

OPINIO JURIS *in Comparatione*

Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law:
A European Comment

Pietro Sirena

Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos y la ley aplicable al contrato*

Pietro Sirena

ABSTRACT

This paper moves from the description of the nature and interpretative functions of the PLACL, to the issue of their range of application to peer-to-peer parties to a contract. The conclusion is that the PLACL provide a significant contribution to a common Latinan American juridical culture.

KEY WORDS

LACL legal nature – Interpretation of national and transnational contract law – Consumer contract law

Sumario

1. La naturaleza jurídica de los PLDC
2. La libertad de las partes contratantes de elegir los PLDC como ley aplicable a su contrato
3. La interpretación del derecho nacional y uniforme según los PLDC
4. La hipótesis de una reforma legislativa basada en los PLDC y los proyectos de un código civil europeo

* Traducción de Sonia Lidia Quequejana Mamani y Carlos Antonio Agurto Gonzáles.

5. La (¿aparente?) inaplicabilidad de los PLDC a los contratos de los consumidores
6. Conclusiones

1. La naturaleza jurídica de los PLDC

I *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, también conocidos con el acrónimo de PLDC (o con el inglés de PLACL), constituyen una gran obra de “derecho científico”. La cual se desarrolló entre el 2010 y el 2018¹. Si trata de “derecho científico” porque los PLDC han sido elaborados por una comisión de juristas académicos, los cuales han actuado en virtud de una legitimación exclusivamente cultural y más allá de un específico mandato legislativo. Además, se trata de “derecho científico” porque los PLDC han sido redactados sobre la base de un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos de algunos de los países latino-americanos, sin perseguir específicos objetivos de política del Derecho².

No es posible no señalar que, desde el punto de vista formal, los PLDC han sido concebidos y realizados como un articulado de normas jurídicas, las cuales son susceptibles de ser aplicadas para resolver un caso práctico o para decidir la solución de una controversia (*black letter rules*). En particular, los PLDC son aplicables al contrato cuando, como se ha previsto en el art. 1(2) PLDC, «las partes: a) se sometan total o parcialmente a ellos [principios]; b) hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes»³.

Además, como es explícitamente sugerido por el art. 2 PLDC, estos principios son susceptibles para servir como criterios de interpretación uniformes no solamente de los instrumentos internacionales que regulan el contrato, pero también del derecho nacional⁴.

¹ Los PLDC han sido redactados sobre la base de algunos *reports* nacionales (véase AA.VV., *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*, coord. C. Pizarro Wilson, Universidad Externado, Bogotá, 2012). Después una primera versión del 2014, los PLDC fueron aprobados en Santiago de Chile en el 2016 y posteriormente en Bogotá en el 2017 (véase AA.VV., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, coord. I. De La Maza-C. Pizarro Wilson-Á. Vidal, BOE, Madrid, 2018). La traducción en inglés se puede encontrar como apéndice AA.VV., *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, ed. by R. Momberg-S. Vogenauer, Bloomsbury, Oxford, 2017, p. 285 ss. Esta ha sido posteriormente corregida y publicada nuevamente como apéndice en R. Momberg-S. Vogenauer, *The Principles of Latin American Contract Law: text, translation, and introduction*, en *Uniform Law Review*, 23, 2018, p. 151 ss.

² Sobre el concepto de “derecho científico”, véase R. Zimmermann, “*Wissenschaftliches Recht*” am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in *Privates Recht*, hrsg. von C. Bumke-A. Röthel, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 21 ss.

³ V. *infra*, n. 2.

⁴ V. *infra*, n. 3.

Desde este punto de vista, los PLDC pueden ser concebidos como la fuente de un Derecho “casi vigente”⁵, el cual puede convertirse en aplicable por voluntad de las partes contratantes o mediante la interpretación jurisprudencial de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Se puede tratar de un “derecho dúctil” o “flexible” (*soft law*)⁶, el cual no es vinculante en sentido positivo, pero estas normas han sido utilizadas por el legislador, por los jueces y también por las partes. En este sentido, se explica y se justifica su definición como “principios”, lo cual significa que no se trata de vagas y generales directivas del Derecho, sino que, incluso tratándose de reglas puntuales y definidas, estas no son vigentes en sentido positivista⁷.

En este sentido, los PLDC constituyen la manifestación de un “derecho más allá del Estado”⁸, el cual no es rigurosamente concebible según los cánones del positivismo jurídico que ha caracterizado en larga parte la cultura jurídica del siglo XX.

En cuanto su finalidad, los PLDC son el instrumento de creación de un derecho supranacional no vinculante, el cual constituye una alternativa a la legislación. Estos encuentran su antecedente en los *Principles of European Contract Law* redactados por la comisión presidida por Ole Lando en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) elaborado por la comisión presidida por Christian von Bar⁹. Fuera del contexto euro-

⁵ En sentido crítico respecto a este concepto, cfr. K. Riesenhuber, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung. Systembildung im Europäischen Vertragsrecht*, en *Privates Recht*, hrsg. von C. Bumke-A. Röthel, cit., p. 49 ss.

