

# EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL MERCOSUR: UN ENSAYO EN PERSPECTIVA

*José Antonio Moreno Rodríguez Alcalá<sup>1</sup>*  
*Roberto Moreno Rodríguez Alcalá<sup>2</sup>*

## Abstract:

La defensa de los ideales de libertad y seguridad jurídica tan caros para Andrés Bello presupone un derecho racional, eficiente y ordenado. El proceso de integración regional que se ha venido llevando adelante en el MERCOSUR, sin embargo, no ha contado con una racionalización y homogeneización del derecho contractual –eje fundamental de las relaciones económicas entre los habitantes de los distintos países. La presente contribución pretende ofrecer una visión en perspectiva de las distintas tendencias y desarrollos del derecho contractual en el marco internacional –con especial énfasis de lo que ha ocurrido en el proceso de integración europeo– para ofrecer soluciones plausibles que permitan la homogeneización paulatina de esta rama del derecho. El ensayo desarrolla la idea que si bien la tarea es harto complicada, existen de hecho herramientas que pueden hacer realidad el ideal bellano de un derecho más racional y justo, que a la postre promoverá la libertad y seguridad jurídica necesaria para la realización plena de los ciudadanos del MERCOSUR.

---

<sup>1</sup> LL.M., Harvard, 1993. Doctor en Derecho (*Summa Cum Laude*). Profesor de Contratos, Universidad Nacional de Asunción y Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción, Paraguay.

<sup>2</sup> M.Jur., Oxford, 2003 (*First Class Honours, Distinction*). Profesor de Contratos, Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción, Paraguay.

## El Futuro de la Codificación del Derecho Contractual en el MERCOSUR: Un Ensayo en Perspectiva<sup>3</sup>

Reconociendo la necesidad de adaptar (las leyes) a las localidades, costumbres y caracteres nacionales, no por eso debemos creer que nos es negado vivir bajo el amparo de instituciones libres y *naturalizar en nuestro suelo las saludables garantías que aseguran la libertad, patrimonio de toda sociedad humana que merezca el nombre de tal.*

- ANDRÉS BELLO, "Las Repúblicas Hispanoamericanas".

### I. Introducción

Andrés Bello, adalid del humanismo latinoamericano, percibió con claridad las dificultades que existen para alcanzar en la práctica una unificación legislativa total entre países diversos, en el entendimiento de que ello iría en contra de la historicidad y culturalidad del derecho, que en gran parte resulta de la determinación de una comunidad política en particular, de sus costumbres y valores.<sup>4</sup> Pero –y tal como surge del epígrafe arriba citado– con todavía mayor clarividencia Bello sostuvo que sólo mediante una *base común de normas jurídicas* se puede asegurar el ideal de la seguridad jurídica, ideal que a la postre es un paladión de la libertad humana. Esto adquiere mayor fuerza en un mundo cada vez más interconectado por los medios de transporte y comunicación –además del acercamiento político y económico registrado en nuestros días a nivel global y regional –; y mantiene plena vigencia en un continente sudamericano cada vez más “pequeño”, en razón de los diversos proyectos de integración, como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), que intentan llevar a la práctica, de forma más modesta, la idea bellana de una patria común latinoamericana.

En esta contribución nos circunscribiremos a evaluar la aplicabilidad de las ideas de Bello a un ámbito específico: el derecho contractual en el MERCOSUR. Si existe una materia legal que requiere urgentemente de esfuerzos de homogeneización – para garantizar la seguridad jurídica, y en consecuencia, la libertad de los ciudadanos que tanto preciaba Bello – sin dudas, es ésta. La necesidad de homogeneizar las soluciones del derecho contractual constituye un imperativo que debe obligar a los juristas de nuestro continente a aunar

---

<sup>3</sup> La presente contribución recoge en parte un material que será incluido en un libro sobre problemas fundamentales de la contratación internacional, en elaboración por el Dr. José Antonio Moreno Rodríguez. El material ha sido adaptado y complementado en varios pasajes por Roberto Moreno Rodríguez, quien ha redactado además otras partes importantes del mismo.

<sup>4</sup> Éstas ideas vienen ya desde el mundo antiguo con Aristóteles y adquieren renovada fuerza con Tomás de Aquino, en el sentido de que gran parte del derecho positivo varía en cada comunidad por determinación concreta del legislador, pero siempre alrededor de los principios morales fundamentales (prohibición de matar a inocentes, de engañar dolosamente, etcétera). Una reformulación actual clara de la línea aristotélica-tomística es la de J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001 (Trad. Cristóbal Orrego), especialmente el Capítulo X.

esfuerzos para minimizar las posibilidades de “emboscadas jurídicas”<sup>5</sup> que entorpezcan los negocios entre ciudadanos de una misma región. En el área de la contratación internacional – en donde priman criterios de certeza, expectativas legítimas y disminución de los costos de transacción<sup>6</sup> – no hay excusas que hagan prevalecer los “caracteres locales” a los que aludía Bello. Ello se vuelve más acuciante si consideramos que el derecho contractual carece de “nacionalidad”: se trata en todo caso de un patrimonio común de la civilización occidental que se ha venido construyendo a partir de Roma. Oponerse a la armonización en base a argumentos de este tipo es caer, como mínimo, en un anacronismo.

Seguiremos en la presente contribución el siguiente recorrido: En primer lugar, analizaremos brevemente el estado de la cuestión en el ámbito del derecho comparado a la luz de las principales tendencias a nivel mundial y regional. Posteriormente, haremos un breve repaso del estado actual del derecho contractual en el MERCOSUR, y de los problemas principales que ello crea. Finalmente, efectuaremos algunas previsiones y sugerencias a futuro sobre el derrotero a seguir para lograr un derecho de los contratos más racional, más eficiente, y más justo en el MERCOSUR.<sup>7</sup>

## **II. Tendencias internacionales en la regulación del derecho contractual: unificación y armonización**

En sus agudas observaciones sociológicas, Max Weber destacó, a principios del siglo XX, que el derecho moderno se encuentra marcado por la importancia cada vez mayor del contrato para la producción de riquezas en la sociedad, al punto que podía calificarse a la contemporánea como una “sociedad contractual”.<sup>8</sup> Unos años después, al otro lado del Atlántico, Roscoe Pound decía que “la riqueza esta hecha en gran parte de promesas”<sup>9</sup>, por lo que el contrato tiene un rol clave en la organización económica de la sociedad y en la distribución de bienes y servicios. Con el intercambio cada vez mayor en el mundo, el papel del contrato se intensifica. En muchos sentidos, lo primero que se globaliza es el contrato: antes que las personas, las ideas o los productos crucen las fronteras, lo hace el instrumento de cambio: el contrato. Como la *lingua franca* en la que se expresan los intercambios, resultan necesarios esfuerzos de homogeneización del derecho contractual para que exista en efecto una suerte de “esperanto” jurídico que permita una conversación comercial más fructífera.

---

<sup>5</sup> El término “emboscada jurídica” (“legal ambush”) lo tomamos de la monografía de Philip Wood, “*Comparative Financial Law*”, incluida en R. Cranston (ed), *Making Commercial Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, Oxford, 1997, pag. 31.

<sup>6</sup> Ver R. Coase, “*The Problem of Social Cost*”, en *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 2000 (2da. Edición), Capítulo V. La idea coasiana básicamente es que cuanto menor sean los costos de transacción en un sistema jurídico, mayor será la riqueza creada en el mismo. La redistribución o no de dicha riqueza es, por supuesto, un tema que no hace al derecho contractual (lo cual no significa que no sea también un imperativo ético de la sociedad en cuestión).

<sup>7</sup> *Caveat lector*: en este ensayo, cuando nos referimos a la armonización del derecho de los contratos nos referimos (salvo observación contraria) a la Parte General del derecho contractual (y no a la Parte Especial, o a la teoría de los actos jurídicos). Tampoco hacemos cuestión del problema de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales.

<sup>8</sup> M. Weber, *Economy and Society*, Berkeley, Univ. of California Press, 1978, Tomo II, pag. 669.

<sup>9</sup> R. Pound, citado por P. Atiyah, *Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Oxford Univ. Press, (5ta. Edición), 1995, pag. 7.

De ahí que nuestros días atestigüen una tendencia cada vez más favorable a la homogeneización de soluciones jurídicas para la problemática de las vinculaciones transfronterizas de índole contractual, tendencia que se cristaliza a través de un complejo entramado de procesos nacionales, regionales y mundiales desarrollados tanto en la órbita pública como privada.<sup>10</sup>

Un número importante de países apunta, paulatinamente, a estandarizar cada vez más sus cuerpos normativos, para hacerlos acordes con las exigencias del comercio internacional. A nivel regional, ello resulta un imperativo inherente a los procesos de integración de países en bloques económicos y políticos, que, al menos en teoría y si se sigue el modelo europeo, se debería ir imponiendo paulatinamente a través de instrumentos vinculantes de distintas características. Y mundialmente, existen también esfuerzos de importantes organismos, tanto públicos como privados, que apuntan a reducir la incertidumbre que implica la coexistencia de regulaciones disímiles y muchas veces contradictorias. A lo cual debe sumarse el fenómeno, de las últimas décadas, del imponente desarrollo de un régimen jurídico de la contratación internacional emergente de la consolidación gradual de usos mercantiles y de precedentes, sobre todo derivados del arbitraje comercial, a los que se adhieren las partes al hacer uso de la autonomía para contratar – prevista en sus respectivos ordenamientos jurídicos locales –, y la consecuente libertad para fijar el contenido y el régimen normativo que se aplicará a sus acuerdos.

La dilución de fronteras que hemos mencionado más arriba que existe en materia comercial genera cada vez con mayor ímpetu relaciones contractuales de diversa índole, como compraventa de mercaderías, operaciones bancarias y financieras, servicios varios, distribución de productos, entre otras. Estas transacciones se ven fuertemente resentidas cuando entran en conflicto regímenes jurídicos disímiles, y ello se ve reflejado en los mayores costos que la inseguridad necesariamente acarrea, o en que directamente se evitan relaciones comerciales ante un trasfondo jurídico caótico. De allí que, no sin razón, se haya señalado que la materia de contratos constituye la rama del derecho que más urgentemente necesita armonización<sup>11</sup>.

