

# LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS: NATURALEZA, FINES Y PROYECCIONES

RODRIGO MOMBERG\*

## Resumen

En este trabajo se analizan la naturaleza y fines de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), el más reciente instrumento internacional de derecho contractual a nivel regional, planteando que, además de los fines que usualmente se asignan a los instrumentos de derecho uniforme o armonizado, los Principios pueden cumplir las funciones de incentivar el estudio del derecho comparado en Latinoamérica, hacer visible el derecho de contratos latinoamericano en el contexto del estudio derecho comparado, e impulsar la reforma del derecho de contratos en Latinoamérica. El trabajo incluye también una descripción del contexto e historia de los PLDC.

**Palabras clave:** *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos – derecho uniforme – derecho armonizado – derecho privado latinoamericano*

## 1. INTRODUCCIÓN

La armonización del derecho contractual es un proceso que ya cuenta con varias décadas, y que no debiese ser una novedad para quienes se dedican al estudio del derecho privado. Diversos instrumentos de derecho contractual internacional, tanto armonizado como uniforme, son hoy en día cita obligada en las obras que pretenden entregar una visión contemporánea del derecho de contratos. Así, en orden cronológico, y sin ser exhaustivo, se puede citar a la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PICC), a los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) y al Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR). Se trata, por cierto, de instrumentos de diversa naturaleza y ámbito de aplicación, pero que coinciden en su pretensión de constituir un cuerpo de reglas armonizadas de derecho contractual.

La más reciente iniciativa en la materia son los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), cuyo texto final ha sido recientemente aprobado

---

\* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (rodrigo.momberg@pucv.cl). Esta es una versión revisada y extendida de la ponencia presentada en la Universidad Adolfo Ibáñez el 04 de septiembre de 2017. Artículo recibido el 28 de noviembre de 2017, aceptado para su publicación el 5 de enero de 2018.

por los académicos a cargo de su redacción. El presente trabajo tiene por objeto hacerse cargo de una cuestión que ha surgido en diversos foros donde los PLDC se han presentado, respecto del sentido que tendría redactar un nuevo instrumento de derecho contractual armonizado, cuando ya existen otros instrumentos que podrían cumplir el mismo objeto. Este análisis implica plantear cuáles serían los fines de los PLDC, cuestión que se aborda en este trabajo. Para estos efectos, primero se examina el contexto y la gestación de los PLDC (2), para luego examinar el propósito que pretenden cumplir (3) y su naturaleza (4). Por último, se exponen las funciones que, según el autor, los Principios podrían cumplir en la práctica.

## 2. LOS PLDC. CONTEXTO E HISTORIA

### 2.1 Contexto. El derecho de contratos en Latinoamérica.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos son sin duda parte del denominado Derecho Civil o Continental.<sup>1</sup> En su ya clásica obra, Zweigert y Kötz incluyen a los sistemas latinoamericanos dentro de la familia legal Romanista, que comprende a aquellos sistemas que siguen al derecho francés –y en particular, al *Code Civil*– como fuente de inspiración.<sup>2</sup> Asimismo, para David, el derecho latinoamericano pertenece a la familia Romano-Germánica, en particular, a aquellos ordenamientos de influencia francesa.<sup>3</sup> Sin perjuicio de ello, la doctrina más moderna ha comenzado a reconocer la originalidad del derecho latinoamericano, el cual constituiría un sistema propio dentro la tradición o familia del Derecho Civil.<sup>4</sup>

Sin negar la importante influencia que el *Code Civil* y el derecho francés han ejercido en el derecho latinoamericano, lo cierto es que su desarrollo ha sido siempre una combinación entre múltiples fuentes extranjeras y domésticas, lo que ha llevado a la configuración de un sistema jurídico con características propias.<sup>5</sup> Esta mixtura ha sido descrita como la “naturaleza policéntrica” del derecho latinoamericano, en el sentido que la cultura jurídica latinoamericana ha sido conformada por una multiplicidad de fuentes y por la circulación de ideas entre los países de la región.<sup>6</sup>

Ahora bien, no obstante se acepte la existencia de un sistema jurídico latinoamericano, al menos en lo que se refiere al derecho privado, no ha existido un

1 Hay excepciones que confirman la regla. Así, Puerto Rico y Guyana pueden considerarse sistemas legales mixtos, esto es, con características e instituciones tanto de Derecho Civil como de *common law*. Al efecto, véase DU PLESSIS (2006).

2 ZWEIFERT y KÖTZ (1998), p. 113-115.

3 DAVID (1950).

4 SCHIPANI (2006), p. 226; también véase GUZMÁN BRITO (2006), p. 187, y FERNÁNDEZ ARROYO (1994), pp. 52-55.

5 KLEINHEISTERKAMP (2008), p. 274, quien describe a los redactores de los Códigos Civiles Latinoamericanos como “comparatistas de facto”.

