

«The Future of Contract Law in Latin America», 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)*

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

1. El futuro del Derecho de Contratos en América Latina pasa, necesariamente, por el estudio y análisis crítico de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (a partir de ahora, PLDC). Es ésta una de las principales conclusiones que se derivan del Congreso que se celebró en el *Keble College* de Oxford el pasado 25 de junio: todas y cada una de las intervenciones tuvieron como objeto de análisis, desde distintas perspectivas, los mencionados PLDC.

2. Los PLDC constituyen un ambicioso proyecto académico cuyos promotores son los Profesores Carlos PIZARRO (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile), Álvaro VIDAL OLIVARES (Universidad Católica de Valparaíso) e Íñigo DE LA MAZA (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile); y en el que participan profesores de distintos países de Latinoamérica, en concreto: Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela. Este proyecto cuenta con el valioso apoyo de la *French Foundation pour le Droit Continental* y ya ha despertado el interés de otros países europeos, como España o Reino Unido.

* La presente reseña se enmarca en el Proyecto de Investigación «Los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

En España, los Profesores Nieves FENOY PICÓN y Antonio-Manuel MORALES MORENO codirigen un Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y titulado «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación»; además, fue en el fascículo I del año 2014 de este *Anuario de Derecho Civil* donde se publicó el Borrador de los PLDC, como Anexo al artículo del Profesor Antonio-Manuel MORALES MORENO (pp. 227 a 253; el texto de los PLDC en pp. 214 a 253).

Y en Reino Unido, la celebración de este Congreso ha contribuido a dar mayor visibilidad a los PLDC y ha sido una prueba evidente de que interesan, y mucho, a quienes, en Europa, se dedican al Derecho Comparado.

3. El Congreso ha sido una iniciativa del *Institute of European and Comparative Law*: se trata de uno de los institutos de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, cuya función es desarrollar e impulsar la docencia y la investigación en el ámbito del Derecho Europeo y Comparado (más información en <http://www.iecl.ox.ac.uk>). Promovieron esta iniciativa el director del mencionado instituto, *Professor Stefan VOGENAUER* y uno de sus miembros, el Dr. Rodrigo MOMBORG.

4. No es éste el primer encuentro que se produce a propósito de los PLDC: y así, los días 19 y 20 de noviembre de 2013 se celebraron en Santiago de Chile y Valparaíso las Jornadas «El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento», que se dedicaron al debate del borrador de los PLDC (sobre dichas Jornadas, *vid.* el citado artículo de Antonio-Manuel MORALES MORENO). Lo novedoso del Congreso que se reseña en estas líneas es que ha sido el primero que, sobre los PLDC, se ha celebrado en Europa, precisamente con el objetivo de darles mayor visibilidad en el «viejo continente».

5. El Congreso reunió a expertos académicos, que cabría clasificar en cuatro grupos: (1) profesores que han participado en la redacción de los PLDC; (2) comparatistas europeos; (3) comparatistas latinoamericanos que desarrollan su actividad, de manera temporal o indefinida, en alguna institución académica europea; y (4) profesores que han participado activamente en la elaboración y/o en el seguimiento de textos de Derecho Privado Europeo o Uniforme.

En el primer grupo, se sitúan los Profesores Carlos PIZARRO e Íñigo DE LA MAZA, a los que ya he tenido ocasión de referirme.

El segundo grupo, que he denominado de los «comparatistas europeos», estuvo conformado por los siguientes profesores: por un lado, el Dr. Jan Peter SCHMIDT (*Research Fellow* en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*); y Jean-Sebastien BORGHETTI (*Professeur de Droit Privé* en la Universidad *Paris II*). Por otro lado, las Profesoras Sabrina LANNI (*Università Magna Graecia, Catanzaro*), Marie GORÉ (*Professeur de Droit Privé* en la *Université Panthéon-Assas*), Christina RAMBERG (*Professor of Private Law* en *Stockholm University*) y Solène ROWAN (*Associate Professor* en la *London School of Economics*): todas ellas moderaron alguna de las cuatro sesiones en las que se dividió el encuentro.