Decía en este sentido el gran René David que algunos ven todo esto como una mera quimera; pero que, sin embargo, la posición quimérica es más bien de las personas que juzgan poder perpetuar en el estado actual del mundo una situación de anarquía en las relaciones internacionales del derecho. No se trata de unificar todo el derecho mundial a través de un legislador global, sino de, por distintos métodos y con gran flexibilidad, realizar progresos con apoyo del derecho comparado y sus diversas técnicas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Destaca Bonell como característica de nuestros tiempos las múltiples iniciativas hacia la unificación o al menos armonización de leyes nacionales. M. Bonell, “*International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins*”, *The American Journal of Comparative Law*, 38 *American Journal of Comparative Law* (1990), pag. 865.

<sup>11</sup> Ver O. Lando y H. Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Comision on European Contract Law*, Londres, Kluwer Law International, 2000, introducción, xxv.

<sup>12</sup> R. David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, (Trad. al portugués de Hermínio A. Carvalho), Sao Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, pgs. 11-12.

Cabe por otro lado acotar que, si bien suelen ser utilizados indistintamente, en puridad, *unificación* implica la adopción de normas jurídicas comunes en más de un país o región, en tanto que la palabra *armonización* denota mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes, leyes modelos o doctrinas uniformes<sup>13</sup>.

Finalmente, debe advertirse que la tendencia homogeneizadora no ha estado exenta de contradicciones, presentes primordialmente en países de menor desarrollo, cuyos regímenes jurídicos, al ir de contramano con las tendencias preponderantes internacionalmente, no hacen sino imponer gravámenes adicionales –por la inseguridad jurídica generada y otros factores que serán destacados– a su situación económica desventajosa, lo cual en muchos casos llega incluso a aislarlos de gran parte de los beneficios del comercio internacional. Esto ocurre, sin dudas, a nivel del MERCOSUR, en donde la integración económica general no ha tenido como correlato una racionalización de sus normas jurídicas, ni siquiera aquellas más afectadas por el intercambio comercial, como el derecho de contratos.

### III. Algunos mecanismos de unificación y armonización

Antes de entrar a revisar la situación en la situación de la homogeneización del derecho a nivel mundial, en la Unión Europea y en el MERCOSUR, quizás sea pertinente efectuar un breve *excursus* sobre los distintos mecanismos que existen actualmente en el derecho para llevar adelante los esfuerzos unificatorios.

El ejemplo más clásico quizás sea el de los *tratados internacionales*, como instrumentos por los cuales los Estados convencionalmente adoptan normas comunes; tradicionalmente se los han considerado como las herramientas más aptas para lograr la unificación, si bien presentan el inconveniente de la dificultad de su ratificación, debido a peculiaridades propias de cada país; además de su inflexibilidad para adaptarse a mutaciones en la actividad mercantil que requerirían, a su vez, de un engorroso proceso de cambio en la propia convención de que se trate. Debe considerarse que negociaciones difíciles entre países con tradiciones jurídicas diferentes muchas veces llevan a que se transija y que, como consecuencia, el texto final del tratado contenga concesiones que, además de no ser las más aptas, lleven a que las partes insatisfechas rechacen finalmente su ratificación. En esfuerzos por obtener ratificaciones, se idean varios mecanismos como las “reservas”, que terminan atentando contra la unificación, amén de crear una falsa ilusión de unidad. También los redactores suelen excluir tópicos que no cuentan con consenso, lo cual lleva a que, aunque los tratados sigan proliferando, sean muy estrechos en cuanto a su alcance<sup>14</sup>. Por lo demás, las convenciones internacionales en materia mercantil buscan cristalizar normativamente usos, costumbres o prácticas del comercio. Pero no las redactan los miembros de la comunidad

---

<sup>13</sup> A. Garro, “*Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*”, Conferencias y Seminarios del Centro de Estudios e Investigaciones de Derecho Comparado y Extranjero ([www.cnr.it](http://www.cnr.it)).

<sup>14</sup> B. Fauvarque-Cosson, “*Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple*”, 49 American Journal of Comparative Law 407, pag. 412.

cuyos usos son supuestamente recogidos, sino los Estados, y no resulta poco común de que las convenciones fallen en ganar aceptación precisamente porque no reflejan las prácticas o percepciones de la comunidad mercantil dominante<sup>15</sup>.

De allí los tres problemas centrales –resaltados por Jayme– que presenta la unificación a través de tratados internacionales: uno que para producir el efecto pretendido deben interpretarse uniformemente en los distintos países que las ratifican; dos que muchas son desconocidas en la práctica, incluso por jueces; y tres que envejecen y son más difíciles de modificar que una ley interna<sup>16</sup>. Fernández Rozas lo sentencia en estos términos: existe un “exceso de cantidad y defecto de calidad” en los tratados<sup>17</sup>.

Otro mecanismo ideado, el de las *leyes uniformes*, como por ejemplo las de Ginebra relativas a letras de cambio (1930) o cheques (1931)<sup>18</sup>, parece descartado en la actualidad –dice Pendón Meléndez– dado lo radical de su planteamiento que implica una renuncia del Estado soberano de su potestad legislativa al tener que adoptar íntegramente el texto propuesto<sup>19</sup>.

Para paliar este inconveniente se concibió la figura de las *leyes modelo*, redactadas por organismos de prestigio que las recomienda, no obstante lo cual muchas veces no se logra con ellos una adecuada homogeneización, puesto que los legisladores nacionales pueden corregirlos, adaptarlos o incluso descartar sus soluciones<sup>20</sup>, peligro que se acrecienta cuanto más general sea la materia tratada. Se consigue, pues, normalmente a través de las leyes modelo una armonización antes que unificación.

---

<sup>15</sup> R. Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, 1997, 46 ICLQ 1, pag. 22.

<sup>16</sup> E. Jayme, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne, Cours général de droit international privé*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, IV, Tome 251 de la collection, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pag. 69.

<sup>17</sup> J. Fernández Rozas, *Ius Mercatorum - Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, pags. 441-442. El mismo enumera siete problemas con los tratados, entre ellos el eventual conflicto de convenciones. Ver pags 172-173.

<sup>18</sup> Una excelente reseña histórica y comparada de los títulos de crédito y los esfuerzos internacionales de unificación de su régimen jurídico puede encontrarse en H. Cámara, *Letra de Cambio y Vale o Pagaré*, Buenos Aires, Ediar S.A., Tomo I, 1970, pags. 83 y ss.

<sup>19</sup> Cosa que no ocurre con las *leyes modelo*, que los legisladores pueden alterar y así dejar su impronta. Ver M. A. Pendón Meléndez, en D. Morán Bovio (Coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, pag. 27.

<sup>20</sup> “El problema de las leyes modelo –señala Pendón Meléndez– es que, a pesar de su denominación, carecen de valor normativo y sólo persiguen servir como ejemplo –como modelo– al legislador, que podrá corregirlo, adaptarlo en su integridad o, simplemente, inspirarse en sus planteamientos –además de, evidentemente, descartarlos–. Por ello, su valor y su capacidad como instrumento unificador de los ordenamientos nacionales se matizan no solo por virtud de su adopción efectiva (y cuantitativa) por los diversos legisladores, sino además según el grado de fidelidad al texto propuesto (en palabras de Olivencia, el número de Estados que la adopten y el grado de flexibilidad con que la adapten al Derecho interno correspondiente). Su posible eficacia como técnica para la unificación radica en el prestigio del organismo que la redacta y recomienda”. Vide nota anterior, pag. 27.

La armonización también se logra, de manera cuasicoactiva, en procesos regionales, al imponerse la obligación a los Estados miembros de ciertos bloques –como la Unión Europea– de adoptar textos conforme a determinadas pautas o bases (las “Directivas”).

#### **IV. El rol de UNCITRAL, UNIDROIT y otros esfuerzos internacionales por armonizar el derecho contractual**

En la actualidad, existen diversos esfuerzos a nivel mundial de homogeneización normativa del derecho de contratos, tanto en la órbita pública como privada, estatal como intergubernamental e incluso supranacional. Si bien muchas veces los distintos grupos trabajan en forma separada, el *geist* que los une es el mismo: reducir la absurda fragmentación y diferenciación normativa existente en la actualidad.

##### *a) UNCITRAL*

Las Naciones Unidas cuentan con una Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI en español o, más difundidamente, UNCITRAL en inglés). Creada en 1965 e integrada por representantes de países de los cinco continentes, UNCITRAL ha venido proponiendo tratados internacionales de capital importancia en la órbita comercial.

Así lo ha hecho con la Convención sobre *Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1980<sup>21</sup>, que establece normas para el contrato preponderante del comercio internacional<sup>22</sup>, la que ha llegado calificarse como “un caballo de Troya (al derecho civil o *civil law*) del pensamiento jurídico del *common law*”<sup>23</sup>, debido que gran parte de sus soluciones encuentran inspiración anglosajona. Esta convención tiene relevancia especial en nuestro tema, pues como ha dicho Reinhard Zimmerman se trata “del convenio más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado”<sup>24</sup>, que –según Goode– se ha convertido en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de la contratación internacional<sup>25</sup>.

Evidentemente, los Estados que adoptan textos de UNCITRAL como el arriba referido muestran a los comerciantes del mundo, como bien lo dice Fernández Rozas, “su buena disposición y flexibilidad internacional”<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Ver A. Garro y A. Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, pgs. 43 y ss.

<sup>22</sup> La referida Convención contiene 101 artículos divididos en cuatro partes: Disposiciones Generales (arts. 1 a 13), Formación del Contrato (arts. 14 a 24), Ejecución o Cumplimiento del Contrato (arts. 25 a 88) y Disposiciones Finales (arts. 89 a 101).

<sup>23</sup> P. Schlechtriem, “*The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*”, Oxford Univ. Comparative Law Forum, 2, en [www.ouclf.iuscomp.org](http://www.ouclf.iuscomp.org).

<sup>24</sup> No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del derecho de obligaciones alemán. Ver R. Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2000, pag. 119.

<sup>25</sup> R. Goode, “*International Restatements of Contract and English Contract Law*”, 1997-1, Uniform Law Review, 231, en pag. 236.

<sup>26</sup> J. Fernández Rozas, obra citada, pag. 202.

Cabe destacar también que para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos, UNCITRAL ha establecido un sistema de reporte de los fallos basados en aquellos bajo la denominación abreviada con las siglas “CLOUT”, la cual puede ser accedida en versión impresa o a través de Internet<sup>27</sup>.

#### b) UNIDROIT

Particular atención merecen, asimismo, los esfuerzos de un organismo con reconocida influencia mundial en la tendencia homogeneizadora del derecho de contratos. Tal es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido también como Instituto de Roma o –más difundidamente– como UNIDROIT, acrónimo francés de su denominación completa.