⁶ A este propósito, véase la fundamental contribución de N. Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codification in Historical and Comparative Perspective*, CUP, Cambridge, 2010.

⁷ Sobre la redefinición conceptual de los principios en la perspectiva de la uniformidad y de la comparación jurídica, véase los ensayos recopilados en *General Principles of Law: European and comparative perspective*, ed. by S. Vogenauer-S. Weatherhill, Bloomsbury, Oxford, 2017; *Rules and Principles in European Contract Law*, ed. by P. Sirena-J. Rutgers, Cambridge, 2015; *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, ed. by S. Grundmann-D. Mazeaud, Kluwer Law, The Hague, 2006. A nivel monográfico véase N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014; A. Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

⁸ Sobre el tema «Beyond the State? Rethinking Private Law», véase las contribuciones al homónimo congreso desarrollados en el MPI de Hamburgo, el 12-13 de julio de 2007, y publicados en el fascículo 3 del 2008 de la *American Journal of Comparative Law*.

⁹ H. Beale, *The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider*, en R. Momberg-S. Vogenauer (eds.), cit., p. 265 ss.; I. de la Maza Gazmuri, *The Two Spirits of the PLACL*, en AA.VV., *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, ed. by F. de Elizalde, Bloomsbury, Oxford, 2018, p. 205 ss.

peo, características análogas a los *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) redactados por el UNIDROIT¹⁰, los cuales tienen una connotación global¹¹.

En larga medida, estas obras de pana-codificación científica del derecho privado toman el modelo de los *restatements* elaborados por la *American Law Institute*¹². Estas se basan en una aplicación del método comparado que no es mecanicista, sino orientada en la elección de las soluciones “mejores”, es decir que pueden mejor conseguir el objetivo de la uniformidad del Derecho¹³. Por tanto, se puede tratar también de soluciones que pueden no presentarse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos considerados, o en ninguno de ellos¹⁴.

Este método fue empleado con éxito en la Convención de Viena sobre la venta internacional de bienes muebles de 1980¹⁵, la cual, como es conocido, es en larga medida basada en la obra de Ernst Rabel¹⁶.

2. La libertad de las partes contratantes de elegir los PLDC como ley aplicable a su contrato

Como se ha resaltado, los PLDC pueden ser generalmente elegidos por las partes contratantes como ley aplicable a su contrato. El art. 1(2) PLDC precisa expresa-

¹⁰ J. Bonell, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, p. 1 ss.; O. Lando, *CISG and its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, p. 379 ss.; H.M. Flechtner, *The CISG's Impact on International Unification Efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, en *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experience*, ed. by F. Ferrari, Giuffrè-Sellier, Milán-München, 2003, p. 169 ss. Para un comentario a cada artículo véase E. Brödermann, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague, 2018; *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*², ed. by S. Vogenauer, Bloomsbury, Oxford, 2015.

¹¹ R. Michaels, *The Unidroit Principles as Global Background Law*, in *Uniform Law Review*, 19, 2014, p. 643 ss.; Id., *Umdenken für die UNIDROIT Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 73, 2009, p. 866 ss.

¹² J. Zekoll, *Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?*, en AA.VV., *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, II, *Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, hrsg. von R. Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 101 ss.

¹³ Para un cuadro de conjunto, véase N. Janssen-R. Zimmermann, *General Introduction*, en *Commentaries on European Contract Law*, ed. by N. Janssen-R. Zimmermann, OUP, Oxford, 2018, p. 6 ss.

¹⁴ Por todos, véase O. Lando, *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, p. 267 ss.

¹⁵ A. Janssen-N. Ahuja, *Bridging the Gap: The CISG as a Successful Legal Hybrid between Common Law and Civil Law?*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 138 ff.; I. Schwenzer-P. Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, en *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, p. 457 ss. Sobre algo de expticismo respecto el éxito de la Convención, cfr. sin embargo, H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, p. 9.

¹⁶ Sobre todo se trata de E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, de Gruyter, Berlín, 1936 y II, de Gruyter, Berlín, 1958. Para un cuadro de conjunto, v. P. Huber, *Comparative Sales Law*, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*², ed. by M. Reimann and R. Zimmermann, OUP, Oxford, 2018, p. 938 ss.

mente que en tales principios pueden ser elegidos también solamente en parte, agregándose así con uno o más ordenamientos jurídicos nacionales (o – si se debe considerar – también con otras fuentes de *soft law*).