6 LOPEZ-MEDINA (2012), pp. 360-361; SCHMIDT (2017), pp.67-69; SIEMS (2014), pp. 84-85.

proceso de armonización o unificación en esta región. En el siglo XIX, al redactarse los Códigos Civiles de las nuevas repúblicas, se produjo un proceso de armonización espontánea, principalmente por la enorme influencia que tuvo el Código Civil chileno, armonización que se perdió con la nueva generación de códigos que comenzaron a promulgarse durante el siglo XX, e incluso el XXI.<sup>7</sup> Así, la formulación de las reformas al derecho privado que han tenido lugar en Latinoamérica durante en los últimos cien años, ha prácticamente ignorado al derecho de países de la región, centrandose su atención –y por tanto siendo influenciada– por jurisdicciones europeas como Alemania Italia y España, o por el derecho de los Estados Unidos. Por otra parte, los intentos de armonización por medio de instrumentos de derecho internacional privado –incluyendo las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado o CIDIP– o a través de acuerdos de integración regionales, han también fracasado por diversos motivos.<sup>8</sup>

## 2.2 Iniciativas académicas de armonización del derecho privado en Latinoamérica

Según lo explicado en el párrafo anterior, más allá de la armonización espontánea que se produjo al redactarse los primeros códigos civiles del siglo XIX, los demás esfuerzos para armonizar el derecho privado latinoamericano han fracasado. Por ello, el surgimiento de iniciativas académicas de armonización en derecho privado es algo que debe aplaudirse. Si bien hasta hace poco ello no parecía ser una prioridad para la comunidad académica latinoamericana, en los últimos años, evidentemente motivadas por los proyectos de armonización europeos, han surgidas algunas iniciativas que cabe destacar.

Así, el año 2008 se creó el “Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano”, con el objeto de desarrollar un modelo jurídico latinoamericano y establecer las bases para un Código del Derecho de Obligaciones.<sup>9</sup> La última reunión de dicho grupo tuvo lugar al año 2011, y su trabajo se materializó en el libro “De las obligaciones en general – Coloquio de iusprivatistas de Roma y América”, compuesto por una serie de trabajos sobre el tema, y que contiene el primer borrador de una “Propuesta de articulado para un código tipo de obligaciones para América Latina”<sup>10</sup>. Las reglas no se limitan al derecho contractual, sino que se aplican a las obligaciones en general, cualquiera sea su fuente. Sin embargo, el texto es sólo una recopilación de las propuestas individuales de cada uno de los *rapporteurs*, señalándose expresamente que existen materias importantes pendientes de decisión.<sup>11</sup>

7 Sobre el concepto de generaciones en la codificación latinoamericana, véase PARISE (2017).

8 Para un análisis pormenorizado de las iniciativas de armonización en Latinoamérica, véase MOMBERG (2017).

9 La Declaración Constitutiva del Grupo puede consultarse en <https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuyCMWi16eXNRMkcwMnc/view>

10 MORALES y PRIORI (2012). Véase también HINESTROSA, SCHIPANI y NAVIA (2011).

11 Véase la nota al pie con el texto de la propuesta en MORALES y PRIORI (2012).

Como continuador del mencionado grupo se constituyó en 2013 el “Grupo para la armonización del derecho de América Latina” (GADAL). Este Grupo tiene por objeto la redacción de instrumentos normativos, en la forma de códigos o leyes modelo, para la armonización o unificación del derecho de las obligaciones, que reflejen la tradición romanista y las características propias de la región, que se ha identificado como el “Subsistema Jurídico Latinoamericano”. El Grupo incluye académicos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Venezuela. A la fecha, se ha aprobado el articulado sobre definición, elementos, fuentes y principios generales del derecho de las obligaciones. La última reunión del Grupo se realizó en junio de 2017, donde se discutieron la clasificación de las obligaciones según los sujetos, y un cuestionario sobre cumplimiento específico.<sup>12</sup>

### 2.3 Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos

Sin duda, la iniciativa académica más exitosa hasta ahora son los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Su origen se encuentra en la idea de un grupo de académicos sudamericanos, la mayoría con estudios de postgrado en Francia, quienes bajo el patrocinio de la *Fondation pour le Droit Continental*, el año 2010, se dieron la tarea de redactar unos Principios, al estilo de los PECL o PICC, con el objeto de identificar la identidad jurídica regional, mejorar lo ya realizado por otros instrumentos de derecho armonizado y, como consecuencia de lo anterior, servir de modelo para la reforma o perfeccionamiento del derecho de contratos en los países de la región.<sup>13</sup>

El proyecto encontró apoyo también de la Fundación Fernando Fueyo (Chile), sumándose académicos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

#### 2.3.1 Metodología

Debido a que el mayor desafío de los PLDC ha sido demostrar que no se tratan, en mayor o menor medida, de una simple reproducción de otros instrumentos de derecho contractual como los PICC o los PECL, una cuestión relevante fue el diseño de una metodología adecuada para determinar lo que los redactores denominaron la identidad jurídica latinoamericana.<sup>14</sup>

La recopilación del material inicial se efectuó por medio de un cuestionario relativo a los principales aspectos del derecho de contratos de cada país.<sup>15</sup> El objetivo principal del cuestionario fue que los *rapporteurs* nacionales entregaran una descripción del estado actual del derecho de contratos en su país, con especial referencia a los desarrollos doctrinarios y de la jurisprudencia. El cuestionario se estructuró de

12 Más antecedentes sobre GADAL en <http://gadal.uexternado.edu.co/>

13 PIZARRO (2012), p. 16; PIZARRO (2017), p. 23-24.

14 PIZARRO (2012), p. 16.

15 En esta primera etapa, participaron académicos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

modo de comprender en forma exhaustiva las materias más relevantes de la denominada parte general del derecho de contratos: los principios generales de la contratación (buena fe, autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo) y todas las etapas del iter contractual, desde la fase precontractual hasta los remedios por incumplimiento.

