

El contrato es precisamente el vehículo jurídico insustituible para movilizar el comercio en cualquier nivel, sea internacional o nacional. Como todo lo que se abre a las cuestiones en materia contractual, mi propuesta es muy amplia. Sobre el tema de jurisdicción ya se han dedicado a hablar mis colegas. Además, destaco que el legislador del Mercosur ya ha decidido la cuestión desde 1994, a través del Protocolo de Buenos Aires, aunque todavía no está vigente.

Yo voy a dedicarme a recorrer –con ustedes, por supuesto– el camino que emprendería si fuera legislador en el área del Mercosur. Por supuesto que lo bueno de todo esto es que no lo soy, de manera que puedo equivocarme completamente.

En primer lugar, vería cuál es el panorama a nivel convencional y vería también qué es lo que buscaría como instrumento jurídico para lograr la armonización jurídica en el área. Diría que conviene, desde mi perspectiva, hacer un instrumento jurídico a la manera de una convención internacional, protocolo o como se desee llamar; es decir, una norma o un instrumento jurídico, un marco regulador, creado para el área a nivel autónomo, tal como existen en otros espacios integrados en materia de ley aplicable, que es lo que precisamente estamos abordando.

La primera cuestión que trataría es la del panorama convencional. ¿Qué observo en este panorama? En primer lugar, veo que, tal como ya dijeron mis colegas, todavía no hay un instrumento jurídico autónomo generado en el propio espacio del Mercosur, y para eso estamos tratando de dar las pautas. Pero sí hay, de alguna manera, una vigorosa tarea a nivel de codificación heterónoma, es decir, fuera del área del Mercosur, aunque no vincula a los cuatro Estados integrantes del área. Estoy hablando precisamente de la fuente conven-

cional ineludible, los célebres Tratados de Montevideo, que tienen la virtud de haber sido la primera obra codificadora con vigencia efectiva en América.

Estos tratados, como ustedes saben, tienen que ver con el contexto internacional, como toda norma o instrumento jurídico que se elabora. En 1940 el contexto internacional, sobre todo en los países latinoamericanos, estaba lejos de la aceptación de la autonomía de la voluntad como principio o como criterio regulador en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, de manera que en los Tratados de Montevideo aparece expresamente en el Protocolo Adicional.

Por otro lado, advierto que en mi deseo de búsqueda de fuentes encuentro –transcurrido el tiempo– una Convención Interamericana de Montevideo de 1989 que sienta las bases para una futura convención en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales. Ahí entonces aparece tibiamente, en otra época y dentro de otro contexto internacional, la aceptación del principio-dogma sacrosanto de la autonomía de la voluntad como posibilidad de las partes de preseleccionar el derecho aplicable en sus negocios internacionales.

Por supuesto que ya en 1994 la Convención Interamericana de Derecho Privado V, de México, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, consagró la autonomía de la voluntad con un criterio amplio.

De manera que el panorama convencional en materia de aspectos generales de los contratos internacionales me lleva a tener que decidirme por la aceptación o el rechazo del principio de autonomía. De acuerdo con todo lo que se ha dicho en esta mesa, debo afirmar que si el legislador del Mercosur no aceptara el principio de la autonomía de la voluntad estaría en contra de lo que está pasando en la realidad. Los contratantes suelen regular los negocios internacionales a través de la elección de la ley aplicable. Por lo tanto, acepto el reto e introduzco la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, mirando otras fuentes convencionales, tendría cierto cuidado con respecto a los vocablos utilizados. Me refiero a si en ese marco que estoy gestando utilizaría la expresión “ley aplicable” o “derecho aplicable” respecto de los contratos internacionales. En este tema ha habido una evolución. Los Tratados de Montevideo siempre se refieren a “ley aplicable” a los contratos internacionales. La CIDIP IV, que sienta las bases en materia de contratos, se refiere a “ley”. La CIDIP V amplía los vocablos y expresiones, dando cabida a que se interprete un poco más sobre lo que significa “derecho”, e introduce este término.

