

● Crisis global, derecho e integración regional *

La integración suramericana como creadora de sentido a la ley y la jurisdicción en las relaciones MERCOSUR-ALCA

Humberto Podetti

Abogado

1. La globalización como crisis y sus efectos sobre el derecho

El mundo contemporáneo se distingue nítidamente de otros tiempos de la historia de la sociedad humana por la preponderancia del tiempo sobre el espacio y su consecuencia: la aceleración constante. Pero no se trata solamente de la sensación de cambio vertiginoso en que estamos sumidos. Más aún, esa sensación es sólo un reflejo del fenómeno principal: el escenario de la competencia por el poder y los bienes se ha desplazado del espacio al tiempo y la libertad ha mudado de naturaleza: es realmente libre sólo quien tiene libertad de movimientos. En estas condiciones, la globalización es sólo un momento en el que las sociedades redefinen sus relaciones en el tiempo y en el espacio¹ y no una etapa en nuestro proceso evolutivo. Esto es, se trata de una situación temporaria y frágil, aunque seguramente muchas de sus características perdurarán en la sociedad humana.

Entre sus múltiples causas se debe destacar la aparición vertiginosa de nuevos actores mundiales, que intervienen en todos los escenarios de la vida humana sobre la tierra. De algún modo estos actores son la culminación del proceso que concibió como principal actividad del hombre a la producción e intercambio de bienes, primero reales y luego simbólicos, y la proyectó como una actividad de expansión y progreso continuo,² cuya lógica le imponía no tener límites y por ende, concebía como una oposición a su desarrollo la soberanía de los Estados. La sociedad global de mercado es el triunfo de ese proyecto, aunque por su propia naturaleza cambiante e inestable, probablemente sea sólo efímero. Algunas de sus características, que analizaremos enseguida, tanto como pueden inaugurar tiempos más oscuros, abren posibilidades originales al desarrollo humano: el diálogo entre las culturas sobre la base de su recíproco respeto puede encontrar el fundamento de una nueva normatividad, que restituya al centro al hombre, a todos los hombres y a cada uno en particular.³ El instinto social de supervivencia puede impulsar a los pueblos en este camino, por lo que imaginarlo no es una utopía.

En este trabajo presentamos uno de esos aspectos: la posibilidad de generar jurisdicción a partir de los procesos de integración regional, cuando estos se funden, a su vez, en la reconstrucción de espacios y tiempos de sentido.

En tanto momento en el que las sociedades resignan, renegocian o redefinen su relación con el espacio y con el tiempo, la globalización tiene cuatro características principales: *proximidad*

* Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Integración "MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental", Comisión Problemáticas Jurídicas en la relación MERCOSUR-ALCA, La Plata, 8-10 de junio de 2005. Estas Jornadas fueron organizadas por el IIL, Indiana University y el Colegio de Abogados de La Plata.

¹ Zaki Laïdi, *Un mundo sin sentido*; FCE, México, 1999; pág. 15.

² Arendt, Hannah; *La tradición oculta*; Buenos Aires, Paidós, 2004; pág. 16; Galbraith, John K.; *La cultura de la satisfacción*; Buenos Aires, Emecé, 1992; pág. 182.

³ Reale, Miguel, *Variações sobre ética y moral*, www.miguelreale.com.br; Posse, Abel; *El eclipse argentino*, Buenos Aires, Emecé, 2003; pág. 194; Fernández Sessarego, Carlos; *Derecho de las personas*; Lima, Grijley, 2001; Bauman, Zygmunt; *La globalización. Consecuencias humanas*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999; pág. 103; Stiglitz, Joseph; *El malestar en la globalización*, Buenos Aires, Taurus, 2002; pág. 341.

planetaria, interdependencia creciente, compresión del espacio e interpenetración de las sociedades y las culturas.

La *proximidad planetaria* se manifiesta simultánea y contradictoriamente como proximidad territorial, simbólica y temporal. La territorialidad, por una parte se devalúa, al convertirse el territorio de las naciones en mercado o plaza y por la otra, mediante los procesos de integración, reconstruye su significado como parte constituyente de un proyecto común. En virtud de la proximidad simbólica suponemos pertenecer como nunca antes a un mismo mundo, cada vez más cercano. Sin embargo, al mismo tiempo percibimos las más agudas diferencias de que tengamos noticia en las posibilidades de acceso al poder, al conocimiento y a los bienes. Del mismo modo, tenemos constantemente una sensación de simultaneidad mundial pero el tiempo en nuestras conciencias personales, comunitarias y regionales es claramente diferente.

La *interdependencia creciente* provoca cambios en la construcción de la identidad y hace más difícil establecer en común modos de acción política. En el primer caso los procesos de reconocimiento o construcción de la identidad, que se desarrollaban sobre la base de la pertenencia o la adhesión, hoy se deben fundar necesariamente en la interacción intensiva con los demás, que reclama en su base el reconocimiento y el respeto por el otro, de modo que la *proximidad* se transforme en *proximidad*.⁴ En el segundo, la urgencia impuesta por la constante aceleración de todos los procesos y la compresión del espacio, exigen atender innumerables factores que se influyen entre sí.

La *compresión del espacio*, originada precisamente en la pérdida de valor del territorio como escenario de las disputas por el poder y los bienes y su reducción a mercado, obliga a la sociedad que teóricamente lo posee a competir por atraer a los actores globales, cuyo arribo o partida es, respectivamente, premio o castigo al respeto y aceptación de sus normas o a la pretensión de ejercicio de la soberanía estatal.

La última característica, la de la *interpenetración de las sociedades y las culturas* es simultáneamente el vehículo para la imposición de un pensamiento muy pobre en ideas pero muy rico en poder y el camino para la construcción de una sociedad universal basada en el respeto recíproco de las diferencias. La repercusión global de los hechos y la universalización de la cotidianidad provocan una convergencia de la problemática de cada sociedad y cada cultura, haciéndola común, y abre la posibilidad de reconocer la universalidad del alma humana en formas culturales diferentes pero sin embargo semejantes.

La problemática común propia de la globalización destaca también su carácter de crisis. Probablemente la más extendida y tal vez también la más profunda de la historia. Sus manifestaciones son claras y confieren al mundo contemporáneo perfiles precisos: a) el hombre no sólo ha sido convertido en *objeto* –como ya ocurrió en otros momentos de la historia humana– sino también en *producto* susceptible de ser fabricado como cualquier otro producto; b) la sociedad humana se ha partido globalmente en dos: los incluidos (en el acceso al conocimiento, a los bienes, a la capacidad de decisión política o económica, a la revolución de la información y las comunicaciones, etc.) y los excluidos (del trabajo, de la propiedad, de la educación, de la salud, del conocimiento) que son la mayor parte de la población del mundo; c) el conocimiento ha sido enajenado de su fin, la búsqueda de la verdad y empeñado en la persecución urgente de lo útil; d) las diversas culturas humanas han sido puestas en duda por un pensamiento único, raquíptico y pretendidamente global; e) la normatividad de cualquier naturaleza es despreciada e incumplida, en particular la normatividad ética, lo que reduce crecientemente la libertad y la responsabilidad.