El Instituto tiene como objetivo –tal cual lo señalado recientemente por Kronke, su Secretario General– una “misión de paz”: el deseo y la tarea de estabilizar las relaciones entre naciones a través del comercio asentado en la confianza<sup>28</sup>. En concreto, la institución apunta a modernizar y, cuando fuera recomendable, homogeneizar el marco normativo del derecho del comercio internacional entre Estados y bloques económicos<sup>29</sup>. Para el efecto, UNIDROIT se concentra en el derecho privado y, solo excepcionalmente, en cuestiones de derecho público, cuando están interconectadas con aquel o la distinción no resulta clara.

UNIDROIT empezó sus trabajos relativos a la llamada “parte general” de los contratos –la que trata de temas como existencia y formación, interpretación, cumplimiento e incumplimiento de éstos– luego del fracasado proyecto de unificación del derecho de las obligaciones franco-italiano de hacia mediados del siglo XX. Luego de varios años de trabajo, en 1994 fueron publicados los denominados *Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT*, cuya concreción final guarda correspondencia con la visión que había tenido de ellos, muchos años antes, el gran comparatista francés René David<sup>30</sup>.

Los Principios UNIDROIT de 1994 no caben dentro de ninguna de las categorías tradicionales de instrumentos preparados hasta su primera aparición a nivel internacional. No son cláusulas ni modelos de acuerdos, ni se refieren a categorías de contratos en particular, sino contienen normas aplicables a la generalidad de los convenios que tengan carácter internacional y comercial<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Al respecto, ver P. Winship, “*International Harmonization of Private Law*”, en M. J. Raisch y R. I. Shaffer (eds.) *Introduction to Transnational Legal Transactions*, Nueva York, Oceana Publications Inc., 1995, pags. 175-180.

<sup>28</sup> Mensaje en el Congreso para festejar los 75 años de fundación del Instituto, llevado a cabo en Roma, el 27 y 28 de setiembre de 2002.

<sup>29</sup> Particular énfasis en los procesos regionales a este respecto fue puesto en presentaciones durante el referido Congreso de los 75 años del Instituto, que constan en el *Uniform Law Review*, NS – Vol. VIII, 2003-1/2.

<sup>30</sup> J. L. Esquirol en *Rethinking the Masters of Comparative Law*, editado por A. Riles, Oxford, Hart Publishing, 2001, pag. 233.

<sup>31</sup> M. Bonell, “*The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*”, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pag. 7. Los Principios Europeos de Derecho Contractual, referidos más adelante, no hacen esta distinción.

Tradicionalmente, los esfuerzos por unificar el derecho se habían canalizado fundamentalmente a través de instrumentos vinculantes (paradigmáticamente, la Convención de Viena de 1980 de Compraventa de Mercaderías), como los tratados internacionales, pero las dificultades ya apuntadas han hecho que este método caiga en desuso. De allí ha surgido la necesidad sentida de recurrir a *medios no-legislativos* para el efecto. Varias voces han abogado que se debería seguir el buen ejemplo norteamericano de elaborar documentos de gran jerarquía académica que tengan un poder persuasivo posteriormente sobre las partes, los jueces y la doctrina.

Esto hizo que el camino a seguir sea similar al de los *Restatements* americanos. Los *Restatements*, fruto del esfuerzo del *American Law Institute (ALI)*, organizan, resumen y reformulan (*to restate* en inglés) en reglas análogas a las de los Códigos Civiles las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho norteamericano<sup>32</sup>.

Los Principios UNIDROIT van en esa dirección y han tenido el mérito de fusionar en un solo texto soluciones aceptables de los dos sistemas jurídicos imperantes en el mundo: el derecho civil o *civil law* y el *common law*. Este último, de carácter marcadamente jurisprudencial o casuístico, ya había sido objeto de monumentales labores de sistematización<sup>33</sup>. Ello ocurría en tanto que en el derecho civil había experimentado un proceso hasta si se quiere inverso, en que los tribunales han desarrollado y suplido los Códigos y las leyes –en muchos casos vetustos– “en diálogo con la doctrina”, según la feliz expresión de Landö<sup>34</sup>.

En general, las reglas de los Principios UNIDROIT se encuentran redactadas más al estilo de Códigos europeos que en el de los *statutes* del *common law*. Debe tenerse en cuenta, tal cual lo resalta Landö, que los tribunales ingleses han mostrado una actitud hostil hacia las reglas legislativas –o *statutes*– y les han dado una interpretación restrictiva, razón por la cual al redactarlas, el legislador allí elige un lenguaje detallado y repetitivo, casi pedante, para prevenir que los jueces eludan por la vía interpretativa sus disposiciones<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Si bien en principio los *Restatements* tienen un mero valor persuasivo, influyen decisivamente en el derecho norteamericano, a tal punto que para el año 1989 ya se los había citado más de cien mil veces. Ver el *American Law Institute*, Annual Report (1989).

<sup>33</sup> Ello ha ocurrido en los Estados Unidos, a través de los ya aludidos *Restatements*. En materia contractual el segundo *Restatement* ha sido concluido bajo la labor encomendada al profesor de Columbia E. Allan Farnsworth, quien trabajó sobre el primero, elaborado por el profesor de Harvard Samuel Williston, reconociéndose una influencia en ambos trabajos del profesor de Yale, Arthur L. Corbin (una brillante – aunque en ocasiones tendenciosa – reseña al respecto puede verse en G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, Ohio State University Press, 1974).

<sup>34</sup> “*In a dialogue with the writers*”. Ver O. Landö, “*Principles of European Contract Law*”, The E.U.-Japan Legal Dialogue (Contracts) Symposium, Kyoto, Japan, November 21-22, 1996, de The European Commission and The Japan Foundation, organizado por The Kyoto Comparative Law Center, en: [www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm](http://www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm), pag. 2.

<sup>35</sup> O. Landö, “*The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*”, 21 *Hastings Int'l and Comp. L. Rev.*, pag. 809.

Gran parte de la normativa de los Principios es dispositiva o supletoria, lo que significa que puede ser dejada de lado por voluntad de las partes, salvo determinadas reglas contrarias a conductas desleales o abusivas. También existe una amplia apertura hacia la aplicación de los usos y costumbres<sup>36</sup>, lo que ayuda a que sean lo suficientemente flexibles para adecuarse a los acontecimientos tecnológicos y económicos que afectan la práctica internacional. Lo propio ocurre con las fórmulas amplias previstas en los Principios UNIDROIT, como las relativas a la buena fe y la lealtad comercial, que apuntan a asegurar un trato justo y equitativo en las transacciones.

Los Principios UNIDROIT de 1994 han sido bienvenidos como “un significativo paso hacia la globalización del pensamiento jurídico”<sup>37</sup>, y como un “puente” del derecho civil con el *common law*<sup>38</sup>. Se evita en ellos el empleo de terminologías peculiares a regímenes nacionales o referencias puntuales a éstos<sup>39</sup>, y en sus comentarios al pie, solo existen alusiones explícitas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se pretende reflejar así conceptos encontrados en al menos la mayoría de los sistemas jurídicos, y se comprenden soluciones que fueron percibidas –por quienes trabajaron en la elaboración de los Principios– como las más adecuadas para las transacciones comerciales internacionales, aun cuando no hayan sido recibidas en algunas jurisdicciones<sup>40</sup>.

A pesar de que solo tienen de buenas a primeras un valor persuasivo, se ha pretendido –y se ha logrado con notable éxito– que los Principios UNIDROIT jueguen un rol fundamental en diversos contextos<sup>41</sup>. Por ejemplo, los legisladores pueden encontrar en ellos fuente de inspiración para reformas en materia contractual. De hecho, los Principios UNIDROIT han influenciado Códigos como los de Holanda (1992), Quebec (1992) y la Federación Rusa (1994). Asimismo, han sido particularmente tenidos en cuenta en las tareas de revisión del *Uniform Commercial Code* norteamericano, del Derecho de Obligaciones en Alemania y en Estonia, del Derecho de Contratos en la República de China y de 14 países miembros de la Organización Africana, como así también en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998. Asimismo, sujetos pertenecientes a diferentes regímenes jurídicos o que hablan distintos idiomas pueden utilizar los Principios UNIDROIT como guía para la

---

<sup>36</sup> Ver E. A. Farnsworth y W. Young, *Selections for Contracts*, Nueva York, Foundation Press, 1998, pag. 157.

<sup>37</sup> J.M. Perillo, en Bonell, obra citada, nota 8.

<sup>38</sup> Por ejemplo, el derecho inglés no admite la buena fe como principio general ni cláusulas penales (solo admite la imposición de penalidades bajo ciertos presupuestos). O. Lando y H. Beale, obra citada, pag. xxiii.

<sup>39</sup> Redfern y Hunter resaltan particularmente el carácter neutral de los principios, sin que tengan inclinaciones hacia un sistema determinado en oposición a otro. Ver A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, (3ra. Edición), 1999, pag. 2-66.

<sup>40</sup> Las XVI Jornadas Argentinas de Derecho Civil (1997) consideraron que “en los contratos internacionales resultan aplicables, como criterios de interpretación, los Principios de UNIDROIT sobre contratación internacional”. Ver C. Brizzio, en la obra A. A. Alterini, J. De los Mozos y C. Alberto Soto (eds.) *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Palestra Editores, pag. 98.

<sup>41</sup> Ello se encuentra expresado en el mismo Preámbulo, ampliado en la versión de 2004 para incluirse otras aplicaciones, referidas en el texto arriba.

redacción de sus contratos, recurriéndose a un cuerpo normativo neutral<sup>42</sup>. Así también, Los Principios UNIDROIT pueden proveer a tribunales judiciales y arbitrales criterios para interpretar y complementar instrumentos internacionales existentes, como por ejemplo la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías u otras que se refieran a materias específicas de orden contractual<sup>43</sup>.

Tres años luego de su publicación en 1994, UNIDROIT reasumió la tarea que había dejado pendiente, de monitorear el uso que se hacía de los Principios y reconsiderarlos en algún momento futuro. Para elaborar la nueva edición, que aparece en el año 2004, participaron no solo algunos miembros de la anterior, sino también, por primera vez, representantes de organizaciones internacionales y centros arbitrales o asociaciones que asistieron a los Grupos de Trabajo como observadores, en nombre de la Corte Internacional de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, UNCITRAL, la Asociación Suiza de Arbitraje y la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán.

Sin embargo, la nueva edición no apunta a erigirse en revisión de la anterior, que ha demostrado gran aceptación en la práctica y no ha demostrado dificultades significativas en su aplicación. El objetivo principal ha sido adicionar nuevos temas de interés de la comunidad jurídica y comercial internacional. En este sentido, cinco capítulos relativos a representación, estipulación a favor de terceros, compensación, cesión de derechos, transmisión de obligaciones, cesión de contratos y prescripción.