En este modo, los PLDC son susceptibles de entrar en competición con los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos. Esto podría inducir a los legisladores nacionales y aumentar la atención de su derecho, y concentrar su atención a sus códigos civiles, modernizándolo y volviéndolo más competitivo. A fin de ser mayormente elegidos por las partes contratantes y de prevalecer así en la competencia con las fuentes de *soft law*, los legisladores nacionales verosímilmente inducidos a ofrecer reglas jurídicas que se demuestran mejores y más eficientes, desde el punto de los intereses de las partes contratantes.

De consecuencia, la libertad de las partes contratantes de elegir la ley aplicable a su contrato constituye un “mercado de las reglas”¹⁷, en la cual la competición se encuentra basada en la intrínseca eficiencia y la modernidad de trabajo legislativo (o cuasi-legislativo¹⁸).

Para que esto suceda, es necesario que los ordenamientos jurídicos nacionales no solamente reconozcan el principio general por el cual las partes contratantes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato, pero que impulsan también y favorecen el ejercicio de esta libertad. Esto aún no ha acontecido en modo suficiente, a causa de una cierta resistencia del derecho internacional privado.

En efecto, no está suficientemente aclarado si las partes contratantes pueden libremente elegir aplicar a su contrato no solamente un derecho extranjero, sino también un derecho que puede ser definido como “ajeno”¹⁹, porque no ha sido creado por ningún legislador ni por ninguna convención internacional²⁰.

Esta cuestión ha sido vivamente discutida respecto a los instrumentos europeos de derecho internacional privado (la Convención de Roma antes, y posteriormente el

¹⁷ S. Vogenauer, *Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, en *European Review of Private Law*, 21, 2013, p. 13 ss.

¹⁸ V. los ensayos recopilados en *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, al cuidado de A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari, 2004 y en *La competizione tra ordinamenti giuridici*, al cuidado de A. Plaia, Giuffrè, Milán, 2007. Más recientemente. v. F. Mezzanotte, *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, y F.P. Patti, *Concorrenza tra ordinamenti e armonizzazione del diritto privato europeo*, ambos en *Dal ‘fitness check’ alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, al cuidado de P. Sirena, Nápoles, 2019, p. 327 ss. y respectivamente. p. 423 ss.

¹⁹ Para indicaciones bibliográficas, véase P. Sirena, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 608 ss.

²⁰ Véase los ensayos recopilados en G. De Nova, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010.

Reglamento Roma I), originando soluciones que niegan la equiparación como se ha indicado²¹, respecto a otras, en cambio, que la afirman²².

Una notable indicación en sentido favorable se puede remitir al art. 3 (*Rules of law*) de los *Principles of Choice of Law in International Commercial Contract* del 2015²³, el cual establece que: «The law chosen by the party may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise»²⁴. En el caso en particular, los PLDC no satisfacen los requisitos de neutralidad y de equilibrio que son indicados, por lo que son susceptibles de convertirse en norma aplicable a su contrato por voluntad de las partes contratantes.

Según cuanto establece el art. 1(2), lett. b), PLDC, estos son aplicables también cuando las partes contratantes han convenido «que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes». Esta elección no es sorprendente porque las fuentes del *soft law* en materia contractual han sido generalmente concebida como una racionalización de la *lex mercatoria*, es decir del *corpus* de los usos normativos que se han formado en el ámbito del comercio internacional²⁵.

No obstante ello sea formalmente necesario, de hecho esta hipótesis presupone que al contrato se haya colocado una clausula compromisoria, mediante la cual las partes se han vinculado a ser examinadas en sede arbitral las eventuales controversias que podrían surgir entre ellos.

Tanto más si se considera cuanto se ha expresado a propósito de la tradicional concepción internacional-privatista de la libertad de elección de la ley aplicable al contrato, es inve-

²¹ C.-W. Canaris, *Die Stellung der UNIDROIT Principles und der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen*, en AA.VV., *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, hrsg. von J. Basedow, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 5 ss.

²² S. Grundmann, *Law Merchant als lex lata Communitatis*, en *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, hrsg. von U. Diederichsen-G. Fischer-D. Medicus, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 145 ss.; A. Hellgardt, *Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie*, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 82, 2018, p. 654 ss.

²³ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

²⁴ A este propósito, v. B. Fauvarque-Cosson, *New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts*, en *English and European Perspectives on Contracts and Commercial Law*, ed. by L. Gullifer-S. Vogenauer, Hart, Oxford-Portland, 2017, p. 455 ss.; B. Marshall, *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 66, 2018, p. 175 ss.

²⁵ J. Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles*, in *Uniform Law Review*, 23, 2018, p. 15 ss.; O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria*, en AA.VV., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification – Liber Amicorum Kurt Siebr*, ed. by J. Basedow, The Hague, 2000, 391 ss. En sentido contrario, cfr. C. Legros, *Common Core, PECL and DCFR: Could They be Used to Interpret Shipping Law?*, en AA.VV., *Common core, PECL and DCFR: Could they change shipping and transport law?*, ed. by F. Verheyen-F. Smeele-H. Hoeks, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 13.

rosímil que un juez nacional acepte resolver una controversia haciendo prevalecer ante el propio derecho nacional los principios generales o la *lex mercatoria*.