⁴ Podetti, Ramiro; *Cultura y alteridad*; Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004; Habermas, Jürgen; *La inclusión del otro*; Buenos Aires, Paidós, 1999.

Pero además, como su característica más amenazante, la globalización es pérdida general del sentido de la sociedad humana,⁵ un abandono a un presente constante, una omisión definitiva del porvenir, una imposibilidad creciente de proyectar el futuro. La sociedad global de mercado es incapaz de dar sentido, porque todo lo que puede proporcionar sentido está fuera del mercado. El mercado se limita a proporcionar los medios materiales o simbólicos para sostener lo que otorga sentido a la vida humana: el amor, la paternidad y la maternidad, la búsqueda de la verdad, el arte, la espiritualidad, la cultura, la libertad, la responsabilidad.

Contradictoriamente, a medida que más conoce la falta de sentido de la realidad que lo circunda y del mundo y más se conoce a sí mismo, el hombre siente más urgente el interrogante sobre el sentido de la vida personal y social.⁶ Por ello, la conciencia de la carencia de sentido provocada por la globalización es el gran motor de la autodestrucción, al borrar los límites morales y simultáneamente el estímulo y la incitación a la superación de la crisis, mediante la creación de nuevos espacios de sentido. De un modo semejante al que describe Toynbee,⁷ cuando analiza las desintegraciones de las civilizaciones, la globalización genera fracturas en el cuerpo social y en el alma que fundan dos pares de respuestas antagónicas en la conducta humana: frente a sí mismo, la alternativa entre el *abandono* y el *autocontrol* y frente a los demás, la disyuntiva entre la *deserción* y el *compromiso*.

La pérdida de sentido es simultáneamente, como hemos anticipado, anomia generalizada. El mercado rechaza toda normatividad y toda jurisdicción que le sea ajena y sus normas se limitan a las que imponen quienes tienen la capacidad de decisión en cada momento.⁸

Este fenómeno ha sacudido todos los cimientos del derecho y en particular el que reclama fundar las normas jurídicas en la moral, en la filosofía o en la razón y no meramente en el interés o la conveniencia de algunos de sus actores. El formidable diálogo entre el filósofo Jürgen Habermas y el entonces Cardenal Joseph Ratzinger el 19 de enero de 2004, que acaba de ser publicado en Argentina⁹ presentó con claridad los puntos de vista de la cultura occidental, como pensamiento europeo racionalista y agnóstico y como visión cristiana, coincidiendo ambos en que el derecho reclama la reconstrucción de sus fundamentos y que en ese camino la razón debe vigilar a la religión y la religión a la razón. Aunque el diálogo se ha expresado en términos del pensamiento occidental, tanto el sacerdote-filósofo como el filósofo-político han mostrado explícitamente su respeto por la multiplicidad de caminos que el espíritu humano ha abierto en la búsqueda de la verdad mediante cada una de sus diferentes y valiosas culturas.

La crisis ha invalidado también la clásica distinción romana entre derecho público y privado. Los atributos antes exclusivos de los Estados, la *soberanía* y los poderes públicos de *administración, legislación y jurisdicción*, están cuestionados y en muchos casos, son ejercidos por particulares. En el ámbito de la economía se advierte una creciente anarquía. La corrupción se extiende sin control y en muchos casos, como en el de la corporación estadounidense Enron, bajo formidables declaraciones éticas.¹⁰ Por fin, existen mercados globales que actúan abiertamente contra la ley de los Estados, como los del narcotráfico y el

⁵ Lavapeur (h), Oscar; *Occidente, Oriente y el sentido de la vida*; Buenos Aires, Biblos, 2004; pág. 319.

⁶ Juan Pablo II, *Fides et Ratio*.

⁷ Toynbee, Arnold J.; *Estudio de la Historia*; Madrid, Alianza, 1971, tomo II, págs. 26 y 107.

⁸ Küng, Hans; *Proyecto de una ética mundial*; Madrid, Trotta, 1992; pág. 24; Eduardo Polo, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*; Madrid, Civitas, 1990; pág. 32.

⁹ Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph; "Diálogo en la Academia Católica de Baviera", diario *La Nación*, Buenos Aires, sábado 4 de mayo de 2005.

¹⁰ Como destacan Alfredo E. Calcagno y Eric Calcagno en *Para entender la política* (Catálogos, Buenos Aires, 2004; pág. 218), Estados Unidos tiene una fuerte legislación contra las prácticas corruptas basada en la *Sherman Act* y su reacción frente al caso Enron fue endurecer aún más esa legislación.

tráfico ilegal de armas, cuyos giros se estiman en varias veces el producto bruto interno de muchas naciones.

Los componentes esenciales del derecho público –el imperium, la ley, la justicia distributiva– y los del derecho privado –la igualdad, el contrato, la justicia conmutativa– se manifiestan sin orden ni sentido, negados o ejercidos por actores impensados.¹¹ La superabundancia de normas de origen estatal, la mayoría de las cuales no se cumplen, como las declaraciones de derechos humanos, sociales, de protección del medio ambiente contenidos en nuestras Constituciones, son un equivalente de la ausencia de normas que caracteriza nuestro tiempo. Las únicas normas que tienen procedimientos de coerción ineludibles son las del mercado global. Sin embargo, en apariencia, los Estados siguen contando con sus poderes tradicionales de administración, legislación y jurisdicción, que continúan emitiendo actos, leyes y sentencias. La discordancia entre la apariencia y la realidad respecto de quienes deciden realmente sobre los aspectos más importantes de la vida política, económica y social del hombre, provoca una conciencia generalizada de decepción e impotencia y genera impulsos de segregación social y nacional. La competencia por atraer al mercado local a los actores globales no hace sino alimentar esas tendencias a la disolución.

Pero a un mismo tiempo se crean condiciones que favorecen, tal vez como nunca antes, los procesos de integración.

2. La integración como respuesta

La dimensión de la crisis como así el tamaño, poder, movilidad y presencia global de sus agentes hace impensable la posibilidad de superarla sin la formación de bloques regionales,¹² capaces de generar nuevos espacios de sentido personal y social y bajo cuya mediación sea posible participar en la redefinición de cada una de las sociedades humanas. Por ello el proceso de integración de naciones de una misma cultura en regiones o subcontinentes debe ser realista pero a un mismo tiempo planificado. En modo alguno serán suficientes, por importantes que sean, las motivaciones del comercio interno y externo del bloque. Por otra parte, es frecuente que intereses legítimos pero circunstanciales opongan obstáculos al proceso de integración cuando se lo concibe meramente como de carácter económico, los que se suman a la natural oposición de quienes se benefician con la subsistencia o la profundización de la desintegración. Por el contrario, la integración reclama de una *política cultural y educativa* que reconstruya la identidad y la historia común fragmentada, de una *política social* capaz de hacer retroceder la disgregación interna, de una *política industrial*, esencialmente preocupada porque los beneficios de los procesos de industrialización se distribuyan homogéneamente y de una *política internacional* que nos permita mayor poder de negociación en el mundo. Esas políticas en común permitirán proponernos un futuro, bajo la forma de un proyecto regional.