Los informes nacionales fueron publicados en el libro “El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos.”<sup>16</sup> El volumen es una de las pocas – quizás la única – obras que provee una visión comparada general del derecho de contratos latinoamericano. A través del cuestionario es posible para el lector explorar de manera fácil los tópicos incluidos en el libro, pudiendo identificar las similitudes y diferencias entre las jurisdicciones nacionales que se incluyen en la obra, constituyendo un instrumento esencial para quienes busquen una introducción al estudio del derecho contractual latinoamericano.

A partir de los materiales provistos por los reportes nacionales, se establecieron comisiones temáticas cuya misión fue analizar los tópicos asignados, de manera de producir un reporte que incluyese un estudio comparado del tema, con comentarios y una propuesta de articulado. Estos reportes a su vez eran presentados y discutidos en las sesiones del grupo de redacción, organizado en comisiones, donde se aprobaba el texto final de los artículos respectivos. Finalmente, la versión final de los PLDC fue aprobada en agosto de 2017, y se espera su publicación oficial para los primeros meses de 2018.

### 2.3.2 Debilidades y problemas

No hay duda que los PLDC son una iniciativa que debe aplaudirse, y como se explicará más adelante, pueden jugar un rol fundamental en el desarrollo del derecho de contratos latinoamericano. Sin embargo, su formulación no ha estado exenta de dificultades, que lamentablemente podrían transformarse en debilidades al momento de proyectar a los PLDC en el contexto del derecho de contratos regional.

Un primer cuestionamiento que puede plantearse es la legitimidad de los Principios. No se trata de objetar su naturaleza académica, ni tampoco la calidad del trabajo desarrollado, sino su pretensión latinoamericana. Creo que debe reconocerse que los PLDC, si bien denominados como “latinoamericanos”, son esencialmente “sudamericanos”. Tal como se dijo, los países de origen de los académicos involucrados en su redacción, pertenecen a Sudamérica, con la excepción del representante de Guatemala, pero que sólo se incorporó en las últimas etapas del proyecto. Importantes jurisdicciones fuera del sub-continente sudamericano, como México o Panamá, no participaron en la redacción de los PLDC. A ello hay que sumar además la falta de representación de jurisdicciones sudamericanas como Perú, que con su Código Civil de 1984 pudo haber sido un aporte relevante a la discusión. Por último, aunque colaboraron con reportes nacionales al inicio del proceso, a las reuniones del grupo de redacción no asistió ningún representante de Brasil, y sólo muy ocasionalmente, de Paraguay.

16 PIZARRO (2012).

Es evidente que este cuestionamiento no se relaciona en nada con la calidad intrínseca de los PLDC, los cuales, reitero, constituyen un trabajo extraordinario en materia de derecho de contratos. Sin embargo, puede constituir un problema importante en cuanto a la legitimidad de los PLDC como instrumento a nivel regional. La falta de participación efectiva de representantes de, por ejemplo, Brasil, México y Perú, sin duda constituye una carencia relevante que puede afectar la aceptación de los PLDC por parte de la comunidad académica y legal latinoamericana, incluyendo a abogados, jueces y árbitros, quienes podrían considerar a los Principios como un instrumento ajeno o artificial.

Otro problema está representado por la ausencia de patrocinio por parte de la institucionalidad latinoamericana al proyecto. El proyecto se ha desarrollado, hasta ahora, como una iniciativa privada, apoyada por las universidades de origen de los académicos involucrados, la *Fondation pour le Droit Continental* y la Fundación Fernando Fueyo. Ello por cierto puede ser una ventaja en términos de independencia intelectual, pero también ha constituido en algunos casos un problema en cuanto a los recursos con que ha contado el proyecto para su desarrollo. Así por ejemplo, la difusión de los PLDC ha sido menor de la esperada, y se ha basado principalmente en la iniciativa privada de algunos académicos. No existe, por ahora, una página web dedicada al proyecto, donde puedan encontrarse los antecedentes del mismo, datos sobre sus participantes, estudios dedicados a los Principios, y lo más importante, su texto.

El apoyo institucional puede ser esencial para la consolidación de los PLDC. La experiencia comparada así lo demuestra. El desarrollo y afianzamiento de los PICC no hubiese sido posible sin el respaldo de un organismo internacional como UNIDROIT, y lo mismo sucedió en Europa, donde el apoyo de la Comisión Europea ha sido fundamental para las diversas iniciativas de armonización del derecho en dicho continente. En África, la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA), compuesta por 17 estados miembros, ha adoptado 10 Actas de Derecho Uniforme en distintas materias de derecho privado, y está trabajando en Acta Uniforme en derecho de contratos.

En este sentido, el patrocinio de instituciones como la OEA o el MERCOSUR podría ser primordial para que los Principios se consoliden a nivel regional. Es cierto que la institucionalidad latinoamericana, a nivel de organizaciones regionales, dista mucho de aquella que por ejemplo provee la Unión Europea, pero aun así existen instancias como el Comité Jurídico Interamericano, dependiente de la OEA, que pudiesen sustentar el trabajo que implica la difusión y afianzamiento de los PLDC. Por último, tampoco deben descartarse asociaciones internacionales, de carácter público o privado, como ha sucedido en Europa, por ejemplo, con el establecimiento del *European Law Institute*; o constituir alianzas con organismos como UNIDROIT o UNCITRAL, que permitan dar una plataforma institucional de apoyo a los Principios.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Así sucedió, por ejemplo, con el requerimiento de colaboración y asistencia de OHADA a UNIDROIT para la elaboración del proyecto de instrumento de derecho uniforme de contratos, el cual estuvo a cargo del profesor Marcel Fontaine. Para más referencias véase BONELL (2008), p. 20.