## **V. Homogeneización contractual en procesos regionales: la experiencia de la Unión Europea**

Los procesos regionales de integración comercial y política de los países envueltos en ellos juegan un rol central en el camino a la uniformidad o armonización. De hecho, expresa Goode, el Derecho de integración obliga a ajustar el pensamiento hacia un enfoque menos nacionalista<sup>44</sup>. El modelo de integración por excelencia lo constituye sin dudas el europeo.

El esquema adoptado por la Unión Europea, que impera –al menos retóricamente– como norte en los demás procesos análogos, como el MERCOSUR, consiste en ir eliminando las asimetrías regulatorias en los distintos países.

---

<sup>42</sup> Esto presenta particular utilidad en materia de arbitraje, razón por la cual se recomienda referenciar los principios en los acuerdos arbitrales. Ver K Berger, “*International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, 46 *American Comparative Law Journal*, pag. 2.

<sup>43</sup> Se ha pretendido también que los Principios UNIDROIT tuvieran una importante aceptación casuística, sobre todo en precedentes arbitrales. Y en efecto, hacia mediados de 2005 se tenía conocimiento de que habían sido citados en al menos 94 casos, 73 de los cuales son arbitrales y 21 judiciales, lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje. Así aparece en UNILEX, base de datos producto de un proyecto de investigación entre UNIDROIT, el Consejo Italiano de Investigación y la Universidad de Roma I “La Sapienza” (ver [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>44</sup> R. Goode, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, en R. Cranston y R. Goode (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Capítulo 1, reproducido con cambios menores en 1991 (1 *Uniform Law Review* 54), pag. 55.

Sin embargo, no existe en Europa una infraestructura común de derecho de contratos en general que sirva de marco para estos temas específicos que fueron armonizados. En efecto, en diversos Estados miembros de la Unión Europea, la legislación en materia contractual difiere notablemente en temas fundamentales, como la formación del contrato, sus requisitos formales y sustanciales de validez, sus efectos, y las normas sobre cumplimiento e incumplimiento. Tampoco existe en Europa una terminología común en estos temas<sup>45</sup>. Esta falta de estructura sistemática lleva a lo que se ha calificado como el *Wild West* del desarrollo del derecho, debido a concepciones inconsistentes dentro de las propias regulaciones (como ocurre en el derecho del consumidor, con respecto al cual ha sido sumamente desprolija la normativa comunitaria), o a que se trasponen conceptos extraños al ordenamiento jurídico, como la buena fe de los civilistas, doctrina extraña al derecho inglés. De allí se haya hablado incluso de un “proceso de integración a través de la desintegración”<sup>46</sup>. Merecen particular mención algunos trascendentes esfuerzos europeos en este sentido:

#### a) *Principios Europeos del Derecho Contractual*

En el año 1989 el Parlamento Europeo encarga la redacción de un Código de Contratos a una Comisión presidida por Ole Landö, de la cual han sido partícipes, además, diecisiete juristas de todos los países de la Unión Europea. Resalta Landö que la Comisión constituye un organismo no gubernamental. Sus abogados, la mayoría académicos provenientes de quince Estados-miembros, han recibido subsidios de varias fundaciones, empresas y otras organizaciones; ninguno estuvo designado por gobiernos ni ha recibido instrucciones de éstos ni de autoridades europeas.

A fines del año 2000 ha concluido la monumental obra, bajo el nombre de *Principios de Derecho Contractual Europeo*, conocidos también bajo la abreviatura PECL, tal vez el esfuerzo más ambicioso a partir de los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT. Los PECL se inspiraron en distintas soluciones contenidas en diversas legislaciones europeas, y no en un sistema en particular. Algunas normas del Código reflejan incluso ideas que no han sido materializadas aún en ley dentro de los Estados europeos<sup>47</sup>. También se ha recurrido, como fuentes, a otros cuerpos normativos, como la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el *Uniform Commercial Code* y los *Restatements de Contracts* y *Restitution* norteamericanos.

Los PECL no se ocupan de contratos específicos. A diferencia de los Principios de UNIDROIT<sup>48</sup>, sí se pretende su aplicación a contratos entre comerciantes y consumidores<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Ver O. Lando y H. Beale, nota 9, pag. xii.

<sup>46</sup> L. Díez-Picazo, E. Roca Trias y A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2002, pags. 99-100.

<sup>47</sup> Según Hesselink y Vries, los PECL tratan de establecer lo que puede llamarse el núcleo común (*common core*) del Derecho europeo de contratos considerándolo no como una inspiración, sino como algo efectivamente existente. Ver L. Díez-Picazo, E. Roca Trías y A. M. Morales, obra citada, pag. 78.

<sup>48</sup> Wilhemsson se plantea si las relaciones de consumo deben regularse juntas o separadas del derecho comercial en la armonización del derecho de contratos. Al existir fuertes diferencias políticas y culturales en la protección al consumidor, considera que la armonización, no solo global sino también regional, debe hacerse conforme a la solución de UNIDROIT y no PECL, es decir, no deberían incluirse las relaciones de consumo T. Wilhemsson,

Cuentan con nueve capítulos, que contienen, además de disposiciones generales, preceptos relativos a formación, representación, validez, interpretación, contenido y efecto, cumplimiento e incumplimiento. Cada artículo contiene un comentario y también ilustraciones sobre casos hipotéticos<sup>50</sup>.

Se aspira a que los PECL sirvan como base para un Código de Contratos en Europa, pero mientras tanto pueden ser adoptados por las partes, autonomía de la voluntad mediante, en sus acuerdos, o ser aplicados por tribunales arbitrales en lugar de reglas nacionales, o recurrirse a ellos cuando las partes han previsto que se rigen por principios generales o por la enigmática *lex mercatoria*<sup>51</sup>. Se busca también que dichos principios sirvan de puente entre el civil y el common law, como uno de los problemas más difíciles de la integración europea.

La relación entre los PECL y los Principios UNIDROIT de 1994 es clara: muchas reglas tienen redacción idéntica o similar, y miembros de la Comisión europea, entre ellos Ole Landö, han participado de UNIDROIT.

Existen ya precedentes de decisiones que invocan los PECL. Por ejemplo, en octubre de 2000 en el caso No. 10022 de la Cámara de Comercio Internacional, al tomar en cuenta los usos relevantes del comercio se hizo referencia no solo a los Principios de UNIDROIT sino también de derecho contractual europeo<sup>52</sup>. A nivel estatal, la *House of Lords* ha sido la primera corte europea en citar los PECL (en el *leading case Director General of Fair Trading v First National Bank (2001)*)<sup>53</sup>.

*b) Anteproyecto de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Grupo de Pavía)*

Otro esfuerzo en el viejo continente constituye la elaboración de un Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, a cargo de la Academia de Iusprivatistas Europeos. El Grupo de Trabajo, formado en Pavía (Italia), comienza su labor a partir de 1990, bajo la coordinación de Gandolfi y con el concurso de alrededor de setenta juristas de todos los países europeos, incluyendo presidentes de Cortes Supremas. Entre académicos de prestigio

---

*Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration" (Report)*, en *Uniform Law Review*, 2002-3, pag. 816 [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pag. 818.

<sup>49</sup> Como lo expresa Alterini recordando a J. F. Kennedy, todos somos consumidores, y de allí la tendencia a emplazar en Códigos las disposiciones originariamente previstas en los estatutos particulares de protección al consumidor (v.gr. Código Civil Peruano de 1984, Proyectos de Código Único Argentinos de 1987 y 1983). En palabras de Larroumet: "Aunque los consumidores constituyen una categoría que debe privilegiar las técnicas de lucha contra las cláusulas abusivas..., no deberían ser los únicos beneficiarios de esta protección", en A. A. Alterini, (ed.) *Los Contratos de Consumo y las Cláusulas Abusivas*, en *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pag. 259. Hay que decir que, sin embargo, el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, de cuya redacción Alterini fue partícipe activo, da un tratamiento especial a los contratos de consumo, en contramano con cuanto arriba se expuso.

<sup>50</sup> Ver O. Lando y H. Beale, obra citada, nota 9, pags. xxv-xxvii.

<sup>51</sup> O. Landö, obra citada, nota 32.

<sup>52</sup> Ver [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>53</sup> C. Von Bar, *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*, en M. Van Hoecke (Ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pag. 126.

pueden citarse, entre otros, a Ghestin, Tunc, Medicus, Carbonnier, McGregor, Giorgianni y De los Mozos.

La primera parte del proyecto fue dada a conocer en 1995, y la segunda en 1997. Se tomó como base el Libro IV del Código Civil Italiano de 1942, como intermedio entre los sistemas jurídicos francés y alemán, y en atención a que había unificado del derecho civil y comercial. La ulterior aparición del *Contract Code* de Mc Gregor, concluido por el referido Profesor de Oxford en 1966 pero recién publicado en 1993, incitó al grupo de trabajo a tomarlo en cuenta en su labor<sup>54</sup>.

El objetivo aquí fue lograr un Código nuevo, y no meramente principios como los de UNIDROIT o los de Landö. En esto último se asemeja al propósito del *Contract Code* de Mc Gregor. También incluye dentro de su regulación a los contratos de consumo, así como normas relativas a lo que en el *civil law* se conoce como derecho de las obligaciones<sup>55</sup>. Refiere Nicolau que este anteproyecto se encuentra construido más en torno a problemas que respecto a principios para que sea aplicable por jueces sin tanta formación<sup>56</sup>.

### c) Otras iniciativas en Europa

Existen además otros esfuerzos interesantes por homogeneizar el derecho contractual europeo. Uno de ellos ha sido indirectamente llevado a cabo por Harvey Mc Gregor, Profesor de Oxford designado por la *English Law Commission*, establecida por el Parlamento inglés. El *Contract Code* de Mc Gregor consta de 673 artículos con comentarios al pie. Se divide en una introducción y tres partes. El proyecto, si bien no ha tenido una acogida favorable en su lugar de origen, ha tenido impacto positivo como un posible “*bridge builder*” entre las tradiciones anglosajona y continental. Así, el prestigioso jurista francés Carbonnier ha dicho que el *Contract Code* de Mc Gregor permite “regocijarse, porque por fin se ha realizado un Eurotúnel Jurídico<sup>57</sup>”.

