

PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN: ¿LECCIONES DE LA EXPERIENCIA EUROPEA?

JOHN CARTWRIGHT*

Resumen

En los últimos años, un número importante de diferentes proyectos de armonización del derecho privado, y particularmente del derecho de los contratos, han sido desarrollados tanto a nivel regional como internacional. En Europa, durante veinticinco años se realizaron esfuerzos para elaborar un posible modelo de armonización del derecho de los contratos. Para fines del año 2014, ello no parece haber prosperado. Sin embargo, hay resultados duraderos del proceso que tuvieron una influencia significativa en el proceso de reforma del derecho de los contratos en Francia de 2016. Ello ilustra el valor que estos proyectos pueden tener, y puede constituir una lección para otras regiones como Latinoamérica.

Palabras clave: *Armonización, derecho de los contratos, Principios Europeos del Derecho de los Contratos, reforma francesa del derecho de los contratos, Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos.*

1. INTRODUCCIÓN: EL ROL DE LA ARMONIZACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

1.1 El deseo de armonizar en el derecho privado

En los últimos años ha habido un verdadero deseo de armonizar en derecho privado a lo largo de los sistemas jurídicos nacionales, y especialmente en el ámbito del derecho de los contratos. La noción de “armonización” puede adoptar variadas formas diferentes.¹ En ocasiones, podemos hablar de la creación de un derecho “uniforme”, o la “unificación” de un área del derecho, a través de instrumentos que están diseñados para complementar o incluso superar el derecho nacional para propósitos particulares. Instrumentos legislativos internacionales como la Convención de las

* University of Oxford, Faculty of Law, UK (john.cartwright@law.ox.ac.uk). Este artículo se basa en las presentaciones efectuadas en la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, en septiembre de 2017. Artículo recibido el 16 de noviembre de 2017, aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2017. Traducción de Alberto Pino Emhart.

¹ En el contexto europeo, véase ZIMMERMANN (2006); MCKENDRICK (2006); y en el contexto latinoamericano, véase MOMBORG (2017), pp. 8-20. Véase también los artículos del UNIDROIT 75th Anniversary Congress on Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration, en *Uniform Law Review*, Vol. 8, Nos 1 y 2 (2003), pp. 81-170.

Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG),² o instrumentos contractuales como los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales.³ A veces podemos incluso hablar de “códigos”, que estarían diseñados para reemplazar áreas completas de derecho nacional.⁴ Pero un uso más común (y, de hecho, lingüísticamente más preciso⁵) del término “armonización”, se referiría al proceso de alineamiento de los sistemas nacionales; no superándolos, sino reconciliándolos, típicamente a través de instrumentos de “*soft law*” –textos que contienen modelos de reglas que pueden inspirar la reforma de derecho nacional, y que incluso pueden convertirse en “*hard law*” si los legisladores nacionales eligen adoptarlos a través de sus procesos legislativos normales internos, y que pueden de tal forma ser adoptados de forma total o en parte, o con adaptaciones que están diseñadas para ajustarse a los sistemas nacionales en cuestión. Esta forma de comprender la noción de armonización es particularmente adecuada para el contexto del ejemplo que será discutido en la última parte de este artículo –la reciente reforma del derecho de los contratos en Francia.⁶

Este desarrollo del movimiento moderno de armonización del derecho privado ha operado tanto a nivel internacional como regional, y en este proceso ha habido interacciones e influencias entre actores internacionales y regionales. Internacionalmente, los principales actores han sido la Comisión de Compraventa Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL⁷), que publicó la Convención de Viena (CISG) en 1980,⁸ y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT⁹), que publicó la primera edición de los Principios de Contratos Comerciales Internacionales en 1994. Los proyectos regionales de armonización se han basado

2 CISG (1980), Preámbulo: “*Los Estados partes en la presente Convención ... Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional, Han convenido en los siguiente:...*”.

3 UNIDROIT (2016), Preámbulo: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”.

4 Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, [1989] OJ C158/400, solicitando “que se dé comienzo al trabajo preparatorio necesario para elaborar un Código Europeo Común de Derecho Privado”.

5 OED Online (2017) “*harmonization, n.*”: “*Reduction to harmony or agreement; reconciliation*”.

6 Véase sección 3 más abajo.

7 <http://www.uncitral.org>.

8 CISG (1980).

9 <http://www.unidroit.org>.

con frecuencia en estos instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Organización por la Armonización del Derecho Comercial en África (OHADA), ha trabajado desde su fundación en 1993 para armonizar, o unificar, varios aspectos del derecho comercial a lo largo de todos sus estados miembros (siendo actualmente 17), incluyendo un trabajo conjunto con UNIDROIT en un borrador de Derecho de los Contratos Uniforme de OHADA durante la década del 2000.¹⁰ Quizás los más conocidos, y más ampliamente influyentes proyectos regionales de armonización se encuentran en Europa.¹¹ Los *Principios Europeos del Derecho de los Contratos*,¹² en particular, han actuado como un catalizador para algunos de los desarrollos regionales en otros lugares, aunque han sido generalmente leídos en conjunto con la Convención de Viena (CISG) y los Principios UNIDROIT por los redactores de otros proyectos regionales nuevos. En Asia Este, un proyecto de *Principios Asiáticos de Derecho de los Contratos* se ha desarrollado desde 2004, enfocándose en la potencial armonización del derecho de los contratos de China, Japón y Corea.¹³ Y en Latinoamérica, los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* han sido desarrollados desde 2010, paralelamente a otras iniciativas por la unificación o armonización del derecho privado latinoamericano.¹⁴ Y el movimiento de armonización continúa: en 2015, la Organización por la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHADAC) publicó sus *Principios de Contratos Comerciales Internacionales*, diseñados para armonizar el derecho de países del Caribe dentro del marco exclusivo de los contratos comerciales internacionales, y elaborando a partir de la experiencia de instrumentos previos, como los Principios UNIDROIT, OHADA, y los instrumentos Europeos de armonización.¹⁵

1.2 ¿Por qué toda esta armonización?

Este movimiento por la armonización del derecho privado, no solo a nivel regional sino también internacional, e incluso con el objetivo mayor de unificación “global”,¹⁶ se enfoca naturalmente en áreas en las cuales el derecho mismo se transporta a lo largo del mundo, a través de transacciones entre distintos sistemas jurídicos, y principalmente el derecho de los contratos, que es la base de las transacciones comerciales (internacionales). Leyes diferentes son comúnmente percibidas como

10 FONTAINE (2004). Artículos de un coloquio realizado en noviembre de 2007 para discusión del borrador pueden encontrarse *Uniform Law Review*, Vol. 13, Nos 1-2 (2008). Este borrador, sin embargo, no ha sido finalizado.

11 Véase más abajo sección 2.

12 PECL (2000).

13 Véase HAN (2013). Para el primer volumen de otro proyecto, *Studies in the Contract Laws of Asia*, que no busca elaborar un texto de derecho armonizado, sino proveer de una perspectiva comparada de los regímenes de derecho contractual de algunas jurisdicciones de Asia, véase CHEN-WISHART *et al.* (2016).

14 Véase MOMBERG (2017), pp. 15-16. El borrador de *Principios* ha sido más desarrollado desde la versión que se discute en este libro.