### 3. EL PROPÓSITO DE LOS PLDC SEGÚN LOS PLDC

Sin perjuicio de lo que se dirá en la última parte de este trabajo, el propósito declarado de los PLDC es servir de modelo para el perfeccionamiento o reforma del derecho de contratos latinoamericano.<sup>18</sup> Esta es una cuestión que puede considerarse más urgente en ciertos países de la región, como Chile y Colombia, en los cuales el derecho de contratos no ha sufrido cambios sustanciales en más de 150 años, desde la entrada en vigor del Código de Bello en ambos países.<sup>19</sup> En otras naciones, en cambio, esa necesidad es menos manifiesta, como sucede con Brasil, cuyo Código Civil data del año 2002, o Argentina, donde un nuevo Código Civil y Comercial ha entrado en vigencia el año 2015.

No hay duda que la reforma de un Código Civil puede ser un proceso largo y difícil. El caso argentino puede servir de ejemplo: desde 1926 tres proyectos de reforma fracasaron en alguna etapa del trámite legislativo, hasta que finalmente el año 2014 se aprobó el Código actualmente en vigencia. Una vía indirecta para lograr la reforma del derecho es a través de la reinterpretación de la normativa vigente por la doctrina y la jurisprudencia, alternativa que puede ser más realista y efectiva que modificar un código civil.

Así lo reconocen expresamente los PLDC, al establecer en su art. 2 (Funciones) que “(1) Estos principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato. (2) También sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales”.

La norma aspira a que los PLDC se utilicen por jueces y árbitros para interpretar –y eventualmente suplementar– el derecho uniforme o interno aplicable al caso, constituyendo una especie de *lex mercatoria* latinoamericana. La idea es que la disponibilidad de un cuerpo de principios regionales podría ser un incentivo para los tribunales en orden de utilizar un instrumento más “familiar” en el cual fundar sus decisiones.

Lo anterior no está exento de complejidades, y puede ser de difícil concreción. Ya se mencionó la posible objeción en cuanto a la legitimidad de los Principios como instrumento latinoamericano. Además, si bien se ha destacado que la aplicación de derecho no estatal es reconocida –o posible– en muchos países de la región, y que el uso de la CISG y de los PICC por parte de los tribunales ordinarios y arbitrales se

18 PIZARRO (2017), p. 24; MOMBERG (2017), p. 16

19 Debe mencionarse que en el caso colombiano, el año 1971 entró en vigencia un nuevo Código de Comercio, el cual introdujo cambios sustanciales al régimen de la contratación comercial, como por ejemplo, el reconocimiento de la imprevisión o cambio de circunstancias. Asimismo, tanto en Chile como en Colombia se han dictado un sinnúmero de leyes especiales que han modificado el régimen de ciertos contratos regulados originalmente en el Código Civil, como el de arriendo, prenda o mutuo de dinero; sin contar, además, con la dictación de legislación especial en materia de protección al consumidor.

ha incrementado, ello dista aún de ser una práctica común.<sup>20</sup> Por otra parte, no debe perderse de vista que en el caso de la CISG, se trata de una convención internacional que, al ser ratificada, pasa a integrar el derecho interno del país respectivo, y por tanto de vigencia obligatoria al cumplirse los supuestos para su aplicación.

Otra vía para introducir los PLDC al derecho interno, es por medio de su designación como derecho aplicable por las partes. Ello también es –obviamente– reconocido en los PLDC, los cuales en su artículo 1 (Ámbito de aplicación) establecen que “(2) Estos principios se aplican cuando las partes a) Se sometan total o parcialmente a ellos. b) Hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes”.

Sin entrar a discutir las limitaciones que la aplicación de derecho no estatal puede tener según la normativa interna de cada país, esta vía de influencia de los PLDC parece más difícil. Los datos disponibles respecto a la incorporación de instrumentos similares por las partes a sus contratos, como los PECL o los PICC, no es muy alentadora. Así, una encuesta llevada a cabo en 2007 entre 236 abogados de los Estados Unidos, mostró que sólo un 20% de ellos tenía alguna familiaridad con los PICC, y más de dos tercios indicaron que nunca habían utilizado los PICC en sus contratos. Asimismo, un análisis de 3.955 requerimientos interpuestos ante el Tribunal de Arbitraje de la ICC entre 2000 y 2006, indicó que sólo en una ocasión las partes habían escogido los PICC como reglamentación reguladora del contrato. En 21 ocasiones, se había señalado algún standard no nacional (derecho comercial internacional, prácticas comerciales aceptada internacionalmente, etc) que eventualmente permitiría aplicar los PICC. Otro estudio realizado entre 380 abogados europeos en 2012 determinó que sólo un 1% había incorporado los PICC frecuentemente a sus contratos, 7% ocasionalmente, 16% raramente o casi nunca y 75% nunca.<sup>21</sup>

Considerando que los PLDC son un instrumento muy reciente, es aún más complicado que ellos constituyan una opción para los contratantes. Para ello deberá efectuarse un arduo trabajo de difusión y la consolidación de un volumen de doctrina y jurisprudencia relevante, de manera que los PLDC se conviertan en una referencia familiar –y útil– para los contratantes. La inclusión formal o informal de los PLDC en los programas de los estudios de pre y postgrado en derecho puede ser una manera para fomentar el uso y conocimiento de los mismos entre la comunidad jurídica.