Otro esfuerzo es el del Grupo de Estudio de Código Civil Europeo está formado por una red de académicos de la Unión Europea. El Grupo está abocado principalmente hacia la investigación del derecho comparado, y se ha propuesto la meta de crear un conjunto codificado de Principios de Derecho Patrimonial Europeo que estén acordes con las necesidades actuales. Ello en varias áreas del derecho patrimonial: compraventa y servicios, finanzas, seguros, garantías personales y reales, obligaciones extracontractuales, transferencias de propiedad de muebles, fideicomisos y locación y uso de propiedad. El Grupo utiliza como base los sistemas jurídicos de varios países, extrayendo lo mejor de cada uno. Se tiene como objetivo facilitar el acceso a la información legal al mayor número posible

---

<sup>54</sup> C. Brizzio, obra citada, nota 38, pag. 101.

<sup>55</sup> C. Brizzio, “*Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, Estudio Preliminar*”, Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1999-C, Sección Doctrina, pags. 985 y ss.

<sup>56</sup> Nicolau, *Un “Código de los Contratos para el MERCOSUR”*, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Asunción, 1996, pag. 266.

<sup>57</sup> Citado por C. Brizzio, obra citada, pag. 100.

de jurisdicciones dentro de Europa. También se intenta llenar vacíos legales a través de la integración en virtud de la utilización de elementos de derecho extranjero.

La Sociedad de Derecho Contractual Europeo, conocida también con su abreviatura en inglés SECOLA, es una asociación sin fines de lucro creada con el objeto de constituirse en plataforma internacional de discusión sobre derecho privado europeo. SECOLA pretende crear conceptos y puntos de conexión a fin de paliar la actitud escéptica existente ante el derecho privado europeo, y especialmente se enfoca en el derecho contractual europeo. La idea principal de esta organización es lograr una combinación armónica de discusión de preceptos legales y la necesidad de regulación con los lineamientos generales del derecho. Además, busca constituirse plataforma internacional de información de Internet, que incluya las transformaciones nacionales del derecho. Esta asociación también apoya la publicación de obras jurídicas<sup>58</sup>.

Por último, conviene señalar que el 12 de febrero de 2003 la Comisión Europea publicó la comunicación denominada: “*A More Coherent European Contract Law. An Action Plan*” (the “*Action Plan*”). Ella apunta a descartar el objetivo inmediato de buscar un código único de contratos para Europa, inclinándose en vez hacia otras alternativas de armonización<sup>59</sup>.

Debe considerarse que las directivas europeas en materia de derecho privado siguen el enfoque de armonización mínima (“*minimum harmonisation approach*”) establecido en el denominado “*White Paper*” de la Comisión Europea. El hecho de que directivas mínimas de armonización eran transpuestas a leyes nacionales de derecho privado de diferentes maneras llevó a una compleja fragmentación de lo relativo al ámbito contractual en numerosas leyes privadas<sup>60</sup>.

Ya en julio de 2001 la Comisión Europea había publicado una comunicación dirigida al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa al Derecho Contractual Europeo, endosando allí la necesidad de focalizarse en la armonización de la parte general del derecho de contratos, pero advirtiéndose que ella forma un todo orgánico con otras ramas del derecho privado que deben ser desarrolladas también<sup>61</sup>.

La recomendación final es la de al menos extender la aplicación del régimen de Derecho internacional privado europeo en el ámbito contractual<sup>62</sup>, y a permitir la aplicación de un Derecho aunque no sea de origen estatal, siempre y cuando estén homogeneizadas

---

<sup>58</sup> Ver [www.secola.org](http://www.secola.org).

<sup>59</sup> G. Callies, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commission's Action Plan COM (2003) 68 Final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final*, en German Law Journal, [www.glj-pdf.de](http://www.glj-pdf.de), notas 38 y 39.

<sup>60</sup> G. Callies, obra citada, pags. 335-336.

<sup>61</sup> Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code ([www.sgecc.net](http://www.sgecc.net)), pag. 5.

<sup>62</sup> Contenido en la Convención de Roma de 1980.

normas imperativas, es decir, que ineludiblemente deban ser aplicadas, sin que las partes ni los Derechos no estatales puedan apartarse de ellas<sup>63</sup>.

En sentido concordante con esto último, en su reporte ante UNIDROIT con motivo del Congreso para celebrar los setenta y cinco años del Instituto, en setiembre de dos mil dos, Arthur Harkamp puso énfasis en que la mayor urgencia de unificación del Derecho está percibida en la parte del Derecho relativa a normas imperativas (*mandatory rules*)<sup>64</sup>. En la misma ocasión, Ole Landö ha expresado que los Principios UNIDROIT y PECL eran muy similares y han ganado mayor autoridad uno del otro. Un futuro Código Civil Europeo puede no reflejar íntegramente el enfoque innovador de PECL, pero la elaboración de algo así como un “Restatement” no vinculante, similar a éste, pavimentaría el camino para la sanción de un código en el período transicional<sup>65</sup>.

## **VI. La situación en el MERCOSUR: de meras expresiones de deseos a soluciones plausibles**

Como ha destacado Araujo, uno de los compromisos del MERCOSUR desde su creación fue la armonización en materia contractual, tal cual surge del propio artículo 1 del Tratado de Asunción<sup>66</sup>. Esta armonización se hace mucho más plausible y menos gravosa desde que los cuatro miembros del bloque pertenecen a la misma familia jurídica –*civil law*<sup>67</sup> o romano-germánica– a diferencia de lo que existe en Europa en donde deben conciliarse tradiciones como la continental, el *common law* y el derecho escandinavo.

Sin embargo, poco o nada –podría decirse– se ha hecho para dar cumplimiento al mandato fundacional. En efecto: no existe en el MERCOSUR un proceso análogo al de la Unión Europea en la unificación substantiva del derecho de contratos, a pesar de la ferviente posición de algunos doctrinarios de la región a favor de esta solución. Así por ejemplo, Nicolau refiere a la necesidad de un Código de Contratos para el MERCOSUR, a pesar de que no ve perspectivas alentadoras en la región a favor de su postura<sup>68</sup>. Señala que de esa manera se corregirían asimetrías “troncales” como las existentes con la regulación medular del Derecho de contratos. Propone la jurista rosarina una ley uniforme de contratos que atienda peculiaridades de la región y ponga fin al “gigantismo normativo”<sup>69</sup>. A parecidas

---

<sup>63</sup> Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, pag. 37

<sup>64</sup> A. Hartkamp, *Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration”*, en *Uniform Law Review*, 2002-3, pag. 816.

<sup>65</sup> O. Landö, *Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration”*, en *Uniform Law Review*, 2002-3, pag. 816.

<sup>66</sup> N. Araujo, *Contratos Internacionais*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, pag. 10.

<sup>67</sup> A algunos les disgusta utilizar en trabajos en español los términos en inglés *civil law*, y prefieren referirse en lugar de eso al sistema romanístico o grupo romanístico. Ver J. Castán Tobeñas et al, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2000, pag. 34.

<sup>68</sup> N. Nicolau, obra citada, pags. 264-265..

<sup>69</sup> N. Nicolau, obra citada, pags. 267. Nicolau propugna la sanción de una ley uniforme que podría denominarse “Código”. Propone también no utilizar un Código en vigencia como “esquema de base”, sino más bien, no

conclusiones se ha arribado en las XVII Jornadas Argentinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Santa Fe del 23 a 25 de setiembre de 1999<sup>70</sup>.

Otros, como Operti, incluso han llegado a proponer que, en materia de contratación comercial internacional, vía Decisión del Consejo MERCOSUR, se adoptara una recomendación a fin de que los Principios de UNIDROIT sean tomados en cuenta en los contratos dentro de este ámbito regional<sup>71</sup>. Sin ir tan lejos, se puede decir que no obstante su escasa difusión en el Cono Sur, los Principios UNIDROIT tienen un potencial de constituir un poderoso instrumento de armonización espontánea por parte de los países del derecho de los contratos internacionales.

Estas ideas, sin embargo, no pasan en la práctica de ser expresiones de deseos. No se ha tomado en serio hasta ahora –sobre todo a nivel oficial– este tema y vivimos, en consecuencia, algo parecido a lo que Díez-Picazo ha llamado es una especie de “*Wild West* en el desarrollo del derecho de contratos”.<sup>72</sup> Este “*Wild West*” es, por un lado inexcusable, y por el otro, un germen que causa una serie de problemas a los que nos referiremos brevemente.

## VII. Algunos problemas derivados de la falta de homogeneización

Un análisis sociológico de los problemas estructurales y económicos del MERCOSUR iría mucho más allá del ámbito de esta contribución. Faltan, por otra parte, estudios empíricos que nos den una imagen de cómo la situación actual del derecho en el MERCOSUR –las

---

siendo tantos ni tan diferentes los derechos internos, resultará más sencillo efectuar un trabajo comparativo e ir consensuando la regulación de cada una de las instituciones básicas del derecho contractual.

<sup>70</sup> Allí se expresó: “La existencia de un mercado común, como el que se pretende en el MERCOSUR, depende en gran medida del acierto en las soluciones contractuales. La constitución del mercado integrado genera una carencia (laguna) histórica en la materia, que debe ser debidamente solucionada, pues el régimen jurídico contractual puede beneficiar o perjudicar el proceso integrador. Es relevante considerar las señales jurídicas que se emitan al mercado y la confianza que se genere en el mismo, buscando soluciones a la vez útiles, justas, seguras y eficaces. Las respuestas del régimen internacional actual, en cuyo ámbito ocupan lugares de destacada importancia los Tratados de Montevideo, no son satisfactorias, sobre todo porque, como en el caso de dichos convenios, a veces no otorgan el debido espacio a la autonomía de las partes. Un régimen integrador exige que para la dinámica del mercado las partes sean protagonistas importantes en la solución de sus conflictos. Con miras al perfeccionamiento que requiere el nivel de soluciones internacionales, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales puede no resultar adecuada por la combinación de la excesiva flexibilidad de sus soluciones y la gran amplitud de su ámbito de aplicación. En última instancia el proceso integrador requiere normatividades propias, con un espíritu de acercamiento y desarrollo que excede el nivel meramente internacional. En este sentido, es posible que las soluciones conflictuales deban ser progresivamente reemplazadas por respuestas sustanciales. Una vía de acercamiento entre los derechos del MERCOSUR es la armonización conflictual y sustancial. El régimen de los contratos del MERCOSUR debe tener en cuenta un nivel de soluciones generales y otro referido a los contratos que requieran a su vez, respuestas específicas. Sin caer en transposiciones que ignoren las particularidades mercosureñas, es posible aprovechar al respecto la experiencia que viene produciendo la Unión Europea, donde se ha recorrido un camino que pasa por la Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980 y los esfuerzos actuales para su superación” (Conclusiones de Comisión No. 7, “*Régimen de los Contratos para la Integración del MERCOSUR*”, presidida por el Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani).