15 OHADAC (2015).

16 SCHWENZER (2016).

obstáculos para el intercambio entre distintos países por académicos y litigantes,¹⁷ y también por legisladores y otros actores jurídicos que utilizan este argumento para promover sus proyectos de armonización. Para tomar solo un ejemplo: la resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, que inició los trabajos preparatorios destinados a dirigirse hacia un posible Código Europeo Común de Derecho Privado, enfatizaba la importancia de la “armonización” o la “unificación” del derecho privado, y particularmente del derecho contractual, para facilitar el intercambio entre países dentro de Europa (el mercado interno, único), y el intercambio con otros países fuera de Europa, como Latinoamérica.¹⁸

“El Parlamento Europeo, ...

A. considerando que la Comunidad hasta la fecha ha armonizado muchos aspectos individuales del derecho privado pero no áreas completas de este,

B. considerando que la cobertura jurídica de temas concretos no resulta suficiente para las necesidades y aspiraciones del mercado único y sin fronteras, particularmente como se formula desde la entrada en vigencia del Acto Único,

C. considerando que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho privado, es la unificación de importantes ramas del mismo,

D. considerando que un Derecho privado común y modernizado puede lograr la ampliación, directa o indirectamente, de los vínculos de la Comunidad con países terceros y más particularmente con los países de la América Latina,

E. considerando que la unificación es posible en lo relativo a ramas del Derecho privado importantísimas para el desarrollo del mercado único, como es el caso del Derecho de obligaciones, sin que, por supuesto, las posibilidades de unificación se agoten sólo en ello,

F. considerando que el Tratado y el Acto Único ofrecen una base jurídica comprehensiva para el objetivo perseguido en esta resolución,

17 SCHWENZER (2016), pp. 60-61; MCKENDRICK (2006), pp. 14-15. Véase también *The Clifford Chance Survey on European Contract Law*, realizada en 2005 y discutida en VOGENAUER y WEATHERILL (2006), pp. 117-136, que detectó que 65% de 175 compañías (tanto grandes como pequeñas) a lo largo de Europa declararon haber experimentado algunos obstáculos para la venta, y 83% veía favorablemente o muy favorablemente la perspectiva de un derecho contractual europeo armonizado.

18 [1989] OJ C158/400.

G. considerando que para promover el entendimiento recíproco entre los variados códigos existentes y sistemas de derecho privado vigentes en los Estados Miembros, y para apoyar el trabajo de la unificación, hay una necesidad de otorgar incentivos morales y materiales a los estudios de derecho comparado llevados a cabo dentro de la Comunidad y para esfuerzos de codificación en general,

H. considerando que un sistema común de derecho privado irá en beneficio de todos los Estados Miembros y de aquellos países pertenecientes a la Comunidad que no están involucrados en aprobarlo,

I. considerando que, en una primera etapa, los Estados Miembros considerarán el asunto, intercambiarán posturas y decidirán si estarán involucrados o no en los esfuerzos hacia la unificación,

J. considerando que, subsecuentemente, los Estados Miembros que decidan involucrarse en la unificación establecerán un comité de expertos que determinarán las prioridades y organizarán todo el trabajo requerido,

1. Se requiere que se dé comienzo a los trabajos preparatorios necesarios para elaborar un Código Común Europeo de Derecho Privado, siendo los Estados Miembros invitados, habiendo deliberado sobre el asunto, decidiendo si van a desear estar involucrados en la unificación planificada;

2. Se requiere que, siguiendo las discusiones entre los Estados Miembros que en principio están de acuerdo con la unificación, se establezca un comité de expertos apropiados para definir las prioridades y organizar todo el trabajo requerido para unificar el derecho privado en dichos Estados;

3. Se requiere que se otorguen apoyos a centros para el estudio del derecho comparado en la Comunidad, y a esfuerzos para la codificación en general...”.

Esta línea de pensamiento fue desarrollada aún más por la Comisión Europea en su Comunicación sobre Derecho Contractual Europeo de 2001, que llamó la atención sobre las consecuencias de la diversidad en el derecho de los contratos, que podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interno:¹⁹ sistemas nacionales diferentes contienen diferentes grados de libertad contractual (en particular, hay distintas aproximaciones a la pregunta sobre qué cláusulas, en qué tipos de contratos, son obligatorias y por consiguiente no pueden ser objeto de negociación –pero a

19 COM(2001) 398, 11 July 2001, paras 26-33.

veces puede incluso haber un conflicto entre las cláusulas obligatorias de cada una de las partes en un contrato entre distintos países); hay diferentes prácticas contractuales en los distintos Estados en relación a (v.gr.) sectores comerciales particulares que, aunque no sea jurídicamente obligatorio, en la práctica sean difíciles de eliminar a través de la negociación; y la mera diferencia respecto al derecho otorgan desincentivos tanto para consumidores como pequeñas y medianas empresas para involucrarse en transacciones transfronterizas, cuando el sistema jurídico extranjero no les resulta familiar, acompañado de costos más altos de transacción para contratos transfronterizos que son celebrados, porque las partes se ven obligadas a solicitar asesoría legal acerca del otro sistema.

1.3 ¿Problemas de la armonización?

La armonización no carece, desde luego, de sus propios problemas inherentes, y no es necesariamente algo bueno en sí mismo. Hay desafíos prácticos, e incluso objeciones en principio.²⁰

El punto de la armonización es (como mínimo) la alineación de los sistemas jurídicos, ya sea en la formulación de sus normas jurídicas o al menos en sus efectos, y ello involucra algún cambio en el derecho nacional (doméstico) para producir un derecho armonizado (transnacional). Si el derecho nacional se cambia para todos los propósitos –para transacciones tanto internas como transfronterizas– entonces inevitablemente surgen en relación a cuánto el sistema está renunciando como precio a pagar por la armonización, y si ello vale o no la pena. Pero si la armonización debiera tener efectos solo respecto de ciertas transacciones –solo algunos tipos de transacciones, o solo transacciones transfronterizas– hay una tensión, y potencial confusión, entre el derecho que sea aplicable generalmente y el derecho aplicable a las categorías particulares de transacción.

Las diferencias entre los sistemas nacionales contractuales varían, y por consiguiente la importancia práctica de los proyectos de armonización para diferentes sistemas nacionales es variable. Incluso entre sistemas jurídicos que pertenecen a la misma denominada “familia”,²¹ frecuentemente hay diferencias significativas en los detalles de sus normas o (incluso cuando aparecen más bien similares en el detalle), en cómo son interpretadas y aplicadas. Pero la teoría del derecho comparado de las familias jurídicas está diseñado para llamar la atención al hecho que, incluso si hay diferencias entre miembros de la misma familia, hay mayores diferencias con otras familias. Este es un asunto significativo para los proyectos diseñados para la armonización del derecho contractual en Europa, dada la presencia de tanto sistemas del *common law* (Inglaterra e Irlanda) como de sistemas civiles continentales entre los

20 Véase también GÓMEZ (2008), para una discusión acerca de los costos y beneficios del proyecto europeo de armonización del derecho contractual (sección 2 más arriba), mucho de lo cual se aplica igualmente a los proyectos de armonización en general.

21 Para diferentes aproximaciones sobre agrupar los sistemas jurídicos en “familias”, véase ZWEIGERT y KÖTZ (1998), cap. 5; ARMINJON *et al.* (1950), Vol. 1, pp. 49-53; DAVID *et al.* (2016), pp. 15-23; GORDLEY (2006), pp. 761-762.