Por tanto, los PLDC son susceptibles de incentivar la competición entre jueces nacionales y colegios arbitrales, también en este caso contribuyendo a la modernización y a la mayor eficiencia del derecho aplicable al contrato²⁶.

3. La interpretación del derecho nacional y uniforme según los PLDC

Según cuanto lo establece el art. 3(1) PLDC, estos principios «se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato».

La interpretación de los instrumentos de derecho uniforme constituye un argumento particularmente impenativo y fascinante. Ante la falta de una corte internacional que es prepuesta para su aplicación, en efecto, estos instrumentos son aplicables por los jueces nacionales, los cuales tienden inevitablemente a interpretarlos según la *lex fori*. Se presenta así una paradoja, en cuanto los instrumentos de derecho internacional pueden generar diversificaciones y contradicciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales, en vez que estos consigan una mayor homogeneidad.

Cuanto menos a partir de los célebres estudios de Ernst Rabel²⁷, los cuales fueron producidos por su actividad de miembro de la comisión multilateral prepuesta a la aplicación del Tratado de Versalles, la doctrina ha sostenido los instrumentos de derecho uniforme no puede y no deben ser interpretados según la *lex fori*, sino sobre la base del derecho comparado.

Es evidente que, por cuanto conciernen a los países de América Latina, los PLDC puede constituir una base para desarrollar una interpretación comparatista de los instrumentos de derecho uniforme.

Asimismo, es significativo que los PLDC pueden servir como instrumento de interpretación de las disposiciones legislativas nacionales en materia de contrato.

²⁶ Véase los ensayos recopilados en *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, ed. by H. Eidenmüller, C.H. Beck-Hart-Nomos, Oxford-Portland, 2013.

²⁷ E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Hueber, München, 1925.

4. La hipótesis de una reforma legislativa basada en los PLDC y los proyectos de un código civil europeo

Según lo previsto por el art. 2(2) PLDC, además, los principios «sirven como modelo para los legisladores nacionales o internacionales».

Por ende, se puede inquirir si los PLDC pueden ser concebidos en una perspectiva de potencial superación de la fragmentación nacional del derecho privado y, más específicamente, si ellos preludian una posible codificación del derecho latino-americano de los contratos.

A este propósito, es útil considerar la experiencia de los PECL²⁸, además que a mayor razón, del DCFR²⁹, el cual se caracterizó por la ambición de colocar las bases de un código civil europeo.

Es indudable que los PECL y el DCFR han suscitado unos procesos virtuosos e incisivos de modernización y de europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales³⁰, el cual se ha manifestado en múltiples direcciones³¹.

En primer lugar, los PECL (así como los PICC) han inspirado y modelado las grandes reformas del código civil alemán y del francés que han sido realizadas respectivamente en el 2001-2002 y en el 2016-2018³². También el proyecto de re-

²⁸ O. Lando, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.; R. Zimmermann, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2003; C. Castronovo, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1995, I, p. 21 ss.; G. Alpa, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 121 ss.

²⁹ T. Pfeiffer, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 679; G. Alpa, G. Iudica, *Draft Common Frame of Reference (DCFR), What for?*, Giuffrè, Milán, 2013; AA.VV., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, al cuidado de C. Marchetti, Giappichelli, Turín, 2012; K. Riesenhuber, *Wettbewerb für das europäische Vertragsrecht*, en *Juristenzeitung*, 66, 2011, p. 537 ss.; M. Maugeri, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, p. 253 ss.; L. Antonioli, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München, 2011; U. Breccia, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, en *I Contratti*, 2010, p. 95 ss.; G. Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Sellier, Berlín, 2010; L. Antonioli-F. Fiorentini-J. Gordley, *A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, en *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 343 ss.; H. Eidenmüller-F. Faust-H. Grigoleit-N. Jansen-G. Wagner-R. Zimmermann, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, p. 659 ss.; R. Schulze, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Strukturen*, ahora en Id., *Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht*, hrsg. von Janssen, Baden-Baden, 2012, p. 183 ss.; S. Grundmann, *The Structure of the DCFR—Which Approach for Today's Contract Law?*, en *European Review of Contract Law*, 2008, p. 225 ss.

³⁰ En este sentido, v. O. Meyer, *Principles of European Contract Law und nationales Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

³¹ Para las oportunas referencias, se remite a P. Sirena, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 828 ss.

