



LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, UNA EXPERIENCIA PARA LATINOAMÉRICA

ANAMARÍA QUINTANA CEPEDA

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.03>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

La modernización del derecho de las obligaciones, una experiencia para Latinoamérica

Resumen

Artículo de reflexión donde se hace un recuento de los pasos que se han dado en Latinoamérica y que han generado la modernización de los ordenamientos jurídicos en derecho privado y particularmente en derecho de las obligaciones y los contratos, además de un análisis crítico del nuevo derecho de la contratación de la Unión Europea, en la medida en que este pueda ser útil para el proceso latinoamericano.

Palabras clave: obligación, incumplimiento esencial, remedios, Europa y Latinoamérica.

Modernization of law of obligations, an experience for Latin america

Abstract

This reflection article aims to offer an insight of the steps taken by the Latin American Legal Systems regarding the modernization of the Private Law regimes, and more specifically of the obligations' and contracts' Law. Likewise, it critically examines the European Union's new contracts Law regime, focusing on the aspects that could be useful in the Latin American private law updating process.

Keywords: obligation, fundamental breach, remedies, Europe and Latin America.

La modernización del derecho de las obligaciones, una experiencia para Latinoamérica*

ANAMARÍA QUINTANA CEPEDA**

SUMARIO

Introducción – I. EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA, UNA BREVE APROXIMACIÓN A SU DESARROLLO – II. LOS PUNTOS DE DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL – A. *La exigencia de conformidad* – B. *La falta de conformidad por el cumplimiento tardío* – C. *Responsabilidad contractual ¿objetiva o subjetiva?* – D. *El sistema de remedios* – E. *Las críticas al nuevo modelo de contratación* – III. EL PROCESO EN LATINOAMÉRICA – A. *Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* – B. *El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* – C. *Implementación y participación en la redacción de leyes modelo* – D. *Principios latinoamericanos de derecho de los contratos* – IV. LOS PROBLEMAS QUE EL NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN SUPERA Y QUE EN NUESTRO DERECHO AÚN EXISTEN – V. CONCLUSIÓN – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Quintana Cepeda, A. (Junio, 2017). La modernización del derecho de las obligaciones, una experiencia para Latinoamérica. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.03>

** Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios, abogada y profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Correo: ana.quintana@unisabana.edu.co

Introducción

El derecho de las obligaciones constituye un componente fundamental para el derecho privado, y dentro de las principales características con las que debe contar se encuentra la posibilidad de modernizarse constantemente, de manera que sea una herramienta eficiente para la celebración de negocios, antes de constituir un obstáculo por su obsolescencia, pues ciertamente los negocios evolucionan de una manera ágil y constante. Lo anterior se puede constatar al presenciar cómo las ventas de bienes en torno a la producción agrícola, que en su momento fueron las principales para el mercado, han sido reemplazadas por las de nuevos productos industriales e inclusive por bienes de contenido inmaterial. En este artículo de reflexión se da una mirada al estado actual del derecho de las obligaciones en Latinoamérica y se analiza el proceso de modernización en Europa, de manera que sirva como referente a seguir en este camino emprendido. Para este último objetivo se reflexiona sobre los principales puntos de desarrollo del nuevo derecho de la contratación y la forma en la que han evolucionado los conceptos clásicos de las obligaciones, respondiendo a las necesidades actuales del mercado y a las nuevas condiciones y circunstancias de los contratantes.

Lo primero a tener en cuenta es que el proceso de modernización del derecho europeo parte de las obligaciones de dar en los contratos de compraventa —de mercaderías o de consumo— y constituye todo un paradigma por cuanto se centra en un nuevo concepto unita-

rio de cumplimiento, el cual tiende a buscar la satisfacción del interés del cliente, más que la ejecución de las conductas estipuladas; en consecuencia considera incumplimiento toda falta de conformidad que impida este objetivo, y al mismo tiempo posee un sistema unificado y jerarquizado de remedios, dentro de los cuales se puede optar atendiendo unas circunstancias habilitantes específicas.

Para hacer una breve exposición del nuevo modelo, del cual, valga la pena decirlo, no somos ajenos toda vez que la mayoría de nuestros países han ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG, por sus siglas en inglés), en primer lugar se hará referencia a las principales muestras de modernización y armonización en Europa, posteriormente se expondrán las dificultades del sistema existente en la normatividad decimonónica de los países latinoamericanos, y finalmente se presentarán las ventajas de este nuevo sistema, lo cual permitirá hacer un análisis crítico de la pertinencia de la aplicación de estos cambios en el caso latinoamericano.

I. EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA, UNA BREVE APROXIMACIÓN A SU DESARROLLO

Encontrar el momento histórico en el que se inicia el proceso de modernización de Europa en materia de contratos es complejo, por cuanto han existido bastantes iniciativas académicas

que con sus estudios de derecho comparado han contribuido a este. Sin embargo se deben resaltar dos momentos hito que, si bien no le dieron origen a este proceso sí han marcado su destino: el primero es la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), en 1957, con el objetivo de lograr la cooperación económica, la implementación del mercado único y atender la necesidad de crear reglas de derecho comunes, organización que en 1993 pasó a llamarse Unión Europea (UE); el segundo, pero no por esto menos importante, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena en 1980, redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y establecida en 1966 para promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional, la cual pese a no ser restringida al ámbito de este continente, contiene el primer gran avance en la comunicación de países de distintas familias o tradiciones jurídicas, de la mano de los principios creados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), organización intergubernamental surgida en el año 1926, y que vieron la luz en su primera versión en 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (Oviedo Albán, 2012), y ya cuentan con su última versión del año 2010.