<sup>71</sup> La propuesta la emitió el Prof. Operti en un seminario llevado a cabo en Valencia, Venezuela, en 1996.

<sup>72</sup> Díez-Picazo, et al, obra citada, pags. 100 y sgts.

asimetrías jurídicas y la descoordinación total de los distintos sistemas jurídicos— ha afectado a las economías y al desarrollo de las naciones mercosureñas.

Independientemente de esto, no hace falta demasiada perspicacia para intuir que la existencia de soluciones jurídicas conflictivas e incluso contradictorias en el marco de una misma región lleva a una inseguridad jurídica que debe paliarse desde todo punto de vista, ya que si no hay seguridad jurídica, “no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”<sup>73</sup>. Wood ha observado agudamente que la necesidad de uniformidad no es una mera quimera teórica o preocupación de académicos: “ellos palidecen ante la atroz urgencia de que los particulares puedan llevar adelante sus negocios en una atmósfera de conocimiento antes que ignorancia, de manera tal a que sus contratos no sean invalidados vanamente o que incurran en responsabilidades espurias por emboscadas jurídicas, sorpresas legales o la incompreensión jurídica... La variedad es bien vista en la vida, en la naturaleza, en el arte. Pero la variedad no es adecuada para el derecho (de los contratos)”<sup>74</sup>.

Por otra parte, no está fuera de lugar el argumento de que el desorden u anarquía legislativa aumenta los costos de transacción, en lugar de eliminarlos o reducirlos y hacer más eficiente a esta rama del derecho.<sup>75</sup> Sin caer en un imperialismo económico, puede afirmarse que los aportes del análisis económico del derecho no son desdeñables aquí. Para que el tráfico jurídico y sus resultados sean eficientes, el ordenamiento debe eliminar los costos de transacción. Y allí donde existan costos de transacción —cómo ocurre cuando hay diversos órdenes jurídicos con multiformes soluciones normativas— el derecho debe limitarlos o eliminarlos, ya que estos son los que impiden una asignación eficiente de recursos. Así, explica el Juez Posner que el objetivo del ordenamiento jurídico es el de minimizar los costos de transacción, para obtener soluciones eficientes. ¿Como hacer esto? Sencillamente definiendo derechos de propiedad en forma clara, hacer que la transferencia de los mismos sea fácil, reduciendo las asimetrías normativas, creando remedios eficientes para el incumplimiento de contratos, etc.<sup>76</sup>

En este sentido, en Europa (en un ámbito análogo al de MERCOSUR) se han identificado diversos obstáculos existentes en las regulaciones dispersas que atentan contra un mercado interno funcionando a capacidad plena. Así, determinadas normas pueden prevenir ciertas formas de organizar la actividad comercial en el mercado, como por ejemplo, disposiciones imperativas, no renunciabiles por las partes, que resulten irreconciliables en los

---

<sup>73</sup> Como decía Recasens Siches, “la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber derecho.... *Sin seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo ni de ninguna clase*. Es verdad que además el derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia; el yerro se opone a la utilidad común; pero, en cambio, *la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico*”. Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, México, Edit. Porrúa, pag. 224.

<sup>74</sup> P. Wood, obra citada, pags. 31 y 32.

<sup>75</sup> Ver el artículo de Coase citado más arriba; asimismo para una introducción general al análisis económico del derecho nos remitimos a R. Moreno, “¿Qué es *Law & Economics*... y a quién le importa?”, Revista La Ley Paraguaya, 2003.

<sup>76</sup> Exposición clara en R. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 2001, pag. 6.

distintos países, con lo cual se impide el ofrecimiento de idénticos servicios o bajo igualdad de cláusulas y condiciones. Además, conocer el derecho extranjero puede envolver costos adicionales significativos para las empresas y si son trasladados a los consumidores. En algunos casos estos costos pueden disuadir a empresas de realizar transacciones comerciales transfronterizas y reducir así la competencia. No solo eso, las empresas pueden entrar en vinculación con un deficiente entendimiento de reglas jurídicas aplicables a su relación comercial, ya sea por la complejidad de la cuestión, por descuido, o porque obtener asesoramiento jurídico no será efectivo desde el punto de vista de costos. Por último, el miedo a sorpresas jurídicas –a las que Wood, está visto, hace referencia– al exportar o importar bienes o servicios puede ser razón para no arriesgar comercio exterior, aun cuando el temor sea infundado o exagerado.

### **VIII. Empezando a mirar a un futuro más uniforme y racional**

En suma: la breve lista de problemas que hemos enumerado en el apartado anterior que causa la falta de uniformidad en los distintos sistemas mercosureños no pretende ser en absoluto exhaustiva: se trata apenas de un atisbo de lo que se encuentra en el fondo. Nuestra idea no es tanto hacer una lista de dichos problemas, sino más bien señalar que los mismos pueden ser resueltos mediante una eliminación progresiva de las asimetrías legislativas y la adopción de esquemas comunes que permitan a los co-contratantes mercosureños actuar con igualdad, y lo que es más importante, con tengan certeza respecto del resultado de sus transacciones.

Nos parece que la única objeción que puede hacerse a la propuesta de ir armonizando los derechos sustantivos de cada país –propuesta que hemos visto es un imperativo impuesto por el Tratado de Asunción– es la feble y *demodé* apelación al “nacionalismo jurídico”. En el derecho de los contratos internacionales –verdadera instancia del *ius gentium*– pecan de impertinentes este tipo de apelativos. Pues: ¿existe algo más universal que el contrato? ¿O acaso tiene filiación el mismo, tiene una nacionalidad indiscutida? ¿Qué de “orgullo nacional” puede dar un derecho contractual de un país determinado, en especial, si consideramos la similitud extrema que existe entre los países del MERCOSUR? ¿Tiene acaso carta de ciudadanía la distinción entre obligaciones solidarias y mancomunadas, o entre contratos de servicios y de obra, o la cláusula general de la buena fe? Aquí parece más aplicable que nunca la sentencia de Voltaire: “cuando el nacionalismo ha gangrenado el cerebro, estamos ante una enfermedad incurable”.<sup>77</sup>

Para ello debemos mirar adelante, sin preconceptos ni estrechez en nuestra visión. Debemos estar convencidos que un derecho de los contratos futuro uniforme, racional y eficiente en el MERCOSUR no sólo es deseable, sino también *posible*. Pero si bien la meta parece bastante clara (y apetecible), no puede decirse lo mismo del camino, del método. Aquí el terreno para el desacuerdo es comprensiblemente fértil: ya hace más de doscientos años dos juristas –Savigny y Thibaut– sembraron las bases para un debate afinado del “cómo unificar”.

---

<sup>77</sup> Por otra parte, no debe olvidarse que gran parte del contenido del derecho de los contratos es “dispositivo” o supletorio – derogable por las partes – con lo que la resistencia a una unificación se vuelve todavía más incomprensible.

La sombra de esos dos gigantes continúa hasta nuestros días, demostrando que el debate es siempre actual.

En lo que sigue en este trabajo nos ocuparemos someramente de los distintos caminos que pueden ser seguidos para lograr un derecho contractual sólido y armonizado en el MERCOSUR. Intentaremos, en otras palabras, discernir el “cómo” de la uniformización, dando por sentado que el “qué” es más que deseable.

En este sentido, pueden hablarse de dos métodos – no necesariamente excluyentes– para uniformar el derecho contractual. El primero de ellos es la unificación de “arriba para abajo” o *up-down* y el otro es el de la unificación de “abajo para arriba” o *bottom-up*. Cada uno de ellos tiene sus peculiaridades, atractivos y problemas.

### **IX. Unificación de arriba para abajo o *up-down***

El método tradicionalmente aceptado para lograr la codificación o unificación del derecho entre distintos países es sin dudas el de “arriba para abajo” o *up-down*. De hecho, este es el método de codificación que se dio en la mayoría de los países luego de la aparición del Estado-nación moderno<sup>78</sup> –con un gobierno central dictando un Código común aplicable a toda la nación (verbigracia, *Code Civil des français*)– al punto que el notable jurista inglés Lawson ha conjeturado que la codificación ha sido una de las herramientas más importantes para la consolidación de los Estados en la modernidad.<sup>79</sup>

El método *up-down* es, en consecuencia, más bien sencillo. Se trata –aunque existen diversas variantes– de la imposición por parte de las autoridades de códigos o cuerpos normativos que luego serán aplicados por todos los afectados. Como ya hemos mencionado, el gran debate sobre la conveniencia o no de contar con una codificación del derecho privado, que subsiste hasta nuestros días, se remonta a comienzos del siglo XIX en posiciones polarizadas por Savigny, de un lado y del otro lado Thibaut. Éste último, en un artículo aparecido en el año 1814 abogaba fervientemente por la codificación, en tanto que Savigny cuestionaba lo artificial y arbitrario de un proceso de cristalización del derecho en un cuerpo único de normas. Savigny sostenía además que ello traería un estancamiento del derecho, que dejaría de estar adaptado así a las necesidades de la comunidad jurídica, antes que dejar fluir naturalmente su evolución histórica.

El debate no ha perdido actualidad, y se extiende al ámbito del derecho privado supranacional. Allí, la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías consolida la codificación, en textos análogos a los de Códigos decimonónicos, en lo que respecta al contrato más importante. Algo parecido ocurre con los Principios de derecho contractual de UNIDROIT, a pesar de que los mismos se encuentran elaborados en base a lineamientos metodológicos muy peculiares.

---

<sup>78</sup> Para comprender el surgimiento del moderno Estado-nación es ineludible la obra de E. Hobsbawm, *The Age of Revolution: 1789-1848*, Londres, Vintage, 1996.

<sup>79</sup> Ésta es la provocadora tesis de F. H. Lawson en *A Common Lawyer looks at the Civil law*, Ann Arbor, Michigan Univ. Press, 1955.

Se habla así de *open textured rules*, es decir, cláusulas sin delimitación neta y cuyo sentido depende del contexto en que deben ser aplicadas. Ello abre las puertas a una mayor flexibilidad interpretativa<sup>80</sup>, lo cual aleja el peligro de la rigidez o del estancamiento al que tanto temía Savigny.