Desde este punto de vista, las relaciones MERCOSUR-ALCA para ser fructíferas requieren previa y simultáneamente la integración del Sur. De otro modo se constituirán en un nuevo

¹¹ Polo, Eduardo; *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*; Madrid, Civitas, 1960; pág. 32. La autonomía privada –señala el jurista español– no se puede traducir “en un poder normativo de la empresa que se impone unilateralmente frente a la parte más débil sin repugnar a la idea de que sólo el Estado puede crear normas de derecho objetivo”. Se puede consultar sobre este aspecto el excelente estudio de Ricardo Luis Lorenzetti en “Nuevos paradigmas del derecho privado”, en *Derechos y garantías en el siglo XXI*; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

¹² Midón, Mario A. R.; *Derecho de la Integración. Aspectos Institucionales del MERCOSUR*; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988; pág. 28.

escenario propicio para las manifestaciones de la globalización y, consecuentemente, para la expansión de la crisis.

Una breve mirada a nuestra identidad y a nuestra historia permitirá comenzar a recorrer el camino del sentido, por cuanto podemos pensar nuestro futuro tomando ejemplo de nuestro pasado. La América que habla castellano y portugués es una en su historia y en su cultura. Por eso su proceso es más una reunificación que una integración. La América prehispánica y preportuguesa, pese a carecer de una unidad política o jurídica, fue una unidad transcultural, reflejada en la filosofía, la teoría del conocimiento, el arte, la religión y el derecho. Ese cúmulo de elementos distintivos y a un mismo tiempo unitarios, se incorporaron a la primera unidad política de América, luego del choque con España y Portugal, que dio nacimiento a la historia universal. Esa América elaboró un derecho singular, fruto de la reacción de la escuela salamanquina frente a las crueldades de la conquista y del encuentro con los derechos indígenas, que fue nuestro primer *derecho común*.¹³ Su anticipación a muchas ideas jurídicas modernas sorprende aún hoy: el mundo como una comunidad de naciones iguales, la soberanía popular como fuente del poder (cuando el resto del mundo, inclusive América prehispánica, sostenía el origen divino del poder), las instituciones de democracia directa; el federalismo como respeto de la soberanía de las regiones en una nación integrada, la utopía indígena/indiana como búsqueda pero sobre todo como realización de una sociedad mejor,¹⁴ el derecho a acceder a la propiedad como proyecto de una comunidad de “todos propietarios”, entre otros muchos principios.

3. La reunificación como escenario de un nuevo derecho

La reunificación implica la creación paulatina de una nueva autoridad y de nuevo derecho, fundados en nuestra cultura, realidad e identidad e interactuando con el derecho de todas las culturas. Si bien la globalización ya tiene su lengua, su derecho –la *lex mercatoria*– sus tribunales y su sistema de coerción, la respuesta es posible. El nuevo Código Civil brasileño de 2002, que ha puesto al derecho suramericano a la cabeza de los sistemas jurídicos mundiales, es una suerte de reiteración del *Graeca non leguntur* (aunque esta vez profundamente democrático) con el que los juristas de la Universidad de Bologna en el siglo XII respondían a la pregunta de por qué no estudiaban el derecho griego además (o en lugar) del romano.¹⁵ Es decir, se trata de una decisión político-cultural relativa a la juridicidad, que afirma la decisión de seguir el camino original de nuestra América. Por otra parte, no caben dudas de que en muchos aspectos las soluciones de los derechos de nuestras naciones son superiores y que los tribunales privados son en muchos casos más caros y más ineficientes

¹³ Ots Capdequí, José María; *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*; Fac. de Derecho - UBA, Buenos Aires, 1943, tomo I; pág. 206; y Hernández Peñalosa, Guillermo; *El derecho en Indias y su metrópoli*; Bogotá, Temis, 1969; pág. 5.

¹⁴ Calcagno, Alfredo Eric y Calcagno, Eric; ob. cit.; pág. 245. Nuestra América desmintió el carácter irrealizable de algo que sin ser lo óptimo superaba en mucho la calidad de la organización social y económica media, desde los Pueblos Hospital de Vasco de Quiroga a las Comunidades Guaraníes de Roque González. Ello fue posible porque las culturas prehispánicas consideraban la utopía como un porvenir que se podía construir y no como especulación filosófica o política y también como un fruto de la reacción de Francisco de Vitoria al enterarse de la muerte de Atahualpa a manos de Francisco Pizarro.

¹⁵ Los juristas de Bologna sabían griego y contaban en sus claustros con traductores excelentes, que habían llevado al latín a filósofos y dramaturgos griegos, de modo que no fue la lengua lo que excluyó al derecho griego de sus fuentes, sino una decisión *político-cultural*: pese a la esclavitud, las ciudades griegas tenían un derecho razonablemente democrático, teóricamente fundado en la especulación en el *ágora*, en tanto que Bologna pretendía crear un derecho imperial, para el cual el *Corpus Iuris Civilis* era una magnífica fuente. Véase R. C. van Caenegem; *Pasado y futuro del Derecho Europeo. Dos milenios de unidad y diversidad*; Madrid, Thomson-Civitas, 2003; pág. 102.

que nuestros tribunales estatales, aún en la peor situación de su historia, como es la que presentan actualmente.

4. Nuevo derecho privado en el marco de las relaciones MERCOSUR-ALCA: principios generales para los contratos y tribunales regionales.

Las relaciones con el ALCA implican la negociación con la economía más poderosa de la tierra, que además procura, como espacio regional, organizar la globalización conforme a sus intereses. Ello es absolutamente legítimo. Pero del mismo modo es legítimo que los americanos del Sur pensemos en nuestra integración regional como un proceso susceptible de superar o mitigar algunos aspectos negativos de la globalización. En consecuencia, debemos pensar las relaciones MERCOSUR-ALCA, particularmente desde el punto de vista jurídico, en el marco y bajo las premisas de considerar nuestra propia integración previa como una respuesta a la crisis global.

En esa dirección, muchas tareas concretas son posibles y necesarias y en su desarrollo se podrán ver las consecuencias prácticas de encarar nuestra reunificación como reintegradora del sentido a nuestras sociedades.