El proceso de armonización del derecho contractual europeo puede organizarse en tres principales etapas: la primera, que se puede denominar derecho comunitario incipiente,

intenta fijar unos mínimos sobre los cuales se puede concretar la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y empresas; la segunda, que se caracteriza por la detallada aunque fragmentada regulación de los contratos de consumo B2C (Business-to-Consumer); y la tercera, que aunque se encuentra en construcción, amplía el espectro de regulación logrando efectivamente generar reglas de derecho de contratos sin detenerse únicamente en los de consumo, siguiendo en gran parte las reglas de la CISG y los Principios UNIDROIT, la primera un instrumento de derecho duro y los segundos uno de derecho blando.

Primera etapa: en esta, que se puede considerar de derecho comunitario incipiente, los Estados incursionan en un proceso de integración nuevo en el cual deben hacer concesiones de su soberanía legislativa para que, de manera transnacional, se fijen las pautas en materia de comercio principalmente, por medio de unas figuras nuevas para el momento histórico, denominadas directivas y reglamentos. En esta etapa la Unión Europea se dedica a la regulación de los temas básicos necesarios para la construcción de un mercado único en temas de derecho de sociedades, de la responsabilidad por productos defectuosos, del derecho de seguros, del derecho de consumo, del derecho de la propiedad intelectual (Gómez Pomar y Ganuza Fernández, 2011, p. 5).

Segunda etapa: en ella el derecho contractual europeo se identifica con las reglas en materia de consumo, dedicándose en conjunto a regular las relaciones que involucran la parti-

cipación del consumidor como destinatario final B2C, pero dejando en el ámbito nacional de los Estados europeos la regulación de la contratación entre empresas B2B (Business-to-Business). Durante este periodo alcanzan a reunir su regulación en ocho diferentes directivas, y la Comisión de las Comunidades Europeas compila los aspectos fundamentales en el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia del consumo (2006). El ocaso de esta etapa y el surgimiento de la tercera es descrita por Vivenco Roppo así:

En sentido figurado, el contrato con el consumidor es como un abejorro en un mundo de abejas: luego de haber fertilizado abundantemente el sistema de derecho contractual moderno, no logró sobrevivir al cumplimiento de su función y murió. O si se prefiere un final menos infeliz, este sobrevivirá únicamente si se transforma en una categoría nueva y más general como es la del contrato asimétrico. (2009, p. 310).

Sin embargo, en 2008 se dio un respiro final con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, mediante la cual se pretendía revisar y sustituir cuatro directivas anteriores relativas a la protección de estos, la cual resultó en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y que

tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funciona-

miento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes.

Tercera etapa: corresponde a aquella en que se concretan y regulan en Europa los contratos en general, incluyendo también aquellos celebrados entre las empresas B2B, pese a que dicho proceso se inició mucho antes que los adelantados en las primeras dos etapas, con CISG y los Principios Unidroit. En esta etapa la lógica de la contratación se centra en la protección de la parte débil, entendida no en términos del poder o la dimensión de una frente a la otra, sino en su posición en el contrato. De tal suerte, la parte objeto de tutela es aquella que por la asimetría en la información no cuenta con el control del cumplimiento de la prestación, independiente de su poder legal o económico. Esto generó un cambio de conceptos al pasar de hablar de consumidor a cliente, esto es, un individuo que adquiere bienes o servicios, y en materia de contratos de proveedor a cliente (S2C: *Supplier to Customer*). Igualmente en este periodo se cumple el propósito de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, del 11 de julio de 2001 y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción”.

Esta etapa es caracterizada por la armonización de los contratos en instrumentos de de-

recho duro y blando. En los primeros encontramos las Directivas 1986/653 y 2000/35 que buscan apoyar a las pequeñas y medianas empresas (pymes), la 2006/123 relativa a los servicios (generales) y la 2000/31 en materia de servicios de la sociedad de la información (comercio electrónico), entre otras, las cuales en sus reglas demuestran la tendencia a proteger el adquirente del bien o servicio, ante la privilegiada posición de la contraparte que es quien posee y controla la información; en cuanto a otros instrumentos de origen primordialmente académico (derecho blando) se encuentran los Principios del Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law – PECL*), elaborados por la Comisión Lando; el Código Europeo de Contratos, de la Academia de Pavía; y el Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), iniciativa de la Comisión Europea. Respecto a este último instrumento Gómez Pomar y Ganuza Fernández, indican que:

A pesar de su inspiración y elaboración teóricas, el DCFR no es un típico producto académico: no es un comentario, un tratado, una colección de ensayos o de artículos dedicados al Derecho privado europeo o al Derecho privado en general. Es un conjunto de normas modelo que va acompañado de términos estándar o definiciones para facilitar su comprensión, uso y aplicación. (2011, p. 5).