³² En general, v. S. Patti, *Ricodificazione*, en *Rivista diritto civile*, 2018, p. 446 ss. A propósito de la reforma alemana, v. T. Ackermann, *Uniform Rules as Guidelines for National Courts and Legislatures: The German Experience*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 93 ss. Respecto a la reforma francesa, v. B. Fauvarque-Cosson, *New Instruments Towards Converging Rules Within Europe? The Example of the French Reform (2016)*, ibíd., p. 103 ss.; Ead., *The Unidroit Principles, the World and*

forma del código civil español, el cual hasta el momento se encuentra en curso de elaboración³³, teniendo en cuenta los modelos de *soft law*³⁴, así como los nuevos códigos civiles que han sido promulgados por los Estados de Europa del Este que hace poco se han adherido a la Unión Europea (o están en curso de hacerlo)³⁵.

Además, la jurisprudencia de los jueces nacionales frecuentemente ha declarado interpretar el código civil del país en conformidad tanto de los PECL³⁶, cuanto de los PICC³⁷, favoreciendo así su convergencia hacia soluciones compartidas a nivel europeo.

La misma Corte de Justicia de la Unión Europea ha demostrado una cierta propensión en tal sentido³⁸.

En cambio, es más difícil verificar cuanta utilidad ha tenido estos instrumentos desde el punto de vista de la resolución arbitral de las controversias (en los cuales los PICC parecen más frecuentes aplicables de los PECL)³⁹.

the French Reform of Contract Law, en Unidroit, Eppur si muove: *The Age of Uniform Law Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, II, Roma, 2016, p. 1350 ss.

³³ V. los ensayos recopilados en J. Lete-E. Savaux-R. Schütz-H. Boucard, *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers, 2016. También véase M.A. Parra Lucán, *La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del derecho privado*, en *Europa e diritto privato*, 2014, p. 897 ss.

³⁴ G. Christandl, *Der spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsregelungen*, en *European Review of Private Law*, 20, 2012, p. 905 ss.

³⁵ Para una serie de *reports* nacionales, véase los actos de la conferencia internacional en ocasión 375º año de la fundación de la Universidad de Tartu, 5-16 de noviembre de 2007: *European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States*, in *Tartu Law Review*, XIV, 2008 (<http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=10521>). Véase, además, M. Józson, *The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 571 ss.; M. Pauknerová, *The Unidroit Principles and Czech Law*, en Unidroit, Eppur si muove: *The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1583 ss.; T. Zukas, *Einfluss der Unidroit Principles of International Commercial Contracts und der Principles of European Contract Law auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen: eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Lehre und Praxis zur Auslegung des rezipierten Rechts*, Stämpfli, Bern, 2011.

³⁶ Para España, por ejemplo, véase E. Roca Trías, *The Modernisation of the Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 83 ss.; E. Roca Trías, B. Fernández Gregoraci, *The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court*, en *European Review of Contract Law*, 5, 2009 p. 45 ss.; C. Vendrell Cervantes, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 533 ss.; M. Perales Viscasillas, *La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2007, p. 1750 ss.

³⁷ N. Bouza Vidal, *The Unidroit Principles as Legal Background in Spanish Case Law*, en Unidroit, Eppur si muove: *The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1266 ss.; M. Perales Viscasillas, *Los Principios de Unidroit en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, ibíd., p. 1619 ss.; I. Rueda, *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, París, 2015.

³⁸ En las conclusiones del abogado general se remiten a las siguientes citas: 4 de septiembre de 2008 – C-445/06 n. 94 (DCFR) – Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland; 15 de noviembre de 2007 – C-404/06 n. 44 (PECL) – Las AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände; 17 de diciembre de 2009 – C-227/08 n. 51 (DCFR) – Martín Martín/EDP Editores SL; 14 de febrero de 2012 – C-618/10 n. 4 (DCFR) – Banco Español de Crédito SA/Calderón Camino.

³⁹ Z. Derya Tarman, *Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 71 ss. En el ámbito de la vigésima conferencia de *Académie Internationale de Droit Comparé (AIDC)*, que se ha desarrollado

Por otro lado, se si valorizan desde el punto de vista de la posible promulgación de un código civil supranacional, tanto los PECL cuanto el DCFR han fallado, así como el proyecto más limitado de un reglamento que pretendió introducir un derecho común europeo de la venta (CESL)⁴⁰. En efecto, la resistencia no solo de los gobiernos y de los parlamentos de algunos de los principales Estados Miembros, sino también de una parte significativa de los juristas nacionales ha inducido a la Comisión a abandonar la hipótesis de una unificación europea del derecho privado y de la sustitución de los códigos civiles nacionales con un único instrumento legislativo de la Unión. Además, es vivamente discutido si esta última tenga la competencia institucional para emitir un instrumento del tipo y, también en el caso en que respuesta a la consulta sea positiva, si el proyecto de una codificación europea (incluso parcial) del derecho privado no viole irremediablemente el principio de subsidiaridad, que se encuentra en el art. 5 del Tratado sobre la Unión. En general, no se consiguió el objetivo de superar la actual fragmentariedad del derecho privado europeo, ni siquiera en cuanto concierne a la regulación de los contratos comerciales.