#### 4. NATURALEZA DE LOS PLDC

Según lo señalado en el párrafo anterior, los PLDC pretenden ser mucho más que una simple recopilación del estado del arte del derecho de contratos en Latinoamérica. Como se mencionó, sus redactores han pretendido entregar un instrumento que sirva de modelo para el perfeccionamiento o reforma del derecho de contratos en la región. Este propósito por cierto condiciona la naturaleza jurídica de los Principios.<sup>22</sup>

20 MORENO (2011), p. 877.

21 Las referencias a los estudios se pueden consultar en VOGENAUER (2015).

22 Casi parece demás señalar que, obviamente, los PLDC son un instrumento de “*soft law*”, esto es, un



Pero además, la alternativa que los Principios representen una simple recopilación del derecho de contratos en la región también se ve obstaculizada por otro factor. Si bien los países latinoamericanos comparten una raíz jurídica común, con posterioridad a las codificaciones del siglo XIX, el derecho de las naciones latinoamericanas se desarrolló de manera independiente y separada de sus vecinos, e incluso podría decirse, con indiferencia hacia el derecho de los demás países de la región. La verdad es que la atención de los juristas latinoamericanos ha estado puesta la mayor parte de las veces en el derecho europeo o norteamericano, y no en el derecho de los países del continente. Si bien es común que la literatura jurídica recurra al derecho comparado, las referencias son usualmente al derecho francés, español, alemán o italiano; y no al argentino, brasileño, chileno o colombiano.<sup>23</sup>

Por ello, la labor de determinación de la identidad jurídica latinoamericana ha sido particularmente difícil para los redactores de los Principios. Un examen general de los cuestionarios que sirvieron de base a los PLDC, demuestra diferencias, no sólo de detalle, sino también en temas relevantes, entre las jurisdicciones incluidas. Estas diferencias han llevado a clasificar, en el ámbito del derecho contractual, a las jurisdicciones latinoamericanas en “conservadoras” y “progresivas”.<sup>24</sup> Las primeras, en que pueden incluirse países como Chile, Colombia, Venezuela y Uruguay, son ordenamientos donde el derecho de contratos, al menos en su parte general, no ha sido modificado o ha sufrido sólo cambios menores desde la codificación en el siglo XIX.<sup>25</sup> En ellos se mantiene con amplio vigor el principio *pacta sunt servanda*, no existe protección al contratante débil y se rechaza la revisión del contrato por el juez. Por otra parte, las jurisdicciones “progresivas” son aquellas con códigos civiles redactados en la segunda parte del siglo XX y en el siglo XXI, como Argentina, Brasil o Paraguay. Estos ordenamientos han adoptado una legislación con una orientación más social y menos individualista, con excepciones importantes al principio *pacta sunt servanda*, otorgando protección a la parte débil de la relación contractual y permitiendo la revisión judicial del contrato en casos de desequilibrios graves entre las contraprestaciones.

Lo señalado se puede comprobar examinando algunas diferencias entre los códigos civiles de los mencionados países. Así, los códigos civiles de Argentina, Brasil y Paraguay admiten expresamente la terminación o revisión del contrato en casos de

---

instrumento que no tiene fuerza vinculante para las partes o el juez, ya que no está legitimado por el poder político estatal (legislación nacional o interna) ni supraestatal (tratados internacionales).

23 En palabras del profesor Pizarro, “Es sorprendente la ignorancia que padecemos sobre el Derecho de nuestros vecinos. Dependiendo del lugar en se han formado los profesores podemos disertar sobre la última sentencia de la Corte de Casación italiana o sobre la discusión entre tal o cual profesor francés escrito en la *Semaine Juridique* u opinar sobre las conjeturas de quien podrá llegar a ser catedrático en una universidad prestigiosa de España.” PIZARRO (2012), p. 16.

24 MOMBORG (2017), p. 18-19.

25 Aun cuando el Código Civil de Venezuela ha sido reformado en diversas ocasiones, la última en 1982, en lo relativo a obligaciones y contratos las reglas siguen esencialmente siendo las mismas que las del Código de 1873. Véase GUZMÁN BRITO (2006), p. 343.

lesión enorme e imprevisión; mientras la lesión es aceptada sólo excepcionalmente en los códigos de Chile, Colombia y Uruguay; y la imprevisión es rechazada en Chile y Venezuela, siendo aceptada muy excepcionalmente en Colombia y Uruguay. El Código Civil brasileño reconoce además, como límite al principio de la fuerza obligatoria, la denominada “función social del contrato”, un concepto abierto que pretende vincular el contrato no sólo a los intereses privados de las partes, sino también a los de la sociedad en su conjunto.<sup>26</sup> Por último, debe destacarse que el Código Civil y Comercial argentino introduce también la regulación general de los contratos por adhesión, y en particular, de los contratos de consumo.<sup>27</sup>

Esta tensión es evidente en el texto aprobado. Se ha optado, por ejemplo, por requerir, para la formación del contrato, la concurrencia no sólo del consentimiento, sino también del objeto, la causa y en ciertos casos, las solemnidades (art. 9). Ello se aleja de la tendencia en derecho uniforme y armonizado, que pretende facilitar la formación del contrato eliminando la necesidad de causa o de *consideration*. Pero la exigencia o no de causa no es tampoco una cuestión sobre la que pueda considerarse que exista uniformidad en el derecho privado latinoamericano. Así por ejemplo, la causa como requisito o elemento del contrato fue abolida en los códigos civiles de Brasil y Paraguay, pero al contrario, aparece con fuerza en el reciente Código Civil y Comercial argentino, que distingue entre causa del acto jurídico (arts. 281 a 283) y causa del contrato (arts. 1012 a 1014).