A modo de conclusión, en esta primera parte se puede observar cómo el proceso de unificación en Europa ha resultado de desarrollos

interestatales y académicos contruidos lenta y establemente, que pretenden armonizar las normas en materia de contratos para facilitar la circulación de personas y negocios en sus territorios. En este momento dicho proceso se encuentra en una etapa de regulación general de los contratos, pese a haber concentrado sus esfuerzos mucho tiempo en los contratos de consumo. Como consecuencia se ha ampliado el ámbito de protección de los consumidores a los clientes, sin embargo esto no es nuevo ni ha sido una extensión de la regulación europea, puesto que esta aproximación se encuentra en instrumentos internacionales previos como la CISG y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT.

II. LOS PUNTOS DE DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL

Valga decir que el nuevo derecho de la contratación en la Unión Europea se centra en la búsqueda de armonización del mercado interior, con la finalidad de facilitar la celebración de negocios entre partes en diferentes Estados y atenuar la incertidumbre que se crea en los contratantes ante la posibilidad de tener que regirse por un derecho que desconocen o que resulta beneficioso a una sola parte (Valpuesta Gastaminza, 2014, p. 200).

Los principales aportes son: un concepto unitario de cumplimiento y un único sistema de remedios. El denominado nuevo derecho de la contratación surge con la CISG, en torno del derecho uniforme y atendiendo las necesida-

des del comercio internacional impuestas por la globalización; en este instrumento se regula la compraventa internacional de mercaderías y se establecen reglas que responden a las circunstancias de este tipo de contratación masiva. Este modelo posteriormente se desarrolla en los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Contractual Europeo, la Directiva de Consumo 1999/44, el Marco Común de Referencia y la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea. (Zimmermann, 2009, p. 480).

Es de destacar dentro de sus principales contribuciones el haber logrado superar las diferencias de las tradiciones o los sistemas jurídicos, conciliando figuras del *Common Law* y del derecho civil continental o romano-germánico, para solucionar de forma eficiente las principales problemáticas que enfrenta la responsabilidad contractual, logrando así influir en la comunidad internacional, al punto de alcanzar los ordenamientos jurídicos internos (Bonell, 2008, p. 5).

De esta forma, el concepto de incumplimiento del contrato (*breach of contract*) que acogen los instrumentos de unificación internacional son tomados del derecho contractual inglés que establece un único sistema de remedios, el cual es simple y completo “frente a la tortuosa doctrina del incumplimiento en muchos sistemas romano-germánicos, que dividen su dogmática en categorías irritantes” (Sánchez Lorenzo, 2013, p. 185), y se alimenta de elementos del derecho continental o romano-germánico al adicionar el cumplimiento específico

a los remedios principales del derecho contractual inglés, como son la resolución del contrato y la indemnización de daños o perjuicios (Mariscal Guillamet, Lauroba Lacasa, 2003, p. 460).

A. La exigencia de conformidad

En el régimen de contratación de los instrumentos unificados europeos se establece como parámetro para determinar el efectivo cumplimiento la noción de exigencia de conformidad, de manera que se modifica el concepto de objeto como cosa y como prestación. En consecuencia la “cosa” pasa del bien real al bien ideal, y la prestación en adelante consiste en entregar aquello conforme a lo pactado en el contrato y nada más que eso. Por consiguiente el cumplimiento no se agota con la simple entrega de un bien, como ocurre en la mayoría de las regulaciones de origen romano-germánico, entre ellas las latinoamericanas, sino que constituye una garantía de resultado, que implica el perfecto estado del bien conforme a lo pactado y la transferencia de la propiedad (Oviedo Albán, 2014, p. 224).

De modo que si el bien no cumple con las exigencias establecidas, dentro de estas la utilidad estipulada, ofrecida o estándar según el caso (Álvarez Vega, 2003, p. 328), presenta otras características, posee defectos o existen dudas respecto de derechos de terceros, se configura una situación de incumplimiento y en consecuencia la posibilidad para el acreedor de la obligación, es decir el comprador o cliente, de acudir a los remedios por incumplimien-

to que se explicarán más adelante, sin tener que sufrir otro proceso judicial. Lo anterior implica necesariamente abandonar la figura de saneamientos por evicción y por vicios ocultos, estableciendo el incumplimiento como categoría única y no de forma fraccionada (Morales Moreno, 2006, p. 29).

Esta conformidad que se pretende que sienta el comprador con la cosa entregada es la constatación de que el bien cumple con el propósito para el cual fue contratado, siempre que haya sido exteriorizado y lo haya conocido el vendedor, en caso contrario, es decir, el que no se haya pactado o comunicado el propósito, el bien que se recibe debe tener las condiciones estándar de uno de la misma especie en el mercado. El asunto delicado se presenta cuando el bien no cumple con tales condiciones, de manera que se entrega uno pero este por defectos o por sus características de fabricación no tiene la capacidad de cumplir el propósito establecido; en este caso la mayoría de legislaciones latinoamericanas responderían aduciendo que la obligación principal del contrato, la de dar, se ha cumplido, pero surgiría una obligación natural de saneamiento por vicios y tendría el comprador que acudir ante el juez para solicitar los remedios especiales para estas situaciones, que por cierto poseen términos de prescripción más cortos que los de los remedios generales de incumplimiento.