Además, más allá de la falla del legislador europeo, no se puede olvidar que la uniformidad jurídica, por cuanto pueda constituir un objetivo legítimo desde el punto de vista de la política del Derecho, no puede estar exenta de costos y que puede comportar desventajas también mayores de su utilidad. Como demuestra también el paragón empírico con los Estados Unidos y su experiencia jurídica, la diversificación del Derecho puede ser preferible y más ventajosa de su forzada uniformidad.

Por otro lado, entre los paradigmas fundantes de la justicia no existe la estandarización del Derecho, sino, exactamente lo opuesto, su actitud a tener en cuenta de las diferencias (*unicuique suum tribuere*).

en Fukuoka en 2018, ha sido tratado el siguiente tema: *The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national law*. Algunos reports nacionales se encuentran ya disponibles. Para Alemania, v. A. Erler-M. Schmidt-Kessel, *The Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement German Contract Law*, en AA.VV., *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, ed. by M. Schmidt-Kessel, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 39 ss.; para Italia, véase A. Veneziano-E. Finazzi Agrò, *The Use of the UNIDROIT Principles in Order to Interpret or Supplement National Contract Law*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, special edition, I, Nápoles, 2018, p. 39 ss. También véase B. Berger, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 129 ss.

⁴⁰ C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, en *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.; S. Whittaker, *The Proposed „Common European Sales Law“: Legal Framework and the Agreement of the Parties*, in *Market Law Review*, 75, 2012, p. 578 ss.; G. Alpa, *CESL, Fundamental Rights, General Principles of Contract Law*, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 837 ss.; R. Schulze, *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, C.H. Beck, Oxford, 2012; J.M. Smits, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 904 ss.; H. Beale, *A Common European Sales Law (CESL) for Business-to-Business Contracts*, in AA.VV., *The Making of European Contract Law: Why, How, What, Who*, ed. by L. Moccia, Sellier, München, 2013, p. 65 ss.; G. Dannemann-S. Vogenauer, *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; M. Schmidt-Kessel, *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, SELP, Berlín, 2014; J. Plaza Penadés-L. Martínez Velencoso, *European Perspective on the Common European Sales Law*, Springer, The Hague, 2015.

También respecto a los PLDC, es evidente que estos no suplantán el derecho nacional de los países latino-americanos, por lo menos a medio término.

Indudablemente es que estos ordenamientos jurídicos muestran un elevado nivel de homogeneidad y se caracterizan por notables elementos comunes, los cuales, en larga parte, debidos a sus raíces históricas. No obstante, esto no significa que estos pueden ser concebidos como variaciones de un único tema y que son, por tanto, inevitablemente destinados a perder sus específicas características⁴¹.

En cada uno de estos ordenamientos jurídicos la comunidad de los juristas (sea estos profesores de Derecho, jueces o abogados) ha desarrollado un *corpus* de prácticas interpretativas. Se trata de un depósito consistente de soluciones basadas en la aplicación jurisprudencial del Derecho, de *standards* de enseñanza y de investigación científica, de estilos formales y expositivos de los códigos civiles nacionales y de las sentencias pronunciadas por los jueces que los aplican, etc.

Por tanto, la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos no es reconducibles a una simple elección política, porque estos no constituyen una materia no trabajada, la cual pueda ser libremente plasmada y traspuesta a un nivel supranacional.

Entonces, es previsible que, en medio término, los derechos nacionales de los países latino-americanos continuaran constituyendo el punto decisivo de referencia para la aplicación y la evolución del derecho privado.

5. La (¿aparente?) inaplicabilidad de los PLDC a los contratos de los consumidores

Esto vale a mayor razón si se considera que, de acuerdo con el art. 1(1) PLDC, estos principios «establecen reglas generales aplicables a los contratos internos y internacionales, pero no a los contratos de consumo».

Por “contratos de consumo”, se deben comprender los contratos que son estipulados de los consumidores para adquirir los bienes y los servicios por quien los produce y los comercializa profesionalmente.

A esto se consigue que los PLDC regulan no solamente los contratos bilateralmente comerciales, es decir estipulados entre profesionales (B-to-B), sino también los estipulados entre consumidores (C-to-C). Más en general, se puede afirmar que los PLDC regulan los contratos entre pares (P-to-P), donde estos no son aplicables, en cambio, a los contra-

⁴¹ Para una amplia discusión de este problema, véase S. Lanni, *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del MERCOSUR tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Giuffrè, Milán, 2005, espec. p. 221 ss.

tos unilateralmente comerciales, es decir estipulados entre profesionales y consumidores (B-to-C).