Asimismo, la referencia a las solemnidades (art. 40) refleja un apego al formalismo que se encuentra habitualmente presente en los códigos y la legislación latinoamericana, pero que contrasta con el principio de libertad de forma que prevalece en otros instrumentos de derecho contractual armonizado e uniforme.<sup>28</sup> Sin embargo, por otra parte, se incluyen instituciones que reflejan una concepción más moderna en materia de formación del contrato, como la posibilidad que la aceptación contenga modificaciones a la oferta y aun así, ello no obste a la formación del consentimiento (art. 25); y en el caso de los vicios del consentimiento, la introducción de la excesiva desproporción como causal de adaptación o nulidad del contrato (art. 37).

Otro ejemplo de tensión entre la tradición y la innovación se manifiesta en la regulación de los remedios por incumplimiento, donde expresamente se ha rechazado esa denominación por considerarse ajena a la tradición latinoamericana, utilizando en su lugar la expresión “medios de tutela”;<sup>29</sup> y se ha mantenido, como alternativa, la resolución judicial en caso de incumplimiento esencial; pero por otro lado, se ha objetivado el incumplimiento y se han puesto –al menos formalmente– en un plano de

26 El art. 421 del Código Civil brasileño dispone que “La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la función social del contrato”. Sobre algunas de las características más relevantes de dicho Código, véase MOMBERG (2014).

27 Artículos 984 a 989 (Contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas); artículos 1092 a 1122 (Título III, Contratos de consumo; que incluye la regulación de la relación de consumo, formación del consentimiento, modalidades especiales de contratación y cláusulas abusivas).

28 VOGENAUER (2014).

29 PIZARRO (2017), p. 25.

igualdad a los remedios contractuales, eliminado la preferencia por el cumplimiento específico, que caracteriza a muchos ordenamientos latinoamericanos.

Tal como se ha explicado, la falta de uniformidad entre los derechos nacionales latinoamericanos impide por definición la posibilidad de una recopilación o *restatement*. Cuando dicha uniformidad no existe, y más aún cuando el propósito principal de los Principios es servir de modelo para el perfeccionamiento o reforma del derecho de contratos en Latinoamérica, no queda más que reconocer que los PLDC constituyen una propuesta sobre la mejor manera de cómo, en la visión de sus autores, debería estructurarse la parte general del derecho de contratos. Su legitimidad, y por tanto, su eventual influencia, debe buscarse no en si reflejan, en mayor o menor medida, la identidad jurídica latinoamericana, ni tampoco en un –inexistente– respaldo político-institucional, sino en la calidad de las soluciones y reglas que se proponen, es decir, en su mérito intrínseco como instrumento jurídico. Esta evaluación se encuentra pendiente, y es justamente la etapa que comenzará a desarrollarse con la publicación y difusión de los Principios.

## 5. FUNCIONES DE LOS PLDC

Es frecuente que al referirse a las funciones o fines de los instrumentos de derecho uniforme o armonizado, se mencione su uso como derecho que rija el contrato, ya sea porque las partes así lo han establecido expresamente o indirectamente (por ejemplo, haciendo referencia a la *lex mercatoria*), o por los tribunales, para interpretar el derecho doméstico o uniforme. De hecho, los mismos instrumentos suelen establecer estas funciones en su articulado, no siendo los PLDC una excepción a este respecto (arts. 1 y 2). Sin embargo, como se señaló en párrafos precedentes, los datos demuestran que, en la práctica, sólo muy excepcionalmente las partes designan derecho no estatal armonizado como el aplicable a sus contratos. En cuanto al uso de dichos instrumentos por los tribunales, si bien los datos son un poco más alentadores, debe tenerse presente que frecuentemente este uso se restringe a su utilización como uno más dentro de un conjunto de argumentos (generalmente, normativa y doctrina nacional) para justificar una decisión, y no como la regla única o principal por la cual se decide el litigio.

Es por ello que parece interesante detenerse en otras funciones, que siendo menos obvias, pueden tener, en la práctica mayor importancia o plausibilidad. Teniendo claro que los PLDC no son una simple recopilación del derecho de contratos latinoamericano, y que deberán ser juzgados por sus propios méritos, creo que ellos pueden cumplir varias funciones relevantes para el desarrollo del derecho contractual en la región.

### 5.1 Incentivar el estudio del derecho comparado en Latinoamérica

Tal como se mencionó, en particular en materia de derecho privado, tradicionalmente los juristas latinoamericanos han prestado poca o nula atención al derecho de los países de la región, centrando su interés en el derecho europeo o norteamericano. Si se toma una obra o tratado de derecho contractual de algún país latinoame-

ricano, seguramente se encontrarán muchas referencias al derecho español, francés, italiano o alemán, pero ninguna o muy escasas al derecho de algún país vecino. En el mismo sentido, un vistazo general a las publicaciones en revistas jurídicas permite afirmar que se ha prestado mucha más atención a la reforma del *Code Civil* de 2016 que al Código Civil y Comercial argentino de 2015.

La elaboración de los PLDC ha comenzado a cambiar este panorama. El proyecto ha tenido el mérito de hacer trabajar en una misma mesa a juristas de distintos países latinoamericanos, lo que naturalmente ha implicado tomar conocimiento de las particularidades y desarrollo del derecho de contratos de los demás participantes. Se han organizado conferencias en que se han discutido distintos borradores de los Principios, con la participación de abogados y académicos de distintos países de Latinoamérica.