De manera que aquí me encuentro con la alternativa de elegir una u otra expresión. Como de alguna forma resulta claro que la autonomía de la voluntad debe ser aceptada en el área, no obstante que con vigencia acotada, me decido por introducir el término “ley aplicable”, porque entiendo que es más preciso y deja de lado ciertas cuestiones como el tema de la determinación del derecho aplicable en materia de órdenes jurídicos, el consabido conflicto que trae el reenvío y el tema de la *lex mercatoria*.

Viendo otros modelos de espacios integrados, fuera del área del Mercosur, tenemos la Convención de Roma, que reconoce y consagra la autonomía, con

vigencia limitada, y utiliza el término “ley”. De esa manera, así interpretado, el tema de la *lex mercatoria* queda fuera de este ámbito.

¿Qué pasa cuando las partes no han elegido la ley aplicable? ¿A dónde acudo? En primer lugar, el legislador puede recurrir a conexiones rígidas secundarias y decir que a falta o ineficacia de elección de la ley aplicable, el contrato se va a regir por el lugar de celebración, o por el de ejecución. Ésta es una posibilidad, que ha sido introducida en el Código brasileño y en el español. Sin embargo, también puedo pensar que a nivel convencional los antecedentes –como la CIDIP V y la Convención de Roma de 1980– denotan el empleo de conexiones secundarias de mayor amplitud y posibilidad de manejo para el intérprete en materia de contratos internacionales, conexiones flexibles que sujetan a los contratos, en ausencia de autonomía, a la ley del Estado con el que tenga vínculos estrechos.

¿Me conviene como legislador utilizar este sistema y no dar pautas a los intérpretes y operadores para que sepan de antemano la ley aplicable en caso de ausencia de elección? En el caso de la CIDIP no hay pautas orientadoras, mientras que en la Convención de Roma sí, a través de la noción de la prestación más característica, cuya paternidad algunos le reconocen a la doctrina suiza, otros a los Tratados de Montevideo y otros al uruguayo Ramírez, que la esbozó en 1945, cincuenta años antes que Adolf Svitzer.

Puedo entonces calcar el sistema de la CIDIP V, o hacer lo que en otras oportunidades ha hecho el legislador del Mercosur, que es adaptar lo que hay a las pautas, necesidades, exigencias y características del área. Tal es el camino que mejor se presta para la elaboración de este instrumento, que está lejos de los principios *Unidroit*.

Entonces, las propuestas son, en primer lugar, la necesidad de que se elabore en el nivel autónomo del Mercosur un instrumento dedicado a regular la ley aplicable en el área. Me inclino por usar la palabra “ley” y no “derecho”, por ser de menor laxitud. Con respecto a la autonomía, la acepto con vigencia acotada. Y como no puedo tocar todos los temas, me dedico a ver qué perspectivas tiene este instrumento en el área.

Por un lado, pienso en la insoportable levedad del Mercosur cuando no se ratifica, no se incorpora, o los tribunales de Brasil no tienen por incorporado el Protocolo de Medidas Cautelares, cuando este país ha participado y discutido su sanción.

Pero, por otro lado, en materia de autonomía hay algunas cuestiones que me hacen pensar que las perspectivas permiten que se acepten estas pautas; por ejemplo, hay un cambio radical en la doctrina uruguaya, que está consagrando y admitiendo con vigencia acotada el principio de la autonomía de la voluntad.

Además, hace muy poco tiempo se ha participado en un protocolo o acuerdo sobre arbitraje y se ha convenido en el artículo 10 que las partes pueden elegir la ley aplicable para regular el fondo de la controversia.

De manera que, con la perspectiva de todos estos elementos, me parece que

puede llegar a ser aprobado. Tiene perspectivas positivas, y acepto el desafío: sigo adelante. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Quiero agradecer especialmente al profesor Gandolfi, que nos va a acompañar y a ilustrar.

De alguna manera todos estamos relacionados con Italia, así que vamos a escuchar de muy buen gusto la exposición en italiano.

Código Europeo de Contratos

Dr. Gandolfi

(*En italiano*) Venido del Viejo Mundo en uno de los aviones que hemos visto despegar en esta hora, tengo el placer de concluir esta mesa redonda, luego de las exposiciones muy interesantes de las queridas colegas –exposiciones que han ido al fondo de algunos problemas de esta amplia área del Nuevo Mundo– en este púlpito que me ha asignado el colega, profesor López Cabana.