Estados miembros, y dado además el contraste significativo en la aproximación al derecho contractual entre el *common law* y los sistemas civiles continentales.²² Pero la tensión creada por los proyectos de armonización aquí es más profunda, dado el aparente dominio del derecho inglés como el sistema escogido en el mercado de los contratos internacionales.²³

Esto apunta a otro asunto general de principios: el rol de la competencia entre sistemas jurídicos. Podría argumentarse que la armonización es de hecho contraria al interés nacional al eliminar la competencia entre derecho nacional con otros sistemas –y que el remover tal competencia afecta un interés económico nacional. Tal argumento puede encontrarse no solo en las bocas de quienes perciben que su propio sistema jurídico ya se está beneficiando en la práctica al ser el derecho escogido, por lo tanto oponiéndose a la armonización,²⁴ sino también de aquellos que favorecen la reforma, por entender que ella permite a la nación adaptarse al mercado comercial internacional (a través de una reforma nacional), o que permite nivelar el ámbito de la competencia (a través de la armonización).²⁵

Persiste una importante pregunta acerca de cómo se supone que debiera lograrse la “armonización” –incluso aquella armonización del tipo que solo busca el alineamiento de los sistemas nacionales, más que imponerles un solo nuevo texto (un nuevo Código).²⁶ Ello implica que los estados estén dispuestos a adaptar su derecho para alinearse con el modelo armonizado. Tal adaptación puede ser diseñada para adecuarse a los sistemas jurídicos a nivel de principio, pero pueden aún permitir diferencias de detalle. Mientras mayor sea la libertad que retengan los distintos sistemas respecto de sus propias normas, mayor será el detrimento para el propósito de la armonización. Esto ha surgido en Europa, donde gran parte de la armonización del derecho del consumidor ha sido logrado mediante Directivas, un método que otorga libertad a los Estados miembros sobre *cómo* implementar el derecho, de manera consistente con el resto de su sistema.²⁷ Este es un medio muy útil para lograr la armonización, pero sujeto al riesgo de que los Estados Miembros no implementen en la práctica el derecho de manera idéntica; y muchas Directivas no han requerido

22 CARTWRIGHT (2016), especialmente cap. 3.

23 Este punto ha sido utilizado para argumentar en contra de la armonización dese el punto de vista del Reino Unido. Véase v.gr. ASHTON (2006), p. 246.

24 Véase v.gr. ASHTON (2006), p. 246; CITY OF LONDON LAW SOCIETY (2012), p. 10, para. 10. *The Clifford Chance Survey on European Contract Law* en 2005 (*supra* n. 17) detectó menos entusiasmo en el Reino Unido que en otros lugares respecto de un derecho contractual europeo armonizado.

25 Este se dijo que fue un factor motivante detrás de la reciente reforma legal en Francia: véase *infra*, sección 3 y especialmente notas 70 y 71. Véase, sin embargo, VOGENAUER (2013), argumentando que no hay evidencia suficiente de competencia regulatoria en el derecho de los contratos, pero que las partes eligen el sistema jurídico de acuerdo a su familiaridad con el régimen escogido, y juicios globales intuitivos acerca de la sofisticación general de los sistemas jurídicos.

26 *Supra* sección 1.1.

27 TFEU, art. 288: “Una directiva será obligatoria, en cuanto al resultado a alcanzar, respecto de cada Estado miembro al cual se dirige, pero será de cargo de las autoridades nacionales determinar la forma y los métodos”.

total armonización, solo la introducción de reglas Europeas como un mínimo, dejando un ámbito significativo para diferencias continuas entre los distintos sistemas. La *Propuesta para una Regulación de un Derecho Común Europeo de Compraventa* de la Comisión dejó esto claro:²⁸

Existen diferencias significativas entre las normativas contractuales de los Estados miembros. En un primer momento, la Unión empezó su actividad reguladora en el campo del Derecho contractual mediante directivas de armonización mínima adoptadas en el ámbito del Derecho de los consumidores. Según el enfoque de armonización mínima, los Estados miembros tenían la posibilidad de mantener o introducir requisitos obligatorios más estrictos que los previstos en el acervo. En la práctica, este enfoque dio lugar a soluciones divergentes en los Estados miembros, incluso en ámbitos que ya estaban armonizados a escala de la Unión. En cambio, la Directiva sobre los derechos de los consumidores, recientemente adoptada, armoniza plenamente los siguientes ámbitos: la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores y el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, así como determinados aspectos relativos a la entrega de los bienes y la transmisión del riesgo.

2. EL AUGE Y CAÍDA DEL PROYECTO EUROPEO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

La experiencia europea es ilustrativa respecto a los desafíos para lograr un derecho contractual armonizado a lo largo de diferentes sistemas jurídicos. Durante un período de veinticinco años, desde 1989 a 2014, se realizaron esfuerzos para elaborar un posible modelo de armonización del derecho de los contratos en Europa. El hecho que esto haya sido realizado en el contexto de un orden jurídico supranacional —la Unión Europea—, en el cual ya existían mecanismos para armonizar los sistemas jurídicos de los Estados miembros a través de textos jurídicos vinculantes como Reguciones y Directivas,²⁹ dio lugar a un contexto en el cual un proyecto de esta naturaleza podía prosperar, al menos si una voluntad política común podía encontrarse para determinar su forma y para implementarlo. Veremos que, como un proyecto de armonización para el derecho contractual europeo, no parece haber sido exitoso, al menos en los términos que fueron fijados por el Parlamento Europeo cuando abrió los fuegos en 1989. Sin embargo, los resultados duraderos del proyecto tienen un valor verdadero, no solo para proveer de materiales a estudiosos del derecho comparado para el estudio del proceso de armonización y el derecho nacional de cada uno de los Estados miembros, sino también para ofrecer modelos posibles

28 COM(2011) 635.

29 TFEU, art. 288.

de reforma para los legisladores, no solo en Europa sino en cualquier lugar. Primero, sin embargo, debemos brevemente registrar los pasos claves a través de los cuales el derecho contractual europeo floreció, y luego decayó.

2.1 Pasos claves a lo largo del camino

En 1989, el Parlamento Europeo aprobó una resolución³⁰ requiriendo “que se dé comienzo a los trabajos preparatorios necesarios para elaborar un Código Común Europeo de Derecho Privado, siendo los Estados Miembros invitados, habiendo deliberado sobre el asunto, decidiendo si van a desear estar involucrados en la unificación planificada”. Esto llevó a mucho trabajo valioso comparando el derecho contractual nacional de los Estados miembros; de hecho, este era uno de los objetivos del Parlamento, que también solicitó en su resolución “que se otorguen apoyos a centros para el estudio del derecho comparado en la Comunidad, y a esfuerzos para la codificación en general”. Ya se estaba desarrollando trabajo en lo que se convertiría en los *Principios Europeos del Derecho de los Contratos* por la Comisión Europea de Derecho de los Contratos, un grupo académico privado, encabezado por el profesor Ole Lando, pero que posteriormente recibió financiamiento de la Comisión Europea y también de patrocinadores privados.³¹ La Parte I de los *Principios Europeos del Derecho de los Contratos* fue publicada en 1995,³² y luego una versión revisada de la Parte I, junto con la Parte II, fue publicada en 2000.³³ La Parte III se publicó a continuación en 2003.³⁴ El 2001 el primer libro de *European Contract Code, Preliminary Draft*, fue publicado por la Academy of European Private Lawyers en Pavia, coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi, otro grupo académico privado, que había comenzado a trabajar en 1990.³⁵

En 2001, la Comisión Europea emitió una *Comunicación sobre derecho contractual europeo*,³⁶ diseñado para “iniciar un debate abierto, amplio y detallado con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y también del público general, incluyendo comerciantes, asociaciones de consumidores, académicos y litigantes”.³⁷ Se ofrecían cuatro opciones para ser exploradas posteriormente: (1) no iniciar acciones de la Comunidad Europea; (2) promover el desarrollo de principios comunes

30 [1989] OJ C158/400; *supra* sección 1.2.