La publicación del texto definitivo de los Principios debería fomentar aún más esta incipiente tendencia. Es de esperar que, ante los Principios, la doctrina latinoamericana reaccione generando un cuerpo de publicaciones que los analice críticamente, no sólo desde la perspectiva del derecho interno, sino también desde un enfoque comparado que incluya el estudio del derecho de países de la región. Ello aumentaría el análisis de jurisdicciones vecinas y el diálogo entre los juristas latinoamericanos, lo cual podría generar el nacimiento de nuevos proyectos e instancias de colaboración, llevando en definitiva a la formación de un corpus latinoamericano de derecho contractual, un efectivo *ius commune* latinoamericano.<sup>30</sup>

## 5.2 Hacer visible el derecho de contratos latinoamericano

Tradicionalmente, el derecho de contratos latinoamericano ha sido ignorado en el estudio del derecho comparado. Las obras de referencia en la materia, por ejemplo, los tratados de Zweigert y Kötz, y de René David, apenas dedican unas páginas a Latinoamérica.

Pueden plantearse distintas explicaciones para ello, por ejemplo, la dificultad de acceso a los materiales jurídicos de las naciones latinoamericanas o la comparativamente menor relevancia económica de Latinoamérica en el contexto mundial.<sup>31</sup> Ambas explicaciones son actualmente insatisfactorias, ya que si bien históricamente el acceso a los materiales jurídicos latinoamericanos pudo haber sido problemático para los juristas europeos o norteamericanos, en el presente la mayoría de los países de la región ha implementado sistemas informáticos con bases de datos de legislación y jurisprudencia que pueden ser fácil y libremente consultados a través de internet. Por otra parte, el argumento económico tampoco es convincente, teniendo presente que economías como las de Brasil, Argentina, México o Chile han probado ser muy atractivas para los capitales europeos, norteamericanos o asiáticos.

30 En el mismo sentido, SCHMIDT (2017), p. 93-94, quien plantea que los PLDC podrían servir como un punto de referencia común para la elaboración de un discurso jurídico dentro de la región.

31 SCHMIDT (2017), p. 59

Lo cierto es que, tal como se ha planteado, la principal razón para la indiferencia al estudio del derecho privado latinoamericano ha sido que, en Europa y los Estados Unidos, tradicionalmente se le ha considerado poco más que un subproducto del derecho francés, ignorando los desarrollos posteriores a la codificación del siglo XIX.<sup>32</sup> Esta asunción sigue siendo la predominante entre los juristas del hemisferio norte, pese a que ha sido justificadamente desvirtuada en múltiples ocasiones, habiéndose incluso descrito a los ordenamientos latinoamericanos como sistemas jurídicos mixtos, no por la coexistencia entre derecho civil y *common law*, sino por la convergencia de influencias del derecho francés, alemán, italiano, español y portugués, entre otros.<sup>33</sup>

La existencia, y más aún, la difusión de los PLDC puede ayudar a crear un interés en el derecho privado latinoamericano en las audiencias europeas y norteamericanas, especialmente si su texto es traducido al inglés, y los autores de la región comienzan también a escribir en dicho idioma, el cual se ha transformado en la *lingua franca* del derecho a nivel internacional. Aun cuando puedan plantearse dudas respecto a si los PLDC representan o no la identidad jurídica latinoamericana, o incluso, si esa identidad regional existe en materia de derecho de contratos, ello no obsta a que se constituyan en un objeto de estudio –y crítica– para los comparatistas. Que exista un instrumento latinoamericano de derecho contractual que pueda, por ejemplo, ser comparado con la CISG, los PICC, el DCFR u otras iniciativas regionales, implica por sí misma una visibilidad que antes no existía para el derecho de contratos latinoamericano.

### 5.3 Impulsar la reforma del derecho de contratos en Latinoamérica

El criterio esencial para evaluar que los PLDC hayan cumplido con las funciones que he descrito anteriormente, es el desarrollo de un número importante de trabajos, que tengan por objeto la difusión y análisis de los Principios. Así ha sucedido con otras iniciativas parecidas, como los PICC, los PECL y el DCFR, que han generado no sólo trabajos escritos, sino también programas de postgrado y cátedras en universidades europeas.

La existencia de este *corpus*, con el consecuente incremento del conocimiento del derecho de la región, tanto para los juristas latinoamericanos como foráneos, podría traer como consecuencia indirecta que se generasen los espacios de reflexión, a nivel interno, acerca de la necesidad de reformar el derecho de contratos nacional.

Esta función no se basa en meras especulaciones. Es bien conocido el largo proceso de armonización del derecho privado en Europa, y aunque podría sostenerse que el rechazo de la CESL ha implicado su fracaso formal, es innegable la influencia que las distintas iniciativas, tanto institucionales como académicas han tenido en el desarrollo del derecho privado europeo, tanto a nivel supraestatal (Unión Europea) como nacional.