Tengo, pues, el gran placer de hablarles de un problema análogo al vuestro y debo hacerlo lamentablemente hablando en italiano y no en vuestra bellísima lengua. En Italia se dice que el español es la lengua de los ángeles, y lamento mucho no poder hablarla, aunque seguramente me voy a hacer entender.

¿De qué voy a hablar? Del Código Europeo de Contratos, pero no de todas estas páginas que aquí tengo, porque me han asignado un tiempo que ronda los veinte a veinticinco minutos. De manera que tendré que condensar todas estas palabras italianas tratando de ser lo más claro posible. Quienes hablan la lengua española tienen una mayor capacidad que nosotros, los italianos, para comprender otras lenguas. Nosotros, los italianos, estamos en el Viejo Mundo, y somos más cerrados, no tenemos tanta facilidad para comprender las otras lenguas.

He organizado mi exposición mediante una rápida sucesión de argumentos, a efectos de hablarles de este Código Europeo de Contratos o *Code Européen des Contrats*. Ha sido denominado así porque debíamos elegir una sola lengua europea, y elegimos el francés porque no sólo es muy adaptable para el lenguaje jurídico sino que además se trata de una lengua típicamente europea o comunitaria. En cambio, el inglés es una lengua intercontinental. Las normas, las relaciones y las discusiones son en lengua francesa, aunque en nuestro grupo de trabajo establecimos el siguiente método: cada uno habla en su propia lengua, tratando de explicarse claramente, por la siguiente razón: el derecho exige precisión, tecnicismo, y si se habla en otra lengua se corre el riesgo de no ser preciso; puede hacerse entender pero no en el modo ortodoxo que es indispensable en este ámbito.

¿Cómo estaba compuesto este grupo de trabajo que tuvo su origen en la Universidad de Pavía en 1990? Hemos estado trabajando durante casi ocho años, aunque los primeros cinco fueron dedicados a resolver los problemas preliminares. Iniciamos la redacción del Código recién en 1995.

Este grupo de trabajo estaba compuesto por cerca de setenta personas. Us-

tedes dirán: con tantas personas, ¡cuántas discusiones! Pero resolvimos el problema de trabajar todos sin discutir; discutiendo después. ¿Cómo lo hicimos? Aclaro primero que en este grupo estaban los profesores más ilustres de Europa en materia de contratos: los españoles José Luis de los Mozos, Agustín Luna y García Cantero; Antúnez Ferreira, que fue ministro de Justicia de Portugal y autor del nuevo Código portugués; el profesor Tan, que fue uno de los integrantes de la comisión que redactó la Convención de Viena, y todos los presidentes de las Cortes Supremas europeas. Todos ellos, en número cercano a los setenta, enviaron sus propuestas con relación a todas las normas que había que elaborar.

¿Cómo las mandaron? Hicimos un cuestionario, porque habíamos tomado solamente dos modelos; por un lado, el Código Civil italiano, en su cuarto libro, porque recoge la tradición francesa y la alemana; por otro, el modelo del *Contract Code*, elaborado por el colega Gregor, de Oxford, de la *English Law Commission*, con el objetivo de unificar los derechos inglés y escocés.

Entonces, sobre la base de estos dos modelos elaboramos un gran cuestionario y luego recogimos todas las propuestas. Pero hacía falta un buen samaritano que se sentase a confeccionar el proyecto, y se me entregaron las propuestas llegadas en todas las lenguas. Tuve que reflexionar sobre toda esta gran mole de interesantísimas propuestas para luego elaborar un proyecto, artículo por artículo.

El libro I, sobre contratos en general, está casi terminado. La tarea fue dividida en cinco partes: la primera parte, en 1995, los elementos esenciales del contrato, la conclusión del contrato, la interpretación; la segunda parte, en 1996, los efectos del contrato. La tercera parte se refiere al incumplimiento del contrato. La cuarta parte, que se debatirá a fines de noviembre en Pavía, se refiere a muchas cosas: transferencia y cesión del contrato, cesión de créditos, cesión de deudas, extinción, novación, compensación, confusión, revisión, prescripción y caducidad del contrato. Mi parte está casi terminada, elaborada sobre la base de todas las propuestas; es una obra colectiva. Se dice que soy el redactor; es cierto, lo soy, pero el mérito es de quienes han emanado estas interesantes propuestas. La quinta parte se refiere a las anomalías del contrato: nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución.