Sin embargo, ante estas dificultades y la evidente necesidad de establecer que no cumple un contrato quien no entrega la cosa que el comprador espera adquirir con la celebración

de este, algunas Cortes han resuelto casos determinando la procedencia de la resolución del contrato como remedio general aplicable a situaciones particulares de vicios del bien, lo cual implica dejar de lado la división de regímenes de los ordenamientos latinoamericanos y constituye simultáneamente un avance y un riesgo, por cuanto queda en manos de los jueces determinar cuándo proceden una u otra acción (Maza Gazmuri, Vidal Olivares, 2014, p. 19).

B. La falta de conformidad por el cumplimiento tardío

Igualmente se incluye dentro del concepto de incumplimiento el retraso en la entrega, toda vez que este tiene la capacidad de generar enormes consecuencias económicas para los contratantes, y como efecto el acreedor tiene la facultad de hacer uso de los remedios. Incluso se establece que el retardo en la prestación por unos días puede configurar un incumplimiento esencial si el bien o los bienes se requerían imperativamente por el comprador para la fecha pactada, de manera que tiene la posibilidad de resolver el contrato. Así mismo, este nuevo derecho elimina el concepto de constitución en mora como el acto formal que existe en los códigos de origen romano-germánico, y da la posibilidad a las partes de fijar un plazo suplementario para el cumplimiento (Vaquero López, 2013, p. 1523).

En este aspecto otra de las novedades es la inclusión del incumplimiento anticipado del contrato (*anticipatory breach of the contract*),

fenómeno que consiste en la posibilidad de terminar el contrato incluso antes de vencida la obligación, ante el inminente incumplimiento del deudor; de manera que si el acreedor de la obligación conoce concluyentemente que el deudor no va a poder cumplir con esta, puede terminar el contrato aunque no sea aún exigible, en resumen, no se da la oportunidad de incumplir. En este fenómeno no basta una suposición sino que, por el contrario, deben existir argumentos razonables que lleven a la conclusión del no cumplimiento, pues de otra forma el uso de la figura puede llevar a un abuso del derecho (Andreu Martínez, 2003, p. 333).

C. Responsabilidad contractual ¿objetiva o subjetiva?

A la par de lo antes indicado, en este concepto de exigencia de conformidad se supera —en gran parte— el requisito de la culpabilidad del deudor para la determinación del incumplimiento. En los sistemas latinoamericanos, aunque de forma presunta, para las obligaciones de resultado dicho requisito sigue existiendo (Morales Moreno, 2006, p. 32), sin embargo esto no constituye una modificación total, toda vez que se mantiene en lo referente a la indemnización de perjuicios, aunque no se habla de culpa sino de esfera jurídica del riesgo o de imputación y se permiten algunas causales de exoneración de responsabilidad. Lo que desarrolla la máxima “nadie está obligado a realizar lo imposible” (*ad impossibilia nemo tenetur*), y se resume en establecer que el incumplimiento no imputable al deudor o generado por cau-

sas fuera de su esfera jurídica del riesgo solo lo exime de la obligación de pagar perjuicios, pero no de tener que cumplir posteriormente, en un tiempo razonable, ni le quita la facultad al acreedor de resolver el contrato si es que le interesa (Morales Moreno, 2006, p. 23).

Esto se presenta como un gran avance, toda vez que el ámbito de protección se centra en el interés del acreedor de la obligación de dar —comprador— y no en las posibilidades que tenga o no el deudor —vendedor— al momento de ser exigible. De esta forma, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a la carga del riesgo por pérdida de un bien especie no imputable al deudor, en el que se extingue la obligación de este, con una solución para el régimen civil —el acreedor igual debe pagar el precio— y una diferente para el comercial —se extingue para el acreedor la obligación de pagar el precio—, en el nuevo derecho de la contratación no se extingue para el vendedor la obligación, solo se le exime de indemnizar quedando la posibilidad de acudir a los demás remedios. En efecto, es diferente hablar de la venta de un bien especie o cuerpo cierto que de bienes de género, y ciertamente el nuevo derecho de la contratación se refiere a los últimos, sin embargo esta solución resulta más equilibrada (Castro Ruiz, 2011, p. 34).

D. El sistema de remedios

Este proceso de modernización en el derecho europeo generó un cambio en el lenguaje, toda vez que se inició a hablar del incumplimiento

del contrato en lugar del incumplimiento de las obligaciones, y se estandarizó, como ya se explicó, a todos los casos en los que no se satisfaga el interés del acreedor. Como resultado de esto se eliminaron los sistemas o acciones especiales y se reunieron todas las consecuencias del incumplimiento en un solo sistema articulado de remedios compuesto por: i) La pretensión de cumplimiento o ejecución coactiva, ii) La suspensión de cumplimiento de las obligaciones de la parte incumplida, iii) La resolución en casos especiales de incumplimiento esencial, iv) La reducción del precio, y en todo caso, v) La indemnización de daños, la cual por sí sola es también un remedio autónomo (Vidal Olivares, 2006, p. 452).