32 Pare referencias al respecto, véase SCHMIDT (2017), p. 59-60

33 SCHMIDT (2017), p. 68.

El mejor ejemplo de esta influencia ha sido la reciente reforma al derecho de contratos y obligaciones del *Code Civil*. Como es sabido, al igual que en los casos chileno y colombiano, esa parte del *Code* no había sufrido modificaciones desde su promulgación en 1804, hasta que finalmente, después de varias iniciativas fallidas, mediante una *Ordonnance*, el año 2016 fue aprobada una reforma sustancial al derecho de contratos y obligaciones. No es mi intención detenerme en las razones, historia y detalles de la reforma, sino resaltar un punto que puede dar luces sobre una función que los Principios pueden estar llamados a cumplir.<sup>34</sup>

La influencia del proceso de armonización europeo sobre la citada reforma es evidente. Ello no sólo queda de manifiesto al examinarse la nueva regulación, sino que ha sido reconocido expresamente en el Reporte Oficial mediante el cual el Ministerio de Justicia Francés presentó la *Ordonnance* al Presidente de la República de dicho país.<sup>35</sup> Si bien puede ser un poco exagerado plantear que sin las iniciativas de armonización la reforma al *Code* no hubiese tenido lugar, creo que sí puede decirse con certeza que sin dichas iniciativas, el *contenido* de la reforma hubiese sido muy distinto.

El ejemplo francés es el más paradigmático, por la importancia que dicho ordenamiento ha tenido tradicionalmente a nivel internacional, especialmente en Latinoamérica, y por la resistencia inicial de los juristas franceses a la idea de la armonización del derecho privado europeo. Sin embargo, está lejos de ser el único, destacándose, por ejemplo, el impacto que los PECL han tenido en la reforma del derecho privado en países del Este de Europa.<sup>36</sup>

Creo que la mejor medida del éxito de PLDC debería ser su influencia para la reforma y modernización –formal o informal– del derecho de contratos en los países latinoamericanos. Los Principios podrían ser el punto de partida para la renovación del derecho de contratos en Latinoamérica, tal como sus redactores lo pretenden. Sin embargo, ello sólo se logrará en la medida que ellos comiencen a marcar presencia en el discurso jurídico latinoamericano, lo cual supone, para sus redactores y promotores, continuar con el trabajo mucho más allá del articulado ya aprobado, generando un cuerpo de literatura suficiente y de calidad, que legitime a los Principios ante la comunidad jurídica.

34 Para un análisis del proyecto de reforma, véase MOMBERG (2015); y sobre el texto finalmente aprobado, CARTWRIGHT y WHITTAKER (2017).

35 Reporte al Presidente (2016).

36 Para un análisis detallado, véase IURIDICA INTERNATIONAL (2008).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BONELL, Michael Joachim (2008), “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, *American Journal of Comparative Law*, V. 56, p. 1-28.
- CARTWRIGHT, John y WHITTAKER, Simon (2017), *The Code Napoléon Rewritten* (Hart).
- DAVID, René (1950). *Traité élémentaire du droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* (LGDJ).
- DU PLESSIS, Jacques (2006), “Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press), pp 477-512.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (1994), *La codificación del derecho internacional privado en América Latina* (Editorial Beramar).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (Thomson Aranzadi).
- HINESTROSA, Fernando, SCHIPANI, Sandro y NAVIA, Felipe (coords.) (2011), *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad – Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano* (Universidad del Externado de Colombia).
- Iuridica International* (2008) V. XIV, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States, disponible en <https://doi.org/10.12697/issn1406-1082>
- KLEINHEISTERKAMP, Jan (2006), “Development of Comparative Law in Latin America”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press), pp. 261-301.
- LÓPEZ-MEDINA, Diego (2012), “The Latin American and Caribbean legal traditions” en BUSSANI, Mauro and MATTEI, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge University Press), pp. 344-367.
- MOMBERG, Rodrigo (2014), “El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos”, *Opinión Jurídica*, V. 13, N° 26, pp. 159-172.
- MOMBERG, Rodrigo (2015), “La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 24, pp. 121-142.
- MOMBERG, Rodrigo (2017). “The Process of Harmonisation of Private Law in Latin America : An Overview”, en MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart), pp. 3-21.

- MORALES, Rómulo y PRIORI, Giovanni (eds.) (2012), *De las obligaciones en general – Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo* (Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú).
- MORENO, José Antonio (2011), “Contracts and Non-State Law in Latin America”, *Uniform Law Review*, V. XIV, pp. 877-889.
- PARISE, Agustín (2017). “Harmonisation of Private Law in Latin America and the Emergence of Third-generation Codes”, en MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart), pp. 29-55.
- PIZARRO, Carlos (ed.) (2012), *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos* (Ediciones Fundación Fernando Fueyo Laneri).
- PIZARRO, Carlos (2017). “The Principles of Latin American Contract Law: A General Introduction”, en MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart), pp. 23-28.
- Reporte al Presidente (2016). “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n°2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, *Journal officiel de la République française* N°35, 11 de febrero de 2016, N°25.
- SCHIPANI, Sandro (2006), “Armonización y unificación del derecho: derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina”, en ESBORRAZ, David (coord.), *Sistema Jurídico Latinoamericano y unificación del derecho* (Porrúa).
- SCHMIDT, Jan Peter (2017). “The ‘Principles of Latin American Contract Law’ Against the Background of Latin American Culture: A European Perspective”, en MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart), pp. 57-95.
- SIEMS, Mathias (2014), *Comparative Law* (Cambridge University Press).
- VOGENAUER, Stefan (2014), “‘General Principles’ of Contract Law in Transnational Instruments”, en GULLIFER Louise y VOGENAUER, Stefan (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law* (Hart), pp. 291-318.
- VOGENAUER, Stefan (2015), “Introduction”, en VOGENAUER, Stefan (ed.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, (1998). *An Introduction to Comparative Law* (Oxford University Press).