El tercer grupo de ponentes lo formaron profesores latinoamericanos especializados en Derecho comparado y que actualmente desarrollan su labor docente y/o investigadora en Europa. Se trata del Dr. Agustín PARISE (*Researcher* en la *Maastricht University*); Gerardo CAFFERA (doctorando en la *University of Oxford*); Diego FERNÁNDEZ ARROYO (*Global Professor of Law* en *SciencesPo, Paris*); y el Dr. Rodrigo MOMBERG (*Career Development Fellow in Comparative Law* en la *University of Oxford*). En fin, en el cuarto grupo de ponencias invitadas cabe incluir a importantes figuras académicas que han participado activamente en la elaboración y/o seguimiento posterior de textos de Derecho Privado Europeo o Uniforme, que son referencia obligada en el Moderno Derecho de Contratos: me refiero a la Profesora Pilar PERALES VISCASILLAS (Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del CISG-AC [*Advisory Council on the Convention on Contracts for the International sale of goods*]); el Profesor John CARTWRIGHT (*Professor of the Law of Contract* en la *University of Oxford* y miembro del *Trento Project on the Common Core of European Private Law*); el Profesor Alejandro GARRO (*Professor of Comparative Law* en la *Columbia University* y miembro del CISG-AC); y el Profesor Hugh BEALE (*Professor of Law* en la *University of Warwick*, coeditor, junto con Ole LANDO, de los *Principles of European Contract Law* y miembro del *Study Group on a European Civil Code*).

6. El Congreso se dividió en dos partes: la primera, denominada *The Principles of Latin American Contract Law: History and Context*, se desarrolló durante la mañana y tuvo como objetivo contextualizar los PLDC tanto desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista actual; la segunda parte, denominada *The Principles of Latin American Contract Law: comparative analysis*,

ocupó la tarde y se dedicó al estudio y análisis de algunas cuestiones concretas de los mencionados Principios.

7. A partir de las ponencias y de las intensas discusiones que todas y cada una de ellas generaron, puede afirmarse que los puntos centrales del debate fueron los siguientes: (1) la *fuerza de inspiración* de los PLDC; (2) su *finalidad*; y (3) las *grandes cuestiones jurídicas de la contratación* que preocupan a los juristas latinoamericanos. A continuación, me referiré brevemente a cada uno de estos puntos.

7.1 En cuanto a la *fuerza de inspiración* de los PLDC, se hizo patente la difícil labor de compromiso que representan estos Principios, entre, por un lado, la tradición del Derecho de contratos en Latinoamérica y, por otro lado, el Moderno Derecho de Contratos, representado por textos como los PECL, los UNIDROIT Principles, la Propuesta española de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y la propuesta francesa de reforma de contratos dirigida por el profesor François TERRÉ. A este tema aludieron los siguientes ponentes.

El Profesor Carlos PIZARRO («The Principles of Latin American Contract Law: a general introduction») puso de manifiesto que el grupo de profesores latinoamericanos que han promovido esta iniciativa cuentan con formación diversa, pues confluyen en ellos las tradiciones jurídicas francesa, italiana y española. El citado Profesor quiso subrayar que los PLDC buscan incluir también las tradiciones jurídicas latinoamericanas que, en el momento actual, se encuentran en estadios de evolución diferentes: y así, a título de ejemplo, mientras que en Chile el Derecho de Contratos no ha sido objeto de reforma, en Argentina cuentan con un Código nuevo (Código Civil y Comercial, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina, año CXXII, número 32895, 8 de octubre de 2014 y que entrará en vigor el 1 de enero de 2016). El Profesor PIZARRO hizo especial énfasis en que, aunque los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme y, en particular, los PECL, han constituido un modelo a seguir por los PLDC, estos no deben entenderse como una mera copia de los mentados Principios Europeos.

El Dr. Jan Peter SCHMIDT («The Principles of Latin American Contract Law against the background of Latin American legal culture: a European perspective») dividió su intervención en cuatro partes. En la primera, denominada «Myths and reality: the origins of the Latin American legal orders» el ponente quiso desmitificar algunas ideas, así como destacar convenientemente algunos datos que suelen pasarse por alto: a título de ejemplo, indicó que, aunque