La que proponemos constituye un desafío estimulante: dotar al mercado interregional de ley y de jurisdicción, dando a las empresas la estabilidad y seguridad jurídica que reclaman y librando una batalla, en un espacio concreto, contra la anomia de la globalización. Los Principios Generales para los Contratos (en adelante los *Principios*) que proponemos deberán, en ese sentido, armonizar la práctica comercial con la devolución de la dignidad de la persona humana al centro de la escena jurídica, facilitando y dotando de equidad al intercambio de bienes y servicios. La incorporación de la responsabilidad social empresaria con las personas, el medio ambiente y la ética como obligación contractual contribuirá a sanear los mercados, como se reclama desde el foro de Davos. Esto es, precisamente, lo que reúne la tarea de legislar con el propósito de reconstruir espacios de sentido: nuevas normas, que atiendan a los problemas más agudos de la materia que legislan y, que se funden en el consenso de los actores, atendiendo con equidad la problemática de cada uno. Es necesario, además, que posean la suficiente autoridad, por el prestigio de las instituciones que han contribuido a su elaboración, y el poder adecuado por el respaldo que le brinden los Estados y los actores del mercado. En este último caso no sólo se debe atender a los grandes actores, cuyo peso es indudable, sino también a los medianos y pequeños, que son quienes realmente distribuyen trabajo, riqueza y conocimientos.

En tal sentido es posible, desde el ámbito de las universidades y en concurso con los actores del mercado, diseñar unos *Principios*, que siguiendo las huellas del *Contract Code* de Harvey Mac Gregor,¹⁶ sean aplicables a las relaciones entre ambos subcontinentes, compatibles con el *common law* y el derecho codificado. La sabiduría de los jueces del *common law* ha sido condensada en dicho Código, del mismo modo que la sabiduría de los juristas y profesores continentales se ha reunido en los *Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional* (en adelante UNIDROIT).¹⁷ Ambos dos conjuntos componen un respetable

¹⁶ McGregor, Harvey; *Contract Code*; Barcelona, J.M Bosch, 1996. Este verdadero Código Contractual surgió de una iniciativa de la *Law Comisión* británica y parcialmente de la *Law Comisión* escocesa y recibió un fuerte y decidido apoyo de la Academia de Iusprivatistas europeos, con sede en Pavia ni bien Mac Gregor lo presentó en 1990, en un encuentro precisamente destinado a analizar un futuro Código Europeo de los Contratos. Es que en su desarrollo el jurista escocés no sólo *codificó* los principios generales de los contratos del *common law*, extraídos de innumerables sentencias, sino también desarrolló un considerable esfuerzo por aproximarse al derecho civil codificado del resto de las naciones europeas.

¹⁷ *Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*; Pamplona, Aranzadi, 1999.

cuerpo de normas, con suficiente autoridad académica y en el mercado, lo que ahorrará muchas discusiones. Como fuentes del derecho latinoamericano, independientemente de la alta calidad y diversidad de nuestra doctrina jurídica y de la similitud y concordancia general de todos nuestros Códigos Civiles, seguiremos principalmente los Códigos brasileño y peruano. Ambos constituyen una síntesis suficientemente expresiva del derecho de nuestra América, además de la calidad jurídica del peruano y del carácter de vanguardia en el proceso mundial de sistematización del derecho que inviste el brasileño.

En cuanto a su alcance, los *Principios* deberán regular las materias de carácter general, aplicables a todos los contratos de cualquier naturaleza que se celebren. De inmediato podrá desarrollarse también una regulación de diversos *tipos* de contratos, con normas específicas de aplicación supletoria o principal a las transacciones más características. Pero ello deberá ser sólo consecuencia de haberse logrado el consenso académico y de mercado suficiente para la primera parte.

Las materias que deberían incluir los *Principios* son las que nuestros Códigos han regulado parcialmente en el derecho de las obligaciones (modalidades, transmisión, cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones) y en los principios generales de los contratos. Y coinciden en general con las que incluyen tanto el *Contract Code* como UNIDROIT: concepto de contrato, formación (oferta, aceptación, rechazo, negociación) y vicios del consentimiento, forma, pluralidad de partes, sometimiento a la ética, condiciones incluidas, responsabilidades de las partes, naturaleza de las convenciones que se pueden incluir en los contratos, clases de contratos, equivalencia de las obligaciones recíprocas en los contratos conmutativos, interpretación e integración, transmisión a terceros de los derechos nacidos de los contratos, ejecución, imposibilidad de cumplimiento (frustración), incumplimiento, ejecución forzada, reparación de daños y solución de divergencias.

Entre estas materias, cinco son de particular importancia a los fines señalados en el presente trabajo: el concepto de contrato, la subordinación del contrato a la ética desde su nacimiento hasta su completa ejecución o su frustración, la responsabilidad de las partes, la equivalencia de las obligaciones recíprocas en los contratos de intercambio y la interpretación e integración de los contratos. Todas ellas implican establecer derechos y responsabilidades que, desde distintos ángulos, garantizan devolver la dignidad del hombre al centro de la escena jurídica y fortalecer la equidad y el éxito de las transacciones. Por otra parte, no son un obstáculo para el desenvolvimiento del mercado. Afectan, en cambio, aquello que todos condenan: el abuso de la posición dominante, la imposición ilegítima de la voluntad al contratante débil, el abuso del derecho, la negativa a asumir las responsabilidades que competen a cada uno. En los párrafos siguientes las analizamos con detalle, incluyendo algunas propuestas específicas.

4.a. El concepto de contrato

El *concepto de contrato* tiene como cuestión principal la discusión acerca del origen de su fuerza vinculante: la voluntad de las partes que lo celebran o la ley. El fundamento moral de la obligación es el respeto a la palabra empeñada. Pero es la ley la que confiere a la palabra empeñada obligatoriedad jurídica. Y lo hace en determinadas condiciones y mientras subsistan las circunstancias que integraron el acuerdo.¹⁸ Los aspectos más crudamente negativos de la globalización, como hemos visto, derivan precisamente de la negativa a

¹⁸ Rezzónico, Juan Carlos; *Principios fundamentales de los contratos*; Buenos Aires, Astrea, 1999; pág.163. Los autores citados por Rezzónico alegan, en general, que el derecho se limita a reconocer una facultad emergente de la libertad económica.

aceptar la ley de los Estados, mediante el ejercicio de la coerción a través de la dinámica del *arribo-partida* de los actores globales a los *países-mercado*. En consecuencia, no se puede dudar hoy que se debe consagrar que esa capacidad de la *autonomía de la voluntad* es tal sólo en cuanto ha sido conferida por el derecho y se ejercite dentro de los límites que el propio derecho le señale.