Los avances puntuales en el sistema unificado en lo referente a los derechos o remedios del acreedor en caso de incumplimiento son:

- Incorpora la posibilidad de cumplimiento de la obligación *in natura*, la cual no es reconocida en los sistemas de origen anglosajón, pero se matiza exigiendo que exista una razón económicamente viable, dando la posibilidad al deudor de oponerse a esta pretensión. De manera que no se realiza en estos casos un análisis objetivo, sino que se debe estudiar solo bajo las circunstancias específicas de cada uno para establecer la razonabilidad de usar el remedio o determinar si por el contrario el remedio resulta más gravoso y genera una ventaja injustificada (Sánchez Lorenzo, 2013, p. 186).
- Amplía el ámbito de medidas de ejecución o cumplimiento, incorporando la posibilidad de reparación, sustitución o equivalente pecuniario (Esteban de la Rosa, Gómez Valenzuela, 2013, p. 1624).
- Limita la posibilidad de resolución solo para aquellos incumplimientos que tengan la cualidad de ser graves, esenciales o serios, de manera que no es posible su utilización de forma indiscriminada, puesto que no todo incumplimiento o falta de conformidad genera la posibilidad de resolver el contrato, sino solo aquellos que afecten lo más sustancial del contrato, y por el contrario el uso de este remedio en caso de un incumplimiento no esencial puede constituir un abuso del derecho (Palazón Garrido, 2013b, p. 1551); sin embargo esta posibilidad no se restringe a los cumplimientos definitivos, en la clasificación clásica del derecho de tradición romano-germánica, sino que se amplía, de manera que como quedó establecido un incumplimiento defectuoso o uno tardío también puede tener la cualidad de ser grave y por lo tanto generar la facultad de resolver el contrato (Vidal Olivares, 2009, p. 239).
- Facilita el acceso a la resolución por cuanto permite la vía judicial, solicitando la declaración del juez, pero se aparta del modelo de resolución exclusivamente por esta vía, permitiendo acudir también a aquella que produce efectos por vías extrajudiciales, es decir, directamente por declaración de la parte incumplida mediante la notificación del acreedor al deudor (Palazón Garrido, 2013b, p. 1566).
- Limita la indemnización de perjuicios a solo aquellos daños que se generen dentro de la

esfera de control del deudor, excluyendo todos los que no se han podido prever o los que habiéndose podido prever no se han podido evitar (Palazón Garrido, 2013a, p. 1674).

En suma, este sistema establece la autonomía de cada uno de los remedios, en la medida en que como se indicó, la exoneración de responsabilidad en la pretensión indemnizatoria no limita la posibilidad del acreedor de acudir a los demás remedios y puntalmente a la pretensión de cumplimiento, de forma que el deudor incumplidor del contrato puede no estar obligado a indemnizar perjuicios pero continuar estándolo en lo que se refiere al cumplimiento y viceversa, como en el caso de la pérdida del bien antes de la entrega no imputable al deudor, en el cual se deberá remplazar, pero sin lugar a indemnización por ocasionarse los perjuicios por fuera de su ámbito de control, o el caso de la imposibilidad imputable al deudor, la cual no le permitirá cumplir *in natura* pero generará que se deban pagar perjuicios.

Frente a este sencillo y eficiente sistema para solucionar los problemas derivados del incumplimiento se encuentra el clásico de los ordenamientos de tradición romano-germánica, comprendido en gran parte de los códigos civiles europeos continentales y latinoamericanos, el cual no refiere el concepto de obligación sinalagmática o bilateral sino unilateral, que según cual sea la situación posibilita al acreedor acudir a los regímenes generales o a los regímenes espe-

ciales. Ante esta situación, como ya se expuso, uno de los mayores peligros de estas legislaciones con carácter fragmentario es que fomentan la discrecionalidad judicial por no tener conceptos claros y precisos, y necesitar que el juez determine qué situaciones posibilitan uno u otro régimen (De la Maza Gazmuri, 2012, p. 637).

E. Las críticas al nuevo modelo de contratación

No resulta fiable, pese a haber destacado las ventajas del sistema implementado por los instrumentos unificados europeos, dejarlo solo así, de manera que se piense que este sistema es absolutamente óptimo y no tiene lugar a críticas, pues la verdad es todo lo contrario. La realidad económica de la contratación actual muestra cómo han sido criticados algunos de los remedios propuestos como de libre elección para el acreedor en el nuevo derecho de la contratación, al establecerse que estos pueden ser adecuados para negocios regionales pero desproporcionados para algunos de nivel internacional por los costos de transacción; por ejemplo, el remedio de reparar una maquinaria pesada en el caso en que el vendedor se encuentre en un continente y el comprador en otro, puede resultar inadecuado, en otras palabras, la crítica gira en torno a que el sistema de remedios debe adecuarse no solamente a las necesidades del acreedor o comprador sino también a la realidad económica del vendedor o del negocio (Katz, 2005, p. 380).¹

1. Es posible encontrar una respuesta al artículo citado en Torsello (2005, pp. 397-410).

Otro reparo surge alrededor de la constatación del incumplimiento fundamental para determinar la procedibilidad de la resolución como remedio, gracias a que en estas regulaciones no existen criterios suficientes y claros que delimiten la importancia que debe tener un incumplimiento para que adquiera el rango de fundamental, lo que ocasiona que sea ambiguo y corresponda a los jueces fijar los parámetros para establecerlo, lo que igualmente genera el riesgo de discrecionalidad judicial (Bridge, 2010, p. 926).