Ahora voy a hablar sobre las características generales. Hemos tratado de simplificar al máximo, porque el Código debe ser aplicable en todos los Estados de Europa. Por ello hemos eliminado todos los conceptos que en ciertos países no pueden ser aceptados. En nuestro Código no existe el principio del negocio jurídico, concepto interesantísimo y una de las columnas del Código alemán, conocido en todos los otros códigos, incluso en el argentino.

Hemos eliminado la obligación. Ustedes dirán, ¿la obligación? Sí, porque la obligación como concepto jurídico es ignorado en el *Common Law*; los ingleses no lo conocen. La obligación era indispensable en el mundo romano cuando la relación jurídica tenía que ser reconocida en base a un proceso. En el Derecho Romano habrán estudiado la *actio in rem* y la *actio in persona*, de las que derivan el derecho real y la obligación. Con estos dos conceptos, en el mundo

romano se creó la figura del contrato, y ahora la obligación pasa a ser un efecto del contrato. Para este Código la obligación no es regulada con el rigor dogmático del Código italiano, sino como la *obligation* del derecho inglés, es decir, como un efecto.

Hemos eliminado el concepto que no es aceptado en ciertos países, como los ingleses han eliminado tantos conceptos. Han eliminado la *consideration*, por la cual en el contrato debe haber un *do ut des*; entonces cesará en Inglaterra, si nuestro Código entra en vigor, el contrato a título gratuito. El derecho inglés eliminará el *privity of contract*, por lo que cesará el contrato a favor de tercero.

Otra característica es fundamental: la gran claridad. El legislador ha pensado siempre que su deber es regular, pero no definir. Definir, dice el viejo legislador, corresponde a la doctrina. Pero esto vale en un Código que se dicta una nación que tiene su tradición, cultura y doctrina, pero no puede valer en Europa, donde tenemos quince derechos, quince culturas. Por eso se estableció el principio de la máxima claridad: si introducimos un concepto, lo precisamos y definimos. Este peligro lo pueden tener en el Mercosur, pero en menor medida, porque todos los países tienen base romanística. El peligro es que el juez inglés, si tiene un vacío legal no va a buscar la opinión doctrinaria de Alemania o Francia, sino la propia. Entonces, en lugar de la unificación, se crea nuevamente la disgregación. Por lo tanto, se requiere una gran claridad, en virtud de la cual es posible la máxima simplicidad y la máxima completitud.

Hemos querido tratar todos los institutos, no sólo aquellos que se refieren al contrato como tal, sino aquellas relaciones que nacen del contrato. Por eso nos referimos a la novación, la compensación y demás.

Ahora me referiré a algunas novedades de nuestro Código. Hemos afrontado el problema con la intención de hacer lo que André Tan, integrante de la comisión que ha elaborado la Convención de Viena, consideraba al decir que era necesario aprovechar esta ocasión para generar el progreso del derecho y la sociedad. La sociedad ha demostrado que ciertos principios deben ser afirmados. No se puede codificar la injusticia. Entonces, con precisión o perfeccionamiento, aprovechamos el momento para introducirlos.

Ahora voy a mencionar, entonces, algunas novedades que hemos introducido, muy pocas, porque el tiempo ha pasado y, aunque yo hablo en italiano, entiendo que ustedes están fatigados. Ésta es la primera vez que visito La Argentina y ya me he enamorado de este país, de este calor humano y dinámico.

Nos hemos ocupado del problema de la obligación pecuniaria; la obligación que importa el pago de una suma de dinero. ¿Cuál es el principal problema, al menos al inicio de este siglo? El de la devaluación monetaria. En nuestro derecho rige el principio nominativo. A fines de 1600, se exigía que se pagara la deuda monetaria con una moneda que tuviera el valor de la que se había prometido. Si la cantidad de oro o plata disminuía, se debía dar más monedas. Después de la Primera Guerra Mundial, en Alemania hubo devaluación.

nes muy grandes, de millares, problema que jamás fue resuelto por el legislador.