el Derecho Contractual Latinoamericano se ha inspirado fundamentalmente en la tradición del *Civil Law*, cabe encontrar aspectos propios de la tradición del *Common Law*; también quiso subrayar que SAVIGNY influyó en el pensamiento jurídico de algunos países latinoamericanos como Argentina. En la segunda parte, titulada «Keeping the spirit of the *ius commune* alive: the openness of Latin American legal doctrine» defendió la idea de que el espíritu del *ius commune* sobrevive en Latinoamérica, como demuestra, entre otros datos, el hecho, ciertamente reseñable, de que, a diferencia de lo que sucede en países de Europa como Francia o Alemania, en las universidades latinoamericanas no hay distinción entre Profesores de Derecho Nacional y Profesores de Derecho Comparado: los juristas latinoamericanos tienen muy presente el Derecho comparado en su labor diaria aunque, como más adelante puso de manifiesto el ponente Gerardo CAFFERA, dirigen la mirada con mayor frecuencia a Europa que a sus vecinos latinoamericanos. En la tercera parte de la ponencia, denominada «Idealism and realism in Latin American contract law» el Dr. SCHMIDT partió de la constatación de que la sociedad latinoamericana es una sociedad mixta, muy diversa de la europea y criticó que dichas diferencias no se vieran reflejadas en el Derecho contractual. A la cuarta parte de su ponencia, me referiré más adelante (*infra* 7.2).

El investigador Agustín PARISE («Harmonization of private law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law and the emergence of third-generation civil codes») ofreció una visión de la evolución del Derecho de Contratos en Latinoamérica. En su ponencia aludió a las tres generaciones de Códigos destacando alguna característica de cada una de ellas: y así, en cuanto a la primera generación de códigos, aludió a su estructura, muy similar a la del Código napoleónico, y puso de manifiesto que reflejó la tensión entre el antiguo y el nuevo régimen; Agustín PARISE definió a la segunda generación de códigos como «ecléctica» y consideró que la tercera generación de códigos responde a la nueva realidad tecnológica y globalizadora, centrándose en el ya citado Código Civil y Comercial argentino. El Dr. PARISE aludió también a los previos intentos de armonización que han existido en el ámbito del Derecho contractual latinoamericano.

El investigador Gerardo CAFFERA («The Principles of Latin American Contract Law and the economic conditions of contracts: an historical approach to usurious contracts in South America») presentó un estudio histórico del tratamiento de la usura y de la rescisión por lesión en Latinoamérica a fin de comprobar si

los PLDC han seguido la tradición latinoamericana en este punto, llegando a una conclusión negativa.

La íntima conexión de los PLDC con el Moderno Derecho de Contratos se hizo visible también en el estudio comparativo entre los PLDC y la CISG que expuso la Profesora Pilar PERALES VISCASILLAS («The Principles of Latin American Contract Law and the CISG»), así como en las ponencias de Rodrigo MOMBORG («The rules on formation of the contract in the Principles of Latin American Contract Law») y del Profesor John CARTWRIGHT («Defects of consent under the Principles of Latin American Contract Law»).

La Catedrática de la Universidad Carlos III de Madrid defendió que la CISG debe constituir el punto de partida de los PLDC y en su análisis comparativo subrayó algunas diferencias entre ambos textos. Destacaré aquí dos: por un lado, el carácter demasiado imperativo del lenguaje empleado por los PLDC; y, por otro lado, el papel del principio general de la buena fe: mientras que en la CISG la buena fe constituye un principio de interpretación de la Convención (art. 7.1), en los PLDC la buena fe está presente a lo largo de todo el articulado y se extiende al comportamiento de las partes y a la interpretación del contrato. Por último, la Profesora PERALES VISCASILLAS consideró deseable que los PLDC adoptaran también una perspectiva mercantil.

El Dr. MOMBORG centró su ponencia en el análisis de la oferta y de la aceptación en los PLDC, presentando un estudio comparativo entre, por un lado, los PLDC y, por otro lado, la reforma francesa de 2015, el DCFR, la CISG, los UNIDROIT Principles y los PECL. En cuanto a la oferta (arts. 15 a 19 PLDC), se centró en su definición, en la necesidad de que sea determinada, en la oferta al público, así como en la retirada, la revocación y la caducidad de la oferta. De la aceptación (arts. 20 a 26 PLDC) destacó su definición, efectos y el tratamiento de la aceptación que modifica los términos de la oferta.

El Profesor John CARTWRIGHT ofreció una completa panorámica del tratamiento de los vicios del consentimiento en los PLDC y en los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme, así como en el Derecho español, francés e inglés y dividió su ponencia en cuatro puntos: (1) ¿qué es defectuoso: el consentimiento, la declaración de voluntad o el contrato?; (2) ¿cuáles son los motivos de invalidez del contrato?; (3) ¿qué remedio tiene a su disposición la parte afectada por el vicio?; y (4) ¿por qué el contrato no es válido?