31 Para una revisión de los orígenes y el desarrollo de la Comisión Europea de Derecho de los Contratos, véase PECL (2000), pp. xi-xvi.

32 PECL (1995).

33 PECL (2000).

34 PECL (2003).

35 Para una traducción al inglés, véase RADLEY-GARDNER (2003), pp. 439-519. Una versión revisada y corregida fue publicada en 2004: véase AEPL (GANDOLFI) CODE (2004). Para una revisión de los orígenes y el desarrollo de la Academy of European Private Lawyers y su trabajo, véase AEPL (GANDOLFI) CODE (2004), pp. xli-xlvi.

36 COM(2001) 398, 11 de julio de 2001.

37 COM(2001) 398, para. 71.

contractuales conduciendo hacia una mayor convergencia de los sistemas nacionales; (3) mejorar la calidad de la legislación que ya se encuentra en vigor; (4) adoptar una nueva legislación comprehensiva a nivel de la Comunidad Europea.

En 2003, la Comisión publicó otra Comunicación: *Un derecho contractual europeo más coherente; Plan de acción*,³⁸ el cual proponía que la intervención legislativa debiera restringirse a sectores específicos, pero que las soluciones debieran orientarse a aumentar la coherencia del acervo comunitario en el área del derecho contractual —mediante el desarrollo de un “marco común de referencia” (“CFR”), estableciendo principios comunes y terminología en el área del derecho contractual europeo; promover la elaboración de cláusulas contractuales generales a nivel de Comunidad Europea; y examinar con mayor detención si los problemas del derecho contractual europeo podrían requerir soluciones específicas no-sectoriales, como un instrumento opcional. Esta Comunicación reconoció que la elección de sistemas no es una solución simple, especialmente para las partes contratantes (como las pequeñas y medianas empresas) que no tienen suficiente poder económico para negociar.

En 2004 se dio un paso adicional significativo que dirigió hacia adelante el proyecto durante los años siguientes. La Comisión dictó una *Comunicación sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*,³⁹ que fijó el plan para el desarrollo de un instrumento opcional de derecho contractual europeo en paralelo al trabajo para desarrollar el marco común de referencia (MCR). El MCR se utilizaría “cuando proceda, como herramienta para presentar propuestas de mejora de la calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual”. El MCR definiría “con precisión los términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de Derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros”. Sin embargo —de manera importante— la Comisión dejó claro que “no pretende proponer un ‘código civil europeo’ que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros”.

El camino entonces estaba fijado para el desarrollo no ya de un Código que reemplazaría los sistemas contractuales nacionales, sino un “marco común de referencia” para establecer tales cosas como reglas modelo, basadas en el derecho contractual tal como ya existía a nivel europeo (el “acervo”) y el derecho nacional de los Estados Miembros; así como también organizar un “instrumento no vinculante” de derecho contractual europeo, cuya forma y uso todavía debía definirse. Estas propuestas luego fueron desarrolladas a través de la preparación y publicación en 2008 del primer volumen de los *Principios del Acervo*,⁴⁰ seguidos en 2008 por una versión “Provisoria” del *Borrador de Marco Común de Referencia* (“DFCR”), que fue publicado

38 COM(2003) 68, 12 February 2003.

39 COM(2004) 651, 11 October 2004.

40 ACQUIS PRINCIPLES (2007).

en su versión final en 2009;⁴¹ y luego por la publicación en 2010 del Libro Verde de la Comisión Europea *Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*.⁴² El Libro Verde planteaba varias opciones para la naturaleza jurídica que adoptaría el derecho contractual europeo: podría “variar entre un instrumento no vinculante, que intente mejorar la consistencia y calidad de la legislación de la Unión Europea, a un instrumento obligatorio que establecería una alternativa a la pluralidad existente de los regímenes nacionales contractuales, al otorgar un solo conjunto de reglas contractuales”.⁴³ Todas las opciones estaban sobre la mesa: (1) publicación de los resultados de un “Grupo de Expertos” que recientemente se había conformado⁴⁴ para desarrollar un posible instrumento de derecho contractual europeo basado en el DCFR; (2) una “caja de herramientas oficial” para legisladores; (3) una Recomendación de la Comisión (que no tendría fuerza obligatoria⁴⁵) sobre derecho contractual europeo; (4) una Regulación (que sería obligatoria y directamente aplicable a los Estados Miembros⁴⁶), estableciendo un instrumento no vinculante de derecho contractual europeo; (5) una Directiva (que sería obligatoria para los Estados Miembros pero que debería ser implementada en leyes nacionales⁴⁷) sobre derecho contractual europeo; (6) una Regulación estableciendo un derecho contractual europeo; o (7) una Regulación estableciendo un Código Civil Europeo. A pesar de que esto parecía dejar abierta la posibilidad de la más fundamental de todas las intervenciones, en la forma de un nuevo Código de Contratos obligatorio o incluso un completo nuevo Código Civil Europeo, el modelo que parecía ser más aceptado de momento era el instrumento no vinculante, a ser introducido en el derecho contractual de cada uno de los Estados Miembros mediante regulación, para existir en conjunto con el derecho nacional. El “Grupo de Expertos” fue designado en 2010, y durante 2011 publicó una versión original y una versión revisada de su “Estudio de factibilidad para un futuro instrumento de Derecho Contractual Europeo”;⁴⁸ y en 2011 la Comisión cristalizó el proyecto con su *Normativa Común de Compraventa Europea* (“CESL”).⁴⁹ Este documento contenía el borrador del texto del instrumento no vinculante, que las partes podrían elegir para transacciones transfronterizas para la venta de bienes, para la provisión de contenidos digitales y servicios relacionados, siempre que el vendedor/proveedor sea un comerciante, y al menos una de las otras partes sea un consumidor o una pequeña o mediana empresa.

41 DCFR (2009).

42 COM(2010) 348, 1 de julio de 2010.

43 COM(2010) 348, párrafo 4.1.

44 COM(2010) 348, párrafo 2; Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010, OJ L 105, 27.4.2010, p. 109.

45 TFEU, art. 288.

46 TFEU, art. 288.

47 TFEU, art. 288.

48 Commission Press Release IP/11/523 (3 de mayo de 2011). El estudio de factibilidad, con ensayos discutiéndolo, fue publicado en SCHULZE and STUYCK (2011).