Finalmente, un tema al que el derecho latinoamericano tanto a nivel nacional como comunitario le debe prestar especial atención en la regulación de la materia, puesto que a nivel europeo ha sido criticado por su falta de determinación, es la forma de cumplimiento del contrato, y cuando se habla de esto se debe establecer, claro está de manera supletiva, el lugar, el medio, el momento y la persona para cumplir, puesto que la claridad de esto permite tener menos problemas al determinar si una situación generó o no incumplimiento, y evita la variedad de lagunas que existen en el derecho europeo (Marchal Escalona, 2013, p. 1280).

En todo caso, lo cierto es que son mayores las ventajas y las mejorías que ha traído este sistema, visto que ha simplificado conceptos, armonizado los sistemas jurídicos y facilitado la comunicación para la negociación y celebración de contratos, permitiendo que las partes se sientan satisfechas en mayor medida y con menor riesgo de incertidumbre.

III. EL PROCESO EN LATINOAMÉRICA

Latinoamérica atraviesa un período cardinal en su desarrollo jurídico en materia de derecho privado, particularmente en el derecho de las obligaciones, que se ha caracterizado por los cambios encaminados a lograr el desarrollo de los ordenamientos y que se puede representar en cuatro principales hechos que lo evidencian:

A. Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Como primer aspecto es posible encontrar que la mayoría de los países hacen parte de uno de los instrumentos de derecho internacional más importantes a nivel mundial en torno a los asuntos de las obligaciones: la CISG. Esta convención ha sido ratificada por Estados como Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, quedando pendientes algunos como Bolivia, Guatemala, Panamá y Venezuela. Este último, aunque la firmó en septiembre de 1981, nunca la ratificó.

Sin embargo, el hecho de la marcada participación denota el interés de los Estados por figurar en escenarios internacionales y mantener actualizados sus ordenamientos jurídicos, evitando de esta manera ser relegados por Estados que constante y conscientemente se modernizan.

B. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

En segundo lugar, en Argentina se ha concluido el proceso de unificación del derecho civil y mercantil con la expedición del Código aprobado mediante la Ley 26.994, que fue promulgada el 7 de octubre del 2014; este esfuerzo ciertamente marca el rumbo de los países latinoamericanos hacia la modernización del derecho, y en consecuencia el abandono de las normas decimonónicas, las cuales pese a haber sido muy adecuadas para el momento de su expedición, en la actualidad se denota la necesidad de modificarlas por unas que atiendan de una manera más apropiada las situaciones económicas existentes en los nuevos mercados.

En este paso se debe resaltar que ante la necesidad de modernización se incluyen conceptos como la suspensión del cumplimiento (art. 1031), sin embargo el Código no sigue este moderno modelo de regulación, toda vez que entremezcla un poco los conceptos al indicar, a partir del artículo 1033 las obligaciones de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, paralelamente con un intento de conformidad en la compraventa en el artículo 1137, cuando indica que “el vendedor debe transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida”.

C. Implementación y participación en la redacción de leyes modelo

La tercera prueba de esta afirmación, la de la inminente modernización del derecho latino-

americano, es la incorporación dentro de las legislaciones nacionales de regulaciones específicas tomadas de diferentes leyes modelo, creadas por organismos no estatales de carácter internacional como la UNCITRAL. En este aspecto es posible tener como ejemplo el caso de Colombia, país que ha implementado con algunas modificaciones leyes modelo en asuntos de arbitraje internacional, insolvencia y comercio electrónico, entre otras, y además logró la aprobación por la Organización de Estados Americanos (OEA) del Proyecto de Ley Modelo Interamericano sobre Sociedades por Acciones Simplificadas y ha adelantado una trascendente gestión ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL —por sus siglas en inglés—) para liderar el proyecto de ley modelo de sociedades a nivel mundial.

D. Principios latinoamericanos de derecho de los contratos

Finalmente, el cuarto argumento por el cual se puede establecer que no se trata de un tema transitorio y momentáneo — sino que por el contrario, lo que se busca en Latinoamérica es lograr la modernización como resultado de un trabajo arduo y consistente, que lleve a entender de la mejor manera posible el derecho como un instrumento que regula la realidad económica y social actual del contexto propio, que se caracteriza entre otras cosas por ser distinto al de países económicamente más desarrollados—, son los esfuerzos para el desarrollo del derecho comunitario y la creación

de figuras uniformes que armonicen nuestros ordenamientos jurídicos. Dentro de este propósito se destaca el proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), una iniciativa de académicos con reconocido prestigio, que cuenta con equipos de investigadores de Argentina, Uruguay, Colombia y Chile. Con esta labor se busca detectar mediante un trabajo analítico y crítico, los principios comunes en materia de contratación, reconociendo que esto necesariamente implica estudiar las diferencias y consensos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal entre los países participantes. Para esta finalidad ya se cuenta con informes de derecho nacional de los Estados de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela, los cuales constituyen la base para la redacción de tales principios.