¿Por qué rige el principio nominalista? Es un principio ligado al nacionalismo. Cuando éramos un reino, el monarca decía lo que valía su moneda, y si decía que la moneda valía uno, se debía pagar uno aunque la moneda tuviera en realidad un menor valor.

Nosotros tratamos de corregir aquí ese principio nominalista, introduciendo el concepto de la revaluación, pero no sólo en caso de la mora del deudor –si hay mora, en casi todos los países de Europa, incluso en Francia, hay revaluación– sino aunque el deudor no haya incurrido en mora.

Pensamos que ya en el derecho romano existía un principio de acuerdo con el cual si un sujeto compraba una cosa y la pagaba más del doble, era un precio injusto y, en consecuencia, el contrato podía ser anulado. El Código austríaco ha hecho propio ese principio.

La jurisprudencia alemana en la época de la gran crisis ha dicho que si un sujeto paga una deuda de dinero dando una suma inferior al 50 por ciento, no ha cumplido de acuerdo con la buena fe. Nosotros recogimos este principio: si hay una diferencia de valor monetario superior al 50 por ciento, el deudor debe realizar la revaluación que corresponde.

Pude encontrar que en la nota de Vélez Sársfield al artículo 619 de vuestro Código Civil se dice algo que se vincula con esta norma, ya que cita al Código austríaco y sostiene que en caso de reforma aceptaría esa postura.

Hemos eliminado la retroactividad de las condiciones. El artículo 543 de vuestro Código señala que cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo.

Los alemanes han abandonado este principio porque en la práctica resulta difícil concretar esa retroactividad. Entonces, hemos puesto que si no hay pacto en contrario a esta regla o las partes no pueden concretar la retroactividad, ésta no existe.

Mañana expondré en el Colegio de Abogados sobre las normas de interpretación de los contratos. Hay muchos modos de interpretar un contrato. Por un lado, está el sistema de la *secundum voluntatem*, que apunta a determinar la voluntad íntima de las partes, sin aferrarse al significado estricto de las palabras. El opuesto es el sistema de la interpretación literal, propio del derecho inglés.

La interpretación de acuerdo con la voluntad de las partes tiene un gran valor humano de justicia, pues no impone a un sujeto un efecto diverso de aquello que ha querido. Ésa es la tradición alemana y francesa del siglo XIX. Pero la interpretación literal también tiene un gran valor, porque garantiza y reasegura a aquellos que realizan ofertas en el comercio internacional.

He visto que vuestro Código, en el artículo 1198, se parece más al Código alemán que al Código Civil español, afirmando el principio de la buena fe. Aunque nosotros no hemos establecido esta exigencia, nos hemos aproximado a la regla del Código Civil español, que fue la que siguió toda la jurisprudencia en Europa: es más importante la voluntad íntima que la palabra. Los jueces dicen: “Si el texto del contrato es claro y no deja lugar a dudas sobre la

voluntad de las partes, los jueces deben hacer una interpretación literal”. Nosotros hemos seguido esta regla. Preferimos la solución clara y limpia del Código español, porque son muchas las lenguas que hay en Europa. Si un alemán o un inglés manda una propuesta de contrato a un griego, éste la puede entender consultando el vocabulario en un diccionario.

La idea de fondo que ha animado a nuestro grupo a elaborar este Código, pensando en el mercado común interno, como ustedes pueden estar pensando en el Mercosur, es una exigencia de carácter económico y comercial.

Ha pensado en la posibilidad de responder a las exigencias humanas, de las personas, como en el caso de las valuaciones.