Por un lado o por el otro, los PLDC se diversifican así de las otras fuentes de *soft law*. En efecto, su ámbito subjetivo de aplicación es más amplio del de los PICC, los cuales son aplicables exclusivamente a los contratos bilateralmente comerciales (B-to-B), no comprendiendo así a los de los consumidores (C-to-C); por otro lado, es más restringido de los PECL (y del DCFR), los cuales son aplicables también a los contratos unilateralmente comerciales, o del consumidor (B-to-C).

Entonces, se trata de contratos que se caracteriza por una constitutiva asimetría entre las partes contratantes, la cual hace que una de esas (es decir, el consumidor) sea estructuralmente “débil” y del otro (o sea, el profesional) es estructuralmente “fuerte”.

La racionalización que es característica de la actividad empresarial de producción y de intercambio de bienes y servicios comporta que, frente a la predisposición unilateral del contrato de parte del profesional, el consumidor sea estructuralmente expuesto al riesgo de sufrir un abusivo aprovechamiento de la propia posición negocial, la cual, en definitiva, perjudica el interés general al buen funcionamiento del mercado.

En efecto, este último presupone que, en su segmento final, el consumidor es racionalmente en capacidad de elegir de la oferta mejor de bienes y de servicios entre los profesionales concurrentes, maximizando así también el bienestar colectivo de la sociedad. En los límites en que esto sea objetivamente y estructuralmente imposible, el mercado es expuesto al riesgo de su falla, por tanto, la exigencia de una intervención orientada a regularlo desde el punto de vista legislativo, al fin de limitar la autonomía privada del profesional contratante y de tener en cuenta la del consumidor que se tiene en frente⁴².

Los “*contratos de consumo*”, a los cuales se refiere el ya mencionado art. 1(1) PLDC, son los regulados por el “derecho de los consumidores” que, tanto en América Latina como en Europa, se ha desarrollado al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales como derogación del derecho común, a menudo contraponiéndose así al código civil desde el punto de vista de las fuentes de producción normativa⁴³.

Desde el punto de vista internacional-privatista, el derecho de los consumidores se traduce en una derogación al principio general según el cual las partes contratantes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato. Esta prohibición es coherente con las razones mismas justifican la especialidad del Derecho y que, como ya se ha referido, se traducen en una serie de limitaciones inderogables de la autonomía privada del profesional contratante⁴⁴.

No obstante, esto se obtiene que, como se podría considerar de una primera lectura del art. 1(1) PLDC, estos principios son absolutamente inaplicables a los contratos estipulados

⁴² J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

⁴³ Para un examen detallado, v. S. Lanni, cit., p. 35 ss.

⁴⁴ P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, en *Rivista diritto civile*, 2004, I, p. 787 ss.

por los consumidores (con los profesionales). En efecto, la regla según la cual las partes contratantes no pueden libremente elegir la ley aplicable a estos contratos quiere decir propiamente que, no obstante esta elección, estos serán aplicados las normas jurídicas que tutelan mayormente al consumidor, el cual no puede ser privado de la protección que es garantizada por el Derecho del país en que tiene habitualmente su residencia.

En esto se obtiene que los PLDC puede ser elegidos como ley aplicable a los contratos estipulados entre los consumidores y los profesionales, quedando detenida la aplicación de estos contratos de las normas jurídicas que tutelan mayormente el consumidor en el ordenamiento jurídico del país en que tiene su morada habitual.

Debido a que, como se ha expresado, estas normas jurídicas son por definición inderogables, se presenta así el problema si el art. 1(1) PLDC se encuentre dotado de un autónomo contenido preceptivo. En un cierto sentido, se podría considerar que, no tratándose de derecho vigente en sentido positivo⁴⁵, los PLDC no pueden en ningún caso comportar la desaplicación de las normas inderogables dictadas por el derecho nacional que serían aplicables al contrato. Si fuese así, el art. 1(1) PLDC sería sustancialmente inútil, o al menos superfluo, dado que en la misma conclusión se habría llegado también en su falta.

No obstante, si se acepta que mediante la elección de las partes contratantes el derecho “ajeno” (como el de los PLDC) se convierta en una ley que regule el contrato⁴⁶, se debe considerar que, no obstante su formación “privada”, este derecho deba ser tratado como el extranjero desde el punto de vista internacional-privatista⁴⁷.

Desde el punto de vista que aquí interesa, lo que implica que, si elegida por las partes contratantes, los PLDC deben ser considerados idóneos para constituir un régimen jurídico tendencialmente autosuficiente, al punto de derogar también a las normas imperativas dictadas de los ordenamientos jurídicos nacionales de las partes contratantes, o del Derecho que sería aplicable a los contratos en falta de una elección elegida diversa⁴⁸.

No obstante, como es obvio los límites generales que el derecho internacional privado tradicionalmente se opone a esta elección⁴⁹. En tal sentido, depone expresamente el art.