Lo anterior evidencia el interés de estos países en lograr la modernización de los ordenamientos jurídicos nacionales y regionales con el principal objetivo de ponerlos a tono con los referentes internacionales. Interés que se genera entre otras razones por la globalización, que ha traído cambios culturales que inciden directamente en la formación académica, y que tiene la cualidad de permitir la comunicación e interacción de diversas tradiciones o sistemas jurídicos, lo que hace un siglo se creía impensable. Esto ha permitido a nivel mundial generar respuestas ágiles y omnicomprensivas a los problemas del comercio.

Sin embargo, para llegar a la finalidad de modernización aspirada es necesario proceder con prudencia y confrontar la experiencia de

otros países y regiones, y qué mejor que hacerlo con aquellas en las que existen sistemas jurídicos antiquísimos y tradiciones sumamente arraigadas. Es por esto que resulta más que útil acudir al caso europeo y estudiar las investigaciones del proceso de modernización, realizadas por sus doctrinantes.

IV. LOS PROBLEMAS QUE EL NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN SUPERA Y QUE EN NUESTRO DERECHO AÚN EXISTEN

El primer problema que se debe contemplar de cara a la modernización del derecho en la materia es la disparidad y dispersión de reglas sobre los mismos asuntos, ante lo cual la solución es la concentración y unificación por materias y no por regímenes, tarea lograda en el ordenamiento jurídico argentino (Castañeda Rivas, 2014, p. 274). En este nuevo sistema de contratación no existe la distinción entre régimen civil y mercantil, sino que se aplica de forma uniforme para los contratos de compraventa; de esta manera se soluciona un problema que persiste en la mayoría de los Estados latinoamericanos y que consiste principalmente en establecer qué regulación o código es aplicable a un contrato en específico según sus características, teniendo en cuenta elementos objetivos del acto o subjetivos de las partes, sin hablar de las confusiones que surgen en el momento de establecer cómo proceder ante una laguna (Pájaro Moreno, 2013, p. 5), o de las diferentes soluciones que existen en un determinado país, sobre un mismo tema. Ejemplo de esto en Colombia es la teoría del riesgo,

es decir la solución que cada régimen —civil o comercial— provee ante la misma situación de incumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito, en la venta de bienes de cuerpo cierto (Castro Ruiz, 2014, p. 412).

El segundo gran problema que enfrentan la mayoría de regulaciones latinoamericanas, por la influencia francesa y española, es que el concepto de incumplimiento está configurado de una manera compleja generando diferentes niveles y remedios especiales para cada uno de ellos, entre los principales el incumplimiento total, el tardío y el defectuoso. Esto se debe a que históricamente se ha regulado en favor del deudor y teniendo en mente la venta de bienes de cuerpo cierto, de manera que los estándares de cumplimiento sean realistas a sus condiciones y no se exija lo que no le es materialmente posible a este sujeto, sin embargo, en pleno siglo XXI cuando la producción se genera en masa, esta regulación pierde todo sentido y surge la necesidad de proteger no al deudor de la obligación de entregar la cosa sino al acreedor, toda vez que la asimetría de información con la que cuenta lo pone en desventaja frente al primero (Díez-Picazo, 2008, p. 650).

IV. CONCLUSIÓN

Son grandes los pasos que se han dado camino a la modernización por los países latinoamericanos y la existencia de problemas en los ordenamientos no debe crear la idea de ausencia de interés en su solución, ya que también se ha avanzado en estos asuntos. En el mis-

mo camino europeo, países latinoamericanos como Chile y Colombia, por vía jurisprudencial, han abierto la posibilidad de acudir a los remedios generales en supuestos de incumplimiento del régimen especial, sin embargo aún esto no obedece a una política estructurada sino que es producto de la búsqueda de protección del acreedor ante la pronta prescripción de los remedios especiales en la legislación.

De esta manera, resulta completamente adecuada una aproximación al derecho europeo para el caso latinoamericano, pues puede ser un importante insumo en este proceso que, como se ha descrito, hemos emprendido y que puede verse materializado o plasmado en iniciativas como la del proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, claro está, de una forma que no sea un trasplante sino que se adapte a las necesidades propias de estas latitudes.

Algunos puntos sobre los cuales será importante llamar la atención son, en primer lugar, si el sistema presentado resultará apropiado para todos los contratos con obligación de dar, incluyendo aquellos que tienen por objeto la transferencia de derechos patrimoniales de contenido inmaterial, los que se realicen sobre compañías o aquellos sobre establecimientos de comercio, y en segundo lugar, si con las nuevas tendencias de contratación estandarizada y masificada será conveniente e incluso posible en todos los casos que el deudor conozca el real interés del acreedor y en consecuencia logre su satisfacción. Seguramente se trata de preguntas que tendrán una adecuada

respuesta cuando se estudie el tema a nivel nacional y comunitario, pero que no deben dejar de plantearse para ser tenidas en cuenta en nuestro proceso de desarrollo.