49 COM(2011) 635, 11 de octubre de 2011.

Un intenso debate se siguió a continuación acerca de la forma y sustancia de la propuesta de la Comisión.⁵⁰ Fue finalmente (y más bien silenciosamente) retirada a fines del 2014, cuando fue eliminado del Programa de trabajo de la Comisión para 2015,⁵¹ presentado al Parlamento Europeo el 16 de diciembre de 2014; la propuesta para el CESL fue luego reemplazada por una propuesta mucho más acotada por una Directiva sobre contratos para la provisión de servicios digitales.⁵²

2.2 ¿Por qué el proyecto no tuvo éxito?

Pueden aprenderse algunas lecciones de la experiencia europea discutida más arriba. La propuesta del Parlamento Europeo, asumida y llevada a cabo por la Comisión, parece no haber sido exitosa, y podemos preguntarnos naturalmente por qué.

En primer lugar, puede que simplemente la propuesta haya sido demasiado ambiciosa. La primera idea era de un Código Civil Europeo: la resolución del Parlamento Europeo en 1989 se refería a la “unificación”, no solo a la “armonización”, y a un “Código Europeo de Derecho Privado”;⁵³ la idea de un Código fue mantenida en la forma del *Borrador de Marco Común de Referencia*, el cual aunque era abiertamente un proyecto académico,⁵⁴ incorporó y desarrolló los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, pero también amplió su cobertura para incluir no solo derecho contractual general, sino ciertos contratos específicos, el derecho de las obligaciones en general (incluyendo responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado), y aspectos del derecho de bienes transportables y fideicomisos. Las ideas de un Código Contractual o incluso un Código Civil Europeo eran nuevamente opciones en el Libro Verde de la Comisión en 2010,⁵⁵ y a pesar de que la propuesta final era una Regulación para un “instrumento no vinculante”, incluso esto era visto como demasiado y muy controversial.⁵⁶

Ciertamente que había resistencia de parte de Estados Miembros individuales, lo que sugiere que la propuesta era demasiado difícil de vender políticamente. El compromiso requerido, incluso en un instrumento no vinculante si tal instrumento iba a ser utilizado, podría entrar en conflicto con estándares normalmente establecidos por el derecho nacional (como estándares altos de protección al consumidor). Ello

50 Véase, v.gr., la Editorial y la bibliografía acompañada a ella en *European Review of Private Law*, Vol. 21, N° 1 (2013) pp. 1-12; y (en Francia) los debates reportados en *Revue des Contrats* 2012, N° 4, pp. 1393-1484.

51 COM(2014) 910.

52 COM(2015) 634, 9 December 2015.

53 *Supra* sección 1.2.

54 DCFR (2009), pp. 8-9.

55 *Supra* sección 2.1.

56 Véase CARTWRIGHT (2011). Para ejemplos de discusión, comentarios y críticas, véase también SCHULZE (2012); y (en Francia) los debates reportados en *Revue des Contrats* 2011, N° 3, pp. 1027-1101, y N° 4, pp. 1361-1491.

parece haberse combinado con preocupaciones más generales de algunos sistemas acerca de la forma en la cual sus propios principios, reglas y estándares del derecho contractual podrían ser afectados. En el Reino Unido esto no es un problema nuevo. Un proyecto significativo fue iniciado en 1965 por la *Law Commission for England*, en conjunto con la *Scottish Law Commission*, para formular un nuevo Código Contractual para todo el Reino Unido. Esto por consiguiente abarcaría tanto el *common law* de Inglaterra como el sistema mixto de Escocia, el cual (en su derecho contractual, al menos) tiene una base visiblemente continental. El proyecto finalmente fracasó cuando no hubo un acuerdo definitivo sobre los compromisos que debían adoptarse para lograr un conjunto factible de reglas entre las dos jurisdicciones, y ni siquiera la *Law Commission* continuó para crear un Código para su propia jurisdicción.⁵⁷ En el caso de la propuesta de la Comisión Europea en 2011 para un instrumento no vinculante, hubo fuertes críticas en el Reino Unido. Asesorando al gobierno británico,⁵⁸ las *Law Commissions* de Inglaterra y Escocia criticaron la propuesta, argumentando (entre otras cosas) que era poco probable que los comerciantes permitieran a los consumidores elegir contratar bajo el instrumento no vinculante o su propio derecho nacional, lo que simplemente agregaría otro sistema jurídico a la confusión actual; y que “el derecho inglés y escocés tienen una reputación de inclinarse hacia el lado de la certeza de la balanza. Por el contrario, el CESL se inclina firmemente hacia el lado de la equidad”; pero si el CESL es un instrumento no vinculante, no protege los contratantes débiles dado que la elección del sistema jurídico probablemente va a ser determinado por la parte más dominante.⁵⁹

La crítica no se limitaba, por supuesto, al Reino Unido, y para nuestros propósitos debe notarse que también había resistencia en Francia.⁶⁰ Sin embargo, el proyecto europeo le dio a los franceses una inspiración renovada para analizar y revisar su propio Código Civil (nacional), pero en el modelo francés, no como un Código Europeo. Esto es discutido más abajo.

2.3 ¿Cuáles son los resultados duraderos del proyecto de armonización del derecho contractual europeo?

A pesar de que el proyecto europeo no dio lugar a un derecho contractual europeo totalmente armonizado, no debe pensarse que el proyecto no produjo algunos resultados muy valiosos. El trabajo académico desarrollado comparando sistemas

57 Véase CARTWRIGHT (2009), pp. 168-169; MACQUEEN (2005), pp. 157-161. El texto del borrador fue eventualmente publicado en MCGREGOR (1993).

58 LAW COMMISSIONS (2011).

59 LAW COMMISSIONS (2011), párrafos S.12, S.44, S.45. El gobierno del Reino Unido no tiene una historia de propuestas acogedoras para la armonización del derecho contractual: véase, v.gr., ASHTON (2006), p. 247 (“el gobierno no ve beneficio alguno en una armonización obligatoria o voluntaria del derecho contractual europeo”); y nótese que el Reino Unido no ha ratificado la Convención de Viena (CISG).

60 ANCEL *et al.* (2017), pp. 35-39.

Europeos es muy significativo –y le ha otorgado un renovado ímpetu al estudio comparado del derecho contractual a lo largo de Europa. El resultado tangible incluye no solo el texto de varios borradores y propuestas, como los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, el *Borrador de Marco Común de Referencia*, y la propuesta *Normativa Común de Compraventa Europea*, pero también las notas y comentarios en los volúmenes del PECL y el DCFR, así como la relevante literatura académica que han inspirado.

Sin perjuicio de que no han sido adoptados o promulgados como derecho contractual europeo armonizado, los textos en sí mismos son muy valiosos: cristalizan modelos de derecho contractual que podrían funcionar como sistemas jurídicos independientes (redactados en la forma de códigos), pero pueden también ofrecer ideas (y el texto para implementar esas ideas) acerca de un derecho contractual modelo. En este sentido, ellos pueden funcionar como una “caja de herramientas” para un mayor desarrollo de los sistemas nacionales dentro del ámbito del orden europeo en el cual fueron creados; y como una inspiración para otros sistemas (no europeos), ya sea que estén basados históricamente en los sistemas continentales europeos (como Latinoamérica) o en otros lugares (como Asia del Este). Ya hemos visto que estos textos europeos, y en particular los *Principios del Derecho Contractual Europeo* ya han sido influyentes en otras propuestas de reformas a lo largo del mundo.⁶¹ Más cerca de casa, no obstante, se encuentre quizás la mayor ilustración de su influencia en la reforma del derecho contractual que fue promulgada en Francia el 2016.