También se habla de una codificación más flexible, como la *à droit constant* de Francia, que consiste en agrupar los textos existentes en un orden sistemático. Se logra así no solo una recopilación, sino una evolución más dinámica del derecho, que al refundir en textos legales únicas disposiciones dispersas, proporciona seguridad a los ciudadanos sobre normas reguladoras de sus relaciones jurídicas y evita así lesión de sus derechos fundamentales<sup>81</sup>.

Sin embargo, el método de la unificación de arriba hacia abajo tiene una serie de dificultades, las cuales se exacerban en un proceso de integración como el de MERCOSUR. Piénsese que, a diferencia de la Unión Europea, la estructura del MERCOSUR es frágil o casi inexistente, dependiendo mayormente de reuniones ad-hoc entre Presidentes o de otros órganos burocráticos. No existe –ni por asomo– algo parecido a un Estado burocrático centralizado que tenga la fuerza de imponer, por ejemplo, una norma que se aplique a todos los Estados miembros. Esto se dificulta todavía más con las continuas e interminables rencillas políticas entre los distintos Estados miembros, en especial de los dos “socios grandes”, el Brasil y la Argentina.

Por otra parte, las culturas jurídicas propias de cada país miembro – si bien no son tan distintas como las de la Unión Europea – no son desdeñables. De entrada, el Brasil ha sido siempre un *outsider* al ser un país no colonizado por los españoles, y la influencia del derecho francés ha sido mucho menor que en los demás países miembros. Paralelamente, la influencia del derecho alemán ha sido mayor en el Brasil que en los otros Estados, con lo que existen ciertas diferencias conceptuales básicas. La Argentina también es un país con una tradición jurídica extremadamente fuerte, y con una doctrina que ha tomado fuertemente vida propia. Prueba de ello, por ejemplo, es el Proyecto de Código Civil de 1998 que, en gran medida, es el desarrollo de los últimos cien años de doctrina argentina aplicadas al Código de Vélez Sarsfield, con lo que se logra una “idiosincrasia” en cuanto a su tradición jurídica. Insistimos: si bien las diferencias no son tan importantes como las que existen entre el *common law* y el derecho francés, por ejemplo, las culturas jurídicas tienden a tener una fuerza *centrífuga* antes que *centrípeta* a la hora de unificar al derecho.

Todo esto parecería apuntar a que la creación de un “Código único” a ser adoptado luego *in integrum* desde arriba por los países miembros parece una tarea más que difícil en el mediano plazo (casi imposible). Nuestro breve periplo por la experiencia europea demuestra, sin embargo, que existen otros métodos de unificación “desde arriba” que no necesariamente suponen un “Código”.

---

<sup>80</sup> Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y A.M. Morales, obra citada, pag. 115.

<sup>81</sup> Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, obra citada, pag. 114.

De entre estos, es de destacar el sistema de los “*restatements*” o “*soft-law*” del estilo de los Principios de UNIDROIT. Si los Principios han podido hacer “dialogar” a dos tradiciones tan disímiles como la del *common law* y el derecho civil mediante soluciones no impuestas, de carácter abierto y razonable, logrando en el camino una gran aceptación y respeto a nivel internacional, los mismos se presentan como una esperanzadora posibilidad para la unificación paulatina del derecho del MERCOSUR.

Pero la posibilidad de adoptar una suerte de “*restatement*” no está exenta de problemas. El primero de ellos es (nuevamente) institucional: ¿quién los elaborará? ¿Con qué fondos? ¿Quién debe autorizarlos? ¿Quién los promoverá? Y así sucesivamente. La idea de juntar a los profesores de contratos más destacados de cada país es atractiva, pero requiere de decisiones *políticas* corajudas. Requieren, además, del establecimiento de un método claro que permita llegar a un buen puerto y luego publicitar el resultado del trabajo. Quizás sea un buen primer paso el propuesto por autores como Operti, que prefieren seguir el ejemplo de UNIDROIT como base de trabajo, y luego ir afinando en los detalles.

Otra posibilidad quizás menos problemática es la que ha sugerido Hartkamp. Este jurista europeo ha apuntado que como la mayoría de las reglas que componen al derecho contractual son *supletorias o dispositivas* –ergo, derogables *a piacere* por voluntad de las partes– lo que aquí importa verdaderamente es la concentración en el problema de las reglas imperativas o de orden público.<sup>82</sup> Cómo sobre éstas hay mayor consenso (es más fácil distinguir lo que *no debe hacerse, lo que es ilícito, inmoral, etc.*), y además, son menores en cantidad, la labor de unificación sería mucho más plausible. Esta solución, a nuestro modo de ver, tiene las mismas dificultades que hemos apuntado para el caso de los *restatements*.

También esta latente siempre la herramienta –más que efectiva– de las “Directivas”. En la Unión Europea, hemos visto, el rol de las Directivas no puede sobreestimado. Grandes ramas del derecho común europeo se han homogeneizado gracias a ellas – incluso cuestiones tan espinosas como el derecho del consumo o de los agentes comerciales – y en muchos de estos casos existe un “derecho europeo” más o menos uniforme. En este sentido, nos parece que la herramienta de las Directivas puede ser más que aconsejable para una unificación “desde arriba” en el MERCOSUR del futuro. Su aplicación, por otra parte, tendrá los mismos problemas que ya hemos notado al repasar los otros sistemas de unificación *up-down*.

## **X. Unificación de abajo para arriba o *bottom-up*: en búsqueda del *ius commune* y la “*creeping codification*”**

En el apartado anterior analizamos brevemente la unificación “desde arriba”, la cual posee sus virtudes y sus defectos, que apuntamos de pasada. Pero quizás el obstáculo más importante para la unificación desde arriba o *up-down* en los procesos de regionalización como el MERCOSUR sea el hecho que la misma no toma en serio las diferencias culturales, económicas y sociales e intenta sobrepasarlas mediante la imposición de un sistema desde arriba. Desde esta óptica, debe recordarse aquí más que nunca la famosa e ilustrativa

---

<sup>82</sup> A. Hartkamp, *Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration” (Report)*, en *Uniform Law Review*, 2002-3.

distinción de Hayek (siguiendo a Popper) entre lo que puede denominarse “racionalismo constructivista” y “racionalismo crítico”. Según el racionalismo constructivista, la mente humana puede diseñar y cambiar toda la realidad, de “construir la sociedad desde cero”.<sup>83</sup> Para Hayek, en este tipo de pensamientos se encuentran profundas incomprensiones respecto de la condición humana, pues no considera factores como los hechos contingentes e imprevisibles y la realidad que toda cultura o sociedad se desarrolla en forma paulatina, *in crescendo* y no de un plumazo. Propone en su lugar adoptar un racionalismo “crítico”, que permite sin caer en un irracionalismo, reconocer los límites de la razón para imponerse sobre la realidad y la vida, historia y cultura de las sociedades humanas. En este sentido, el crecimiento de las sociedades humanas debe ser gradual, de abajo para arriba, en un proceso evolutivo natural.<sup>84</sup>

La falla del método *up-bottom* sería, aplicando las ideas de Hayek, el no respetar este “gradualismo” incremental e intentar imponer normas desde arriba. Dicho en otras palabras: distintas culturas jurídicas no pueden ser unidas de un plumazo. En respuesta a este problema, ha surgido el método de unificación novedoso de *bottom-up* o “de abajo para arriba”, que parece ser más modesto (“crítico” en la terminología hayekiana), y finalmente más efectivo.

a) *El método de los “Casebooks of the Common Law of Europe”*

En este orden de ideas, un ingenioso enfoque fue lanzado en el año 1994 en Europa por van Gerven, con apoyo de un comité de prestigiosos jueces y académicos de varios Estados europeos: “*Casebooks for a common law of Europe*”.<sup>85</sup> Cada libro reproduce textos jurídicos: fallos, actos legislativos, extractos de escritos doctrinarios, extraídos precariamente de los principales sistemas jurídicos europeos: inglés, francés y alemán (en ocasiones se recurre también a otros sistemas si tienen soluciones novedosas o peculiares), y combinados con la regulación supranacional europea (Directivas, Tratados, etc.).

En el caso del derecho de los contratos, se ha lanzado un “*Ius Commune Casebook on the Common law of Europe*” editado por cuatro prestigiosos juristas: Beale (Inglaterra), Hartkamp (Holanda), Kötz (Alemania) y Tallon (Francia). En él, los autores (siguiendo a van Gerven) exponen básicamente su idea matriz, que puede ser muy bien comparada con la del epígrafe de A. Bello: “no es la intención de esta serie de libros el de unificar la totalidad del derecho existente. Eso no solo sería imposible, sino que tampoco es deseable. Pues de hecho, la diversidad de sistemas jurídicos europeos refleja no solo la variedad de culturas jurídicas – que están destinadas a converger con la integración europea – sino también y quizás en su totalidad una variedad de juicios de valor o decisiones políticas que encuentran su expresión en los diversos sistemas jurídicos. En el esfuerzo de descubrir las raíces comunes, los autores no deseamos expresar nuestra preferencia por las soluciones de uno u otro cuerpo jurídico...”

---

<sup>83</sup> F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Volume I, *Rules and Order*, Chicago, Chicago Univ. Press, pags. 9 y sgts.

<sup>84</sup> Idem. anterior, pags. 8 y sgts.

<sup>85</sup> El primero de la serie está justamente editado por van Gerven y se ocupa del *Tort Law* europeo (derecho de la responsabilidad civil): van Gerven, Lever y Larouche (eds), *Tort Law, Cases, Materials and Text (Common Law of Europe Textbooks)*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

ante la ausencia de una legislatura común Europea no existe una fuente autoritativa, más allá de la legislación nacional o jurisprudencia, del cual pueda derivarse un entendimiento común respecto de los juicios de valor que subyacen al derecho nacional”.<sup>86</sup> De esta forma, la idea es buscar al tronco común y de ahí construir, de a poco, y sin proclamar una solución u otra como la mejor o única.

El objetivo de los *casebooks bottom-up* es doble. En primer lugar, es educacional: proveer a profesores y alumnos de toda Europa material sobre derecho comparado para la enseñanza, para hacerlos compenetrar con el estilo, la sustancia, el razonamiento, es decir, la mentalidad de los principales regímenes de Europa. En segundo lugar, existe un objetivo político que es crear credibilidad y legitimidad al emergente derecho común de Europa, mediante la adopción de un método gradualista, incrementalista. Al dejar a descubiertos similitudes y diferencias jurídicas se espera una creciente legitimidad de un derecho común para Europa fortalecido. Es el enfoque *bottom-up*<sup>87</sup> en su máxima expresión. Además tiene la virtud de que, como afirma van Gerven, puede complementarse con un enfoque *top-down* como los PECL (de hecho ello ocurre notoriamente en el libro de la serie dedicado a los contratos, en donde al final de cada tema hay una referencia a la solución de los PECL)<sup>88</sup>.