El *Contract Code* ha seguido ese camino. En su art. 1 establece que “Contrato es el acuerdo entre dos o más personas *al que el derecho reconoce* el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones”. La fuerza obligatoria de los contratos se basa, entonces, para el *Contract Code* en dos elementos imprescindibles: que exista un *acuerdo* y que el derecho le reconozca la capacidad jurígena. De la Puente y Lavalle concluye la tarea de poner a la *autonomía* en su lugar: “la autonomía privada debe ser rectamente entendida como el poder atribuido o delegado por la ley a los particulares, de crear derechos”.¹⁹

Para que exista el *acuerdo* que exige el *Contract Code* son necesarios dos requisitos adicionales: que todas las partes estén en condiciones de *libertad contractual* y tengan una *capacidad de negociación equivalente*. El *Contract Code* ha reunido ambos requisitos, que el derecho latinoamericano reconoce diferenciados, mediante la institución de la *coacción económica*, autorizando la revisión o corrección del contrato cuando uno de los contratantes se encuentre en inferioridad económica y el otro se aproveche de ella para imponer condiciones injustas.²⁰

Por último, es interesante señalar que, como veremos enseguida, numerosos actores del mercado han adoptado Códigos de Conducta, o sea se han comprometido ante las comunidades y naciones en las que actúan a cumplir determinadas pautas de conducta. Una de ellas es la de no abusar de la posición dominante que eventualmente tengan en uno o más mercados. Una de las formas más características de ese abuso es precisamente la imposición de contratos de adhesión o cláusulas en las que han impuesto su mayor capacidad de negociación.

En consecuencia, se puede proponer como concepto del contrato para los *Principios* el siguiente: *Habrá contrato cuando dos o más personas con semejante capacidad de negociación, manifiesten su consentimiento para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones y para la regulación del modo en que cumplirán las obligaciones asumidas.*

4.b. La subordinación del contrato a la ética

La segunda materia es la subordinación del contrato y, por lo tanto, de la economía, a la ética. Nuevamente los aspectos más críticos de la globalización, precisamente los que han socavado más fuertemente el sentido de la sociedad humana, se han expresado en el desconocimiento de toda norma, dejando una lección inolvidable: no hay actividad humana que esté más allá del juicio ético. La legitimidad de la actividad económica caduca cuando afecta las condiciones básicas de la vida humana, cuando compromete la libertad, la igualdad o la dignidad del hombre. Simultáneamente, sólo se puede actuar y pensar en economía de un modo éticamente responsable, teniendo en cuenta la naturaleza de los procesos económicos. A ello cabe agregar que los propios grandes actores de la sociedad global de

¹⁹ De la Puente y Lavalle, Manuel; “¿Por qué se contrata?”, en *Contrato y mercado*; Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

²⁰ McGregor, Harvey; *Contract Code*; ob. cit.; pág. 186.

mercado, están reclamando el cumplimiento de normas éticas y comprometiéndose a seguirlas en sus contratos, seguramente conscientes de la gravedad de la crisis.²¹

El Código Civil peruano establece en su art. 1355 que *la ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos*. El art. 421 del Código Civil brasileño dice, por su parte, que *la libertad de contratación deberá ser ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato*, en tanto que el art. 422 impone a los contratantes *la obligación de guardar desde la celebración hasta la conclusión del contrato, los principios de probidad y buena fe*.

UNIDROIT en su art. 1.7 impone a los contratantes el deber de buena fe y lealtad negocial con carácter irrenunciable.

El *Contract Code*, por su parte, remite en diversos artículos a las limitaciones emergentes de la ley o impuestas por la lealtad y la buena fe con que deben obrar las partes (arts. 104 inc. C, 108, 201 inc. 1, 522, etc.).²² Este es probablemente, junto con la introducción de la doctrina de la *coacción económica*, que ya hemos mencionado, los avances más revolucionarios del *Contract Code*

Proponemos, en consecuencia, para los *Principios* la siguiente norma: *Los contratos se deberán negociar, celebrar y ejecutar conforme a los principios de buena fe y probidad. Se considerarán incluidas en el contrato y como de cumplimiento obligatorio por la parte o partes que las han emitido, las declaraciones unilaterales de sus Códigos de Conducta o Ética, sus Declaraciones de Misión o Visión, sus conductas certificadas por terceros en materia de calidad, seguridad y salud en el trabajo, protección del medio ambiente y cualquier otro compromiso de cualquier naturaleza hecho público. La ley por consideraciones de interés, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. La libertad de contratación deberá ser ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato.*

4.c. La equivalencia de las obligaciones recíprocas

La siguiente cláusula de los *Principios* se debe referir a la necesaria *equivalencia de las obligaciones recíprocas* asumidas por las partes en los contratos conmutativos o de intercambio. La equivalencia es un componente esencial del contrato, la razón y el sentido en virtud del cual las partes han contratado. Es asimismo el objeto por el que la ley y la moral han otorgado al consentimiento recíproco la capacidad de generar obligaciones para las partes. La igualdad que la ley ha presumido para otorgar autonomía a la voluntad de las partes, se verifica en la vida real cuando el fruto de esa autonomía es equivalente.²³ Si la

²¹ En ese sentido se debe destacar el compromiso asumido en el foro de Davos de 2003 por diecinueve grandes empresas a establecer y cumplir Códigos de Conducta, básicamente en aplicación de principios éticos. Esta preocupación es reciente. Cuando Klaus Schwab presentó su “modelo de empresa” –que incluía claros principios morales– en el foro de Davos de 1971 fue ridiculizado. Otro tanto ocurrió cuando insistió en 1973 con un “Código de comportamiento ético”. Un hito que merece recordarse, por su carácter intercultural es el “Código de Ética para los negocios internacionales por Cristianos, Musulmanes y Judíos”, presentado en Windsor en 1988. Una reseña completa de todos los esfuerzos en ese sentido y de su alcance se puede ver en la obra de Hans Küng, *Una ética mundial para la economía y la política*, Trotta, Madrid, 1999.

²² La numeración de los artículos del *Contract Code* es por centenas en cada una de sus divisiones y partes.

²³ Ghersi, Carlos Alberto; *Contratos civiles y comerciales*; Astrea, Buenos Aires, 2002, tomo I; pág. 335; Ghestin, Jacques y Billiau, Marc; *El precio en los contratos de larga duración*; Buenos Aires, Ed. Zavalia, 1994; pág. 9. Ghestin y Billiau señalan que “aquello que caracteriza el precio en un contrato es el hecho de ser la contraprestación convenida en cambio de un bien o de una prestación de servicios. En principio en los cambios cada una de las partes debe recibir el equivalente de la cosa que entrega”.

presunción se ha mostrado luego incorrecta, la ley debe intervenir, impulsando a las partes a establecer la equivalencia y, en su defecto, autorizando a los jueces a hacerlo. Lo mismo debe ocurrir cuando el equilibrio querido y establecido por las partes es quebrado por acontecimientos externos, que las partes no pudieron o no debieron tener en cuenta al momento de celebrar el contrato.