Latinoamérica, pese a su riqueza natural y a las buenas relaciones políticas entre sus países, ha estado relegada en el proceso de integración como comunidad económica, y esto se ve reflejado en la ausencia de normas comunes para los contratos, sin desconocer el esfuerzo que se ha iniciado para la expedición de los principios que pese a no ser vinculantes pueden significar un importante avance en el desarrollo indicado. Pero en definitiva, para el proceso que ya inició Latinoamérica es fundamental no pecar por ausencia de creatividad en el método de generación de reglas, de forma que no sea una suma de trasplantes de diferentes ordenamientos sino un sistema conscientemente construido, estudiando los orígenes de las figuras para establecer la conveniencia de la combinación y teniendo en cuenta que las realidades económicas y sociales son ciertamente diferentes (Castro Camejo, 2010, p. 699).

Referencias

1. Álvarez Vega, M. (2003). Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en Derecho europeo. En S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (Coords.), *Bases de un derecho contractual europeo* (pp. 321-332). Valencia: Tirant lo Blanch.
2. Andreu Martínez, B. (2003). «Incumplimiento anticipado»: regulación en los Principios de Derecho Contractual Europeo y soluciones a la vista del Código Civil español. En S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (Coords.), *Bases de un derecho contractual europeo* (pp. 333-340). Valencia: Tirant lo Blanch.
3. Bonell, M. (2008). The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law. *The American Journal of Comparative Law*, 56(1), 1-28.
4. Bridge, M. (2010). Avoidance for fundamental breach of contract under the UN Convention on the International Sale of Goods. *The International and Comparative Law Quarterly*, 59(4), 911-940.
5. Castañeda Rivas, M. (2014). La unificación del derecho privado y el contrato de compraventa en México, Colombia y Chile. En J. A. Bonivento Fernández y P. Lafont Pianetta (Edits.), *Jurista y Maestro Arturo Valencia Zea* (t. I). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
6. Castro Ruiz, M. (2011). Algunas propuestas para la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (45), 1-51.
7. Castro Ruiz, M. (2014). La necesaria modernización del régimen de la responsabilidad civil en Colombia. La propuesta pionera del maestro Arturo Valencia Zea en

- su proyecto de Código de Derecho Privado. En J. A. Bonivento Fernández y P. Lafont Pianetta (Edits.), *Jurista y Maestro Arturo Valencia Zea* (t. II). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
8. Castro Ruiz, M. (2015). *Modernización de las obligaciones y los contratos*. Bogotá: Temis.
 9. Castro-Camero, R. (2010). *Ius commune: Fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (128), 671-700.
 10. De la Maza Gazmuri, I. (2012). El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 629-663.
 11. Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Civitas.
 12. Esteban de la Rosa, G. y Gómez Valenzuela, E. (2013). La acción de cumplimiento específico en la contratación internacional. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
 13. Gómez Pomar, F. y Ganuza Fernández, J. J. (2011). Fundamentos económicos de la armonización del derecho privado europeo. *Indret*, (2), 1-30.
 14. Katz, A. (2005). Remedies for Breach of Contract under the CISG. *International Review of Law and Economics*, 25(3), 378-396.
 15. Marchal Escalona, N. (2013). La obligación de pago. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
 16. Marsal Guillamet, J. y Lauroba Lacasa, E. (2003). Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios. En S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (Coords.), *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 17. Maza Gazmuri, I. y Vidal Olivares, A. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*, 20(1), 15-38.
 18. Morales Moreno, A. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Pamplona: Civitas.
 19. Oviedo Albán, J. (2002). *La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Conferencia presentada en el seminario internacional "Compraventa internacional". Bogotá, Colombia, 16 a 18 de mayo de 2002. Obtenido de *cisg*: <http://>

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#i

20. Oviedo Albán, J. (2014). La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho Privado*, (26), 219-253.
21. Pájaro Moreno, N. (2013). Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (49), 1-45.
22. Palazón Garrido, M. (2013a). La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
23. Palazón Garrido, M. (2013b). La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
24. Roppo, V. (2009). From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law? *European Review of Contract Law*, 5(3), 304-349.
25. Sánchez Lorenzo, S. (2013). El derecho contractual inglés. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
26. Torsello, M. (2005). Substantive and Jurisdictional Aspects of International Contract Remedies: A Comment on Avery Katz's "Remedies for Breach of Contract Under the CISG". *International Review of Law and Economics*, 25(3), 397-410.
27. Valpuesta Gastaminza, E. (2013). La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5(1), 199-216.
28. Vaquero López, C. (2013). La mora en los contratos. En S. Sánchez Lorenzo (Edit.), *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. Pamplona: Civitas.
29. Vidal Olivares, A. (2006). El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 33(3), 439-477.
30. Vidal Olivares, A. (2009). La noción de incumplimiento esencial en el "Código civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 221-258.
31. Zimmermann, R. (2009). The Present State of European Private Law. *The American Journal of Comparative Law*, 57(2), 479-512.