7.2 El segundo punto central del debate fue la *finalidad* de los PLDC: ¿representan un modelo para los legisladores nacionales? ¿Se pretende con ellos unificar el Derecho de contratos latino-

americano? ¿Tratan de ser un instrumento opcional al que pueden someterse las partes en uso de su autonomía de la voluntad?

El Profesor PIZARRO indicó en su ponencia introductoria que los PLDC pretenden servir como modelo a los legisladores, para reformar sus códigos, y a los jueces, para inspirar sus soluciones jurisprudenciales.

El Dr. SCHMIDT, en la ponencia citada (*supra* 7.1) consideró que los PLDC deberían representar una oportunidad de reflexión sobre si el Derecho Contractual latinoamericano tiene que ser similar o diverso al europeo, dadas las diferencias existentes entre ambas sociedades. Idea ésta muy similar a la que sostuvo Gerardo CAFFERA, quien apuntó que los PLDC deberían constituir una oportunidad para que los países latinoamericanos se miraran recíprocamente entre sí, más de lo que lo hacen ahora.

El Profesor Hugh BEALE planteó su ponencia («General assessment of the Principles of Latin American Contract Law») como una batería de preguntas dirigidas a que los redactores de los PLDC reflexionen sobre el texto que han elaborado y acometan el siguiente paso: la elaboración de unos comentarios. Ésta constituye la próxima meta a alcanzar, en opinión del Profesor inglés y, a juzgar por la intervención del Profesor DE LA MAZA, también en opinión de los redactores de los PLDC. Y para llegar a ella resulta imprescindible responder a las siguientes cuestiones: (1) ¿por qué se quiere armonizar el Derecho contractual latinoamericano? ¿Por una cuestión política o económica?; (2) ¿Cuál es la filosofía que subyace en su articulado?; (3) ¿Quiénes son los destinatarios? ¿Las grandes empresas o las pequeñas y medianas empresas?; (4) ¿Qué pretenden ser los PLDC? ¿Un modelo para los legisladores o un instrumento opcional para los operadores jurídicos?; (5) ¿Pretenden regular operaciones transnacionales?

7.3 Por último, fue altamente significativo comprobar que las *grandes cuestiones jurídicas de la contratación* que preocupan a la doctrina a uno y otro lado del Atlántico son las mismas.

Por un lado, el *concepto de contrato*, del que se ocupó específicamente el Profesor Iñigo DE LA MAZA («The concept and elements of the contract in the Principles of Latin American Contract Law»), quien, entre otras cosas, destacó que, a pesar de manejar un concepto muy similar al de los PECL, los PLDC se apartan de ellos en un punto muy significativo: la causa y el objeto son elementos esenciales del contrato (art. 9 PLDC).

Del *cumplimiento y del incumplimiento del contrato* se ocupó el Profesor Jean-Sebastien BORGHETTI («Performance and non-performance under the Principles of Latin American Contract

Law»). Y sobre los *remedios frente al incumplimiento* versó la ponencia del Profesor Alejandro GARRO («Remedial choices under the Principles of Latin American Contract Law»), quien ofreció una perspectiva general de la regulación de los remedios en los PLDC, en la que destacó las siguientes ideas: (a) la enumeración de los remedios, contenida en el artículo 84 PLDC, que calificó de innovadora; (b) el reconocimiento expreso de la posibilidad de indemnizar el daño no patrimonial (art. 98 PLDC); (c) la posibilidad de ejercitar la resolución extrajudicialmente (art. 89.3 PLDC); (d) el reconocimiento expreso de la posibilidad de incluir cláusulas resolutorias expresas en el contrato por el juego de la autonomía de la voluntad (art. 94 PLDC); (e) la ausencia de un sistema de *Nachfrist* en los PLDC y la oportunidad de incluirlo; (f) en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios destacó que, a pesar de que se dedican pocos artículos a este remedio, la regulación contenida en ellos resulta de gran utilidad.

8. Los asistentes tuvieron a su disposición, junto a la versión en castellano de los PLDC, una traducción al inglés elaborada por Adriana MAESTAS y Manuel ALCALDE (*Linklaters LLP New York*) y Rodrigo MOMBERG y Stefan VOGENAUER (*Institute of European and Comparative Law, Oxford*).

9. Las ponencias serán publicadas próximamente en la colección *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law* (*Hart Publishing*), junto con la versión inglesa de los PLDC; los organizadores expresaron su deseo de que en dicha publicación aparezca igualmente una traducción de los PLDC al francés.