⁴⁵ V. *supra*, n. 1.

⁴⁶ V. *supra*, n. 2.

⁴⁷ Sobre este problema, véase F. Galgano, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2012, p. 5 ss.; J.P. Béraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, en *Le Droit international privé: esprit et méthode. Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, p. 93 ss.; G. Carella, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, en *Il nuovo diritto europeo dei contratti dalla Convenzione di Roma I al Regolamento «Roma I»*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 78 ss. Para indicaciones bibliográficas, véase G. Biagioni, *sub art. 3*, en *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, al cuidado de F. Salerno-P. Franzina, en *Nuove leggi civili comm.entate*, 2009, p. 619 ss.

⁴⁸ Para una discusión del problema desde el punto de vista de los contratos internacionales y de los *boilerplate terms*, v. M. Foglia, *Il contratto autoregolato. Le merger clauses*, Giappichelli, Turín, 2016; F. Castronovo, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Giappichelli, Turín, 2018.

⁴⁹ A este propósito, véase G. Broggin, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 1980*, en Id., *Studi di diritto internazionale privato e comunitario*, II, Jovene, Nápoles, 2007, 832 ss. Por cuan-

3 PLDC, el cual establece que: «Estos Principios no restringen la aplicación de normas imperativas ni de principios de orden público, nacional, internacional o supranacional, conforme a las normas de Derecho internacional privado». Se trata del orden público internacional y de las “normas de aplicación necesario”.

Por cuanto el concepto de “normas de aplicación necesaria” sea vaga y éterea, se debe considerar que este deba ser definido sobre la base de las razones de política del Derecho que pueden justificar la restricción de la libertad que las partes contratantes generalmente han de elegir la ley aplicable a su contrato⁵⁰. En particular, como se ha expresado, la tutela del consumidor en materia contractual es teleológicamente fundada sobre la exigencia de prevenir y neutralizar los riesgos de la falla del mercado que son determinados de la asimetría informativa entre las partes contratantes. A esto se obtiene que las normas imperativas que forman parte de este derecho son “de aplicación necesaria” en sentido internacional-privatista.

Por tanto, el art. 1(1) PLDC asume una importancia fundamental interpretativa, porque de este se puede deducir que, si las elecciones de las partes contratantes, tales principios generalmente prevalen en las normas imperativas dictadas por el derecho nacional de las partes contratantes (o de lo que sería aplicable al contrato en falta de una elección diversa), restando solamente las normas de aplicación necesaria (como las que tutelan más fuertemente los consumidores) y, obviamente, el orden público internacional.

6. Conclusiones

En conclusión, los PLDC son susceptibles de desarrollar un rol esencial en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos. Mientras algunos de tales países han mostrado una evidente tendencia a la modernización y al cambio, otros han conservado su código civil así como ha sido promulgado en el siglo XIX.

Este fenómeno es casi inevitable cuando, gozando de un gran prestigio cultural y fundado en una tradición que se remonta en el tiempo, el código civil termina en convertirse en una especie de monumento cultural, como ha sucedido, por ejemplo, con el de Andrés Bello que fue adoptado en Chile, como en la experiencia colombiana. No obstante, en este modo el código civil puede sustraerse a un juicio crítico desapasionado y profundo, que pueda conducir a un repensamiento de conjunto.

to concerniente el art. 3, parágrafo 3, del Reglamento Roma I, v. J. Böhle, *Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen*, en *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2019, p. 72 ss.

⁵⁰ Véase *supra*, n. 2.

En cambio, los PLDC pueden servir como fuente de inspiración para los legisladores nacionales y pueden legitimarlos culturalmente retomando un amplio programa de reformas del derecho contractual que es predisposto por sus códigos civiles.

Más allá de los eventuales resultados de uniformidad legislativa y jurisprudencial, es indudable que se favorezca así el desarrollo de una cultura jurídica latino-americana del contrato⁵¹, creando las bases a fin que los juristas que forman parte de los ordenamientos jurídicos diferentes puedan participar en un diálogo supranacional y contribuir así a la afirmación de una doctrina común.

A este fin, es seguramente ausplicable que, en el ámbito de la enseñanza universitaria del Derecho en los países latino-americanos, los PLDC sean reconocidos como un instrumento que debe constituir objeto de enseñanza y con los cuales los estudiantes pueden adquirir una suficiente familiaridad⁵².

⁵¹ J. Schmidt, *The 'Principles of Latin American Contract Law' Against the Background of Latin American Legal Culture*, en R. Momberg-S. Vogenauer (edición al cuidado de), cit., p. 94.

⁵² Otro proyecto importante está constituido por el *Grupo para la armonización del derecho en América Latina* (GADAL), el cual está trabajando un proyecto de código opcional en materia de derecho de las obligaciones. Para mayores informaciones, véase <http://gadal.uexternado.edu.co/>