3. LA INFLUENCIA DE LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN EN PRÁCTICA: EL EJEMPLO DE FRANCIA

El derecho general de los contratos en Francia fue reformado por *Ordonnance* con vigencia a partir del 1 de octubre de 2016.⁶² Había habido planes de reformar el derecho contractual francés durante el transcurso del siglo XX: el texto del Código en esta materia no había sufrido en general alteraciones desde su redacción original en 1804, y ya había habido un ímpetu de reformar el Código en los tiempos de su primer centenario en 1904. Pero el prospecto del desarrollo de un derecho contractual europeo general en la segunda mitad del siglo XX puso los desarrollos franceses internos en pausa, y se le dio prioridad a otras áreas del derecho civil (como el derecho de familia) en reemplazo. Desde los tiempos del bicentenario del Código en 2004, hubo un nuevo ímpetu para reformar el Código nacional –un ímpetu que ha sido visto como una reacción en contra del proceso de europeización que se estaba tornando muy “anti-continental”, o como una oportunidad para modernizar el derecho en paralelo con (o, al menos, tomando en cuenta) los proyectos europeos de armonización.⁶³ Proyectos académicos franceses de reforma fueron publicados en

61 *Supra* sección 1.1.

62 Véase generalmente CARTWRIGHT y WHITTAKER (2017). Para una detallada explicación acerca de las etapas del desarrollo que condujo a la reforma, resumida en este párrafo, véase FAUVARQUE-COSSON *et al.* (2017); ANCEL *et al.* (2017), pp. 1-66.

63 ANCEL *et al.* (2017), p. 21; CHANTEPIE y LATINA (2016), pp. 8-9, 11-12.

2006⁶⁴ y 2009;⁶⁵ luego el proyecto fue tomado por el Ministerio de Justicia, resultando eventualmente en una *Ordonnance* de 10 de febrero de 2016, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2016.⁶⁶

Los desarrollos europeos —en particular los *Principios del Derecho Contractual Europeo*, pero también el *Borrador de Marco Común de Referencia*, el *Código Contractual Europeo*, *Borrador Preliminar* (el Código Gandolfi), y un borrador francés de “principios comunes contractuales” (*principes contractuels communs*)⁶⁷— así como los *Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales*, tuvieron una influencia significativa en el proceso de reforma francesa. El Ministerio de Justicia, presentando la *Ordonnance* al Presidente de la República, en un Reporte publicado en el Diario Oficial,⁶⁸ llamó explícitamente la atención sobre las influencias que los textos europeos habían tenido en la redacción de varios de los nuevos artículos franceses, mientras que al mismo tiempo enfatizaba que el objetivo detrás era modernizar el Código francés nacional: para retener “el espíritu del Código Civil, favorable al consensualismo que incentiva el intercambio económico, como protector del más débil”.⁶⁹

Las áreas en las cuales el Ministro dejó en claro que había confiado en los desarrollos europeos y textos al redactar las nuevas disposiciones francesas son las siguientes:

- la estructura general de los nuevos artículos, para regular la vida del contrato desde las negociaciones a su término;
- normas sobre deberes precontractuales de información (art. 1112-1) y mal uso de información confidencial (art. 1112.2);
- determinación de tiempo y lugar de entrega por el oferente y el tiempo y lugar de la aceptación (art. 1121);
- permitir la ejecución de una promesa unilateral que ha sido indebidamente revocada (art. 1124);

64 CATALA (2006).

65 TERRÉ (2009).

66 *Ordonnance* n° 2016-131 du 10 février 2016. Dado que la reforma no fue realizada por ley sino por una ordenanza bajo la autoridad de una ley (Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 8), la Ordenanza está sujeta a un procedimiento de ratificación del Parlamento, lo cual otorga una oportunidad para agregar modificaciones a la ley. Las primeras lecturas de la ley de ratificación pasaron por el Senado y la Asamblea Nacional el 17 de octubre y 11 de diciembre de 2017, respectivamente: hay desacuerdo entre el Senado y la Asamblea Nacional, pero está claro que algunas modificaciones (al menos relativamente menores) tendrán efecto una vez que el procedimiento de ratificación haya concluido durante el curso de 2018. Para información sobre el estado actual de la ratificación, véase <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html>.

67 ASSOCIATION HENRI CAPITANT *et al.* (2008).

68 Report to the President (2016).

69 “*L’esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles*”.

- derogación de la causa como requisito de validez;
- inserción de una sección incluyendo normas sobre representación, junto con algunos de sus artículos particulares;
- adopción de la terminología del “contenido” de un contrato (art. 1128);
- introducción de un artículo que sanciona la explotación del estado de dependencia de la otra parte (art. 1143);
- normas sobre contratos marco que permiten que el precio sea fijado unilateralmente por una de las partes (art. 1164);
- uso de estándares objetivos (razonabilidad, legítimas expectativas) para integrar el contrato frente a sus vacíos para determinar el estándar de una obligación (art. 1166), y para interpretar el contrato en caso de duda sobre la intención de las partes (art. 1188);
- reconocimiento de la imprevisión y los remedios, incluyendo la facultad del tribunal de revisar el contrato (art. 1195);
- limitación respecto del remedio de cumplimiento específico cuando el costo para el deudor fuere manifiestamente desproporcionado al interés que el acreedor tenga sobre este (art. 1221);
- introducción de la reducción de precio como un remedio general por incumplimiento o cumplimiento imperfecto (art. 1223);
- introducción de resolución unilateral del contrato notificando al deudor (art. 1226);
- norma específica según la cual la resolución del contrato no afecta las cláusulas que definen la resolución de conflictos o las obligaciones de confidencialidad o de no competir (art. 1230).

Esta es una larga lista que muestra el rango de influencia de los proyectos europeos. Algunos ítems de la lista se presentan como solamente confirmando la dirección en la cual los tribunales franceses ya estaban moviéndose al interpretar el antiguo Código de 1804. Pero muchas disposiciones son nuevas, supuestamente “inspiradas” por los proyectos europeos de armonización en general, o atribuidas a textos individuales como los *Principios del Derecho Contractual Europeo*, el *Borrador de Marco Común de Referencia*, los *Principios UNIDROIT*, o el *Código Contractual Europeo, Borrador Preliminar* (el Código Gandolfi). Sin embargo, incluso en los casos de influencia directa de una fuente en uno de estos textos, la reforma no sigue simplemente los modelos europeos: hay aún un interés nacional, un deseo de utilizar el Código para promover el derecho francés frente a otros sistemas jurídicos, y en particular en el contexto de elección de sistema jurídico en los contratos internacionales. Esta fue la razón entregada por el Ministro en particular para abandonar la noción de causa:⁷⁰

⁷⁰ El texto en francés es:

“Le deuxième objectif poursuivi par l’ordonnance est de renforcer l’attractivité du droit français, au plan politique, culturel,

“El segundo objetivo de la Ordenanza es reforzar el atractivo del derecho francés, a nivel político, cultural y económico. La certeza jurídica otorgada por nuestro derecho de las obligaciones, que se basa en el intercambio económico, debiera por consiguiente facilitar su aplicación a contratos internacionales. En este sentido, abandonar formalmente la noción de causa, lo que dio lugar a un debate significativo, permitirá a Francia acercarse más al derecho de muchos sistemas jurídicos extranjeros, manteniendo en la legislación las variadas funciones (incluyendo el equilibrio contractual) que la jurisprudencia le había asignado”.