Como establece el art. 1441 del Código Civil chileno, el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como *equivalente* a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.... Es decir que “el beneficio que cada parte persigue se mira como equivalente al gravamen que soporta; las partes están en situación de apreciar de inmediato la ventaja o pérdida que el contrato les acarrea”.²⁴

El contrato requiere de un “esquema económico de equivalencia”, como señala Ghersi, lo que permite afirmar que “sin duda el desequilibrio de las prestaciones como “desequilibrio económico” vulnera el derecho como orden justo”.²⁵

El Código Civil brasileño ha establecido un conjunto de normas excelentes en esta materia. La primera de ellas, aplicable a todos los contratos, es la de su art. 317 y dice que cuando por motivos imprevistos sobreviniere una desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el previsto originalmente, podrá el juez corregirlo de modo que asegure el valor real de la prestación. La segunda, incluida en el art. 478, agrega –en idéntico sentido que el art. 1198 del Código Civil argentino– que en los contratos de ejecución continuada, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la resolución del contrato. La otra parte –agrega el art. 479– podrá impedirla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

El *Contract Code* ha previsto la frustración del contrato en virtud de una alteración significativa de las circunstancias. El artículo 591 establece que “El contrato se frustra si, una vez celebrado...se ha producido un cambio radical de las circunstancias. En este caso, los contratantes quedan liberados de cumplir desde el momento de la frustración y tienen derecho a la restitución y al reembolso de gastos”. El art. 595 establece que “se entiende que las circunstancias han cambiado radicalmente cuando la prestación de cumplimiento de una parte a la otra es injusta, teniendo en cuenta si una parte ha hecho una propuesta razonable de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, así como la respuesta de la otra”.

UNIDROIT ha recogido la teoría de modo completo y detallado, en la Sección 2, Excesiva Onerosidad del Capítulo 6, Cumplimiento, arts 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3.

Siguiendo esos criterios y normas se propone la siguiente cláusula para los *Principios*: *Cuando por motivos imprevistos para alguna de las partes se produzca un desequilibrio entre las obligaciones recíprocas, las partes deberán restablecer el equilibrio. En caso en que la beneficiada por el desequilibrio se negase a hacerlo, la afectada podrá recurrir al árbitro permanente o al Tribunal de Apelación,²⁶ a su elección, para solicitar que el equilibrio se restablezca. La solicitud de renegociación o el recurso al árbitro o al Tribunal, no autorizarán por sí mismas a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones salvo que la parte beneficiada omitiese alguno de los actos necesarios para restablecer de mutuo acuerdo dicho equilibrio u obstaculizase el pronunciamiento del árbitro o del Tribunal. En todos los casos el acuerdo de las partes o la decisión del árbitro o del Tribunal debe ser*

²⁴ Meza Barros, Ramón; *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*; Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002, tomo I; pág. 14.

²⁵ Ghersi, Carlos Alberto; *Contratos civiles y comerciales*; ob cit., tomo I; pág. 337.

²⁶ El *árbitro permanente* y el *Tribunal de Apelación* son los órganos jurisdiccionales de aplicación de los *Principios*, que proponemos sintéticamente en el último párrafo de este trabajo.

anterior a la finalización del contrato y su demora autorizará también a suspender el cumplimiento, salvo que la beneficiada diere fianza suficiente a satisfacción de la perjudicada por el desequilibrio. Los hechos o actos que han causado el desequilibrio deben: a) ser posteriores o conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) razonablemente imprevistos; c) escapar al control de la parte en desventaja; y d) no estar dentro de los riesgos asumidos por la parte en desventaja.

4.d. La responsabilidad de las partes

Tanto como es necesario proteger a las partes de la desigualdad, porque la ley no ha querido autorizar el abuso de una posición dominante, también es necesario protegerlas de la falta de responsabilidad, esto es, del incumplimiento o del cumplimiento tardío sin causa justificante. La *responsabilidad* es ante todo una noción moral, que vincula la libertad, el discernimiento y las consecuencias de los actos o las omisiones de los hombres respecto de los demás hombres, de la sociedad y de la naturaleza.²⁷ Implica la asunción o la atribución de los efectos de tales actos u omisiones a quienes los han ejecutado con discernimiento y libertad. Por ello es también una cualidad dignificante y enaltecedora del ser humano.²⁸ La afirmación de ser *responsable* antes que la de ser *libre* señala, sin lugar a dudas, una de los modos más plenos de asumir la cualidad humana, por cuanto la responsabilidad presupone la libertad y su ejercicio en solidaridad, la virtud social por excelencia. La asunción de la responsabilidad personal, familiar y social es uno de los caminos más efectivos de contribución de cada persona para enderezar el errado desplazamiento de los asuntos humanos en este turbulento comienzo del tercer milenio.

Desde el punto de vista jurídico, la idea de *responsabilidad* está asociada estrechamente a la de *obligación* y desde su origen significa hacerse cargo de lo que uno debe (un bien material o inmaterial, una acción, una omisión, etc.) a otro u otros en virtud de algo que se ha hecho o se ha debido hacer, de algo que se posee o se emplea, o de algo que depende o está a cargo de la persona responsable. Este fenómeno, que constituye el cimiento de la moral y del orden jurídico, puede ser visto también, como señala Rezzónico,²⁹ “como la solidaridad de la persona humana con sus actos, condición previa de toda obligación”.

El incumplimiento de la obligación o irresponsabilidad debería siempre originar una *sanción*, de carácter moral, social o jurídico, aunque lamentablemente es cada vez más frecuente que ello no ocurra, provocando una sensación generalizada de impunidad.. Como se advierte, también las ideas de *causa justa*, *alteridad* y *sanción* están unidas indisolublemente a la de responsabilidad. La responsabilidad se funda, en consecuencia, en la existencia de una causa justa que le da nacimiento, y origina, a su vez, una obligación establecida o reconocida por la ley, se proyecta en la necesaria existencia del otro a quien se debe e incluye una sanción (generalmente la ejecución forzada) si se incumple sin justa causa.³⁰

²⁷ Rezzónico, Juan Carlos; *Principios fundamentales de los contratos*; ob cit.; pág. 173. Recuerda Rezzónico que “hay una necesaria relación entre libertad y responsabilidad...en la base del concepto de responsabilidad está la idea de libertad”.

²⁸ Juan Pablo II, “Redemptoris missio”, 8c; “Veritatis splendor” 38b y 76 a 80; “Evangelium vitae” 8e, *Encíclicas de Juan Pablo II*, Edibesa, Madrid, 1998, ps. 711, 985 y 1169.

²⁹ Rezzónico, Juan Carlos; *Principios fundamentales de los contratos*; ob cit.; pág. 179.

³⁰ “La obligación sería ineficaz si el incumplimiento del deudor no comprometiera su responsabilidad de modo que pudiera procederse a la ejecución forzosa de la obligación”, enseña José Luis Aguilar Gorrondona en *Contratos y Garantías*; Caracas, Universidad Andrés Bello, 2000, Derecho Civil IV; pág. 1.