Ha pensado en cierto perfeccionamiento técnico, como en el caso de las novaciones, recogiendo la regla inglesa. En todos los códigos, e incluso en el vuestro, si un contrato es objeto de novación y resulta que el primer contrato es nulo, entonces la novación no se produce. Nosotros dijimos que no está bien esta regla, y por eso seguimos la regla inglesa. Supongamos que dos sujetos han formalizado un contrato; uno se ha obligado a vender un *Rolls-Royce*; después, los sujetos han concluido una novación extinguiendo el contrato anterior y obligándose a vender un hermoso *Mercedes Benz*. Por su parte, el *Rolls-Royce* fue vendido a otra persona. Si se descubre que el primer contrato es nulo, ¿el segundo debe seguir valiendo? Nosotros estipulamos que el segundo contrato sigue valiendo aunque el primero sea nulo. Pero si el segundo es nulo, el primero no revive porque ya quedó extinguido. Seguimos en ese caso la regla contraria a la lógica romana, pero lo hicimos en función de una exigencia práctica. No obstante, seguimos la regla del Código español en cuanto al punto de la buena fe: si un sujeto no ha tenido buena fe, debe pagar el daño.

Hemos tratado de introducir normas de carácter humano –como la de la valuación–, normas de carácter técnico –como la de la novación–, pero nos ha inspirado otra idea de fondo que a mi juicio debe valer incluso aquí, en esta parte del Nuevo Mundo. Pensamos en qué es el derecho y cuáles son los valores sobre los que debe actuar. Hay cuatro grandes concepciones sobre el contenido axiológico del derecho.

Según algunos, el derecho es una norma que viene de la Naturaleza, una ley natural. Al hacer la ley, el legislador se debe inspirar en este principio inmutable.

Según otra corriente, el derecho es la voluntad del soberano. El legislador y el juez deben buscar respetar la voluntad del soberano.

Otra es la concepción formalista de Kelsen: la ley es un valor que viene expresado en una norma y lo que cuenta es el contenido extrínseco y literal de la norma.

Asimismo, hay otro principio, que es el que vale hoy. ¿Cuál es la función del derecho? No es permitir al soberano dar un orden. Es cierto que el derecho natural es importante, pero no se puede circunscribir el derecho a la ley natural, ni se puede dar mayor importancia a la letra de la ley, porque el derecho es un modo de satisfacer la exigencia de la sociedad en un cierto momento históri-

co para satisfacer las necesidades de los hombres que viven en una comunidad, que tienen sus necesidades y aspiraciones. Si las cosas están así, en un contexto como el de Europa, en un bloque de Estados como el Mercosur, si los ciudadanos de tantas naciones han celebrado un acuerdo solemne, voluntario, de vivir en comunidad, de hablar una sola lengua, de resolver, como dice el Tratado de Roma, sus necesidades en comunidad, el derecho no cumplirá su función si divide en lugar de unir y asistir. Éste es nuestro concepto y mi deseo para el acuerdo del Mercosur, y para la Argentina que se integra en este contexto maravilloso de la América del Sur, donde tanta fuerza e inteligencia italianas han venido al Nuevo Mundo que aquí han adquirido una nueva vitalidad. A los juristas y a los argentinos, de todo corazón les traigo desde Europa un mensaje de prosperidad, paz y felicidad. (*Aplausos prolongados.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos al profesor Gandolfi, quien con su exposición ha demostrado sobradamente por qué está a la cabeza de los setenta juristas encargados de redactar el Código Europeo de Contratos y, de sus enseñanzas, realmente me ha asombrado su conocimiento de derecho argentino, comparable al de muchos colegas de la Facultad.

Le agradezco profundamente esta magnífica exposición que nos ha brindado, por la cual la Facultad está muy reconocida, y que con mucho gusto incorporaremos a la publicación que el Colegio de Escribanos de la Capital Federal edita generosamente para que el Departamento de Derecho Privado pueda difundir esta actividad académica en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

También quiero agradecer por anticipado la predisposición denotada por el cuerpo de taquígrafos del Colegio de Escribanos, bajo la dirección del Sr. De Palma, que ha encarado la magnífica tarea de tomar el erudito discurso del profesor Gandolfi del italiano y traducirlo al idioma español, prácticamente de modo simultáneo. Aprecio su destreza y la colaboración prestada a nuestro Departamento por su generosa traducción.

Muchísimas gracias al profesor Gandolfi, en nombre del Nuevo Mundo al Viejo Mundo, pero tan renovado con profesores como el que nos visita. (*Aplausos prolongados.*)

– Con lo que terminó el acto.