Y en el proceso legislativo ante el Senado, proponiendo el uso del procedimiento de *Ordonnance* para reformar el Código (y no el uso de legislación primaria por una ley), la Ministra de Justicia, Mme Taubira, esbozó una imagen del estado actual del derecho francés:⁷¹

Como bien saben, se está librando una batalla en Europa por la influencia, en particular entre nuestro derecho continental –la fuerza de nuestro derecho, como está escrito y es concebido– y el así denominado *common law*, que tiene su propia influencia, su concepción de los servicios y de ciertas profesiones. Esta batalla se desarrolla diaria y constantemente. Nuestro derecho de los contratos ya no inspira a nadie en el mundo –¡aquellos que se inspiraron en él ya han tomado los pasos siguientes!– de manera que no debiera ser sorprendente que hayamos perdido influencia. Sin embargo, Francia siempre ha sido una influencia brillante por su derecho, no solo en Europa sino a lo largo de todo el mundo.

Si este objetivo se logrará o no con el nuevo Código –de hecho, si una revisión de un Código Civil puede en principio tener tal efecto– es un asunto discutible.⁷² Pero ello refuerza el punto de que los Estados tienen intereses nacionales para ser sopesados en el contexto de las propuestas para la armonización del derecho contractual.

et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées”.

71 JO S (CR) du 24 janvier 2014, p. 632. El texto en francés es:

“*Vous le savez, une bataille d'influence se livre en Europe notamment entre notre droit continental – la force de notre droit tel qu'il est écrit et tel qu'il est conçu – et ce que l'on appelle la common law, ayant sa propre influence, sa conception des services et de certaines professions. Cette bataille est quotidienne et permanente. Notre droit des contrats n'inspire plus personne dans le monde – ceux qui s'en sont inspirés ont déjà franchi les étapes suivantes! –, ne nous étonnons donc pas de perdre de l'influence. Pourtant, la France a longtemps et largement rayonné par son droit, aussi bien en Europe que dans le monde”.*

72 Véase v.gr. CARTWRIGHT (2015); DESHAYES *et al.* (2016), pp. 8-9; CHANTEPIE and LATINA (2016), pp. 18-23; VOGENAUER (2013).

4. ¿LECCIONES PARA LATINOAMÉRICA?

Latinoamérica está involucrada en la discusión acerca de la armonización del derecho contractual —y es natural que así sea.⁷³ La herencia común de los códigos de derecho privado en los países latinoamericanos, y sus intereses comunes en relación al comercio regional, proveen un contexto en el cual los argumentos para acercarse a la armonización de los sistemas contractuales nacionales pueden ser planteados. No es, por supuesto, simplemente una reproducción de los argumentos europeos: no hay un orden jurídico supranacional que provea de mecanismos para armonizar o unificar los sistemas de los Estados individuales en un solo mercado.⁷⁴ Y a pesar de que ya se ha reescrito significativamente algunos de los Códigos nacionales durante la última parte del siglo XX y principios del siglo XXI, ello no ha sido realizado con la mirada puesta en la armonización dentro de Latinoamérica.⁷⁵ Sin embargo, en un contexto regional donde la armonización del derecho contractual ahora está siendo explorada, resulta natural observar la experiencia europea, para determinar qué lecciones pueden aprenderse.

Algunas de las dificultades que se encuentran en Europa⁷⁶ no serán un problema dentro del contexto latinoamericano. El proyecto (excesivamente) ambicioso de unificación, y no de armonización, a través de un “Código Europeo” que podría superar los sistemas nacionales, o incluso solo un “instrumento no vinculante” —que puede ser opcional para los contratantes (o, más bien, para la parte dominante del contrato⁷⁷), pero que no sería opcional como un sistema, sino que sería impuesta por una Regulación como un derecho contractual adicional en los sistemas nacionales de cada uno de los Estados Miembros— simplemente está fuera de la mesa dentro del contexto latinoamericano de Estados individuales e independientes. De tal manera que la aproximación más natural es la “armonización” en el sentido de buscar llegar en la mayor medida a un alineamiento de las reglas internas de los sistemas nacionales.⁷⁸

Una tensión que claramente estaba presente dentro del contexto europeo —entre las aproximaciones al derecho contractual del derecho continental y del *common law*— no es un problema en Latinoamérica, donde la “familia jurídica” pertenece a la tradición continental.⁷⁹ Sin embargo, la afinidad entre sistemas que pertenecen a la misma familia no excluye que existan diferencias —en ocasiones diferencias significativas— entre ellos. Las recientes reformas francesas⁸⁰ ilustran esto, reafirmando una

73 Véase en general MOMBORG (2017), pp. 4-8 y otras fuentes allí citadas.

74 *Supra* sección 2.

75 MOMBORG (2017), p. 7.

76 *Supra* sección 2.2.

77 CARTWRIGHT (2011); LAW COMMISSIONS (2011), párrafo S.45.

78 *Supra* sección 1.1.

79 *Supra* sección 1.3; MOMBORG (2017), pp. 4-5.

80 *Supra* sección 3.

identidad nacional contractual –o incluso redefiniéndola de tal modo que se convierte en un régimen más distinto de los otros miembros de la familia con los cuales tiene vínculos históricos, y a los cuales sus reglas (ahora modificadas) originalmente los inspiró.⁸¹ La tensión por consiguiente es igualmente inevitable entre los Estados en respuesta a cualquier sugerencia desde fuera para que modifiquen o incluso abandonen sus propias reglas jurídicas, que se perciben como si hubiesen sido desarrolladas por sus propias buenas razones.

Sin embargo, la verdadera lección de la experiencia europea es una que ciertamente puede trasladarse al contexto latinoamericano. El aumento del entendimiento entre las naciones europeas acerca de sus sistemas contractuales –las similitudes y diferencias, tanto en principio como en los efectos prácticos de sus reglas jurídicas en práctica– y un entendimiento acerca de la dirección en la cual los sistemas nacionales como un todo se mueven en sus propios desarrollos internos de sus regímenes contractuales, permite una reflexión más madura entre cada Estado de si debieran efectuar una reforma de su propio derecho, y de ser así, cómo hacerlo. Este es el verdadero valor del ejercicio de derecho comparado en el cual Europa ha estado involucrada en las últimas tres décadas. Y ello de manera similar justifica el trabajo que hay detrás de proyectos como el de los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Proyectos regionales de este tipo no debieran ser simplemente copias de los *Principios Europeos de Derecho Contractual*, pero necesitan involucrarse a nivel regional con los mismos problemas: buscando los mejores modelos que se ajusten a los sistemas jurídicos y que no simplemente describan sus principios comunes, sino que también puedan apuntar en la dirección en la cual los sistemas individuales pueden moverse, tanto para acercarlos entre sí y (teniendo en cuenta que tales *Principios* son redactados no solo en un contexto regional, sino también internacional⁸²) ponerlos en línea con las tendencias del mercado internacional. Los sistemas nacionales en Europa están recurriendo a los proyectos europeos de armonización para reflejar sus propias leyes. Francia, en particular, no siguió simplemente los proyectos europeos en sus reformas del derecho contractual, pero se conformaba con que algunas de las reformas propuestas eran consistentes con el desarrollo del derecho contractual en Europa, e incluso dichas reformas fueron en general inspiradas por este desarrollo para tomar nuevos pasos significativos.⁸³ Esto demuestra que los proyectos de este tipo pueden tener un valor significativo.