Lo notable del método del *ius commune* a través de la comparación de fallos, doctrina, y normas de los distintos países miembro es que tiende a disolver otro de los principales obstáculos en la unificación y homogeneización normativa: *la gran disparidad de técnicas de razonamiento jurídico*. Y es que como recuerda David, existen elementos variables y elementos constantes en el derecho, y que pese a que se den cambios legislativos arbitrarios quedan siempre modos de pensar sobre los que el legislador por más que quiera no ejerce más influencia que la que ejerce el lenguaje sobre nuestra forma de razonar, o que subyace en nuestro sentimiento de continuidad histórica de nuestro derecho, pese a las modificaciones que las reglas puedan sufrir.<sup>89</sup> Esta dificultad hace que, a pesar de que se adopte un texto igual en varios países, en la práctica la aplicación – el derecho viviente – será notoriamente distinto en uno u otro lugar, por lo que el ideal de armonización a la postre se ve frustrado (o al menos en buena medida).

Esta dificultad es difuminada por el método de los *casebooks*, pues demuestra las distintas respuestas de la jurisprudencia para un mismo problema (o caso), y permite una comparación funcional de los conceptos jurídicos. Bussani refiere así que el proyecto europeo de *Common Core* es uno que exista o no codificación o unificación de las normas de dicho continente detectará diferencias en la interpretación conforme a tradiciones arraigadas en diferentes conceptos o nociones y en sus interrelaciones, razón por la cual en lo que debe avanzarse es, antes que en al homogeneización normativa, en construir una cultura jurídica común. La dicotomía Savigny-Thibaut se disuelve y pierde mayor sentido<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Prólogo, Beale, Hartkamp, Kotz y Tallon (eds.) *Contract law, Cases, Materials and Text (Common Law of Europe Casebooks)*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pag. vi.

<sup>87</sup> van Gerven, obra citada, pags. 176-177.

<sup>88</sup> Beale, Hartkamp, Kotz y Tallon, (eds), obra citada, nota 84.

<sup>89</sup> R. David, obra citada, pags. 20-21.

<sup>90</sup> Bussani, obra citada, pg. 11.

En suma, el método del *ius commune* es altamente atractivo, y podría ser un primer paso necesario a dar en el derecho mercosureño de los contratos (con el aliciente de que las diferencias jurídicas son aquí mucho menos importantes).

b) *CENTRAL* y el método de “*creeping codification*”

Particular mención merece otro novedoso enfoque de codificación de abajo para arriba. Recientes estudios realizados por esta institución, dependiente de la Universidad de Colonia, Alemania, han concluido que la *lex mercatoria* o *nueva lex mercatoria* se encuentra de alguna forma u otra extendida universalmente. Además, ha quedado comprobado que la ignorancia sobre su conocimiento constituye la mayor traba en su utilización.

La Central Transnational Law Database (TLDB – Base de datos de CENTRAL), es la primera en proveer a practicantes y académicos internacionales de una herramienta de consulta sobre la nueva *lex mercatoria*, accesible fácilmente a través de Internet<sup>91</sup>. Ella se basa en la idea de una “Codificación de Rastreo” (*Creeping Codification*) del derecho comercial internacional, para lo cual se elaboró una lista abierta de principios sobre la *lex mercatoria*. Al mantenerse la lista fácilmente accesible a través de Internet, se logra una constante actualización de los principios, confiriendo flexibilidad a la codificación y evitando estancamientos en el desarrollo de la misma.

Cada principio y cada regla traen consigo las referencias de sus fuentes, cuyo texto completo se vuelve así asequible. De esta manera, se busca ahorrar tiempo y gastos de investigación, además se busca persuadir a los practicantes sobre la efectividad de estos principios. La codificación así planteada escapa los métodos tradicionales: lo que se establece aquí es la presunción de que las reglas y los principios forman parte del ordenamiento jurídico.

CENTRAL provee acceso a casi ochenta reglas y principios del Derecho Comercial Internacional<sup>92</sup>. Ellas, a semejanza de UNIDROIT y de los Principios de Derecho Contractual Europeo, pueden ser utilizados con diversos propósitos, ya sea como normas sustantivas en caso de silencio o si las partes así lo han decidido; ya sea como supletoria a lagunas o vacíos legislativos internos o de convenciones internacionales; ya sea como inspiración a legislaciones internas o al Código Europeo en la materia, etcétera.

---

<sup>91</sup> Ver en general: [www.tldb.de](http://www.tldb.de).

<sup>92</sup> En CENTRAL, la *lex mercatoria* de los contratos se encuentra dividida en ocho secciones. La primera establece los principios generales (libertad de contratación, *pacta sunt servanda*). La segunda sección se refiere a la formación del contrato; la tercera a la forma (el principio es la libertad de formas). La cuarta trata sobre interpretación, dando preponderancia a la intención de las partes, además de establecerse el principio de la interpretación de las partes. La sección quinta hace alusión a las obligaciones contractuales (fijación del precio y su modificación, notificaciones, días hábiles, renegociación, etcétera). La sección sexta prevé los motivos de invalidez: fraude, ilegalidad, error de hecho o de derecho, etcétera. La sección séptima versa sobre la responsabilidad precontractual y la octava sobre prescripción.

En suma: los métodos de “creeping codification” y del *ius commune* parecen no caer en los defectos que se le podrían imputar a las codificaciones desde arriba. En especial, es respetuoso de las diferencias culturales (resaltadas por Andrés Bello), y además, en su gradualismo, no cae en el constructivismo denostado por Hayek. Finalmente, crean una conciencia de “cultura jurídica común” que baja el volumen al “nacionalismo jurídico”. Por otra parte, no se requiere de una institucionalización del MERCOSUR (por ejemplo, un Parlamento que dicte Códigos) ni de grandes inversiones financieras para sustentar este tipo de proyectos.

La mayor objeción, por otro lado, que se le puede hacer al *bottom-up* sea quizás (y paradójicamente) su mayor virtud: la lentitud y su excesivo gradualismo. Ya hemos visto que esto, antes que un defecto, es un atractivo único. Al crear una conciencia de cultura jurídica común, la unificación desde abajo evita los problemas propios de una unificación de un plumazo. Además, nada indica que alguno de los dos métodos deba darse en la práctica en *exclusión total* del otro: ¿por qué no puede darse una saludable mezcla de arriba abajo y abajo arriba, en un equilibrio armonioso?

## **XI. ¿Hay un futuro para la homogeneización del derecho de contratos en el MERCOSUR?**

A lo largo de la contribución hemos venido abogando en pro de la homogeneización del derecho contractual en el MERCOSUR, sentando la premisa que se trata de una posición *prima facie* atractiva. Las ventajas superan ampliamente a las desventajas, en especial en la búsqueda de esa seguridad jurídica –y consecuente libertad– que tanto valoraba Andrés Bello. Por otra parte, está visto que en el área de los contratos no se justifican posturas contrarias basadas en las “costumbres o tradiciones locales”: el derecho contractual resulta fundamentalmente técnico y anacional. Pero rápidamente podría contestarse a esto diciendo que, dado el difícil momento institucional que está viviendo el MERCOSUR, constituiría hasta una ligereza desplegar esfuerzos para intentar homogeneizar esto que parece secundario. Existen tantas urgencias económicas, institucionales, sociales, que lo del derecho contractual no debería figurar en la agenda como prioritario.

La pregunta, a nuestro modo de ver, no debería ser *si* se homogeneiza, sino *cómo*. La uniformidad por vía legislativa parece descartada como expediente válido para nuestros días. Quizás el más vigoroso, punzante y mordaz ataque a la homogeneidad legislativa internacional es la que ha hecho el Lord Hobhouse en Inglaterra, con especial referencia a la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías. Para Hobhouse, el concepto mismo de uniformidad es absurdo. Las convenciones internacionales una transacción entre sistemas multiculturales, y normalmente tienen menos mérito que los sistemas nacionales de los cuales derivan; carecen de coherencia y consistencia, crean problemas sobre su alcance, interpretación y aplicación, y por ende, traen incertidumbre donde antes no había ninguna. Probablemente, dice Hobhouse, deprivarán a la ley de las mismas características que le permiten ser una herramienta efectiva para el uso del comercio internacional. La búsqueda de uniformidad inevitablemente resulta en la producción de una herramienta inadecuada sin ganancia compensatoria; se tratan de instrumentos que están redactados en forma imperativa

en una actitud que interfiere con la autonomía contractual, eje del sistema. No se insertan en un solo sistema jurídico como las demás leyes que se destinan a ser parte de un sistema integral de derecho comercial, y a la postre, tienen problema para ponerlos al día pues no es igual modificar un tratado que una ley doméstica.<sup>93</sup>

Las ideas de Hobhouse, que tienen mucha fuerza, luego releídas demuestran que sólo tienen real valor argumentativo contra un tipo de unificación: la que hemos llamado “de arriba para abajo” o *top-bottom*. En este sentido, nos parece que –con algunas matizaciones–, las afirmaciones del jurista inglés son atendibles. Pero las objeciones de Hobhouse en poco afectan al otro tipo de unificación, al más realista y gradual: el *bottom-up* o de abajo a arriba. Dejan intacta la atractividad de este método. Quizás lo más racional sería enfocar la cuestión como lo vienen haciendo en los últimos años los europeos –con unos “*Casebooks del Common Law de MERCOSUR*” o algo en este espíritu– e ir hacia una gradual armonización que respete el incrementalismo jurídico. A esta tesitura se le puede agregar, por otra parte, esfuerzos que vengan de arriba para abajo (*up-down*) y que fortalezcan todo el proceso.

Existen, claro está, muchos problemas para avanzar hacia la homogeneización del derecho contractual en el MERCOSUR. Pero, ¿no es acaso la vida misma una pléyade de impedimentos, obstáculos y desafíos? Ninguno de éstos debe hacernos creer que no existe un futuro para un derecho de los contratos más uniforme, racional y eficiente en el MERCOSUR. Y tampoco debe hacernos creer que debemos renunciar al camino de la uniformidad que lleva a una mayor seguridad jurídica, ese valor del derecho que permite, al decir de Andrés Bello, “*asegurar la libertad, patrimonio de toda sociedad humana que merezca el nombre de tal*”.

---

<sup>93</sup> Hobhouse, L J, “*Internacional Conventions and Commercial Law: The Pursuit of Uniformity*”, (1990) 106 Law Q. Review 530, pag. 355.