No se puede concebir un sistema u orden jurídico sin la idea de responsabilidad, al punto que sin ella ningún ordenamiento se podría definir como fundado en la libertad. La libertad no existe sin responsabilidad y, por lo tanto, sin norma justa y prudente.

La responsabilidad contractual es una subespecie de la responsabilidad jurídica, especie del género responsabilidad moral. Vincula las obligaciones asumidas por cada una de las partes en un intercambio legítimo y justo consagrado en un contrato, con los efectos y las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento. La idea de responsabilidad está estrechamente ligada a la de culpa, aunque no se la puede confundir con ella. La responsabilidad es de carácter objetivo o social y deriva de la pertenencia del hombre, de cada hombre real y concreto, a una familia, a una comunidad, a una sociedad, a una nación, a un Estado, a un sistema regional y universal de Estados. Deriva de normas morales, religiosas, sociales o jurídicas, preexistentes al acto u omisión que la origina. La culpa es un concepto subjetivo, en el que la atribución a una persona de los efectos de un acto u omisión, depende de que tales efectos se hayan producido por no haberse puesto la debida diligencia o, lo que es lo mismo, se haya obrado con negligencia, defecto o error³¹ en la conducta seguida u omitida por la persona eventualmente culpable.

Existe culpa sin responsabilidad cuando el acto es inocuo, y existe responsabilidad sin culpa cuando se debe responder por las consecuencias de un acto u omisión, aun habiéndose cumplido todas las diligencias debidas.

En materia específicamente contractual el incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones asumidas genera responsabilidad, y hacen nacer una nueva obligación, la de colocar a la otra parte a cubierto de todos los daños que el incumplimiento le ha provocado. Para liberarse de esa obligación será inútil invocar la inexistencia de culpa o de mala fe por parte del que ha incumplido. En cambio, se podrán alegar eximentes de la responsabilidad, como la fuerza mayor, el incumplimiento previo de la otra parte, etcétera.

Todos nuestros Códigos Civiles establecen la responsabilidad por el incumplimiento y la obligación de reparar los daños producidos y el beneficio perdido por la otra parte. En el mismo sentido legislan el *Contract Code*, en su art. 307 y UNIDROIT en su art. 7.2.3.

En consecuencia, se propone para los *Principios* la siguiente cláusula: *Las partes serán responsables del cumplimiento de las obligaciones asumidas en contratos celebrados conforme a estos Principios. La parte que incumpliese deberá dejar indemne a la parte cumplidora de los daños directos o inmediatos que le hubiere causado su incumplimiento y de la ganancia asimismo directa dejada de percibir.*

4.e. Interpretación e integración

Todo acto de intercambio de bienes y/o servicios entre dos o más personas implica una transacción. Su expresión es, necesariamente, un contrato, al punto que no hay transacción

³¹ El Título Preliminar del Código Civil de Chile, en su art. 44, contiene un verdadero tratado acerca de la culpa, magníficamente escrito por Andrés Bello: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata* es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. *Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*. El que debe administrar un negocio como *un buen padre de familia* es responsable de esta especie de culpa. *Culpa o descuido levísimo* es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la *suma diligencia o cuidado...*".

sin contrato. El contrato está constituido por las reglas establecidas de común acuerdo por las partes, integradas, completadas o corregidas por un conjunto de disposiciones contenidas en normas morales o éticas, leyes nacionales, convenios y códigos internacionales, usos y costumbres, leyes técnicas y científicas, etcétera. También integran el contrato las condiciones o circunstancias de la naturaleza, físicas, sociales, políticas y económicas, en cuyo marco las partes lo celebraron.

El lenguaje escrito es imprescindible para los contratos cuando existe cierta complejidad en la transacción o negocio y cuando no es instantáneo. Como enseña Rezzónico,³² “el lenguaje comporta un medio de comunicación del pensamiento que hace concretamente posible la actuación del derecho”. No hay duda de sus ventajas respecto del lenguaje hablado. Sin embargo, aun escrito, el lenguaje es sólo un conjunto de símbolos y su utilización implica una traducción de la transacción o negocio en palabras, que seguramente no reflejarán con exactitud todas las facetas o aspectos que las partes han establecido como aquellos intereses complementarios que han compuesto o integrado en la transacción.

Es improbable que las partes hayan previsto todos los aspectos de la transacción, como asimismo las diferentes alternativas que se presentarán durante su ejecución. Mucho menos que hayan considerado el conjunto de normas técnicas, científicas y legales, como así la totalidad de las circunstancias que constituyen el entorno o ambiente del contrato y lo integran. También es posible que haya palabras, frases o cláusulas, entre las empleadas para poner por escrito la transacción, que no sean suficientemente claras o que se hayan omitido pasos que según la lógica, la técnica o la ciencia son necesarios.

Cuando ello ocurre, puede que las partes coincidan de inmediato en cuál era la transacción o negocio que acordaron desarrollar en común. O en los cambios que se deben introducir al variar las circunstancias o condiciones tenidas en cuenta para que el contrato siga siendo el mismo que fue originalmente acordado. O en el sentido de las palabras empleadas para *escribirlo* o en cuáles los pasos o actividades omitidas. O bien puede que tengan opiniones contrapuestas o simplemente diferentes.

En este último caso, es necesario recurrir a una actividad subyugante, como la califica Arias-Schreiber Pezet,³³ compleja y vital en la vida de los negocios y, por ende, de los contratos: su interpretación e integración. *Interpretar* significa poner claro algo que está oscuro o decidir cuál es el sentido de algo al que se le pueden atribuir al menos dos significados diferentes. O buscar y encontrar el auténtico significado de una declaración de voluntad. Interpretar, en fin, es la dicción del pasado en el presente.³⁴ Como señala Ratzinger, refiriéndose a cuestiones de mucho mayor trascendencia que la interpretación de los contratos, la escritura no se debe convertir “en barrera frente al contenido” porque “entonces se vuelve un antiarte, que no hace al hombre más sabio, sino que lo extravía en una sabiduría falsa y enferma”. Y agrega: “el hombre no está aprisionado en el cuarto de espejos de las interpretaciones; puede y debe buscar acceso a lo real, que está tras las palabras y se le muestra en las palabras y a través de ellas”.³⁵ “Si hay algo que interpretar –señala por su parte Umberto Eco– la interpretación

³² Rezzónico, Juan Carlos; *Principios fundamentales de los contratos*; ob. cit.; pág. 134. Agrega Rezzónico que “la palabra es el instrumento para el entendimiento, sin excluir que, según los estadios de la civilización y los núcleos culturales, otros medios hayan reemplazado o lleguen a sustituir a las palabras o se acumulen a éstas”.

³³ Arias-Schreiber Pezet, Max; *Exégesis del Código civil peruano de 1984*; Lima, Gaceta Jurídica, 2000, tomo I; pág. 81, señala que la interpretación del contrato es “uno de los aspectos subyugantes y más controvertidos de la contratación”.