81 Por ejemplo, en la eliminación de la causa como requisito de validez de los contratos, con el objeto de hacer más accesible el derecho francés, pero que de un solo golpe elimina una de las características tradicionales que han sido reproducidas en otros miembros de la familia legal “romanista”.

82 *Supra* sección 1.1.

83 *Supra* sección 3.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACQUIS PRINCIPLES (2007). Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Un-fair Terms (Sellier).
- AEPL (GANDOLFI) CODE (2004). ACADEMY OF EUROPEAN PRIVATE LAWYERS, *Code européen des contrats: Avant-projet, Livre premier* (revised edn., Giuffrè).
- ANCEL, François *et al.* (eds.) (2017). *Aux Sources de la Réforme du Droit des Contrats* (Dalloz).
- ARMINJON, Pierre *et al.* (1950). *Traité de droit comparé* (LGDJ).
- ASHTON OF UPHOLLAND, Baroness (2006). “Harmonisation of European Contract Law—the United Kingdom Government’s Thinking” in VOGENAUER, Stefan and WEATHERILL, Stephen (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (Hart Publishing), pp. 245-248.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT *et al.* (2008). *Principes contractuels communs* (Société de Législation Comparé).
- CARTWRIGHT, John (2009). “The English Law of Contract: Time for Review?” *European Review of Private Law.*, Vol. 17, N° 1, pp. 155-175.
- CARTWRIGHT, John (2011). “‘Choice is Good.’ Really?” *European Review of Contract Law*, Vol. 7, N° 2, pp. 335-349.
- CARTWRIGHT, John (2015). “Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats” *Revue des contrats*, 2015, N° 3, pp. 691-699.
- CARTWRIGHT, John (2016). *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* (3rd edn., Hart Publishing).
- CARTWRIGHT, John y WHITTAKER, Simon (eds.) (2017). *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms* (Hart Publishing).
- CATALA, Pierre (ed.) (2006). *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription: Rapport remis au garde des Sceaux* (Paris) (trans. CARTWRIGHT, John and WHITTAKER, Simon, en CARTWRIGHT, John *et al.* (eds.), *Reforming the French Law of Obligations* (Hart Publishing, 2009)).
- CHANTEPIE, Gaël and LATINA, Mathias (2016). *La Réforme du Droit des Obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* (Dalloz).
- CHEN-WISHART, Mindy *et al.* (eds.) (2016). *Remedies for Breach of Contract* (Oxford University Press).

- CISG (1980). United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (United Nations).
- CITY OF LONDON LAW SOCIETY (2012). “The City of London Law Society response to the Ministry of Justice document “A Common European Sales Law for the European Union – A proposal for a Regulation from the European Commission: A Call for Evidence””: [http://www.citysolicitors.org.uk/attachments/article/91/20120521-1856-clls-response-to-moj-re-cesl-\(2\).pdf](http://www.citysolicitors.org.uk/attachments/article/91/20120521-1856-clls-response-to-moj-re-cesl-(2).pdf).
- DAVID, René *et al.* (2016). *Les grands systèmes de droit contemporains* (12th edn., Dalloz).
- DCFR (2009). VON BAR, Christian *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Sellier).
- DESHAYES, Olivier *et al.* (2016). *Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations* (LexisNexis).
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte *et al.* (2017), “The Process of Elaboration of the Reform of the Law of Contract” en CARTWRIGHT, John y WHITTAKER, Simon (eds.) *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms* (Hart Publishing), pp. 17-26.
- FONTAINE, Marcel (2004). “The Draft OHADA Uniform Act on Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, Vol. 9, N° 3, pp. 573-584.
- GÓMEZ, Fernando (2008). “The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective”, *European Review of Contract Law*, Vol. 4, N° 2, pp. 89-118.
- GORDLEY, James (2006). “Comparative Law and Legal History”, en REIMANN, Matthias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press), cap. 23.
- HAN, Shiyuan (2013). “Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia”, *Villanova Law Review*, Vol. 58, N° 4, pp. 589-599.
- LAW COMMISSIONS (2011). THE LAW COMMISSION and the SCOTTISH LAW COMMISSION, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems*: http://www.law-com.gov.uk/app/uploads/2015/03/Common_European_Sales_Law_Summary.pdf.
- MCGREGOR, Harvey (1993). *Contract Code Drawn up on Behalf of the English Law Commission* (Giuffrè).
- MCKENDRICK, Ewan (2006), “Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In” en VOGENAUER, Stefan y WEATHERILL, Stephen (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (Hart Publishing), pp. 5-29.
- MACQUEEN, Hector (2005). “Glory with Gloag or the Stake with Stair? T B Smith and the Scots Law of Contract” en REID, Elspeth y CAREY MILLER, David (eds.) (2005), *A Mixed Legal System in Transition: T.B. Smith and the Progress of Scots Law*, pp. 138-172.

- MOMBERG, Rodrigo (2017). "The Process of Harmonisation of Private Law in Latin America: An Overview", en MOMBERG, Rodrigo and VOGENAUER, Stefan (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart Publishing), pp. 3-21.
- OED Online (2017). *Oxford English Dictionary Online* (Oxford University Press).
- OHADAC (2015). *OHADAC Principles on International Commercial Contracts*. <http://www.ohadac.com/textes/2/ohadac-principles-on-international-commercial-contracts.html>.
- PECL (1995). LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.), *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies* (Martinus Nijhoff).
- PECL (2000). LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (Kluwer Law International).
- PECL (2003). LANDO, Ole *et al.* (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III* (Kluwer Law International).
- RADLEY-GARDNER, Oliver *et al.* (eds.) (2003). *Fundamental Texts on European Private Law* (Hart Publishing).
- Report to the President (2016). *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF N° 35, 11 February 2016, text n° 25.
- SCHULZE, Reiner (ed.) (2012). *Common European Sales Law (CESL): Commentary* (Beck).
- SCHULZE, Reiner y STUYCK, Julien (eds.) (2011). *Towards a European Contract Law* (Sellier).
- SCHWENZER, Ingeborg (2016). "Global unification of contract law", *Uniform Law Review*, Vol. 21, N° 1, pp. 60-74.
- TERRÉ, François (ed.) (2009). *Pour une réforme du droit des contrats* (Dalloz).
- UNIDROIT (2016). International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (UNIDROIT).
- VOGENAUER, Stefan y WEATHERILL, Stephen (eds.) (2006). *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (Hart Publishing).
- VOGENAUER, Stefan (2013). "Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence", *European Review of Private Law*, Vol. 21, N° 1, pp. 13-78.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2006). "Comparative Law and the Europeanization of Private Law", in REIMANN, Matthias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press), ch. 16.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998). *Introduction to Comparative Law* (3rd edn., trans. Tony Weir, Clarendon Press, Oxford).

NORMAS CITADAS

Unión Europea:

TFEU. Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C326/47.

Francia:

Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.