³⁴ “Todo lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten” dice Jorge Luis Borges en *El Aleph*; Buenos Aires, Emecé, 2000; pág. 259.

³⁵ Cardenal Joseph Ratzinger, *Fe, verdad y cultura. Reflexiones a propósito de la Encíclica Fides et Ratio*, conferencia dada en Madrid el 16 de febrero de 2000.

tiene que hablar de algo que debe encontrarse en algún sitio y que de algún modo debe respetarse”.³⁶

Integrar significa hacer completa o entera una cosa, reunir todas las partes que forman un todo. “La integración significa ausencia...existencia de una laguna en el contrato que hay que colmar” dice Clavero Ternero³⁷ y la califica como “una reconstrucción objetiva de la relación contractual”. La integración se produce al momento de la celebración del contrato y así lo establecen expresamente varios de nuestros Códigos Civiles. La segunda parte del art. 1796 del Código Civil mexicano dice que los contratos “obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino *también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley*”. El art. 1160 del Código Civil de Venezuela consagra una norma semejante, pero reemplaza “*buena fe*” por “*equidad*”, lo que integra al contrato el equilibrio de las obligaciones recíprocas establecido por las partes. En rigor deberían estar presentes ambas, la equidad y la buena fe, porque son herramientas centrales de la integración de los contratos, tal como lo establece el Código Civil del Uruguay, en la segunda parte de su art. 1291. Los Códigos Civiles de Chile y de Ecuador tienen una norma aún más explícita: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por tanto obligan no sólo a lo que ellos expresan *sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley y la costumbre, pertenecen a ella*” (arts. 1589 y 1546 respectivamente).

El Código Civil brasileño tiene una norma semejante en el art. 422, conforme a la cual los contratantes están obligados a guardar tanto en la celebración cuanto en la ejecución del contrato los principios de *probidad* y *buena fe*. Pero, además, ha incluido en sus artículos 421 y 2035, párrafo único, el principio de la *función social del contrato*, de enorme importancia para toda la legislación contractual. En el art. 421 establece: “La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la *función social del contrato*”. En el art. 2035, párrafo único, señala que “Ninguna convención prevalecerá si contraría preceptos de orden público, tales como los establecidos por este Código para asegurar la *función social* de la propiedad y de los contratos”. De este modo, la autonomía de la voluntad, a la que ley le ha conferido la potestad de obligarse mediante los contratos, queda integrada explícitamente, con el sentido o carácter por el cual la ley le ha conferido dicha potestad a la voluntad: su función social. Dicha *integración* es, en consecuencia, en la legislación civil brasileña, plena desde el momento mismo de la celebración del contrato y constituye un criterio fundamental para la interpretación e integración del contrato.

El *Contract Code* ha resumido los principios del *common law* en materia de integración, en su art. 104: “las previsiones del contrato no son exhaustivas y podrán ser implícitas: a) cuando a la luz de las circunstancias que le rodean, incluso los principios generales y cualquier proceso de relación entre las partes, tal previsión debe tenerse por querida por las partes; b) cuando sea necesario para permitir al contrato una razonable eficacia; c) cuando lo exija la ley aplicable, la costumbre mercantil o el uso local”.

La integración siempre presupone la determinación de la naturaleza del contrato, su calificación jurídica, pues de esta depende la aplicación de unas u otras normas supletorias.

En consecuencia, proponemos para los *Principios* una norma que establezca: *Los contratos se considerarán integrados por las normas, condiciones y circunstancias existentes al momento de su celebración, conforme la buena fe y el conocimiento que ambas partes han tenido o debido tener acerca de ellas. Cuando fuere necesaria la interpretación de un contrato se atenderá a la búsqueda de la verdad, esto es, al sentido o significado de lo*

³⁶ Eco, Umberto; *Interpretación y sobreinterpretación*; Madrid, Cambridge University Press, 1997.

³⁷ Clavero Ternero, Manuel; *Principios de UNIDROIT*; ob. cit.; pág. 242.

pactado por las partes; a la realización de la justicia a través del cumplimiento de las finalidades que la ley y la moral persiguen al otorgarle a la voluntad autonomía y a la plenitud de la buena fe en la celebración y cumplimiento del contrato.

4.f. Arbitro permanente y Tribunal de Apelación para la solución de divergencias

El complejo y dinámico conjunto de *promesas, normas, hechos, conductas y percepciones* que forman un contrato producirá muchas veces divergencias durante su ejecución. El *tiempo*, los *riesgos* y los *cambios* en las circunstancias intervendrán, por otra parte, el contrato, sin que nadie pueda reclamar contra ese *intervencionismo* que alterará la ecuación que ambas partes se propusieron al contratar y que será necesario restaurar.

En consecuencia, una condición imprescindible de un sistema contractual como el que se propone establecer a partir de los *Principios* es contar con un procedimiento eficaz para resolverlas.

La existencia de dicho procedimiento debe estar precedido por la instancia a las propias partes, alentándolas a reconstruir el mutuo acuerdo originario que la divergencia ha quebrado. A esos fines los *Principios* deben incluir una cláusula por la que a solicitud de cualquiera de las partes se deben reunir representantes de ambas –en lo posible que no hayan intervenido en el proceso que originó la divergencia–, reunir los documentos, normas contractuales o de los *Principios* y normas técnicas o científicas en que se apoyarán para sostener su criterio respecto de la divergencia, los que se suministrarán a la otra parte e impedirán en lo sucesivo la invocación de otros documentos. Luego, estos representantes negociarán durante un período breve, congruente con la duración del contrato, intentando llegar a un acuerdo.

Con independencia de esa instancia previa, se propone que el acuerdo MERCOSUR-ALCA cuente y ponga a disposición de las partes un cuerpo de árbitros, dentro del cual las partes elegirán –y en caso de desacuerdo designará el Tribunal–, que seguirán la vida del contrato desde su celebración hasta su conclusión y ayudarán a las partes en la solución de las divergencias, contemporáneamente con su manifestación y en su caso, laudarán de ellas. Dicho laudo, en determinadas condiciones será recurrible ante el Tribunal de Apelación. La interrelación con las partes y el conocimiento adecuado del contrato y de las circunstancias de su ejecución, permitirán al árbitro permanente ser un eficaz custodio de la preservación del mutuo acuerdo y de la equidad hasta el cumplimiento de las obligaciones de ambos contratantes.

Como última instancia, el acuerdo constituirá un Tribunal de Apelación, integrado por jueces de las naciones firmantes del acuerdo, que darán solución definitiva e inapelable a las controversias, mediante un procedimiento breve, asistidos por el árbitro permanente. El procedimiento preverá un período de pruebas, el alegato de ambas partes y la emisión del laudo en un plazo total de noventa días.■